

Publicación incluida en Ebscohost en la categoría de fuente académica plus y fuente académica premier y VLEX Colombia.
Diciembre de 2017 - Neiva (Huila), Colombia.

Pielagus

Volumen 16 No. 2 E-ISSN 2539 – 522X / ISSN 1657- 6799

Universidad Surcolombiana
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

RECTOR
PEDRO LEÓN REYES GASPAR

VICERRECTORA ACADÉMICA
ISABEL CRISTINA GUTIÉRREZ DE DUSSÁN

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO
EDWIN ALIRIO TRUJILLO CERQUERA

VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN SOCIAL
ANGELA MAGNOLIA RÍOS GALLARDO

DECANO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MARIO CÉSAR TEJADA GONZÁLEZ

JEFE DE PROGRAMA DE DERECHO
GABRIEL ORLANDO REALPE BENAVIDEZ

JEFE DE PROGRAMA DE CIENCIA POLÍTICA
ALEXANDRA URIBE SÁNCHEZ

EDITOR
GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA
Doctor en Derecho. Université de Paris II.
Profesor de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas
Universidad Surcolombiana

COMITÉ EDITORIAL

OLGA CECILIA RESTREPO YEPES
Magíster en Derecho. Profesora Universidad de Medellín

OMAR HUERTAS DÍAZ
Doctor en Derecho. Profesor Universidad Nacional de Colombia

MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA
Doctora en Filosofía y paz.
Profesora Universidad Santo Tomás de Bogotá

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA
Doctora en Derecho.
Profesora Universidad Nacional Autónoma de Bucaramanga

COMITÉ CIENTÍFICO

ROSEMBERT ARIZA SANTAMARÍA
Doctor en Sociología. Profesor Universidad Santo Tomás de Bogotá

MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA
Doctor en Derecho. Profesor Universidad ICESI

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA
Doctor en Derecho Canónico. Profesor Universidad de la Sabana

NELSON ERNESTO LÓPEZ
PhD. en Ciencias Sociales. Profesor Universidad Surcolombiana

ASISTENCIA EDITORIAL
CRISTIAN FERNANDO PERDOMO PARRA

ILUSTRACIÓN
Pintura de la portada: Carrières de Bibémus (obra de Paul Cezanne)
Reproducción: Martha Cecilia Vargas Hernández

IMPRESIÓN
OTI IMPRESOS - Calle 28 No. 1A-46 Cándido
Telefax: 8758485 - Neiva (Huila)
otimpresos@hotmail.com

E-ISSN 2539-522X / ISSN 1657-6799

Julio - diciembre 2017

pp. 1-116

Vol. 16 No. 2

Pielagus Neiva (Huila)

Periodicidad Semestral

Pielagus

ÁRBITROS ESPECIALIZADOS

El comité editorial de la Revista Jurídica Piélagus agradece la valiosa contribución a los evaluadores invitados de la presente edición

ANABELÉN CASARES MARCOS

Doctora en derecho, Profesora Universidad de León

España

ANGEL ALBERTO VALDÉS CUERVO

Doctor en ciencias, Profesor Instituto Tecnológico de Sonora (ITSON)

México

ANTONIO MAGDALENO ALEGRÍA

Doctor en derecho, Profesor Universidad de Cantabria

España

ANTONIO RAFAEL CUERDA

Doctor en derecho, Profesor Universidad Rey Juan Carlos

España

ANTONIO EZQUERRA HUERVA

Doctor en derecho, Profesor Universidad de Lleiva

España

BEATRIZ EUGENIA CAMPILLO VÉLEZ

Magíster en filosofía, Profesora Universidad Pontificia Bolivariana

Colombia

CIELO E. RUSINQUE URREGO

Magíster en Estudios Políticos, Profesora Universidad de París II

Francia

CORINA DUQUE AYALA

Doctora en derecho público, Profesora Universidad Santo Tomás

Colombia

FRANCISCO TORTOLERO CERVANTES

Doctor en ciencia política, Investigador Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM)

México

HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO

Doctor en derecho, Profesor Universidad de Córdoba

Colombia

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

Doctor en derecho, Profesor Universidad de Chile

Chile

KATHERÍN TORRES POSADA

Magíster en derecho, Profesora Universidad Surcolombiana

Colombia

LETICIA CABRERA CARO

Doctora en derecho, Profesora Universidad de Cádiz

España

LUIS MIGUEL GUTIÉRREZ

Doctor en derecho publico, Profesor Universidad Grenoble Alpes

Francia

MARÍA TERESA CARBALLEIRA RIVERA

Doctora en derecho, Profesora Universidad de Santiago de Compostela

España

MARGARITA CASTILLA BAREA

Doctora en derecho, Profesora Universidad de Cádiz

España

MAURICIO LASCURAIN FERNÁNDEZ

Doctor en relaciones internacionales, Profesor El Colegio de Veracruz

México

PATRICIA VENTRICI

Doctora en ciencias sociales, Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas

ROSA MARÍA BAENA NOGUERAS

Posdoctora en ciencias marinas y ambientales, Profesora Universidad de Nottingham

Inglaterra

SONIA CALAZA LÓPEZ

Doctora en derecho procesal, Profesora Universidad Nacional de Educación a Distancia U.N.E.D.

España

SONIA DEL PILAR AYALA RINCÓN

Magister en psicología jurídica, Profesora Universidad De Santander (UDES)

Colombia

VIRIDIANA MOLINARES HASSAN

Doctora en derecho público y filosofía jurídico-política, Profesora Universidad Del Norte

Colombia

La responsabilidad de los autores corresponde a cada uno de ellos y no compromete el criterio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana.

Ninguna publicación, nacional o foránea podrá usar, reproducir o traducir sus artículos o resúmenes sin la autorización previa del editor de la Revista Jurídica Piélagus.

Contenido

Revista Jurídica **Pielagus** Vol. 16 No. 2 - Julio - diciembre / 2017

Editorial

Trabajadores migrantes en México: violación de sus derechos humanos en la frontera sur <i>Migrant workers in Mexico: a violation of human rights on the southern border</i> Alfredo Islas Colín	7
Los acuerdos de Paz del Teatro Colón y su carácter normativo: una aproximación desde el derecho internacional <i>The peace agreements of Colón Theatre and normative regulation: an approximation under international law</i> Raúl Fernando Núñez Marín, David Alejandro Claros Hernández	11
Droit aux élections libres dans la convention européenne des droits de l'homme <i>Right to free elections in the European Convention on Human Rights</i> Derecho a elecciones libres en la Convención Europea de Derechos Humanos Dagmara Rajaska	25
La educación para la vocación agraria en la población infantil de las zonas de conflicto armado del departamento de Nariño <i>Agriculture vocational education for children in armed conflict zones in the department of Nariño</i> Gabriel Pantoja Narvaez, Fabio Raul Rodriguez Escobar	41
La evidente contradicción entre la fiducia y el abuso: Cláusulas abusivas en el contrato de fiducia <i>The evident contradiction between trusts and infringement of rights: unfair terms in fiduciary contracts</i> Mónica María Moreno	57
Les écueils des nouveaux systèmes d'armes. Problématiques au prisme du droit des conflits et de la sauvegarde de la paix <i>The pitfalls of new weapons' systems.</i> <i>Problems with the prism of the law of conflicts and the safeguard of peace</i> Las trampas de los nuevos sistemas de armas. Problemas con el prisma de la ley de los conflictos y la salvaguardia de la paz Serge Théophile Bambara	71
Aproximación al régimen disciplinario de los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios <i>Estimation of employees' disciplinary protocol in public utilities companies</i> Boris Carvajal Renza	89
	103

Estos artículos se encuentran evaluados y aprobados por pares académicos externos.

EL FENÓMENO DE LA MIGRACION ILEGAL EN COLOMBIA

La regulación del movimiento de personas a través de sus fronteras es una de las preocupaciones actuales de los Estados contemporáneos. Esta restricción busca evitar el ingreso ilegal de individuos a un determinado territorio y con ello impedir cargas económicas al Estado receptor en materia de seguridad social, así como tener mano de obra no calificada y con un valor más económico, que compita laboralmente con los nacionales o, en últimas, que el migrante ilegal entre a formar parte de las redes delincuenciales del país que lo acoge.

Es por ello que los Estados han diseñado políticas que buscan, entre otros fines, la guarda de la seguridad e integridad de sus fronteras, la determinación de los derechos de los habitantes de su territorio, la protección de un determinado modelo económico y el manejo de las relaciones internacionales. Los objetivos de estas políticas están relacionados con la existencia misma del Estado y como reflejo de su soberanía.

Sin embargo, la protección de los derechos humanos de los migrantes es un elemento nuevo que tradicionalmente no se tenía en cuenta en la lucha contra la migración ilegal.

Esto lleva a que los Estados deban tener en cuenta las reglas establecidas por el Derecho Internacional para el amparo y defensa de los migrantes. Este enfoque exige la reconfiguración de las políticas públicas en materia migratoria, pues ahora los Estados deben seguir su lucha contra la migración ilegal dentro del marco de una protección de sus derechos humanos.

Las medidas que se adopten para regular los movimientos de población deben también atender esta condición de fragilidad con el fin de reconocerles una especial protección, así como para crear los mecanismos necesarios para que este hecho no impida a quienes se desplazan gozar de manera efectiva de sus derechos.

Respecto a los derechos que deben ser reconocidos a los migrantes, hay consenso que un Estado puede limitarles la titularidad de ciertos derechos, en particular los relacionados con la ciudadanía. Sin embargo, otros deben ser protegidos por su simple condición de seres humanos.

En cuanto al marco geográfico de generación del fenómeno, América Latina está viviendo una experiencia nueva pues el arribo ilegal de personas era parte de la cotidianidad en Europa y Estados Unidos. Hoy día, por cuenta de la crisis política y humanitaria que se vive en Venezuela, sus ciudadanos protagonizan el mayor flujo migratorio siendo Colombia el principal país receptor y en menor medida Argentina, Chile, Perú, Ecuador y Brasil.

Para el caso colombiano, sus fronteras tanto marítimas como terrestres tienen serias dificultades en materia de defensa y control, pues el recurso humano es insuficiente para vigilar los más de 2 mil kilómetros que comparte con Venezuela. Esta debilidad genera un gran problema de seguridad nacional que se refleja en problemas de tráfico de personas, contrabando de mercancía, narcotráfico y violencia por presencia de la guerrilla del ELN.

Según reportes periodísticos (El Espectador, diciembre 2017), cerca de 550 mil ciudadanos venezolanos se asentaron permanentemente en el país en 2017; un incremento del 62% respecto al año anterior. Migración Colombia también encontró otras modalidades de migración: se trata de la *migración pendular* que consiste en el tránsito de venezolanos por territorio colombiano con la finalidad de suplir necesidades básicas como la compra de alimentos o medicinas.

El mismo medio periodístico reportó que las ciudades en donde más se establecen estos migrantes son: Bogotá, Ipiales, Barranquilla, Cúcuta, Maicao, Medellín, Pasto, Bucaramanga, Cartagena y Cali, siendo el Puente Internacional Simón Bolívar el que más registra a este tipo de migrantes con un 53%, siguiendo el paso en La Guajira con un 19% y el Aeropuerto el Dorado con un 17%.

El reto para Colombia es el de atender a los migrantes venezolanos, pues a pesar de su estatus ilegal, la normativa internacional obliga al Estado a no discriminarlos en virtud de su nacionalidad. Es aquí cuando entran los derechos humanos a ser parte vital en el proceso de defensa de esta población vulnerable.

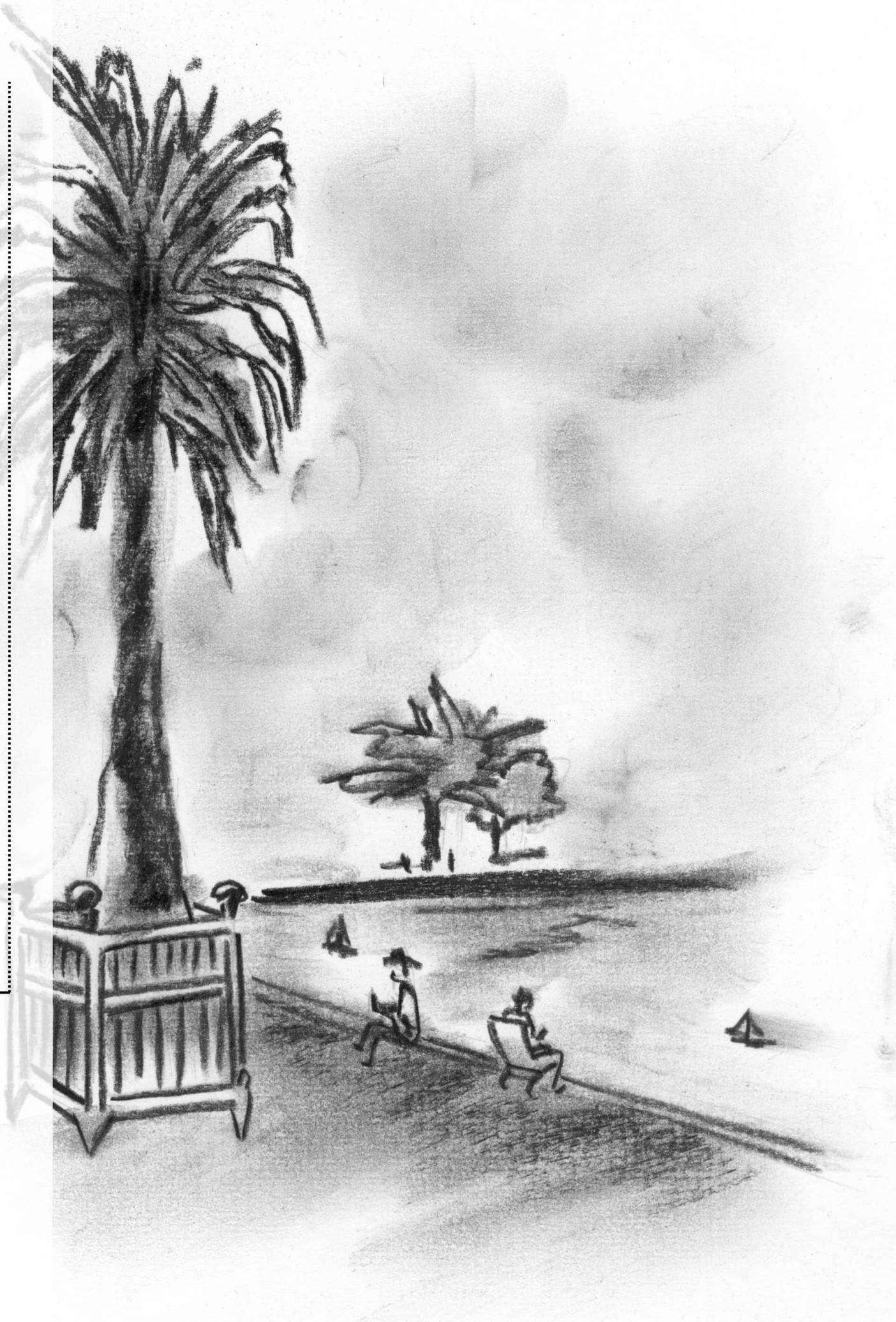
Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es obligatorio proteger los derechos a la no discriminación, a la integridad y a la libertad personal, a las garantías judiciales y a un recurso judicial efectivo. Así mismo, y de manera acorde con lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, las autoridades estatales deben garantizar a todos los extranjeros el derecho a la asistencia consular.

Un derecho adicional a los establecidos por este tribunal internacional, que debe ser asegurado a los migrantes, es el contenido en el principio de *non-refoulement*. Esta norma de Derecho Internacional, de naturaleza consuetudinaria, establece el deber estatal de acoger en su territorio a toda persona que, de ser expulsada, afrontaría el riesgo de sufrir un perjuicio grave e irreparable en sus derechos a la vida y a la integridad personal, siempre y cuando no represente un peligro cierto para la seguridad del Estado.

El gran reto para Colombia está en atender esta población vulnerable y asegurarle la protección de sus derechos fundamentales, sin que ello implique desfavorecer los derechos de los nacionales colombianos.

Germán Alfonso López Daza (PhD).
Editor
Revista Jurídica Piélagus

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



Trabajadores migrantes en México: violación de sus derechos humanos en la frontera sur*

Migrant workers in Mexico: a violation of human rights on the southern border

Alfredo Islas Colín

Profesor Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México
islas40@hotmail.com

Recibido: 30/03/17 Aprobado: 20/09/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1551>

RESUMEN

Se analiza la violación de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y su familia en la frontera sur de México. Para lograr dicho objetivo, se estudiaron los Informes del Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familias, de Relatores Especiales de Migración en su visita a México y el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se analizaron las violaciones de derechos humanos de mayor incidencia e importancia y las violaciones de derechos humanos a los integrantes de diversos grupos vulnerables.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos; Grupos Vulnerables; Instrumentos Internacionales; Migrantes; Trabajadores.

ABSTRACT

This research analyzes the violation of migrant workers' human rights and those of their families along the southern border of Mexico. In this research, reports from the following agencies were reviewed: the Committee of Migrant Workers and their Families, Special Rapporteurs on Migration during their visit to Mexico, and the Inter-American Commission on Human Rights. Furthermore, the most repeated and significant human rights violations, as well as vulnerable groups, were also studied.

KEYWORDS

Human Rights; International Instruments; Migrants; Vulnerable Groups; Workers.

INTRODUCCIÓN

El estudio de los migrantes, a partir de sus derechos humanos, se generó recientemente en razón de los compromisos internacionales generados por foros consultivos que marcaron la agenda política global sobre la migración, con la que se promueven acciones multilaterales (Bobes, V. 2016). En el presente artículo se analizan las violaciones graves de derechos humanos a los trabajadores migrantes y sus familiares en la frontera sur de México. El orden de estudio es: primero, las estaciones migratorias; después, la obligación del Estado de informar a los migrantes de aspectos relacionados con su calidad migratoria y en seguida, el programa de regularización migratoria. A continuación, se analiza en dos partes el tema: primero, los tipos de violaciones de derechos humanos de mayor incidencia e importancia como corrupción, discriminación, secuestros, extorsiones, trata y tráfico ilícito de personas, protección de defensores de derechos de migrantes, deficiencias en la entrega de visas humanitarias y el uso excesivo de la fuerza. En la segunda parte, se estudian los grupos vulnerables objeto de violación de derechos humanos de migrantes, mujeres, niños y la migración agrícola.

* Artículo de Investigación

Los migrantes son aquellas personas que salen, transitan o llegan al territorio nacional, distinto al de su residencia por cualquier motivo (Ley de Migración, 2011, artículo 3, fracción XVII). La migración en México es multidimensional por ser un país de origen, de tránsito y de destino. México es un país de origen y tránsito al ingresar los ciudadanos centroamericanos por la frontera sur, principalmente por Tapachula, Chiapas y Tenosique (Tabasco). De ellos, muchos siguen su tránsito hacia el norte del país para ingresar a los Estados Unidos de Norte América por las fronteras de Tijuana, Nogales, Nuevo Laredo y Ciudad Juárez; y las zonas desérticas y fluviales de California, Arizona, Texas y Nuevo México. Se considera que más de un millón de personas emigran cada año a los Estados Unidos de Norte América. De la frontera sur, los migrantes "meridionales" son 400.000 aproximadamente cada año. Se estima que del año 2000 al 2006, emigraron a los Estados Unidos de Norteamérica 2,5 millones de mexicanos y solamente en el año 2007, el número de migrantes mexicanos fue de 560.000. Se estima que hasta el año 2015, hay alrededor de 12 millones de mexicanos en Estados Unidos, de los cuales el 15.7% (1 millón 800 personas) arribaron entre 2006 y 2015 (CONAPO, 2017, pp. 60-64).

1. ESTACIONES DE MIGRACIÓN

Las estaciones migratorias son aquellas instalaciones físicas que el Instituto Nacional de Migración (INM) crea para alojar temporalmente a los extranjeros que no acreditan su situación migratoria regular, mientras se resuelve su situación migratoria (Ley de Migración, 2011, artículo 3, fracción X).

En 2006, el INM tenía cuarenta y ocho 'estaciones de migración' permanentes y ciento dieciséis instalaciones para alojar migrantes a nivel nacional. El número de estaciones de migración desde el año 2000 aumentó más del doble, las cuales están clasificadas para hombres, mujeres, familias y las de los servicios médicos. Los esfuerzos del Estado mexicano por prestar un mejor servicio público de migración, se afecta por la falta de capacitación del personal y supervisión adecuada del funcionamiento de dichas instalaciones. En este sentido, el Relator Especial¹ sobre los Derechos Humanos de los Migrantes recibió en 2009, denuncias de migrantes relativas a que en estas estaciones migratorias han recibido tratos crueles, degradantes, hacinamientos,

falta de atención médica, falta de higiene y de alimentos, acoso y abuso sexual cometido por el personal de las estaciones. En el informe de 2011, el Relator Especial destaca también que en los lugares de aseguramiento o internamiento, se realizan torturas, no hay atención médica y no permiten comunicación a los migrantes con personas externas.

La reiterada omisión del Estado mexicano de no respetar ni garantizar el ejercicio libre y pleno de los derechos humanos a todas las personas sin distinción de origen, como son los migrantes ni tomar las medidas necesarias para hacer efectivos dichos derechos, constituyen violaciones a los compromisos internacionales como son del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1; de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1, 1.2 y 2; y de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1.

El Estado mexicano expidió una Ley de Migración el 25 de mayo de 2011, la cual prevé que las 'estaciones migratorias' son para alojar temporalmente a los migrantes mientras se resuelve su situación migratoria (Ley de Migración, artículos 89 y 99). No obstante estas disposiciones, el internamiento de los migrantes y sus familiares, en varios casos, es prolongado. Por esta razón, el Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familias (CMW por sus siglas en inglés) recomienda que se limite dicho tiempo de 'internamiento'.

Es importante resaltar que se utiliza la palabra 'internamiento' para hacer referencia a la privación de la libertad personal de los migrantes durante el tiempo que determinen su situación migratoria, en lugar de llamarle 'detención', pues aunque en los dos casos existe privación del derecho humano a la libertad personal, está prevista la prohibición en el artículo 14 constitucional, en los siguientes términos: "Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho". Aunque existen desde 2008 las visitas de inspección por parte de la Secretaría del Trabajo, éstas no son suficientes para mejorar dichos lugares (CMW, 2011, 7, No. 33 y ss.). En la mayoría de las estaciones de migración se carece de asistencia consular, por lo que

1 - Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 2009, A/HRC/11/7/Add.2, Informe presentado por el Sr. Bustamente, A. (2014), Misión a México: 16-19.

esto fomenta los abusos y detenciones prolongadas de los migrantes.

El Instituto Nacional de Migración ha sido objeto de recomendaciones por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de 1990 a 2015 por violaciones de derechos humanos a los migrantes en las estaciones migratorias, por violaciones a la integridad y libertad personal, discriminación, tortura, tratos crueles e inhumanos, violencia sexual y tratos indignos (Carbonell, M. 2015, p. 209)

1.1. Obligación de informar

Es obligación del Estado informar al afectado de las causas de la detención en el momento que se efectúa; esto con el objeto de prevenir que la detención sea arbitraria y así garantizar el derecho de defensa de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9; la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7; y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16.

La Comisión Interamericana señala que:

...hasta tanto no se determine la situación migratoria los extranjeros que no pueden acreditar su situación migratoria para la regularización de su estancia o la asistencia para el retorno, su presentación, entiéndase detención, en estaciones migratorias o en lugares habilitados para ello constituye un asunto de orden público (CIDH, 2013, p. 212).

También se ha denunciado ante el CMW, afirmando que en las estaciones migratorias no se les informa a los migrantes y sus familiares en su idioma acerca de su derecho a la visa humanitaria, a la repatriación voluntaria o los derechos por su situación de migrantes, que se les exponen ante grupos que les exigen dinero para transportarlos de regreso a su país de origen, y no se les proporciona suficiente asesoría legal para garantizar el respeto de sus derechos humanos (CMW, 2011 párr. 8).

De lo anterior podemos resaltar que el Estado mexicano ha celebrado los convenios internacionales que reconocen los derechos humanos de los migrantes tales como el Pacto Internacional y Convención Americana citados; ha reformado la Carta Fundamental y ha adecuado la nueva Ley y reglamento de Migración (ver en referencias bibliográficas la secciones de legislación

interna y acuerdos o convenciones internacionales), pero no es suficiente, pues son reiteradas las recomendaciones de organismos internacionales al Estado mexicano sobre la ausencia de "justicia efectiva", de falta de políticas públicas adecuadas, capacitación a los servidores públicos, y de inicio y seguimiento de investigaciones por violaciones de derechos humanos cometidos por los servidores públicos involucrados.

1.2. Programa de regularización migratoria

El "programa de regularización migratoria permite la obtención de la calidad de inmigrante (FM2) como profesional, cargo de confianza, científico, técnico, familiar, artista y deportista o asimilado" (CIDH, 2013, p. 30). Está dirigido a extranjeros con situación irregular que se encuentren en el país desde antes del 1^o de enero de 2007 y que tengan intenciones de residir en él. En vigor desde el 12 de noviembre de 2008, se pudieron regularizar más de 8.000 extranjeros, en su mayoría de Centroamérica, que se encontraban en situación irregular. Los beneficios de éste programa fueron reconocidos por el CMW, pues aunque consideró que no es integral, propuso al Estado mexicano que se creara uno más amplio (CMW, 2011, p. 10).

Para fortalecer los programas de regularización migratoria, el CMW dictó reglas para la protección de derechos humanos de los trabajadores y sus familiares que se encuentran en una situación irregular, tales como: se amplía los derechos humanos en instrumentos internacionales universales, como los dos Pactos Internacionales, otros regionales y especializados como de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT); se especifican obligaciones de los Estados para la regularización de la situación migratoria de los trabajadores; se invita a la celebración de instrumentos internacionales para fortalecer la cooperación y para la regularización; propone reglas para la no discriminación, la no violencia, evitar la detención y prisión arbitraria, evitar el trato inhumano, tortura, protección en los procedimientos de expulsión, trabajo forzoso obligatorio y trabajo infantil; igualdad de trato; igualdad de derechos laborales; derecho a la sindicación; derecho a la seguridad social, atención médica de urgencia y derecho a la educación (CMW, 2010, N^o. 1. 13^o).

2. TIPOS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

En la frontera sur de México, el tipo violaciones de mayor incidencia de derechos humanos a los trabajadores migrantes y su familia son: corrupción, discriminación, secuestros, extorsiones, trata y tráfico ilícito de personas, la no protección de los defensores de derechos de migrantes, deficiencias en la entrega de visas humanitarias, etc. Estas serán analizadas a continuación.

2.1. Corrupción

La corrupción está presente a través de las relaciones de las autoridades con bandas delictivas que agreden a los migrantes provenientes de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua (CIDH, 2013). Para disminuir su alta incidencia, la Comisión Interamericana recomienda fortalecer los mecanismos tendientes a combatir la corrupción y a promover la rendición de cuentas de funcionarios estatales y, de esta manera, aplicar las sanciones correspondientes de cualquier funcionario involucrado en la comisión de delitos y violaciones a los derechos humanos de los migrantes y sus defensores (CIDH, 2013, pp. 50, 59 y 179).

Las recomendaciones tanto de organismos internacionales regionales como la Comisión Interamericana, el CMW y el Organismo Internacional Universal, coinciden en recomendarle al Estado mexicano que investigue y castigue a los servidores públicos involucrados en actos de corrupción contra migrantes.

Ya desde 2011, el CMW resalta que existen numerosas denuncias de casos de corrupción por parte de las autoridades vinculadas con el ejercicio de derechos humanos de los migrantes y sus familiares, preocupación que es reiterada por los Relatores Especiales sobre los derechos humanos de los migrantes en sus visitas a México en 2002 y 2009, en particular por los sobornos, extorsiones, impunidad, violencia a las mujeres y niños y trata de personas.

Asimismo, el Relator Especial (ONU 2009) afirmó que en México se tiene una estructura administrativa con múltiples organismos competentes para ocuparse de la migración pero, aunque pareciera que la falta de recursos económicos es un obstáculo para el ejercicio adecuado de sus funciones, señala que "al parecer" se han malversado fondos destinados a prevenir la

migración indocumentada a los Estados Unidos de Norteamérica; aproximadamente 1.5 millones de dólares americanos, recursos que se utilizarían para la profesionalización de la policía.

El mismo Relator (ONU 2009) recuerda a las autoridades mexicanas que los servidores públicos del Instituto Nacional de Migración y la Policía Federal Preventiva son los únicos facultados para realizar funciones de verificación y vigilancia del cumplimiento de la legislación de migración, por lo que las demás autoridades que ejerzan fuerza pública solo realizan funciones de colaboración y las fuerzas armadas y de seguridad privada no deben realizar dichas funciones de verificación migratoria ni detención.

Esta recomendación de limitar la intervención de éstas autoridades en las funciones de verificación migratoria fue emitida desde el Informe del 2002 del Relator Especial. Éste mismo relator propuso como medida de prevención para la lucha ante la corrupción contra los migrantes: la difusión de la penalización, medidas de control interno como la destitución de los funcionarios públicos en 'contubernio', 'complicidad' o 'relacionados de manera indebida' con la corrupción vinculada al crimen transnacional organizado, abuso de autoridad, abuso y violaciones sexuales, trata y tráfico de personas e impunidad (ONU, 2002). Son reiteradas las recomendaciones de organismos internacionales y relatores especiales expertos en migración al Estado mexicano de corrupción, pero en los resultados efectivos no han cambiado; no obstante, se han modificado las normas jurídicas que regulan las autoridades en su estructura, organización y funciones y aun así, la corrupción continúa.

Es importante resaltar que existe un 'error de conceptualización' al considerar al Estado mexicano como único responsable de las violaciones de derechos humanos a los miembros del crimen organizado con exclusión del personal del Instituto Nacional de Migración (INM), policías, miembros del ejército y la marina (Bustamente, 2014, pp. 21-22).

2.2 Discriminación

En la frontera sur, la discriminación motivada por la raza, color, origen nacional o social, idioma, nacimiento, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, condición de discapacidad, posición económica, religión o cualquier otra condición, constituye la situación de

vulnerabilidad estructural en la que se encuentran los migrantes (CIDH, 2013, párr. 83).

Por lo anterior, la Comisión considera que es necesaria la incorporación de una perspectiva de género y la elaboración de políticas para combatir la discriminación, la explotación y el abuso del cual son víctimas las mujeres migrantes, ya que de esta forma se analiza la situación de éstas (CIDH, 2013, 97, no. 214).

Los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades. Asimismo, la delegación de la Comisión Interamericana recibió información sobre familiares de migrantes que fueron maltratados o sometidos a tratos discriminatorios -por razones económicas- por parte de las autoridades mexicanas mientras buscaban a sus seres queridos (CIDH, 2013, p. 101).

Además, la Comisión Interamericana tiene conocimiento de diversos casos en los que los migrantes son víctimas de la discriminación por estereotipos así como de malos tratos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de garantizar la igualdad y la no discriminación, así como prevenir cualquier acto de discriminación y violencia contra los migrantes (CIDH, 2013, párrs. 225 y 246).

Los hijos de trabajadores migratorios tienen el derecho de acceder a la educación según el artículo 30 de la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Por otro lado, tienen derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida, garantizado por el artículo 28 del mismo instrumento internacional (CIDH, 2013, párrs. 162, 268 y 270).

El CMW propone ante la discriminación a los trabajadores migratorios y sus familiares, campañas de sensibilización a funcionarios, ya que el Programa Frontera Sur, de manera indebida, solamente se aplica a los guatemaltecos o beliceños y no a los trabajadores agrícolas de temporada (CMW, 2011, párr. 47 y ss.).

La discriminación a los indígenas se presenta por los servidores públicos del Instituto Nacional de Migración que detienen a los migrantes por tener aspecto de pertenecer a una etnia, vestimenta o acento y exigirles sus documentos de identidad (ONU. Relator Especial, 2002, pp. 3, 7 y 9).

Los compromisos internacionales firmados por el Estado mexicano sobre protección de derechos humanos de trabajadores migrantes y publicación de leyes y adecuación de las normas internas a los tratados internacionales, no son suficientes para la protección de derechos humanos a los migrantes; se requiere que las autoridades apliquen los principios de los derechos humanos de trato digno, no discriminación e igualdad de las personas (Mora, G. 2016, p.80).

2.3. Secuestros y extorsiones

Ya desde el informe de 2002 de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, se señalaba que los migrantes eran sometidos a asaltos, malos tratos o ejecuciones en caso de que opusiesen resistencia a bandas de delincuentes dedicadas exclusivamente a asaltar migrantes, así como casos de estafas y secuestros de migrantes perpetrados por parte de sus 'coyotes' o 'polleros' (personas que trafican con otras para cruzarlas al otro lado). La diferencia entre la visita a México de 2002 a 2013, es la participación plena de las organizaciones del crimen organizado en violaciones de derechos humanos a los migrantes como el tráfico y la trata de migrantes, robo, extorsión, secuestros, entre otras (CIDH, 2013, párr. 100).

Desde 2010, es alarmante el aumento de violaciones graves de derechos humanos a los migrantes tales como secuestros, extorsiones, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, desapariciones forzadas de personas, muertes a trabajadores migrantes y sus familiares provenientes de la frontera sur realizadas con la participación, complicidad o aquiescencia de las autoridades y prevaleciendo la impunidad ante tales hechos violatorios de derechos humanos. Tales son los casos de secuestro y asesinato de 72 migrantes centroamericanos y el secuestro de 40 trabajadores migratorios en Oaxaca en diciembre de 2010 (CMW, 2011, párr.29 y ss.).

En cuanto al aumento de los secuestros en contra de los migrantes, tan solo de 2008 a 2009, se documentaron 198 casos y, solamente en seis meses de 2010, se reportaron 214 hechos según la Comisión Nacional de Derechos Humanos en el "Informe Especial sobre Casos de Secuestros en contra de Migrantes", de los cuales el 44% son hondureños, 16% salvadoreños, 11% guatemaltecos. De las zonas delictivas de alta incidencia están Chiapas, Guerrero y Michoacán; la complicidad de

las autoridades con los grupos de delincuencia dominan en la mayoría de los casos (López-Pérez, N. 2016, pp. 225-230).

Se propone que el Estado realice investigaciones de localización de las personas desaparecidas y de los hechos denunciados. Es de llamar la atención, que mientras en los Informes del CMW se afirma de la participación o aquiescencia de las autoridades, éstas insisten en que son actos cometidos por la delincuencia organizada, de manera que pretenden eludir su responsabilidad de ser los responsables de la seguridad de las personas y de garantizar la protección de los derechos humanos de todas las personas, inclusive los migrantes y su familia.

Como ha dicho la Comisión, la migración irregular involucra distintos riesgos para los migrantes, sus familias y los defensores de sus derechos humanos siendo objeto de secuestros masivos, lo que refleja una de las principales muestras del nivel de degradación y sobre todo de inseguridad en que viven los migrantes en su éxodo por México. El hecho de deportar a los migrantes desde Estados Unidos a ciudades fronterizas de México, los coloca en una situación altamente vulnerable donde el peligro de ser víctima de violaciones a sus derechos humanos es inminente (CIDH, 2013, párrs. 84, 109 y 129).

2.4. Trata y tráfico ilícito de personas

La Comisión Interamericana señala respecto de éstas violaciones, que la mayoría de las víctimas provienen de Guatemala; Estado que conforma el llamado triángulo norte del cual se tiene conocimiento de altos índices de violencia e inseguridad y que mientras se encuentran secuestradas son sometidas a trabajar en distintas formas. Aunado a lo anterior, la Comisión recomienda el desarrollo de instrumentos y mecanismos para combatir dichas violaciones a los derechos humanos. La Comisión también resalta que la ausencia de dicho desarrollo ocasiona y facilita los secuestros, torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, asesinatos, violencia sexual, trata de personas y desapariciones (CIDH, 2013, párrs. 137, 141, 409, 337).

El CMW propone que el Estado mexicano debe tomar medidas para evitar la trata y el tráfico ilícito de personas migrantes, especialmente mujeres y menores: solicita que las autoridades mexicanas investiguen a las autoridades involucradas en dichas violaciones graves

de derechos humanos; que deben crear sistemas eficaces de reparación adecuada por la comisión de dichas conductas y se promueva la migración regular (CMW, 2011, párr. 49 y ss.). En México, el 80% de las víctimas de trata de personas son mujeres y adolescentes que pueden permanecer en el territorio nacional o ser explotadas sexualmente por grupos criminales en otros países y así ejercer la prostitución infantil. En Tabasco, la Comisión Estatal de Derechos Humanos ha tratado 18 peticiones relacionadas con la trata de personas y también ha recomendado a la ciudad de Jalpa de Méndez que tome medidas contra la explotación sexual en manos de agentes de la Policía Municipal. Aunado a ello, es necesario la formación de funcionarios públicos, ya que la omisión del Estado respecto de las violaciones de derechos humanos a través de los atentados a la integridad de las víctimas, crea un entorno de inseguridad e ilegalidad en la entidad; en Tabasco, muchas mujeres siguen siendo compradas, vendidas, regaladas, raptadas, alquiladas, prestadas, violadas, torturadas y asesinadas (Islas-Colín, A., y Lara-Romero, L., 2017).

Desde el Informe de 2009 del Relator Especial, se había señalado la existencia de bandas transnacionales que participan en la trata de personas, lo que constituía un "negocio" para los que explotaban esas redes. Las redes son de dos bandas rivales de 'maras' (organizaciones internacionales de pandillas criminales asociadas), denominadas 'Barrio 18' y la 'Mara Salvatrucha'. El origen de estas bandas viene desde Honduras, y se calcula que las integran entre 70.000 y 100.000 personas adolescentes de alrededor veinte años de edad. La deportación de los integrantes de estas redes es constante, pero regresan inmediatamente y de manera constante (ONU. Relator Especial, 2009, pp. 9-11).

2.5 Protección de defensores de derechos de migrantes

Los defensores de derechos humanos de las personas migrantes se encuentran en una situación vulnerable ya que el Estado Mexicano no garantiza su protección a pesar de que es obligación proveer dicha protección. Es por ello que "la Comisión insta al Estado Mexicano a adoptar las medidas necesarias para proteger a los defensores de derechos humanos y los periodistas hasta tanto se reglamente y entre en funcionamiento el mecanismo de protección" (CIDH, 2013, párr. 274).

La Comisión Interamericana (2013) exhorta al Estado mexicano a garantizar el respeto y protección de los derechos humanos de los migrantes y de sus defensores, siempre y cuando se implemente una política pública que los proteja de violaciones a sus derechos y se sancione a los que atentan contra su integridad; además, llama al Estado mexicano a garantizar los recursos para el funcionamiento de este mecanismo de protección (párrs. 278 y 409).

El CMW ha recibido denuncias de acoso, agresiones y hasta muerte de defensores de derechos humanos, además de denuncias sobre la falta de investigación e impunidad sobre estos hechos; se proponen medidas concretas y eficaces para su comisión (CMW, 2011, párr. 51 y ss.).

2.6. Deficiencias en la entrega de visas humanitarias

Existen denuncias de que las autoridades de migración mexicanas no cumplen con su obligación de informales sobre el derecho de obtener la visa humanitaria para aquellos trabajadores migrantes y sus familias que han sido víctimas o testigos de trata o tráfico de personas, violando el derecho como migrante, pues en muchos casos optan por la repatriación voluntaria (CMW, 2011, párr. 41 y ss.).

2.7. Uso excesivo de la fuerza

Las autoridades mexicanas y de manera específica los funcionarios del Instituto Nacional de Migración (INM), hacen uso excesivo de la fuerza para realizar sus funciones de verificación y vigilancia migratoria, por lo que es conveniente su capacitación para el ejercicio adecuado de sus funciones. Se resalta que dichos funcionarios no podrán delegar sus actividades a otras personas (CMW, 2011, párrs. 31-32).

"El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades" (CIDH, 2013, párr. 232). Dado lo anterior, el Estado Mexicano tiene la obligación de investigar efectivamente para esclarecer los hechos y en su caso sancionar toda violación a los derechos humanos.

3. GRUPOS VULNERABLES DE MIGRANTES

Los grupos vulnerables de trabajadores migrantes y sus familias que serán analizados son los siguientes: mujeres, trabajadoras domésticas, niños, y migración agrícola.

3.1. Derechos de las mujeres migrantes

El Relator especial en 2009, expresa que las víctimas mujeres y niños cada año varía de entre 16.000 a 22.000. El tipo de violencia es de acoso, tratos inhumanos, prostitución y abuso sexual. También hay un número elevado de mujeres muertas en Ciudad Juárez por diversas razones pero que incluyen también discriminación de género. El INM detiene aproximadamente el 20% de mujeres migrantes centroamericanas de Honduras, Guatemala y el Salvador y las deporta. Asimismo, el personal de éste instituto les da un trato violento, discriminatorio y agresivo, y no reciben el servicio médico adecuado. Se resalta que en 2007, el Instituto Nacional de Migración recibió un número muy reducido de solicitudes de mujeres migrantes de asilo (solamente 40), por falta adecuada de información de sus derechos. Y que solamente a cuatro mujeres les otorgo el estatus de refugiadas, todas de nacionalidad iraquíes.

La Comisión Interamericana (2013) fue informada de que se han instalado Módulos de Atención en las estaciones migratorias para niños migrantes no acompañados. Como resultado de estas medidas, se ha incrementado el nivel de detección de niños migrantes en situaciones de riesgo, víctimas de trata de personas o que son objeto de tráfico de migrantes.

La Comisión Interamericana (2013) considera que las instalaciones y el trato en las estaciones migratorias son contrarias a la naturaleza administrativa de la detención; que las mujeres migrantes, en especial las niñas y las adolescentes son quienes se encuentran en una mayor situación vulnerable, propensas a ser víctimas de trata, explotación sexual y prostitución; insta la Comisión en la necesidad de elaborar políticas públicas para combatir la discriminación en un marco de perspectiva de género (pp. 182, 66 y 224).

3.1.1. Violencia sexual

La ausencia de respuestas eficaces y prontas del Estado mexicano facilitan las violaciones a derechos humanos. En este caso, la violencia sexual tiene mayores probabilidades de ocurrencia debido a que no se pro-

tege la vida, la integridad y la libertad de las personas migrantes (CIDH, 2013, párr. 337).

El CMW desde 2011, afirmó que no obstante la creación de organismos especializados para la protección de los derechos humanos de los migrantes y sus familiares por parte del Estado mexicano, y la aprobación de protocolos de actuación, no existe un efectivo acceso a la justicia y a los recursos eficaces de reparación adecuada por la violación de sus derechos humanos, como por ejemplo la creación de una Fiscalía del Migrante en el Estado de Chiapas, y la adopción en 2010 de Protocolos de Identificación y Asistencia a Víctimas del Delito por parte del Instituto Nacional del Migrante; y no existe una tutela judicial efectiva, ante las numerosas denuncias de mujeres víctimas de violencia sexual (CMW, 2011, 5, No. 25 y ss.).

3.1.2. Trabajadoras domésticas

Desde 2009, el Relator Especial señaló el abuso clandestino de trabajadores migrantes domésticos, la mayoría de ellos son mujeres de origen centroamericano (Guatemala, el Salvador y Honduras) e indígena; la falta de información de ellas en número, localización y origen; la falta de programas de protección de sus derechos y de adecuada regulación (ONU, 2009, 12).

El CMW en 2011, resaltó que los trabajadores domésticos son en su mayoría mujeres y no tienen sistemas adecuados para denunciar a sus empleadores por violaciones de derechos humanos que van desde malos tratos, tortura, hasta violación sexual. No existen adecuados sistemas de inspección de los lugares donde realizan sus trabajos (CMW, 2011, 7, No. 38 y ss.). Se propone seguir la Observación General N. 1, aprobada por el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, denominada "*Sobre los Trabajadores domésticos migratorios*" que contiene recomendaciones a los Estados partes, relativas a los temas siguientes: sensibilización y capacitación previas de su partida, generalmente mujeres que realizan el trabajo doméstico; cooperación de los Estados; creación de agencias de contratación; condiciones de trabajo; seguridad social y servicios de salud; derecho a la sindicalización para la negociación y la protección colectiva; libertad de religión y expresión; acceso a la justicia y a recursos judiciales; acceso a una situación migratoria regular; respeto a la unidad familiar; medidas para la protección de los niños y disposiciones con perspectiva de género; y obligaciones de embajadas y consulados (CMW, 2010, N.º. 1. 13º).

Es recomendación de la Comisión garantizar la protección de las trabajadoras domésticas a través de la fiscalización en sus lugares de trabajo, así como efectiva difusión de los derechos que son inherentes a su persona y de los cuales puede gozar según los tratados internacionales; además, el Estado Mexicano debe prestar atención a que los menores de 14 años no realicen ningún tipo de trabajo (CIDH, 2013, párrs. 59 y 409).

3.2. Niños

3.2.1. Menores no acompañados

En 2007, reportó el Relator Especial acerca de los niños menores no acompañados que, por una parte, habían recibido asistencia 21.366 niños por el DIF; por otra parte, 17,558 eran menores mexicanos no acompañados. Aquellos migrantes menores que estaban de tránsito eran objeto de explotación sexual por las redes de trata de personas, como por las llamadas "maras". Asimismo, se observa por el Relator Especial (2009), que no existe una política pública uniforme para los migrantes menores no acompañados; no existe uniformidad en las consideraciones del concepto de 'niño' en los términos de la Convención de los Derechos de los Niños, no obstante la disposición taxativa de considerar a los niños como aquellos menores de dieciocho años de edad; a pesar del número tan grande de menores migrantes no acompañados, son muy pocos los menores en los refugios (ONU, 2009, 13-14).

Ya en 2011, el CMW señaló que el número de niños migrantes no acompañados ha aumentado, por lo que el Comité propone a los Estados parte, las siguientes acciones: de protegerlos conforme al principio del interés superior del menor; que su aseguramiento sea por excepción y el menor tiempo posible; que se debe identificar de manera inmediata quienes han sido víctima de delitos para que reciban un trato especializado; y que la repatriación será solamente en su interés y si existen condiciones para ello y se regule su tutela.

La Comisión Interamericana exhorta a los Estados a que adopten medidas de protección respecto de los niños no acompañados. En el caso del Estado Mexicano, los menores no acompañados deben ser canalizados al Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia de forma inmediata debido a que la Ley de Migración y su Reglamento así lo estipulan. Además, la Comisión recomienda adoptar medidas legislativas que garanticen que los niños no sean puestos bajo protección migratoria

donde el interés superior del menor debe ser protegido con base en el artículo 19 de la Convención Americana y de las obligaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por último, "los niños no deben ser separados de sus familiares o tutores, y si no están acompañados, deben realizarse arreglos para su cuidado a cargo de un organismo capacitado" (CIDH, 2013, p. 253).

3.2.2. Trabajo infantil

En 2009, el número de trabajadores infantiles fue de más de 100.000 nacionales y extranjeros de manera especial en el sector agrícola, minero y servicio doméstico. Un número muy grande son provenientes de Guatemala (ONU. Relator Especial, 2009, p. 15).

Es bien dado que la pobreza y la pobreza extrema, así como la falta de oportunidades de trabajo y las carencias que no permiten tener una vida digna, motiven la migración internacional en materia de trabajo infantil del total de la población jornalera agrícola en México; "el 20,4 % de los trabajadores eran menores de 12 años y cerca de un 40 % menores de 18 años" (CIDH, 2013, párr. 603).

Sin embargo, el 10 de junio de 2015, México ratificó el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo que establece en primer término que los Estados miembros de dicho convenio deberán especificar la edad mínima de admisión al empleo de acuerdo con las disposiciones de los artículos 4 al 8 del mismo ordenamiento; que la edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o moralidad, no deberá ser inferior a los dieciocho años según el artículo 3. Por otro lado, el Convenio estipula que la legislación nacional de los Estados puede permitir el empleo o trabajo a personas menores, de trece a quince años, en trabajos ligeros mientras que éstos no afecten su salud, desarrollo o que afecten su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o enseñanza².

3.2.3. Registro civil

Respecto del Registro Civil, la Comisión (2013) se pronuncia con el señalamiento del artículo 9 de la Ley de Migración en confrontación con el derogado artículo 68 de la Ley General de Población, donde se protege y garantiza a los migrantes a celebrar actos del estado

civil así como la expedición de actas (CIDH, 2013, 263, no. 592).

Existen denuncias de trabajadores migrantes consistentes en que las oficinas del registro civil no permiten registrar a sus hijos nacidos en territorio nacional, violando los Artículos 30 y 1 de la Carta Fundamental mexicana, que considera mexicanos a todos aquellos nacidos en el territorio nacional, *ius soli*, sin importar la nacionalidad de sus padres, ni su situación migratoria regular o irregular, y porque se prohíbe el trato desigual del tipo de discriminación por razón de origen. Por estas razones, se propone que se acepten su inscripción como nacionales (CMW, 2011, párrs. 40 y ss.).

4. MIGRACIÓN AGRÍCOLA

La migración agrícola, en donde sus participantes provienen mayormente de Guatemala, consiste en el acto de trabajar en estados fronterizos en labores agrícolas. Sin embargo, las condiciones donde desempeñan sus actividades son precarias e insalubres; "de acuerdo con los resultados de la Encuesta Nacional de Jornaleros Agrícolas (ENJO, 2009), del total de jornaleros agrícolas en México, un 21,3 % son migrantes". Por lo que la Comisión recomienda reforzar la protección de los trabajadores agrícolas "a través del monitoreo y fiscalización en terreno de las condiciones en que desarrollan sus trabajos y asegurar que se estén desarrollando bajo contratos de trabajo formales" (CIDH, 2013, párrs. 600 y 615).

México también es un país de destino por la migración agrícola que proviene de Centroamérica y de los estados de Oaxaca, Chiapas y Veracruz y van a los estados del Norte de Sinaloa, Sonora y Coahuila a la cosecha de tomates y manzanas, entre otros cultivos. Se calcula que el número de migración interna es de 3,5 millones, en su mayoría de pueblos indígenas. Las condiciones de trabajo, sanitarias, de alojamiento, transporte y educación de estos migrantes son inferiores a las previstas en los acuerdos internacionales (ONU, 2009, 4, 8-9). El Estado de Chiapas constituye una región de migración agrícola de origen y de destino, debido a que por una parte, un numeroso grupo de indígenas van a buscar mejores salarios a los Estados del norte del país. Por otra parte, ante tal desplazamiento, escasea la mano de obra en el mismo Estado de Chiapas; para la cosecha de café,

2 - Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, entrada en vigor el 19 junio 1976, adoptado en Ginebra, 58ª reunión CIT el 26 junio de 1973, ratificado por México el 10 de junio de 2015.

proviene de Guatemala para realizar actividades agrícolas, aproximadamente 300.000 trabajadores agrícolas de extracción, en su mayoría indígenas. Se resalta, que el pago a los trabajadores agrícolas de ésta región es muy bajo en relación con los estándares internacionales; no obstante, en su país de origen es 50 % más bajo (ONU. Relator Especial, 2009, pp. 4-12).

CONCLUSIONES

La violación de derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familiares en la frontera sur en México son graves, de alta incidencia y generalizados.

Los migrantes y su familia son ya un grupo vulnerable, pero estas violaciones de derechos humanos son aún más graves debido a que dentro de ese grupo ya vulnerable, la incidencia mayor es a mujeres, trabajadoras domésticas, niños y migrantes agrícolas.

Los tipos de violaciones a los derechos humanos de mayor incidencia a migrantes son: corrupción, discriminación, secuestros, extorsiones, trata y tráfico ilícitos de personas, violencia sexual y uso excesivo de la fuerza.

Los autores de las violaciones de derechos humanos son principalmente autoridades vinculadas con actividades de vigilancia de aplicación de las normas migratorias, ya sea por acción u omisión.

El incumplimiento de las autoridades de migración de no informar debidamente a los migrantes sobre su situación migratoria y sus derechos, da lugar a violaciones graves como deportaciones indebidas y violaciones a menores de edad, especialmente no acompañados y mujeres.

Los programas de regularización migratoria se requieren ampliar en cuanto al periodo y las nacionalidades que comprendan.

Las recomendaciones de organismos internacionales de la ONU como el CMW, relatores especiales y la OEA como CIDH, especializados en migración al Estado mexicano, son reiteradas en las visitas a México por parte de éstas autoridades, pero la incidencia de graves violaciones a los derechos humanos no han disminuido, no obstante los esfuerzos de modificar las normas jurídicas, creación de instituciones para atender a los migrantes y aumento de servidores públicos.

Las violaciones de derechos humanos a migrantes en México son graves, de manera que se viola el *ius cogens* al cometerse violaciones como discriminación, violación a la igualdad de personas, tortura, tratos crueles e inhumanos, trato indigno y privación de la libertad personal y a la integridad persona.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Bobes, V. (2016). Política Migratoria en México. Legislación, imaginarios y actores. México. Flacso.
- II. Bustamente, A. (2014), Responsabilidad del Estado y las Migraciones Internacionales. En Pérez González, C (Ed.) Derecho Internacional y Protección de Mujeres Migrantes en Situación de Vulnerabilidad. (pp. 13-54), Valencia. Tirant lo Blanch.
- III. Carbonell, M (2015). Derecho Penal y libertad, México, Tirant lo Blanch.
- IV. CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013), Informe sobre migrantes en México. Tomado de: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf>
- V. CONAPO (2017). Anuario de migración y remesas. México. CONAPO, Fundación BBVA Bancomer.
- VI. Islas-Colín, A., y Lara-Romero, L. (2017). Dark Side of a Global Community: Girl Trafficking in the Southeast of Mexico. International Journal of Humanities and Social Science Invention, 6(2), 50-57.
- VII. López-Pérez. N. (2016) ¿Existen crímenes de lesa humanidad cometidos en contra de la población migrante en México? (pp. 216-241). En Guevara JA. (Ed.) Ensayos sobre Temas Selectos de la Corte Penal Internacional, México. Tirant lo Blanch.
- VIII. Mora, G. (2016) La incorporación de la interculturalidad en la gestión migratoria (pp. 61-109). En Escobar. I (Ed) Para comprender la migración internacional. México, Tirant lo Blanch.

REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

- IX. Iglesias, A. (2013), Trata de Mujeres con fines de explotación sexual. Valencia. Tirant lo Blanch.

- X. Prado Carrera, G. (2017). Los Derechos Humanos de los Migrantes. Perfiles de las Ciencias Sociales, 4(8), 240-258.
- XI. Ortiz, L (2011), El Derecho de Acceso a la Justicia de los Inmigrantes en Situación Irregular. México. UNAM.
- XII. Tellez, E. (2014), Derecho Internacional en la Práctica Latinoamericana. México. UNAM-Tirant lo Blanch.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- XIII. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF 05/02/1917) Reforma del 24 de febrero de 2017.
- XIV. Ley de Migración (DOF.25/05/2011) Reforma del 21 de abril de 2016.
- XV. Ley del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas (DOF 17/04/2012).
- XVI. Ley Federal del Trabajo (DOF.01/04/1970) Reforma del 12 de junio de 2015).
- XVII. Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (DOF 17/12/2015).
- XVIII. Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; Nueva (DOF 04/12/2014).
- XIX. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (DOF 04/12/2014).
- XX. Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Estos Delitos (DOF 14/06/2012) Reforma del 19 de marzo 2014.
- XXI. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (DOF 29/05/2000) Reforma del 05 de diciembre de 2014, Abrogada.
- XXII. Reglamento de la Ley de Migración (DOF 28/09/2012) Reforma del 24 de mayo de 2014)

Programas

- XXIII. Programa de Regularización Migratoria (temporal) (DOF 11/10/2016).
- XXIV. Programa Especial de Migración 2014-2018. (DOF 30/04/2014).
- XXV. Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018 (DOF 30/04/2014).

Acuerdos o convenciones internacionales

- XXVI. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,

- ratificados DOF 4 de marzo de 2003.
- XXVII. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (DOF 20/02/1965).
- XXVIII. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas, ratificada el 18 de marzo de 2008.
- XXIX. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, (DOF 13/05/1975).
- XXX. Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (AG resolución 45/158, DOF 18/12/1990).
- XXXI. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (DOF 12/05/1981).
- XXXII. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada el 17 de diciembre de 2007 y su Protocolo Facultativo.
- XXXIII. Convención Sobre los Derechos del Niño (DOF.25/01/1995).
- XXXIV. Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957 (No. 105).
- XXXV. Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (No. 29).
- XXXVI. Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1976 (No. 138).
- XXXVII. Declaración Universal de Derechos Humanos (10/12/1948).
- XXXVIII. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (DOF 20 de mayo de 1981).
- XXXIX. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DOF 12/05/1981).
- XL. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (DOF 10/04/2003).
- XLI. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificado el 11 de abril de 2005.
- XLII. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la de Personas, especialmente Mujeres y Niños (DOF 10/04/2003).
- XLIII. Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 86).
- XLIV. Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No.151).
- XLV. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a la abolición de la pena de muerte, en 2007.

Resoluciones de la ONU

- XLVI. CMW, Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familias. (2010), 13º periodo de sesiones. Observaciones Generales, N°. 1.
- XLVII. CMW, Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familias, CMW (2010), Observaciones Generales, N°. 1. 13º periodo de sesiones.
- XLVIII. CMW, Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familias, CMW (2011), Informe de México.
- XLIX. ONU, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2009), Misión a México.
- L. ONU, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2002), Misión a México.

ARTÍCULO DE REVISIÓN



Los acuerdos de Paz del Teatro Colón y su carácter normativo: una aproximación desde el derecho internacional*

The peace agreements of Colón Theatre and normative regulation: an approximation under international law

Raúl Fernando Núñez Marín

Director de la Maestría en Derechos Humanos y Cultura de Paz
de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Colombia
rfnunez@javerianacali.edu.co

David Alejandro Claros Hernández

Profesor Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Colombia
daclaros2@gmail.com

Recibido: 30/03/17 Aprobado: 17/08/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1552>

RESUMEN

La implementación de los acuerdos de paz evidencia una serie de cuestionamientos de orden jurídico que deben ser abordados desde diversas áreas del derecho. El derecho internacional, en relación con el derecho interno, muestra cómo no todo el texto de los acuerdos alcanzados logra la calificación de acuerdo especial, con base a los postulados de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y de la práctica del Derecho Internacional Humanitario y por lo tanto, su inclusión en el bloque de constitucionalidad debe ser parcial y bajo los mecanismos que la propia Corte Constitucional ha establecido en su jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE

Acuerdos Especiales; Acuerdos de Paz; Bloque de Constitucionalidad; Derecho Internacional; Derecho Internacional Humanitario.

ABSTRACT

The Peace agreements' implementation evidence a variety of legal issues, which must be investigated from various aspects of law. International law, regarding domestic law, demonstrates that the complete text of the reached agreements does not qualify as special agreement. This qualification is based on the postulates of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the practice of International Humanitarian Law. Therefore, its inclusion in the constitutionality block must be partial and must be under the mechanisms that the Constitutional Court has established in its jurisprudence.

KEYWORDS

Constitutionality Block; International Humanitarian Law; International Law; Peace Agreements; Special Agreements.

* Artículo de Revisión

INTRODUCCIÓN

Los acontecimientos recientes en el devenir jurídico colombiano han llevado a que en la academia se presente una interesante discusión sobre la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de los acuerdos de paz con las FARC-EP (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo). Esta discusión implica el análisis de los elementos de una antigua controversia jurídica en el derecho, referida a las relaciones entre el derecho internacional público (DIP) y el derecho constitucional, y a las formas de recepción que los Estados tienen del derecho internacional.

Frente a esto, las iniciativas gubernamentales que se materializan en un acto legislativo implican el reconocimiento de éstos acuerdos como parte del Bloque de Constitucionalidad por disposición del propio acto legislativo; previsión que modifica la práctica emanada del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia y de la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional colombiana.

Este artículo de revisión, basado en una metodología de carácter hermenéutico-analítico, tiene por objetivo mostrar el estado del arte referido al bloque de constitucionalidad en Colombia y a la recepción del Derecho Internacional, y cómo esto influye en la posibilidad de materializar los acuerdos de paz como normas supraconstitucionales, constitucionales o infraconstitucionales.

Así mismo, se deja en claro desde este punto que el análisis se realizará en relación a los acuerdos de paz suscritos en el Teatro Colón y no frente a toda la normativa "derivada" de éstos acuerdos, a saber: los actos legislativos, leyes y decretos reglamentarios que se han emitido, puesto que estas disposiciones se ciñen al carácter normativo que la propia Constitución les otorga y no existe discusión sobre su carácter vinculante y normativo en el ordenamiento jurídico colombiano. Pese a esto, en el análisis final de los acuerdos, se incluirán algunas disposiciones de éstas normas que reflejan y confirman la posición de los autores sobre su inclusión en los acuerdos especiales.

1. TEORIZANDO SOBRE LOS ACUERDOS

1.1 Naturaleza de la expresión 'acuerdo'

Para comenzar el análisis, de manera introductoria, es menester referirse al concepto de 'acuerdo' en el derecho internacional general. Para tal efecto se abordará, desde las fuentes del derecho internacional, las distinciones que se han hecho respecto de este concepto, haciendo principal énfasis en la interpretación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) que han realizado tanto los ius-publicistas como la jurisprudencia más relevante.

1.2. Definición de la Convención de Viena de 1969

La CVDT no provee en general una definición específica de 'acuerdo internacional', pues hace referencia a este en dos aspectos específicos: primero como parte de la definición de 'tratado' (art. 2) y segundo para referirse a aquellos instrumentos internacionales que no están regulados por ésta Convención por no cumplir con sus formalidades o por estar suscritos con sujetos del derecho internacional distintos a los Estados (art. 3).

De aquí podría deducirse que la CVDT le otorga a los acuerdos internacionales un carácter de género y a los tratados internacionales un carácter de especie. De igual manera, algunos doctrinantes han manifestado que la CVDT establece una definición amplia y una definición restringida respecto del 'tratado', asimilando en cierta forma a los Acuerdos Internacionales en sentido estricto con la definición amplia (Travieso, J. 2012).

De igual forma, la serie de tratados de Naciones Unidas reconoce que el término 'acuerdo' puede ser usado en tres sentidos: un sentido genérico, que es el del artículo 3 de la CVDT; un sentido particular, que se refiere a acuerdos propios del derecho internacional económico y por último, en el sentido del Derecho de la Integración Regional, ámbito en el cual se suele utilizar ésta terminología. Al respecto, en su libro *International Law*, Shaw (2008) manifiesta que otros tipos de acuerdos que no están estrictamente incluidos en el artículo 2 de la Convención de Viena, no pierden su carácter internacional y su validez, tales como muchos acuerdos comerciales internacionales que son realizados con diferentes sujetos del derecho internacional (Shaw, M. 2008, p. 114).

2. ANÁLISIS HISTÓRICO DE LOS 'ACUERDOS' EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Al no existir en el Tratado una claridad respecto del sentido del término, es necesario remitirse a los tratados preparatorios de la CVDT. Es así como se encontró el proyecto comentado de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 1967, en el cual se manifiesta que el proyecto que finalmente se convirtió en Convención decidió eliminar la posibilidad de suscribir tratados con otros sujetos del derecho internacional (especialmente las organizaciones internacionales) debido a las múltiples especificidades que estos tendrían, pero decidió mantenerles su estatus internacional y sus efectos; mediante la reserva del artículo 3, la CDI lo manifiesta en estos términos:

4) La Comisión consideró no menos indispensable impedir cualquier equívoco que pudiera ocasionar la limitación expresa del proyecto de artículos a los tratados celebrados entre Estados o la supresión de las referencias a los tratados de "otros sujetos de derecho internacional" y de las "organizaciones internacionales". En consecuencia, decidió subrayar en el presente comentario que no ha de interpretarse la supresión de esas referencias como reflejo de un cambio de opinión de la Comisión en cuanto a la índole jurídica de esas formas de acuerdos internacionales. Decidió además agregar al artículo 3 (antiguo artículo 2) una reserva específica con respecto a su valor jurídico y a las normas que les son aplicables. (Naciones Unidas, 1967).

Así mismo, en el comentario al artículo 2 manifiesta con más claridad:

5) El vocablo "tratado", tal como se emplea en el proyecto de artículos, se refiere únicamente a los acuerdos internacionales celebrados entre "Estados". El hecho de que aquí se defina así y se emplee en este sentido a lo largo de los artículos no implica, como ya se subraya en el comentario al artículo anterior, la intención de negar a otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones internacionales y las colectividades insurgentes, la capacidad para celebrar tratados. (Subrayado por fuera del texto) (Naciones Unidas, 1967).

Puede observarse entonces, con claridad meridiana, que la intención de la comunidad internacional en su conjunto fue la de mantener la vigencia en materia de efectos de

acuerdos internacionales donde una de las partes sean las colectividades insurgentes. Al respecto, más adelante se explicará cómo el concepto de insurgencia se modifica a través del tiempo, específicamente en el Protocolo 2 adicional a los Convenios de Ginebra, hacia el concepto de 'grupos armados'.

Sin embargo, ésta postura no está libre de oposiciones. Si bien es cierto que el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), le ha reconocido cierto estatus a los grupos armados en el Protocolo 1 adicional, dándoles la oportunidad de realizar una declaración unilateral¹ de sometimiento a sus reglas (especialmente dirigida a los movimientos de liberación nacional) bajo la cual se les otorgan ciertos derechos y obligaciones (Plattner, 1985, p. 299), el Derecho Internacional Público no les otorga ningún derecho especial, lo cual puede observarse en el *ius ad bellum* y en el *ius contra bellum*. Al respecto, la doctrina ha expresado que en un derecho de carácter estatocéntrico es necesario incluir a los grupos armados como un nuevo sujeto que expliquen la naturaleza de la relación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*; esto plantea una desigualdad en el estatus jurídico de los grupos armados en las relaciones emanadas del DIH (Dabbone, Z. 2011, p. 395).

2.1. Desarrollo conceptual: Los acuerdos especiales a la luz del Derecho Internacional Humanitario

Los acuerdos especiales tal como sostiene Neff, S. (2010), son herramientas específicas del Derecho Internacional Humanitario, cuyo objetivo radica en la ampliación de las obligaciones en cabeza de las partes en el marco de un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o no internacional, así como en la concertación de ciertos puntos relevantes al desarrollo de las hostilidades. Su origen es consuetudinario, y se remonta a comienzos del siglo XIX donde fueron empleados fundamentalmente para el intercambio de prisioneros de guerra entre los bandos y el pacto de treguas o armisticios.

De tal suerte, fueron consagrados en las convenciones de Ginebra de 1864, 1906 y 1929, como herramientas a disposición de las partes para acordar mecanismos de retorno de los heridos y enfermos a sus Estados de

1 - La doctrina ha entendido que más que un *treaty making power* (capacidad para celebrar acuerdos internacionales), aquí se está frente a un acto unilateral de un sujeto, parecido a lo que se denomina en el DIP un 'Acte Condition'. Cfr. Georges Abi-Saab, 'Les sources du droit international: essai de déconstruction', in Le droit international dans un monde en mutation. Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Arechaga, Vol. I, Fundación, Montevideo, 1994, pp. 38-39.

origen. En ese sentido, su desarrollo gravitó exclusivamente en el plano interestatal, limitándose su aplicabilidad a los conflictos armados de carácter internacional.

No obstante, tras la entrada en vigor de los Convenios de Ginebra de 1949, se hizo referencia expresa a los acuerdos especiales en dos disposiciones diferentes: en el artículo 3 común, como una herramienta para la entrada en vigencia de obligaciones adicionales en materia de DIH en el marco de los conflictos armados de carácter no internacional; y en el artículo 6 común (7 del Convenio IV), como una posibilidad de las partes contratantes en conflicto para ponerse de acuerdo respecto de ciertos puntos relacionados con el desarrollo de las hostilidades.

Frente a este punto, Barbosa, F. (2017) concluyó respecto al valor del pacto general de paz firmado en el Teatro Colón, que éste adquiere la connotación de acuerdo especial conforme al DIH, sustentado en ambas disposiciones, a saber: el artículo 3 común a los convenios de ginebra de 1949 y artículo 6 del Convenio III promulgado el mismo año. Sin embargo, su principal diferencia bajo su concepto se esgrima en que los denominados 'acuerdos especiales' del artículo 6 buscan mantener o mejorar el estatus de los prisioneros de guerra, mientras que los del artículo 3 común, protegen en general las víctimas de un conflicto armado interno; situación que se analizará a continuación.

2.2. Los acuerdos especiales alcanzados en el caso colombiano, analizados bajo lo consagrado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949

En línea con lo anterior, se sostiene que sin lugar a dudas los acuerdos alcanzados con el grupo armado "FARC-EP", contenidos en el *"Nuevo acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera"*, corresponden a acuerdos especiales en el marco del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y sometidos a las precisas limitaciones que ellos entrañan. Esto, en virtud de los argumentos que se expondrán a continuación.

1. La existencia de un conflicto armado de carácter no internacional en el territorio colombiano ya ha sido ampliamente reconocido a nivel nacional tanto por la jurisprudencia de los altos tribunales, como por el

mismo gobierno. Debe precisarse que el reconocimiento de ésta situación fáctica no equivale a la adquisición de beligerancia por parte de cualquiera de los actores en el conflicto según el artículo 3 común.

2. Los acuerdos se encuentran en la delicada esfera de competencia que desarrolla el artículo 3 común. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha entendido que los acuerdos de paz, las treguas o los ceses al fuego, pueden estar comprendidos entre los acuerdos especiales en el marco de dicha disposición, solo en la medida que desarrollen o pongan en práctica alguna de las disposiciones contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949, o que reconozcan -siempre de una manera más garantista al ser humano- normas de DIH consuetudinario; el cumplimiento de esto, se analizará en un acápite posterior del presente (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2016).

3. Los acuerdos fueron negociados de buena fe por las partes en conflicto, y cristalizados en documentos escritos que brindan certeza sobre el alcance de las obligaciones en cabeza de cada una de las partes.

Como corolario de lo anterior, debe enfatizarse entonces que al cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, se dotan los acuerdos del carácter especial. De hecho, tal como sostiene Barbosa, F. (2017), gran parte de las disposiciones del acuerdo son de naturaleza humanitaria, entendiendo por humanitario no solo lo que es de la esencia misma del *ius in bello* sino también la complementariedad en el marco de conflictos y posconflictos del DIH con los DDHH y, por ello, poner punto final al conflicto de ésta manera; bajo su apreciación protege el post-acuerdo, dado que la firma de la paz con las FARC desarrollará aspectos humanitarios innegables, propios de una "Lex pacificatoria" como la invocada por la profesora Bell, C. (2014).

2.3 Caracterización de los acuerdos especiales en el derecho interno

Hasta el momento, se ha demostrado que los acuerdos alcanzados entre el grupo armado "FARC-EP" y el gobierno nacional llenan los requisitos del DIH para ser considerados acuerdos especiales en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. En este apartado se explicarán los posibles escenarios que la caracterización como acuerdos especiales puede tener en el plano del derecho nacional, y las perspectivas

de incorporación de los mismos al bloque de constitucionalidad.

2.3.1 Los acuerdos especiales considerados como "tratados internacionales entre sujetos del derecho internacional"

En este acápite se analizarán las dos posiciones existentes en los debates jurídicos contemporáneos frente a la personalidad jurídica de los grupos armados bajo el derecho internacional. En un primer acápite se estudiará la postura que les otorga capacidad para ser sujetos y luego las visiones que consideran imposible ésta aseveración.

2.3.2 Los grupos armados como sujetos del Derecho Internacional. Posibilidad de considerar como 'tratado' a los Acuerdos de Paz del Teatro Colón

La doctrina y la jurisprudencia clásica han entendido a los Estados como los sujetos plenos del derecho internacional, facultados para adquirir derechos y contraer obligaciones en el plano internacional. No obstante, el avance de las relaciones internacionales y el desarrollo progresivo del derecho internacional y en particular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, ha decantado en una ampliación y flexibilización de los conceptos clásicos de esta rama del derecho. Así, la posición predominante en la actualidad, considera al derecho internacional como un proceso dinámico de toma de decisiones donde se ven envueltos multitud de participantes.

Lo anterior se ve con especial claridad en el marco del DIH, pues su aplicabilidad no se encuentra limitada a las relaciones interestatales, sino que proyecta sus efectos sobre los individuos y otra serie de actores no estatales, entre los que cobran especial relevancia los grupos armados insurgentes. En ese sentido, las normas en materia de DIH generan obligaciones *erga omnes* de protección sobre la población civil y de quienes se encuentran *hors de combat*, sobre las cuales existe un interés legítimo, tanto de los Estados como de los grupos armados (CICR, 2016) en los conflictos armados de carácter no internacional, de garantizar su efectividad (Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, 1999).

Sobre el papel que desempeñan los grupos armados en los conflictos armados de carácter no internacional, y su posibilidad de suscribir acuerdos especiales en el marco del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra

de 1949, ya se ha referido la Corte Constitucional en oportunidades anteriores.

En la sentencia C-225/95, ésta honorable Corte sostuvo que:

El artículo 3º común señala que las partes en conflicto podrán realizar acuerdos especiales con el fin de vigorizar la aplicación de las normas humanitarias. Tales acuerdos no son, en sentido estricto, tratados, puesto que no se establecen entre sujetos de derecho internacional público sino entre las partes enfrentadas en un conflicto interno, esto es, entre sujetos de derecho internacional humanitario (CConst, C-225/95, A. Martínez.).

Si bien la posición de la Corte es tajante en afirmar que los acuerdos especiales no son "en estricto sentido" tratados internacionales, debe reconocerse que en el panorama jurídico actual, dicha posición debe ser revalorada a la luz de los nuevos desarrollos del derecho internacional, y en particular por dos razones, a saber: (i) por la naturaleza esencialmente consuetudinaria del DIH, lo que implica su constante desarrollo y expansión en virtud de la práctica material y la *opinio juris* de las partes en conflicto; y, (ii) la consagración constitucional del reconocimiento a los principios del derecho internacional en el artículo 9 de la Carta Política.

Sobre este último punto, cabe decir que, en materia de tratados internacionales, el derecho internacional no se agota en los estrictos términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 tal y como se manifestó en el primer acápite. Afirmar la prevalencia de una noción puramente 'interestatal' de la facultad presidencial de dirigir las relaciones internacionales, y de acordar instrumentos jurídicos de distinta naturaleza en desarrollo de dicha función, sería negar de plano la existencia incluso de los tratados celebrados con las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, pues el alcance de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 excluye expresamente ésta clase de actos.

Frente al asunto que nos compete, tal y como se manifestó en el primer acápite de este artículo, cabe decir que desde 1962 la Comisión de Derecho Internacional, en los debates relativos a la redacción del proyecto de convención sobre el derecho de los tratados, contempló con claridad la posibilidad de celebrar tratados entre diferentes sujetos del derecho internacional, entre los que reconoció los 'insurgentes' o levantados en armas contra el orden constitucional de un Estado.

2.3.3 Falta de capacidad jurídica de los grupos insurgentes para celebrar tratados internacionales.

Otra de las posturas es aquella desde la cual no pueden considerarse como 'tratados internacionales' acuerdos de paz celebrados entre un Estado y un grupo insurgente por cuanto una de las partes, el grupo insurgente -para el caso colombiano las FARC-EP-, no es considerada como sujeto del derecho internacional, siendo éste, tal como se enunció anteriormente, uno de los requisitos de los tratados internacionales de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Viena.

Desde ésta postura se sostienen dos tesis fundamentales para asegurar que, si bien los grupos insurgentes no se encuentran dotados de los elementos suficientes para ser considerados como sujetos plenos del derecho internacional, sí podrían considerarse como sujetos del DIH o también una postura más moderada en donde se les reconoce una personalidad jurídica limitada.

Desde la primera tesis, se concluye que al dotar a los grupos insurgentes de la condición de sujetos del DIH, esto no traería consigo el reconocimiento de personalidad jurídica plena a nivel del derecho internacional (Cassese, A. 1981, p. 416). Desde ésta perspectiva, se ha justificado la calidad de sujetos del DIH desde la denominada doctrina de la jurisdicción legislativa (Moir, L. 2002), bajo la cual a éstos grupos se les aplica las normas del DIH, dado que el Estado en su capacidad de legislar para todos los ciudadanos, ha aceptado dichas normas.

Desde la segunda postura previamente enunciada, aquella que dota y reconoce de personalidad jurídica limitada a los grupos insurgentes, se sostiene que aquellos grupos están obligados a las normas y premisas del DIH en forma independiente al Estado, concluyendo que, así como éstos grupos tienen una serie de deberes y obligaciones derivados de aquellas normas, también deben ser sujetos de algún tipo de reconocimiento de personalidad jurídica. Por esto en ocasión a que los grupos armados, como las FARC-EP, tienen una serie de deberes bajo el DIH, también tendrán una capacidad legal; en consecuencia, se encontrarían provistos de personalidad jurídica, pero ésta personalidad debe advertirse es limitada, ya que sólo les permite ser sujeto de deberes mas no de derechos (Waschefort, G., 2011).

En este sentido, el reconocimiento de la personalidad jurídica a estos sujetos es variable. Autores como Lauterpacht, H. (1970), sostienen que el Estado puede autónomamente reconocer a los grupos armados como sujetos internacionales, en tanto sean titulares de obligaciones de DIH (p. 136-137). Geoffrey Watson a su vez afirma que bajo la practica internacional, ya se le ha reconocido a algunos grupos personalidad jurídica limitada, como ha ocurrido con los movimientos independentistas o de liberación como Mozambique, Guinea-Bissau y Angola, entre otros (Watson, G. 2010). Bajo ésta postura, el autor sostiene que la Organización para la Liberación Palestina -OLP- actuó como sujeto del derecho internacional al firmar los acuerdos de Oslo con el Estado de Israel en 1993.

Sin embargo, esta postura ha sido ampliamente debatida y cuestionada por otros autores como Robbie Sabel, pues en el escenario de los acuerdos de Oslo, la OLP no actuó como sujeto del derecho internacional, por lo que aquellos no tienen la categoría de actos bilaterales en el DI; bajo su tesis, los acuerdos de paz están dotados de valor jurídico bajo el derecho internacional por la actuación de la única parte que tiene personalidad jurídica, siendo ésta el Estado. Esto es posible gracias a una declaración unilateral del Estado, la cual se condiciona al cumplimiento del grupo armado de las obligaciones que le correspondan según los acuerdos (Sabel, R. 2001, p 248-252).

Este punto es especialmente importante en el caso colombiano, ya que Colombia ha sido el único país que en tres momentos diferentes de la historia² ha reconocido beligerancia a grupos armados, incluso grupos extranjeros, lo cual demuestra que la cultura jurídica local ha sido proclive a utilizar figuras del derecho internacional para dotar de capacidad jurídica a grupos armados (Guerrero-Apraiez, V. 2017, p.301).

En conclusión, con las dos posturas anteriormente expuestas, existe absoluto acuerdo en que los Estados tienen plena personalidad jurídica. Sin embargo, existen diferentes visiones sobre el estatus jurídico de los demás intervinientes; es por esto que autores como Christine Bell consideran que los acuerdos de paz con insurgentes no constituyen tratados internacionales en sí mismos aunque, al mismo tiempo, reconocen que estos docu-

2 - Estos tres momentos fueron: 1. En 1870, el Congreso de Colombia promovió el reconocimiento de los insurrectos cubanos frente al Reino de España como beligerantes; 2. En 1979, Colombia lideró los países que reconocieron la beligerancia de los miembros del Frente Sandinista en Nicaragua y 3. En 1999, Colombia reconoció la beligerancia de la misma guerrilla de las FARC ante las negociaciones de San Vicente del Caguán y la existencia de una zona de distensión.

mentos son fuente especial de derecho internacional (Bell, C. 2006, p. 373). En consonancia con ésta postura, sostiene Barbosa, F. (2017) que el acuerdo especial de paz firmado el 24 de noviembre de 2016 y refrendado el 29 y 30 de noviembre del mismo año, si bien no tiene la naturaleza de tratado internacional, sí es una fuente de derecho internacional.

Ahora bien, bajo cualquiera de las dos posturas anteriormente descritas, ya sea como un tratado internacional (primera postura) o como una fuente especial de derecho internacional (segunda postura), es necesario entender cómo se realizaría la incorporación efectiva de éstas fuentes de derecho internacional al ordenamiento jurídico interno, siendo ésta posible a través de la figura del Bloque de Constitucionalidad, el cual es el siguiente aspecto a analizar.

3. EL CONCEPTO DE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO ELEMENTO INTEGRADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El concepto de Bloque de Constitucionalidad ha sido abordado por distintos autores como Estrada Vélez, quien lo define como "el conjunto de normas que configuran una unidad constitucional que es empleada como parámetro de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento" (Estrada, V. 2005, p. 79).

La Corte Constitucional definió el Bloque de Constitucionalidad como aquel

...compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma, diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu (CConst, C-225/95, A. Martínez.).

De lo anterior se colige que el Bloque de Constitucionalidad es mucho más amplio que el texto de la Carta Política porque este comprende además de los principios y normas constitucionales, la incorporación de los convenios internacionales de derechos humanos intangibles, e inclusive los instrumentos internacionales que contienen derechos humanos que sí pueden llegar a ser restringidos durante los Estados de Excepción (como por ejemplo el derecho a la libertad de locomoción), pero

estos últimos solo constituyen "parámetros de interpretación" de los derechos consagrados en la constitución.

3.1. Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto

El bloque de constitucionalidad en sentido estricto estaría conformado por: el texto constitucional incluyendo el preámbulo; las convenciones sobre derecho internacional humanitario; los tratados internacionales consagren derechos humanos no susceptibles de ser restringidos, ni siquiera durante los estados de excepción; los instrumentos internacionales sobre DDHH que reconozcan derechos que a su vez estén consagrados en la norma suprema; los tratados limítrofes, teniendo en cuenta lo establecido en la sentencia C-191-98 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; la Ley estatutaria que regula los Estados de Excepción y la doctrina de los tribunales internacionales con respecto de los tratados de derechos humanos, cuya interpretación y desarrollo les ha sido encomendada en determinados casos.

3.2. Bloque de Constitucionalidad en sentido lato

El Bloque de Constitucionalidad en sentido lato está compuesto por todas las normas antes referidas en el bloque en estricto sentido; es decir, la constitución incluido el preámbulo; las convenciones sobre derechos humanos intangibles y tangibles, siempre que estos últimos estén consagrados en la carta; las decisiones de los tribunales internacionales encargados de analizar e interpretar las convenciones sobre derechos humanos; la doctrina de los órganos de control de los tratados internacionales sobre derechos humanos; las reglas sobre DIH, adicionándose las leyes estatutarias y las leyes orgánicas. Otros autores como Gutiérrez Beltrán sostienen que el bloque en sentido lato está conformado únicamente por las leyes orgánicas y estatutarias excluyendo de esta clasificación las normas que ostentan "dignidad constitucional" (Gutiérrez, B. 2007, p. 34).

3.3. Los acuerdos especiales no ingresarían de forma automática al bloque de constitucionalidad stricto sensu: aplicación del Principio *Pro Persona* como criterio de incorporación al Bloque de Constitucionalidad

Este punto suscita una profunda discusión desde la teoría misma del derecho constitucional y de la incorporación

del derecho internacional al derecho interno. El análisis de ésta cuestión debe partir desde la premisa bajo la cual, la disciplina o práctica de la Corte Constitucional para la inclusión de normas en el Bloque de Constitucionalidad no obedece a una subregla de derecho constitucional ni a una metodología preestablecida (test), sino más bien a una posible arbitrariedad interpretativa bajo un concepto comodín de aplicación del principio *pro persona*, que como ya se vio, en muchos casos no es realmente aplicado por la Corte.

Habiendo dejado en claro lo anterior, debe entonces observarse que lo que se buscaba por parte del Acto Legislativo 01 de 2016 era modificar esta "técnica" de incorporación del derecho internacional, acercándose a la técnica o fórmula establecida tanto en el derecho argentino como recientemente en el derecho brasilero, de identificar directamente en la Constitución o en la Ley que normas hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

Esto debe afirmarse pese a lo establecido en el vigente artículo transitorio xx, adicionado a la Constitución por el Acto Legislativo 02 de 2017, que reza en su tenor literal:

Artículo transitorio xx. En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales (Congreso de la República, 2017).

Si bien este artículo modifica la terminología que se utilizó en el Acuerdo Final y en el Acto legislativo de 2016 en el sentido de no hablar de inclusión en el Bloque de Constitucionalidad, mantiene la idea de considerar el contenido de los acuerdos como parámetro de interpretación de las demás normas, es decir, parámetro de constitucionalidad, que en el fondo implica ser parte del Bloque de Constitucionalidad.

4. ¿IMPLICAN LOS ACUERDOS DE PAZ DEL TEATRO COLÓN UNA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA DE LOS DERECHOS YA RECONOCIDOS?

Dicho lo anterior, debe afirmarse que la única metodología, o presunta metodología que uno podría extraer de

la jurisprudencia de la Corte Constitucional referente a la inclusión de normas en el Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto, hace alusión a la aplicación del principio *pro persona*, razón por la cual ciertos tratados ingresan al bloque y otros no v.gr: CEDAW sí, Belem do Pará no.

Para ello sería necesario identificar dentro de los acuerdos de paz normas que generen una mayor protección a las personas frente a las ya existentes y de esta manera, entenderlas como incluidas en el Bloque de Constitucionalidad; por lo tanto, sería necesario analizar qué normas del nuevo acuerdo sobre el cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y dejación de las armas entre el gobierno nacional y las FARC-EP cumplen este requisito.

Debe mencionarse que esta postura no es compartida por autores como Barbosa, F. (2017). Éste sostiene que únicamente los aspectos humanitarios del acuerdo pueden entenderse incorporados de manera automática, por lo tanto son factibles de aplicar de forma directa, incluyendo en ésta clasificación temas como los del desminado, entrega de menores, cese al fuego bilateral y definitivo, dejación de armas, entre otros. Sin embargo, aquellos otros tópicos que bajo su consideración no se encuentran ligados de manera directa con aspectos del DIH, como los cambios en participación política, la incorporación de la jurisdicción de paz, entre otros, deben insertarse a la Constitución para su aplicabilidad a través de actos legislativos y Leyes.

4.1 ¿Qué normas de los acuerdos de paz podrían ser consideradas como acuerdos especiales en los términos del artículo 3 Común?

Habiendo llegado a la conclusión de que efectivamente el "Nuevo acuerdo final de paz" del 24 de noviembre de 2016 es un acuerdo especial en los términos del artículo 3 común a los convenios de Ginebra (CICR, s.f., p. 6), es imperativo iniciar el análisis frente a qué normas del mismo podrían ser consideradas como acuerdos especiales, o si por el contrario, todo el acuerdo debe ser considerado en su integralidad como un acuerdo especial.

Frente a lo anterior el CICR en su más reciente actualización de comentarios a los Convenios de Ginebra del año 2016 dispuso que:

10. Un acuerdo de paz, un acuerdo de cese de hostilidades u otro acuerdo también pueden constituir acuerdos espe-

ciales a los fines del artículo 3 común, o un medio para aplicar ese artículo, si contienen cláusulas para crear otras obligaciones derivadas de los Convenios de Ginebra y/o sus Protocolos adicionales. Al respecto, cabe recordar que los "acuerdos de paz" concluidos con miras a poner término a las hostilidades pueden contener disposiciones derivadas de otros tratados de derecho humanitario, como la concesión de una amnistía a los combatientes que hayan realizado sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra, la liberación de todas las personas capturadas o el compromiso de buscar a las personas desaparecidas. Si contienen disposiciones derivadas del derecho humanitario, o si implementan obligaciones del derecho humanitario que ya incumben a las partes, esos acuerdos, o las disposiciones pertinentes, según corresponda, pueden constituir acuerdos especiales conforme al artículo 3 común (CICR, 2016).

Partiendo de ésta base, es necesario iniciar el análisis respectivo de los distintos elementos del nuevo acuerdo, para determinar qué elementos deberían ser o no considerados como acuerdos especiales. Debe advertirse, sin embargo, que dada la extensión del acuerdo y las limitaciones de espacio del presente escrito, no se podrán abordar todas las temáticas previstas en el mismo, centrándose de manera esencial en el punto 1 del denominado "Acuerdo del Teatro Colon".

Relativo al punto del desarrollo rural integral, se pueden generar diversas interpretaciones acerca de si se desarrollan o no, a través de éste, normas del DIH. Al respecto, hay que recordar que el Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR- (2008) ha señalado que las partes pueden incluir en un acuerdo especial nuevas obligaciones jurídicas, que van más allá de las disposiciones del DIH, estableciendo puntos específicos que cobren relevancia y pertinencia en el marco de un conflicto armado en particular.

El escenario de creación de nuevas normas jurídicas ha sido planteado cuando se va más allá de las disposiciones del DIH ya aplicables en las circunstancias específicas (un acuerdo "constitutivo"). Sin embargo, también podrá simplemente retomar el derecho que ya vincula a las partes (un acuerdo "declarativo"). Asimismo, puede limitarse únicamente a ciertas normas específicas que, en el marco de un conflicto en curso, pueden adquirir una pertinencia particular. En este caso, el acuerdo debe establecer claramente que, pese a su alcance limitado, sus disposiciones se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en las otras normas aplicables que no se mencionan en él (Mack, M. 2008, p. 16).

La anterior definición es fundamental, dado que amplía el margen de acción y aplicación de los denominados "acuerdos especiales", siendo posible de ésta manera que la aplicación de los mismos no se circunscriba única y exclusivamente a temas e instrumentos jurídicos concretos, sino que se abra la posibilidad de realizar acuerdos que no desarrollen aspectos humanitarios (lo cual no necesariamente debe desarrollarse en acuerdos que, como el caso colombiano, no implican crisis humanitaria), siendo éstos los que se definen como acuerdos constitutivos que, en todo caso, no desmejoren el régimen de protección conferido (Pavlovich, G. 2013, p. 51).

En este sentido, podrían denominarse como "acuerdos constitutivos" a manera ejemplificativa, dadas las limitaciones esbozadas anteriormente los siguientes puntos:

4.2 El derecho al agua en el acuerdo rural

El acuerdo rural integral en general desarrolla derechos que ya han sido reconocidos por la Constitución Política de Colombia. Sin embargo, es vital hacer hincapié en la positivización de un derecho especial que las comunidades campesinas o rurales no contaban en su haber como lo es el derecho al agua.

Al respecto el punto 1.1.10 establece:

(...) Desarrollará en un plazo no mayor a 2 años un plan de zonificación ambiental que delimite la frontera agrícola y que permita actualizar y de ser necesario ampliar el inventario, y caracterizar el uso de las áreas que deben tener un manejo ambiental especial, tales como: zonas de reserva forestal, zonas de alta biodiversidad, ecosistemas frágiles y estratégicos, cuencas, páramos y humedales y demás fuentes y recursos hídricos, con miras a proteger la biodiversidad y el derecho progresivo al agua de la población, propiciando su uso racional (Estado colombiano y Farc-Ep, 2016, p.19).

Esto resulta sin duda alguna en un reconocimiento oficial del derecho al agua de las comunidades rurales, el cual solo había sido enunciado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en sentencias como la T-740 de 2011, donde la Corte reconoce el derecho al agua y el respeto a los medios y formas tradicionales de acceso de las comunidades.

Esto se profundiza aún más en el punto 1.3.1.2 al manifestar:

Infraestructura de riego: con el propósito de impulsar la producción agrícola familiar y la economía campesina en

general, garantizando el acceso democrático y ambientalmente sostenible al agua, el Gobierno Nacional creará e implementará el Plan Nacional de Riego y Drenaje para la economía campesina, familiar y comunitaria. Para el desarrollo del Plan se tendrán en cuenta los siguientes criterios (...) (Estado y Farc-Ep, 2016, p.24).

Y es aún más evidente cuando reconoce un derecho a la gestión colectiva del agua por parte de las comunidades rurales en el punto 1.3.2.3 al decir:

*La participación activa de las comunidades -hombres y mujeres- en la definición de las soluciones de vivienda y la ejecución de los proyectos. *La asistencia técnica y la promoción de las capacidades organizativas de las comunidades para garantizar el mantenimiento, la operación y la sostenibilidad de las soluciones de acceso al agua y manejo de aguas residuales. *Promover prácticas adecuadas para el uso del agua potable (Estado y Farc-Ep, 2016, p.27).

Otros puntos como el 1.3.3.1 del acuerdo de Estado y Farc- Ep (2016) reconocen el deber del Estado de garantizar vía el apoyo a las comunidades esta gestión colectiva: "El apoyo con medidas diferenciales a las organizaciones comunitarias y asociaciones para contribuir a la gestión de proyectos de infraestructura y equipamiento (vías, vivienda, salud, educación, agua y saneamiento básico, riego y drenaje)" (p.28).

Es así como puede concluirse que el acuerdo rural integral sí incluye medidas que desarrollan de mayor forma *derechos* y por lo tanto, estas normas deben estar incluidas en lo que se considera el acuerdo especial.

4.3 El derecho a la seguridad en el punto dos del acuerdo

El derecho a la seguridad es uno de esos derechos de poco desarrollo constitucional, convencional y jurisprudencial, pues su contenido ha sido bastante difuso dependiendo de las circunstancias de cada sociedad. En el caso colombiano, existe jurisprudencia al respecto de líderes sindicales y defensores de derechos humanos que se encuentran en situación de riesgo; por ejemplo, en la sentencia T-224 de 2014 (Corte Constitucional, 2014) haciendo alusión a la sentencia T-339 de 2010 respecto de los riesgos. Algo similar ocurre en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el caso Yarcé contra Colombia.

La mencionada sentencia de la Corte Constitucional define el derecho a la seguridad en los siguientes términos:

La jurisprudencia de esta Corte ha resaltado que la noción de "seguridad" se proyecta en tres dimensiones distintas, a saber: (i) como un valor constitucional, (ii) como un derecho colectivo y (iii) como un derecho fundamental. La Corte ha señalado que el derecho a la seguridad personal no se ciñe únicamente a los eventos en los que esté comprometida la libertad individual (protección de las personas privadas de la libertad), sino que comprende todas aquellas garantías que por cualquier circunstancia pueden verse afectadas y que necesitan protección por parte del Estado; concretamente, la vida y la integridad personal como derechos básicos para la existencia misma de las personas (Corte Constitucional, 2014, p.12).

Pese a esta existencia o desarrollo jurisprudencial, el contenido de este derecho como puede apreciarse ha sido definido en términos de la obligación de garantía del Estado en materia de prevención de riesgos, y no bajo un contenido real del mismo; situación que cambia en el acuerdo 2 de Teatro Colón, que establece en el punto 2.1.2:

Como parte de una concepción moderna, cualitativamente nueva, de la seguridad que, en el marco del fin del conflicto, se funda en el respeto de la dignidad humana, en la promoción y respeto de los derechos humanos y en la defensa de los valores democráticos, en particular en la protección de los derechos y libertades de quienes ejercen la política, especialmente de quienes luego de la terminación de la confrontación armada se transformen en opositores y opositores políticos y que por tanto deben ser reconocidos y tratados como tales, el Gobierno Nacional establecerá un nuevo Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política (Estado y Farc- Ep, 2016, p.38).

Este contenido da lugar a la creación de un completo sistema de seguridad que no solo se basa en la prevención, sino en el contenido específico de este derecho que aquí ha sido definido. Además, es un derecho que genera una transversalidad en los acuerdos, pues al mismo tiempo se hace referencia también en el acuerdo 3 en el punto 3.4.4.

Continuando entonces con el análisis planteado, debe entenderse a los acuerdos humanitarios y de paz como mecanismos que en estricto rigor y conforme lo disponen los diversos Convenios de Ginebra, son una institución optativa y bajo ningún supuesto obligatoria, regidos bajo el principio de igualdad, que permiten a las partes de un

conflicto armado de carácter no internacional, tal como dispone el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, convenir la vigencia de otras normas del DIH con el propósito de ampliar los marcos de protección.

Bajo esta postura, es dable concluir que este punto haría parte del "Acuerdo Especial"; sin embargo, existen serias críticas y visiones divergentes al anterior planteamiento. Por ejemplo, el uso generalizado de este tipo de acuerdos ha estado circunscrito únicamente hasta la fecha, a normas del DIH, tal como expone Mangas, A. (1990, p. 85). Se ha llegado a señalar que la máxima utilidad que podría dársele a este artículo 3 común, es la ampliación del reconocimiento de prisionero de guerra, aplicable solo en conflictos internacionales, para poder hacer extensible su régimen de protección en conflictos armados internos.

En palabras de la Corte Constitucional de Colombia, al tratar el tema de los acuerdos especiales, se dispuso que:

Sin embargo, parece deseable políticamente que existan esos compromisos recíprocos, ya que de esa manera se asegura una mayor aplicación progresiva de las normas humanitarias del Protocolo II. En tal contexto, la realización de los acuerdos especiales puede fortalecer esos compromisos entre las partes y favorecer la puesta en marcha de mecanismos de verificación, que logren, en la práctica, un creciente cumplimiento de las obligaciones humanitarias por las partes enfrentadas (CConst, C-225/95, A. Martínez).

Partiendo de esta interpretación dada por el órgano rector en materia constitucional de Colombia, la materia de los acuerdos se circunscribiría única y exclusivamente a la aplicación de normas humanitarias, más específicamente las del Protocolo II. Debe mencionarse frente a este protocolo, que él mismo busca la protección a las víctimas de los conflictos armados no internacionales, dado que tiende a la disminución de los estragos de la guerra al imponer a las partes enfrentadas obligaciones humanitarias destinadas a preservar a la persona humana en las difíciles condiciones de un conflicto armado no internacional.

Haciendo un análisis histórico de los últimos 30 años sobre los acuerdos especiales suscritos hasta el momento, se puede concluir que los escenarios más recurrentes en donde los encontramos, son en aquellos acuerdos entre un grupo armado no estatal y el Estado contra el cual libra hostilidades, o entre dos grupos

armados no estatales que luchan entre ellos. Un claro ejemplo de éstos, fueron los acuerdos establecidos entre Croacia y la República Federal de Yugoslavia en 1990, con el objetivo de poner en vigor una cantidad importante de disposiciones de los Convenios de Ginebra y otras disposiciones de los protocolos adicionales (Jakovl, J. 1991). También se encuentra el Acuerdo de Intercambio Humanitario entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Gobierno de Colombia, concluido en 2001, que permitió la liberación de 358 soldados y policías retenidos por esa guerrilla a cambio de 14 subversivos, procesados por la justicia colombiana (Acuerdo de Intercambio Humanitario Gobierno- FARC, 2001); el Acuerdo Humanitario de Cese al fuego sobre el Conflicto en Darfur, concluido el 8 de abril de 2004; frente a este acuerdo debe mencionarse que el carácter de 'Acuerdo Especial', única y exclusivamente se le circunscribió al acuerdo de cese al fuego, el acuerdo final que incluyó entre otros puntos:

Mantener separadas sus fuerzas armadas, formar una fuerza conjunta para las zonas más controvertidas, establecer autonomía de seis años, celebrar un referéndum de autodeterminación en 2011, reparto equitativo de los beneficios del petróleo, formación de un gobierno de unidad nacional con vicepresidencia ocupada por el SPLA, no aplicar la ley islámica en el sur del país, cada territorio utilizaría su propia bandera (Fisas, V. 2010, p. 12).

También se puede ver el denominado "Código de Conducta para el Cese de las Hostilidades entre el Gobierno de Nepal y el CPN" (maoísta), concluido en 2006; éste nuevamente tuvo por objeto el alto al fuego bilateral temporal, y el Acuerdo Integral sobre el Respeto de los Derechos Humanos y el DIH en Filipinas, concluido en 1998; frente a este último, debe mencionarse que su objeto se limitó a:

(a) Garantizar la protección a los derechos humanos de todos los Filipinos bajo todas las circunstancias, especialmente de los trabajadores, campesinos y demás gente pobre; (b) afirmar y aplicar los principios del derecho internacional humanitario con vistas a proteger a la población civil y a las personas civiles, así como a las personas que no participen directamente o que hayan dejado de participar directamente en las hostilidades, incluyendo las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado; (c) establecer mecanismos y medidas eficaces para llevar a cabo, monitorear, verificar y asegurar el cumplimiento de las disposiciones de este Acuerdo; y, (d) preparar el camino para los acuerdos generales sobre reformas económicas,

sociales y políticas que asegurarán la consecución de una paz justa y duradera (Acuerdo Integral sobre el Respeto de los Derechos Humanos y del CICR en Filipinas, 1998, Art. 2).

Frente a este último, ocurrió una situación similar a la presentada en el acuerdo especial en el conflicto de Darfur, en donde única y exclusivamente se dotó del carácter 'especial', en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, a éstas disposiciones preliminares y no al acuerdo general que incluía, tal como el caso colombiano, una serie de reformas económicas, sociales y políticas.

Por último como casos de experiencias comparadas, también se podría traer a colación el tratamiento jurídico dado en el caso de la Revolución independentista de Argelia, en donde el gobierno provisional de la república consideró que el artículo 3 común era insuficiente y propuso al Gobierno francés un acuerdo especial para proteger a los prisioneros de guerra de los dos bandos, además de ampliar la protección de la población civil, de los heridos y los enfermos; ésto a través de los denominados Acuerdos de Evian. Lo mismo ocurrió en el conflicto en Yemen, donde gracias a la oportuna intervención de los delegados del CICR se logró acordar un acuerdo especial entre la Monarquía y el Gobierno para la aplicación de las disposiciones esenciales de las Convenciones de Ginebra durante los enfrentamientos ocurridos entre 1964 y 1965 (Veuthey, M. 1983).

CONCLUSIONES

Si bien es cierto que el "Nuevo acuerdo final de paz" desarrolla los preceptos contenidos en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, la totalidad de los mismos no tratan las disposiciones contenidas en las normas del DIH. Es evidente cómo dentro del acuerdo se hace alusión a obligaciones estatales que van más allá de lo que se conoce como acuerdos constitutivos en el marco de los acuerdos especiales, como por ejemplo el punto referido al tráfico de drogas y muchas de las obligaciones que emanan del punto electoral y de derechos políticos del acuerdo.

Es imperativo que aquellas normas que desarrollan las disposiciones de los Convenios de Ginebra sean entendidas como acuerdos especiales con todas las consecuencias jurídicas previamente analizadas; esto en referencia a asuntos como el cese al fuego y de hostilidades bilaterales y definitivas, la búsqueda de personas

desaparecidas y la protección a civiles, entre otras. Debe dejarse planteado también en el escenario, tal como se esgrimió anteriormente, que incluso las disposiciones que no versen directamente con asuntos estrictamente ligados con el DIH, puedan ser considerados también como acuerdos especiales, dado que tal como se demostró, la Corte Constitucional ha aplicado como criterio integrador del Bloque de Constitucionalidad el denominado criterio "pro persona"; sin embargo, esto estará supeditado a la interpretación que realice la Corte Constitucional.

De igual forma, bajo el argumento de que el objetivo de un acuerdo especial sea ampliar el marco de las obligaciones humanitarias impuestas a las partes en conflicto o darles mayor efectividad a las obligaciones ya asumidas, tal como expone Frühling, M. (2003, p. 8), no es posible dotar del carácter de acuerdo especial a la totalidad del acuerdo del Teatro Colón; deben incluirse los puntos tratados en el párrafo precedente.

Lo verdaderamente importante es entender que la posición en el ordenamiento jurídico de los acuerdos de paz refleja el compromiso jurídico político que tiene una sociedad con el posconflicto y tiene implicaciones directas en el nivel de eficacia de las normas que se desarrollen en aplicación de lo allí acordado.

Por otra parte, es fundamental que esa posición responda a un criterio jurídico válido y no simplemente a una intención política del gobierno de turno de ubicarlos en esa categoría, pues esta última situación, permite que un nuevo gobierno, menos proclive a lo determinado en los acuerdos, decida eliminar su categorización normativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Acuerdo de Intercambio Humanitario Gobierno-FARC, 2 de junio. (2001).
- II. Acuerdo Integral sobre el Respeto de los Derechos Humanos y del CICR en Filipinas. (1998).
- III. Bell, C. (2006). Peace Agreements: Their Nature and Legal Status. *American Journal of International Law*, Vol. 100, p. 373-412.
- IV. Barbosa, F. (2017). Justicia Transicional o impunidad. La encrucijada de la paz en Colombia.. 1 ed. Bogotá: Ediciones B.
- V. Cassese, A. (1981). The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts. *The International and*

- Comparative Law Quarterly 30, No. 2, p. 416-39.
- VI. CICR. (2016). Actualización de Comentarios a los Convenios de Ginebra. Obtenido de: <https://www.icrc.org/es/document/acuerdos-especiales-acuerdos-de-paz-dih-colombia-comentarios-convenios-de-ginebra#pie1>
- VII. CICR. (s.f.). 23. CICR, Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales. Obtenido de: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0923.pdf
- VIII. Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (2016). Compilación de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla No. 144. Recuperado el febrero de 2017, de: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule144. Consultado febrero de 2017
- IX. Dabbone, Z. (2011). International Law: Armed Groups in a State Centric System. *International Review of Red Cross*. ICRC. Geneve. Vol. 93 No. 882.
- X. Estrada V., S. (2005). *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Bogotá: Editorial Procuraduría General de la Nación.
- XI. Estado colombiano y Farc-Ep (2016) . Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- XII. Fisas, V. (2010). Fisas, Procesos de paz comparados. Recuperado el 2017, de http://escolapau.uab.es/img/qcp/procesos_paz_comparados.pdf
- XIII. Frühling, M. (2003). Los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el secuestro y los acuerdos especiales. Estados Unidos: Naciones Unidas, Alto comisionado para los derechos humanos.
- XIV. Guerrero-Apraiez, V. (2017). *El reconocimiento de la beligerancia*. 1 ed. Bogotá, D.C: Pontificia Universidad Javeriana, p.301.
- XV. Gutiérrez B, A. (2007). *Bloque de Constitucionalidad. Conceptos y Fundamentos* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- XVI. Jakovi, J. (1991). Memorando de Entendimiento sobre la aplicación del DIH entre Croacia y la República Federal Socialista de Yugoslavia.
- XVII. Lauterpacht, H. (1970). The subjects of international law. . *International law*. Being the collected papers of Hersch Lauterpacht Vol. I: The general works, ed. H Lauterpacht, p.136-137.
- XVIII. Mack, M. (2008). *Mejorar el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados no internacionales*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja - CICR.
- XIX. Mangas, A. (1990). *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitaria*. Salamanca, España: 16 Ediciones Universidad de Salamanca.
- XX. Moir, L. (2002). *The Law of Internal Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- XXI. Naciones Unidas. ONU. (1967).
- XXII. Neff, S. (2010). *Prisoners of War in International Law: The Nineteenth Century*. En S. Scheipers, *Prisoners in War*. Oxford: Oxford University Press.
- XXIII. Pacheco S., R. (s.f.). *Datos Históricos del derecho Internacional humanitario*. Unilibre.
- XXIV. Pavlovich, G. (2013). *El acuerdo especial humanitario frente al derecho internacional humanitario*. *Justicia Juris*, ISSN 1692-8571, Vol. 9. No 1. Enero - Junio, p51.
- XXV. Plattner, D. (1985). La portée juridique des déclarations de respect du droit international humanitaire qui émanent de mouvements en lutte dans un conflit armé. *Revue Belge de Droit International*, Vol. 18, 1984-1985, p. 299 (ICRC translation).
- XXVI. Sabel, R. (2001). Review of Tthe Oslo Accords: International Law and the Israeli-Palestian Peace Agreements. By Geoffrey R. Watson. *The American Journal of International Law* 95, No. 1, p. 248-52.
- XXVII. Shaw, M. (2008). *International Law* (6 ed.). Cambridge.
- XXVIII. Travieso, J. A. (2012). *Derecho Internacional Público*. Thompson Reuters.
- XXIX. Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia [TPIY]. (1999). *Prosecutor v. Kupreški?*.
- XXX. Universidad de Antioquia. (s.f.). *Los derechos y los deberes en la constitución política del 91*. Obtenido de *Los derechos y los deberes en la constitución política del 91*. http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/derechos_deberes_constitucion.html
- XXXI. Veuthey, M. (1983). *Implementation and Enforcement of Humanitarian Law and Human*

Rights Law in Non-International. Armed Conflicts: The Role of the International Committee of the Red Cross. *American University Law Review* 33 am. U.L.. 83 (1983-1984). 92.

- XXXII. Waschefort, G. (2011). The Pseudo Legal Personality of Non-State Armed Groups. *International Law South African Yearbook of International Law* 36, p. 226-236. Recuperado el 2017, de <https://ssrn.com/abstract=2466126>
- XXXIII. Watson, G. (2010). *The Oslo Accords: International Law and the Israeli-Palestinian Peace Agreements*. Oxford: Oxford University Press.

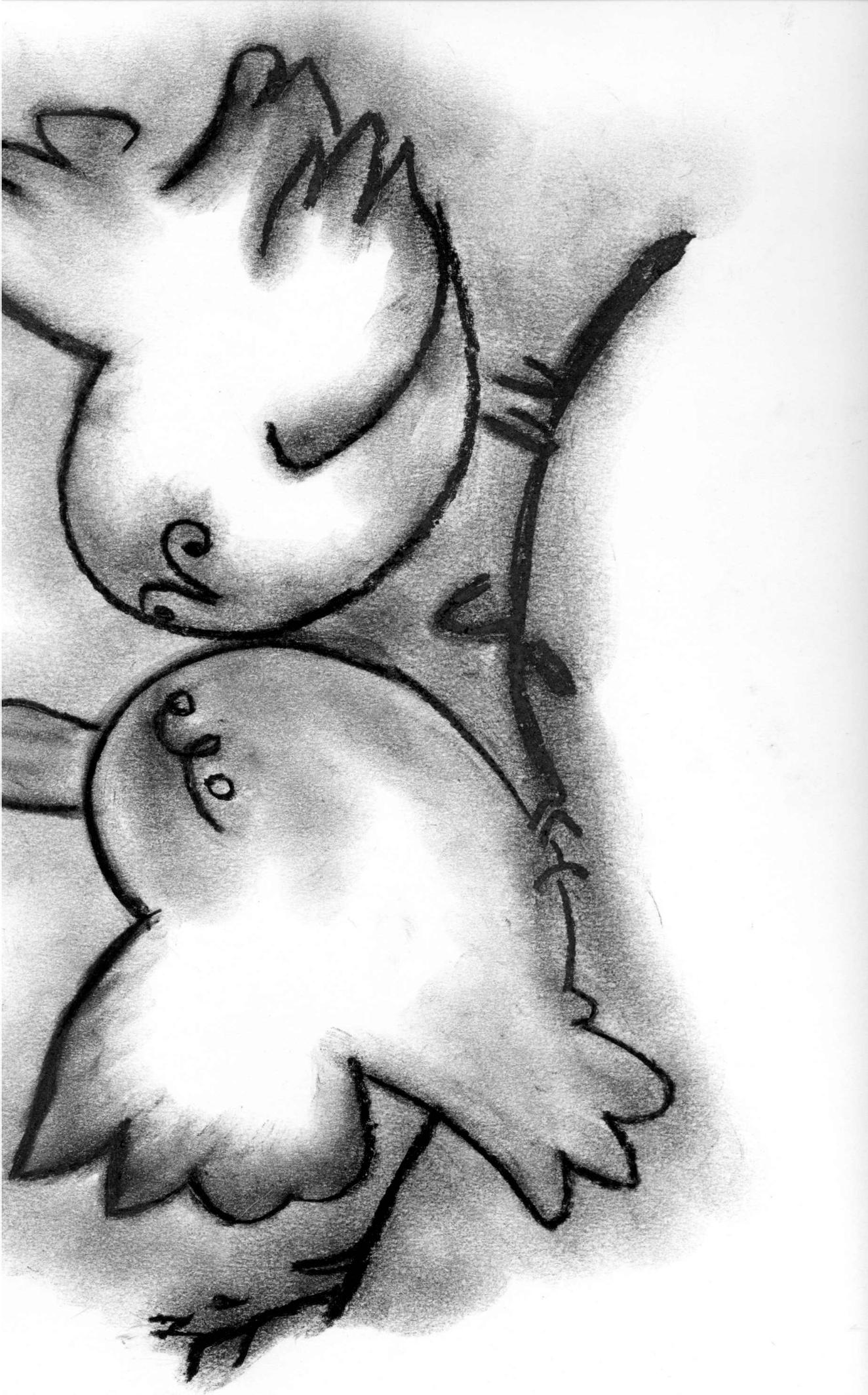
REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

- XXXIV. Claros P., M. (s.f.). Bloque de Constitucionalidad. Obtenido de: <http://econstitucional.com/ensayos/Bloque%20de%20Constitucionalidad%20M.%20Claros.pdf>
- XXXV. Ferreira C., A. C. (1999). *Los Derechos Innominados en Colombia. Reflexiones sobre su origen*. Tesis de grado. Derecho Público. (U. S. Arboleda, Ed.) Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. Recuperado el 2017, de: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho-publico/los_derechos_inn
- XXXVI. Olano G., H. (s.f.). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia*. Bogotá.
- XXXVII. Ramelli, A. (2004). *Sistema de Fuentes del Derecho Internacional Público y " Bloque de Constitucionalidad" en Colombia*. México. Obtenido de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard5.htm>
- XXXVIII. Rueda A., D. (s.f.). *El Bloque de Constitucionalidad en el Sistema Colombiano*. Obtenido de: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- XXXIX. CConst. C-820/06. M. Monroy.
- XL. CConst. C-574/92. C. Angarita.
- XLI. CConst. C-225/95. A. Martínez.
- XLII. CConst. C-191/98. E. Cifuentes.
- XLIII. CConst. C-582/99. A. Martínez.
- XLIV. CConst. SU-256/99. J. Hernández.
- XLV. CConst. SU-563/99. J. Hernández.
- XLVI. CConst. C-010/00. A. Martínez.
- XLVII. CConst. C-830/01. J. Araujo.
- XLVIII. CConst. C-067/03. M. Monroy.
- XLIX. CConst. C-401/05. M. Cepeda.
- L. CConst. C-228/09. H. Sierra.
- LI. CConst. C-442/11. H. Sierra.
- LII. CConst. C-400/13. N. Pinilla.
- LIII. CConst. T-224/14. J. Palacio.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



Droit aux élections libres dans la convention européenne des droits de l'homme*

Right to free elections in the European Convention on Human Rights

Derecho a elecciones libres en la Convención Europea de Derechos Humanos

Envoyé: 27/10/17 Approuvé: 04/12/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1554>

Dagmara Rajska

Docteur en droit, Université Aix-Marseille, Francia
daga_r@hotmail.fr

RESUMÉ

La Convention européenne des droits de l'homme est un traité international signé par les quarante-sept États du Conseil de l'Europe pour protéger les droits de l'homme et établir le droit au recours individuel qui peut être déposé à la Cour européenne des droits de l'homme. Le droit aux élections libres est inscrit dans l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention. Ce droit a deux aspects : le premier est institutionnel et concerne l'obligation d'organiser à des intervalles raisonnables des élections libres au scrutin secret dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ; le second aspect est subjectif et concerne le droit de vote et de se porter candidat aux élections. La Cour reconnaît une grande marge d'appréciation en matière de droit aux élections libres. Dans les années 1951 jusqu'en 2017, il y avait 204 affaires de violation de l'article 3 du Protocole n°1. La Cour a critiqué le plus souvent la privation du droit de vote de groupes entiers. En 2015, la Cour a constaté une violation de droit de vote de 1-015 détenus privés de droit de vote.

L'article s'appuie sur la jurisprudence européenne relative aux droits politiques et reflète des principes établis en vertu de cette jurisprudence. Il est complété par des citations des académiques polonais, français, anglais, et allemands.

MOTS CLÉS

Convention Européenne; Droit; Droits de l'homme; Elections Libres.

ABSTRACT

The European Convention on Human Rights is an international treaty signed by the forty-seven States of the Council of Europe to protect human rights and establish the right to individual petition that can be lodged with the European Court of Human Rights. The right to free elections is enshrined in Article 3 of Protocol no. 1 of the Convention. This right has two aspects. Firstly, it has an institutional aspect: the obligation to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot in conditions which ensure the free expression of the opinion of the people on the choice of the legislature; Secondly, it has a subjective aspect: the right to vote and to stand for election. The Court recognizes a wide margin of appreciation in the field of right to free elections. From 1951 to 2017, there were 204 cases of violation of Article 3 of Protocol no. 1. The Court most frequently criticized the deprivation of the right to vote of entire groups of people. In 2015, the Court found a violation of the voting rights of 1,015 prisoners.

The article was inspired by the European case law on political rights and reflects principles established under that case law. It was supplemented by quotes from Polish, French, English, and German academics.

KEYWORDS

European Convention; Free Elections; Human Rights; Law.

* Article de recherche

RESUMEN

La Convención Europea de Derechos Humanos es un tratado internacional firmado por los cuarenta y siete Estados del Consejo de Europa para proteger los derechos humanos y establecer el derecho de petición individual que se puede presentar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El derecho a elecciones libres está consagrado en el Artículo 3 del Protocolo no. 1 de la Convención. Este derecho tiene dos aspectos: en primer lugar, tiene un aspecto institucional; la obligación de celebrar elecciones libres en los Estados Unidos de América. En segundo lugar, tiene un aspecto subjetivo; el derecho a votar y presentarse a las elecciones. La Corte reconoce un amplio margen de apreciación en el campo del derecho a elecciones libres. De 1951 a 2017, hubo 204 casos de violación al Artículo 3 del Protocolo no. 1. La Corte con frecuencia criticó la privación del derecho al voto de poblaciones enteras. En 2015, el Tribunal encontró una violación de los derechos a votar 1.015 personas privadas de la libertad.

El artículo está inspirado en la jurisprudencia europea sobre derechos políticos y refleja los principios establecidos en ella. Además, fue complementado por citas de académicos polacos, franceses, ingleses y alemanes.

PALABRAS CLAVE

Convención Europea; Derecho; Derechos Humanos; Elecciones Libres.

INTRODUCTION

Le droit à la participation politique à travers la tenue d'élections périodiques et libres, au suffrage universel, est une des valeurs qui constituent des éléments essentiels de la démocratie. La démocratie désigne le plus souvent un régime politique dans lequel les citoyens ont le pouvoir. Elle peut aussi "désigner ou qualifier plus largement une forme de société, une forme de gouvernance de toute organisation, ou encore un système de valeurs". Le terme démocratie provient de deux mots grecs "demos" (ensemble des citoyens) et "kratos" (commander). C'est donc un concept juridique et politique impliquant le pouvoir du peuple exercé par ses représentants ou par la voie du referendum. La démocratie doit s'appuyer sur l'État de droit qui "implique la primauté du droit sur le pouvoir politique dans un État et que tous, gouvernants et gouvernés, doivent obéir à la loi". A son tour, l'État de droit fait progresser la démocratie qui devient un environnement naturel pour la protection et la réalisation effective des droits de l'homme (Huet, V., 2006).

L'expérience tragique des deux guerres mondiales nous a enseigné que les droits de l'homme ne sont garantis que lorsque ceux qui détiennent le pouvoir ont des comptes à

rendre à leurs concitoyens et que leur mandat est soumis à quelque forme de contrôle public. Il a été démontré que la participation d'un peuple à sa propre destinée politique garantit une vie publique qui favorise les valeurs humaines et les droits de l'homme, y compris les droits de minorités et de ceux qui n'ont aucun pouvoir¹. Compte tenu de cette expérience, les États ont établi les garanties au niveau national (constitutions, lois) et international (conventions, pactes, traités) pour protéger le droit aux élections libres et les valeurs démocratiques dans l'objectif de ne jamais reproduire une guerre. Parmi ces traités internationaux, il y a la Convention européenne des droits de l'homme, signée par les quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953².

Le respect des obligations par les États parties est contrôlé dans le cadre d'une procédure de plainte individuelle qui peut être déposée devant la Cour européenne des droits de l'homme, juridiction mise en place en 1959, siégeant à Strasbourg, et chargée de veiller au respect de la Convention par les États signataires. Les droits politiques protégés par la Convention européenne des droits de l'homme³, et notamment l'article 3 du Protocole n°1, consistent dans les droits aux élections libres (droits actifs) et le droit de se

1 - Yearbook on the ECHR no. 31 (1988), Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, p.183.

2 - Liste des États membres du Conseil de l'Europe: <https://www.coe.int/fr/web/about-us/our-member-states>, consulté le 17 octobre 2017.

3 - La Convention européenne des droits de l'homme est disponible sur le site: www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, consulté le 17 octobre 2017.

porter candidat aux élections (droits passifs). Les droits politiques englobent également, en vertu de l'article 11 de la Convention, le droit d'établir un parti politique ou association et de dissoudre ce parti ou cette association. Enfin, le système politique doit garantir les droits politiques sans aucune discrimination conformément à l'article 14 de la Convention.

Selon le Prof. Lech Garlicki, ancien juge de la Cour européenne des droits de l'homme: "La jurisprudence strasbourgeoise souligne le rôle de l'article 3 du Protocole n°1 de la Convention et traite le droit aux élections libres comme condition d'existence d'une démocratie politique effective, qui est, à la lumière du Préambule, une des valeurs fondamentales qui implique la mise en œuvre et l'application des droits inscrits dans la Convention. La démocratie constitue un élément fondamental de "l'ordre public européen" et les droits garantis par l'article 1 du Protocole n°1 ont une signification clé pour créer et maintenir une véritable démocratie basée sur les principes de l'État de droit. Seul ce fondement permet de réaliser le pluralisme, la tolérance et l'ouverture comme fondement axiologique du système juridique et des libertés garantis par la Convention" (Garlicki L. (dir.), 2011). La démocratie est également critiquée depuis les temps anciens, parmi les critiques on trouve déjà Platon ou Aristote. Aujourd'hui, il y a une crise de la démocratie qui constitue le sujet de nombreuses analyses, évaluations et définitions. Une désaffectation citoyenne à l'égard du politique est observée par la Commission européenne depuis plus de quinze ans⁴. Comment alors faire pour maintenir la démocratie? Comment assurer le respect des droits politiques permettant de préserver la démocratie?

1. DROIT AUX ÉLECTIONS LIBRES

1.1. Contenu du droit aux élections libres

Le Protocole n°1, contenant l'article 3, et plus particulièrement le droit aux élections libres, a été accepté le 20 mars 1952 et il est entré en vigueur le 18 mai 1954. Ce délai

supplémentaire, par rapport à la signature et l'entrée en vigueur de la Convention, a été demandé par le Royaume-Uni, parce que ce Protocole pouvait entraîner la nécessité de modifications de sa Constitution. Il est intéressant de voir ces doutes compte tenu de la jurisprudence strasbourgeoise récente sur le droit de vote pour les prisonniers et les difficultés d'exécuter cette dernière au Royaume-Uni.

L'article 3 du Protocole n°1 est spécifique, parce qu'il exprime des obligations institutionnelles du législateur contrairement aux autres articles de la Convention qui expriment les droits des individus: "Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser à des intervalles raisonnables des élections libres au scrutin secret dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif". Au début, la Commission avait conclu que le droit aux élections libres oblige à organiser des élections par l'État.⁵ En d'autres termes, le droit de vote n'est pas garanti à toute personne. La Commission a confirmé cette approche dans une affaire belge dans laquelle les habitants d'outre-mer ont été empêchés de participer aux élections (Marcus-Helmons S. 1999). Plus tard, elle a élargi son interprétation au droit aux élections au suffrage universel⁶ et le droit électoral passif et actif⁷. Le Prof. Miroslaw Granat, ancien juge de Tribunal constitutionnel polonais considère que le principe des élections au suffrage universel est formé par le droit électoral passif et actif et il permet de déterminer les personnes ayant les droits électoraux (Granat M. 2009). La Convention n'impose pas d'obligation d'organiser des élections au suffrage direct, par exemple les élections au Sénat français sont organisées au suffrage indirect. Toutefois, la notion de suffrage universel direct figurait dans les travaux préparatoires des versions initiales de la disposition sur le droit aux élections libres (Léquier Y. 2014). Elle a figuré aussi une fois dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, comme un principe commune du patrimoine constitutionnel qui est le fondement d'une société démocratique⁸.

4 - Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur une stratégie d'information et de communication pour l'Union européenne, COM(2002)350 final/2, 2 octobre 2002, disponible sur le site : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0350:FIN:FR:PDF>, consulté le 17 octobre 2017.

5 - Commission EDH, X.Y. et Z. c. Belgique, n°1065/61, 30 mai 1961; Commission EDH A.D.Q. c. Belgique, n°1028/61, 18 septembre 1961.

6 - Commission EDH, X. c. République fédérale d'Allemagne, n°2728/66, 6 octobre 1967.

7 - Commission EDH, W., X., Y. et Z. c. Belgique, n°6745/74, 6746/74, 30 mai 1975.

8 - CEDH, Parti Conservateur Russe des Entrepreneurs et autres c. Russie, n°55066/00 et 55638/00, 11 janvier 2007; voir aussi : Code de bonne conduite en matière électorale, résolution, 30 janvier 2003, 1320(2003), [http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17082&lang=en,CDL-AD\(2002\)023-f](http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17082&lang=en,CDL-AD(2002)023-f); Code de bonne conduite en matière électorale: Lignes directrices et rapport explicatif - adoptés par la Commission de Venise lors de ses 51e et 52e sessions (Venise, 5-6 juillet et 18-19 octobre 2002), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2002\)023-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2002)023-f), consulté le 17 octobre 2017.

Concernant les intervalles raisonnables entre les élections, le délai de dix à quinze ans ne peut pas être considéré comme raisonnable à l'époque caractérisée par des mutations rapides (Frowein J. et Peukert W. 1985).

1.2. Notion de corps législatif

La notion de corps législatif doit être interprétée de façon autonome. La Cour ne limite pas la notion de corps législatif au parlement national, mais à ceux qui détiennent le pouvoir législatif. Par conséquent, le Président serait considéré comme corps législatif s'il avait une compétence pour délivrer des actes ayant une force juridique contraignante ou une compétence pour intervenir dans le processus législatif⁹. Le Parlement européen a également acquis avec le temps des compétences législatives¹⁰.

Les membres de la chambre haute du parlement ne sont pas toujours élus, parce qu'ils peuvent être nommés. En principe, cette situation pourrait être considérée comme contraire à l'article 3 du Protocole n°1 de la Convention. Par conséquent, il a été accepté que l'article 3 du Protocole n°1 de la Convention soit applicable et la Cour européenne soit compétente *ratione materiae* seulement si les membres de la chambre haute du parlement ont été sélectionnés par des élections¹¹.

1.3. Droit de vote

La Cour européenne des droits de l'homme établit des lignes directrices pour interpréter l'article 3 du Protocole n°1¹² et elle en déduit le droit subjectif de participation pour tout citoyen (Velu J. et Ergec R., 1990). Les restrictions au droit de vote sont acceptables (en raison de l'âge, de la citoyenneté ou de la résidence) si l'exclusion éventuelle de groupes ou catégories d'électeurs remplit certaines conditions. Premièrement,

la Cour reconnaît que les États gardent une large marge d'appréciation concernant les droits politiques. Deuxièmement, les trois qualités du droit aux élections doivent être respectés: l'organisation des élections dans des intervalles raisonnables, au scrutin secret, et la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. Troisièmement, l'ingérence des autorités dans le droit aux élections libres doit avoir un fondement dans le droit national, poursuivre un but légitime¹³ et être proportionnelle. Il faut également s'assurer que l'ingérence n'atteint pas la substance même des droits et ne les prive pas de leur effectivité¹⁴. La charge de la preuve que ces restrictions étaient nécessaires incombe à l'État¹⁵.

Le droit de vote dépend de la citoyenneté et le fait que les étrangers, même ceux qui résident de manière permanente dans un État, n'ont pas le droit de vote, est compatible avec l'article 3 du Protocole n°1, l'article 14 et l'article 16 de la Convention. En même temps, les droits politiques ne peuvent être restreints en raison de l'origine nationale. Par conséquent, un membre de la communauté chypriote turque ne pourrait pas être exclu de la liste électorale chypriote-grecque à raison de son origine. L'origine ne peut pas être considérée comme un motif raisonnable et objectif l'empêchant de voter aux élections législatives¹⁶.

La Cour a examiné des affaires d'électeurs domiciliés à l'étranger qui ont soulevé que leur droit de vote dépendait de l'obligation de résidence sur un territoire déterminé pendant un certain temps¹⁷. Elle a également examiné des cas de suspension du droit de vote pendant une période de résidence à l'étranger¹⁸ ou l'impossibilité de voter pour les personnes résidant à l'étranger¹⁹. Concernant le problème de droit de vote des personnes résidant à l'étranger, la Cour a estimé que l'État n'est pas obligé de garantir la possibilité de voter par correspondance pour ces électeurs²⁰.

9 - CEDH, *Krivobokov c. Ukraine*, n°38707/04, 19 février 2013 ; à contrario : *Garlicki L. (dir.)*, (2011), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Volume II, Beck p. 573.

10 - CEDH, *Matthews c. Royaume-Uni*, n°24833/94, 18 février 1999.

11 - CEDH, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n°27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009.

12 - Guide sur l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme. *Droit à des élections libres* (2017), Direction du juriconsulte, CEDH ; www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_Protocol_1_FRA.pdf, consulté le 17 octobre 2017, voir également la fiche thématique – *Droit à des élections libres*, www.echr.coe.int/Documents/FS_Free_elections_FRA.pdf, consulté le 17 octobre 2017.

13 - CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*, n°74025/01, § 62, 6 octobre 2005.

14 - CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, n°9267/81, § 52.

15 - CEDH, *Tănase c. Moldova*, n° 7/08, 27 avril 2010.

16 - CEDH, *Aziz c. Chypre*, n° 69949/01, 22 juin 2004.

17 - Commission EDH, *Polacco et Garofalo c. Italie*, n°23450/94, 15 septembre 1997.

18 - CEDH, *Doyle c. Royaume-Uni*, n°30158/06, 6 février 2007.

19 - CEDH, *Shindler c. Royaume-Uni*, n°19840/09, 7 mai 2013.

20 - CEDH, *Vámos et autres c. Hongrie*, n°48145/14 48244/14 48250/14 48285/14 49885/14 51948/14 63580/14 66577/14 67222/14, 17 février 2015.

En effet, le fait de vivre à l'étranger peut justifier le fait que ces non-résidents soient regardés comme étant moins intéressés par les élections nationales et qu'ils ont un impact moindre sur les listes électorales et les programmes ; il est plus difficile de mener une campagne politique à l'étranger et l'impact de la législation nationale concerne davantage les personnes vivant dans l'État concerné.

Les États ont le droit de priver leurs ressortissants du droit au vote dans les élections législatives comme c'était le cas des ressortissants grecs vivant en France et privés de droit de vote dans les élections législatives en Grèce²¹ ou du ressortissant britannique résidant hors du Royaume-Uni et privé du droit de vote aux élections législatives britanniques²². Cette pratique est acceptée parce que les États ont une large marge d'appréciation quant aux droits électoraux.

L'affaire *Sema Timurhan c. Turquie*²³ concerne le droit de vote direct d'une expatriée turque vivant à New York. Elle pouvait voter dans les bureaux de douane, mais uniquement pour un candidat d'une liste présentée par un parti politique et non pour un candidat indépendant aux élections. La Cour a confirmé la large marge d'appréciation de l'État défendeur dans cette affaire et elle a trouvé cette situation compatible avec l'article 3 du Protocole n°1²⁴.

Le droit à des élections libres est un droit fondamental. Les partis politiques doivent avoir une possibilité raisonnable²⁵ de présenter leurs candidats aux élections, mais aussi bien les partis politiques que les candidats peuvent être obligés de remplir certaines conditions formelles pour participer aux élections.

Il peut être demandé aux partis politiques de soumettre des listes des candidats dans une langue officielle²⁶; il peut y avoir une exigence de serment en langue nationale²⁷ ou que le premier candidat

de la liste, le plus reconnaissable, se dessaisisse de son mandat²⁸.

L'exigence de recueillir un certain nombre de signatures pour enregistrer un parti politique est acceptée par la juridiction strasbourgeoise si ce nombre n'est pas trop élevé²⁹ et si cette exigence n'est pas introduite directement avant les élections³⁰.

1.4. Droit de se présenter aux élections

Le droit de se présenter aux élections pour les candidats peut être restreint par des exigences formelles établies par la législation nationale et fondées, par exemple, sur l'âge, la résidence, la conduite antérieure, l'origine nationale ou la connaissance de la langue nécessaire à l'exercice du mandat (Rajska D., 2016).

Parmi les décisions des autorités nationales qui n'ont pas été considérées comme compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme, on trouve le cas d'une candidate aux élections législatives en Lettonie³¹. Le nom de cette candidate a été radié de la liste des candidats, parce que les autorités ont décidé qu'elle ne parlait pas couramment letton, ce qui est une condition sine qua non pour se présenter aux élections. La candidate a présenté un certificat de langue, qui n'a pas été contesté. Par conséquent, l'exclusion des élections législatives a été, dans ce cas, privée de tout fondement.

Les États peuvent interdire que les personnes exerçant certaines fonctions puissent se porter candidat à l'élection; c'est le cas, par exemple, des juges³² et des fonctionnaires³³.

Les droits électoraux des candidats peuvent être restreints parce qu'un candidat ne peut pas se permettre de payer le montant total du dépôt demandé. La radiation de la liste des candidats pour non paiement du dépôt électoral de 218,10 euros, et même si cette somme

21 - CEDH, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, n° 42202/07, 15 mars 2012.

22 - CEDH, *Shindler c. Royaume-Uni*, n° 19840/09, 7 mai 2013.

23 - CEDH, *Sema Timurhan c. Turquie*, n° 28882/07, 16 décembre 2014.

24 - CEDH, *Oran c. Turquie*, n° 28881/07 et 37920/07, 15 avril 2014.

25 - CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, n° 7140/75, 6 octobre 1976.

26 - Commission EDH, *Fryske Nasionale Partij et autres c. Pays Bas*, n° 11100/84, 12 décembre 1985.

27 - CEDH, *Clerafyt et autres c. Belgique*, n° 27120/95, 8 septembre 1997.

28 - CEDH, *Parti communiste de Russie et autres c. Russie*, n° 29400/05, 19 juin 2012.

29 - Commission EDH, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, n° 8227/78, 7 mai 1979.

30 - CEDH, *Ecoglasnost c. Bulgarie*, n° 30386/05, 6 novembre 2012.

31 - CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, 9 avril 2002.

32 - CEDH, *Brike c. Lettonie*, n° 47135/99, 29 juin 2000.

33 - CEDH, *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, n° 22954/93, 2 septembre 1998.

constitue un montant supérieur au revenu annuel du candidat, est considérée comme compatible avec les standards européens. Le but légitime de cette restriction est de décourager les candidats frivoles; le montant du dépôt électoral requis ne peut être considéré comme excessif car il est l'un des plus bas d'Europe³⁴.

Dans l'affaire *Krasnov et Skrutanov c. Russie*³⁵, la Cour a conclu que, s'agissant du deuxième requérant, fournir des informations inexacts sur son appartenance au Parti communiste qui a entraîné l'inéligibilité aux élections législatives est une violation du droit de se présenter aux élections. Cette conclusion était justifiée par le fait que ces informations inexacts fournies aux électeurs ne les empêchaient pas de se faire une idée erronée des opinions politiques du candidat.

1.5. Restrictions du droit de se présenter aux élections

La restriction du droit de se présenter aux élections peut résulter du fait que le candidat a des antécédents judiciaires ou qu'il est engagé dans les activités des autorités sous un régime totalitaire. La personne peut également être inéligible parce qu'elle est membre d'une autre chambre du parlement ou du parlement d'un autre État.

L'annulation de la candidature des groupes électoraux aux élections territoriales au motif qu'ils exerçaient des activités de partis déclarés illégaux en raison de leurs liens avec une organisation terroriste ne constitue pas une violation de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention, sous condition que cette restriction soit proportionnée au but légitime poursuivi et, en l'absence de tout élément d'arbitraire, elle ne porte pas atteinte à la libre expression de l'opinion du peuple³⁶.

Les restrictions aux droits électoraux de la personne qui a abusé d'une position publique ou dont le comportement a menacé de porter atteinte à l'état de droit ou aux fondations démocratiques ne sont pas contraires à l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention. Toutefois, l'inéligibilité permanente du Président destitué le

privant du droit de se porter candidat à une élection parlementaire, s'il s'agit d'une interdiction constitutionnelle et illimitée, ne sera pas compatible avec les standards conventionnels³⁷.

La déchéance en tant que candidat parlementaire de l'ancien dirigeant du parti communiste de l'ère soviétique ne sera pas contraire à l'article 3 du Protocole n°1, les autorités nationales étant les mieux placées pour évaluer les difficultés rencontrées dans l'établissement et la sauvegarde de l'ordre démocratique³⁸.

La disqualification à des élections fondée sur la race ou l'origine est interdite par la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, il n'y a pas d'obstacle à l'exclusion des candidats qui ne sont pas ressortissants de l'État dans lequel se tiennent les élections. Dans l'affaire *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*³⁹, les requérants n'avaient pas le droit de vote aux élections parlementaires et présidentielles en raison de leurs origines romes et juives. La Constitution de la Bosnie-Herzégovine divisait les personnes en deux groupes: les "personnes constituantes", dont les Bosniaques, les Croates et les Serbes et les "autres", y compris les Roms, les Juifs et les minorités ethniques nationales ou les personnes n'appartenant à aucun groupe ethnique. Étant donné que cette inéligibilité persistante de certains requérants manquait de justification raisonnable et objective, elle constituait une violation de l'article 14 combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1 et l'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention. Dans l'affaire *Tănase c. Moldova*⁴⁰, la Cour a examiné l'obligation d'un député du Parlement moldave qui détenait d'autres nationalités et qui a reçu l'ordre d'y renoncer pour avoir le droit d'exécuter le mandat. La Cour n'a pas accepté l'argument selon lequel la mesure avait été nécessaire pour protéger les lois, les institutions et la sécurité nationale. Compte tenu du fait que les restrictions aux droits électoraux ne devraient pas avoir pour effet d'exclure un groupe de personnes de la vie politique du pays, la Cour a conclu à la violation de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention.

La Cour accepte que le candidat soit rayé d'une liste électorale si ce n'est pas arbitraire et fait de bonne foi. En

34 - CEDH, *Sukhovetsky c. Ukraine*, n°13716/02, 28 mars 2006.

35 - CEDH, *Krasnov et Skrutanov c. Russie*, n°17864/04 et 21396/04, 19 juillet 2007.

36 - CEDH, *Etxebarria Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne*, n°35579/03, 30 juin 2009.

37 - CEDH, *Paksas c. Lituanie*, n°34932/04, 6 janvier 2011.

38 - CEDH, *Ždanoka c. Lettonie*, n°58278/00, 16 mars 2006.

39 - CEDH, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009.

40 - CEDH, *Tănase c. Moldova*, n°7/08, 27 avril 2010.

revanche, la Cour n'a pas accepté que le candidat ait été rayé de la liste électorale dans les situations suivantes: contestation de document sur l'emploi et le type de document confirmant l'inscription du candidat dans un parti politique; allégations d'avoir acheté des votes sans preuves ou procédures pertinentes; contestation de déclaration sur les biens possédés par un candidat; refus d'enregistrer un candidat exerçant une activité religieuse.

Comme ci-dessus mentionné, l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention formule expressis verbis quatre conditions imposées aux élections selon les critères de la CEDH: les élections doivent être libres, démocratiques et secrètes et elles devraient être organisées à intervalles réguliers. Les organes électoraux devraient fonctionner de manière transparente, impartiale et indépendante, sans manipulation politique. Les autorités nationales devraient examiner chaque allégation électorale soulevée par les électeurs. Selon la doctrine, et parmi les académiques, le Prof. Krzysztof Skotnicki: "les élections des organes représentatifs ou un référendum, pour être démocratiques et libres, doivent se dérouler au suffrage universel" (Skotnicki K., 2000).

Dans l'affaire Kovach c. Ukraine⁴¹, la Cour a conclu que l'invalidation arbitraire des votes obtenus par le candidat principal dans plusieurs circonscriptions électorales d'une circonscription parlementaire, aboutissant à la victoire de son opposant, constituait une violation de l'article 3 du Protocole n°1. La Cour a également conclu, dans l'affaire Namat Aliyev c. Azerbaïdjan⁴², que les autorités nationales n'avaient pas dûment enquêté sur des plaintes pour irrégularités électorales en violation de l'article 3 du Protocole n° 1. Dans l'affaire Riza et autres c. Bulgarie⁴³, les résultats des élections dans plusieurs bureaux de vote ont été annulés sans possibilité de tenir de nouvelles élections. La Cour a conclu à la violation de l'article 3 du Protocole n° 1.

1.6. Système électoral

Les États établissent des systèmes électoraux en fonction de leurs traditions, de leur culture et de leurs

circonstances. L'article 3 du Protocole n° 1 n'exige pas une représentation politique proportionnelle. Le principe est que tout parti politique devrait avoir une chance égale de participer aux élections dans le cadre d'un système électoral⁴⁴, sauf si le but du parti politique en cause n'est pas compatible avec les standards conventionnels⁴⁵ par exemple s'il vise l'introduction d'un pouvoir autre que démocratique ou le traitement discriminatoire de groupes des citoyens. Dans l'affaire Yumak et Sadak c. Turquie⁴⁶, l'exigence pour les partis politiques d'obtenir au moins 10% des voix aux élections nationales pour être représenté au Parlement n'est pas considérée comme une violation de l'article 3 de Protocole n°1 à la Convention. Cependant, si un parti n'obtient pas le critère représentatif minimum et si le financement public direct est refusé, la différence de traitement avec les autres parties bénéficiant d'un financement est considérée comme raisonnablement proportionnée au but légitime de renforcer le pluralisme démocratique tout en évitant la fragmentation des listes de candidats⁴⁷. L'affaire Grosaru c. Roumanie⁴⁸ concernait le différend postélectoral sur la représentation parlementaire d'une minorité nationale. Parmi les sièges accordés à la minorité conformément à la législation nationale, un candidat ayant obtenu le plus grand nombre de voix a été élu aux élections. Cependant, il a été privé de son siège qui a été attribué à un autre candidat par le bureau électoral central. Le manque de clarté de la loi électorale et l'absence de garanties suffisantes pour obtenir un recours impartial ont entraîné une violation de l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention.

La contestation du système électoral basé sur la règle de la majorité ou de la proportionnalité n'a pas abouti pour les requérants devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans de nombreux pays européens, les candidats aux élections législatives sont sélectionnés à partir de "listes fermées". Les électeurs votent pour un parti qui obtient un certain nombre de sièges aux élections législatives. Ce parti établit l'ordre des candidats sur la liste électorale. En conséquence, les électeurs ne peuvent pas voter directement pour leur candidat préféré. Dans l'affaire Saccomanno et autres c. Italie⁴⁹, la Cour a

41 - CEDH, Kovach c. Ukraine, n°39424/02, 7 février 2008.

42 - CEDH, Namat Aliyev c. Azerbaïdjan, n°18705/06, 8 avril 2010.

43 - CEDH, Riza et autres c. Bulgarie, n°48555/10 et 48377/10, 13 octobre 2015.

44 - CEDH, Parti Conservateur Russe des Entrepreneurs et autres c. Russie, n°55066/00 et 55638/00, 11 janvier 2007.

45 - CEDH, Refah Partisi et autres c. Turquie, n°41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13 février 2003.

46 - CEDH, Yumak et Sadak c. Turquie, n°10226/03, 8 juillet 2008.

47 - CEDH, Özgürlük Ve Dayanışma Partisi c. Turquie, n° 7819/03, 10 mai 2012.

48 - CEDH, Grosaru c. Roumanie, n°78039/01, 2 mars 2010.

49 - CEDH, Saccomanno et autres c. Italie, n°11583/08, 13 mars 2012.

confirmé "la large marge d'appréciation dont jouissent les États à cet égard". En plus, la Convention n'exige pas que la composition du parlement soit un reflet du nombre total des votes⁵⁰.

Une exception au système électoral basé sur la majorité a été considérée comme justifiée pour garantir des sièges aux minorités religieuses et ethniques. Toutefois, l'octroi de privilèges électoraux pour les minorités n'est pas obligatoire à la lumière de la jurisprudence de la Cour⁵¹. La Cour considère également que le principe de l'égalité n'exige pas le même poids des votes ou les mêmes chances de réussite pour les candidats aux élections⁵².

1.7. Couverture des élections dans les média

La couverture inégale des élections parlementaires dans les médias nationaux peut être examinée dans le cadre du droit à des élections libres. Il ne ressort pas de l'article 3 du Protocole n° 1 que les partis politiques ont le droit ou un droit égal à une couverture médiatique. Par conséquent, le manque d'accès ou un accès restreint au droit à une couverture médiatique ne peut, en principe, pas constituer une violation de l'article 3 du protocole n°1. Dans l'affaire Parti communiste de Russie et autres c. Russie⁵³, la Cour n'a pas conclu à la violation de l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention parce qu'elle considérait que le temps d'antenne attribué aux candidats de l'opposition n'était pas insignifiant, ce qui était suffisant pour considérer que les élections étaient compatibles avec l'esprit d'"élections libres". Selon la Cour, les média ne sont pas le seul moyen pour gagner la popularité parmi les futurs électeurs et ne constituent donc pas un élément décisif sur le résultat final des élections⁵⁴.

1.8. Droit de vote des détenus

Les États ont une large marge d'appréciation en ce qui concerne le droit de vote des détenus. Le droit de vote n'est pas absolu et peut être restreint, mais cette

restriction du droit à des élections libres ne peut être imposée que dans certaines situations. Cette restriction ou privation du droit de vote des détenus a un but légitime. Il vise à prévenir la criminalité et à renforcer la responsabilité civile et la primauté du droit. En ce qui concerne les droits des détenus, il était accepté pendant longtemps que tous les détenus aient été privés de leur droit de vote aux élections indépendamment de la durée de leur peine, de la nature ou de la gravité de leur infraction ou de leur situation personnelle. L'ingérence dans le droit de vote des prisonniers sert un but légitime - prévenir que les délits soient commis, renforcer la responsabilité des citoyens et le fonctionnement de l'État de droit.

Dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2)⁵⁵, l'exclusion générale des détenus condamnés aux élections parlementaires et locales contrevenait à l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention. Comme le Royaume-Uni n'a pas modifié la législation imposant l'interdiction générale pour les condamnés de voter aux élections nationales ou européennes, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt pilote, *Green et M.T. Royaume-Uni*⁵⁶. En vertu de ce jugement et de l'article 46 de la Convention, le Royaume-Uni était tenu d'introduire des propositions législatives visant à modifier la législation électorale concernée dans un délai de six mois à compter de la date du jugement et *Green et M.T.* afin de se conformer à l'arrêt *Hirst* (n°2). Le 24 septembre 2013, la Cour a décidé de ne pas ajourner la procédure et de poursuivre 2000 affaires pendantes devant sa juridiction.

Le 10 février 2015, la Cour a examiné 1015 plaintes de prisonniers privés de droit de vote et dans toutes ces affaires, elle a constaté une violation du droit de vote aux élections libres⁵⁷.

Le problème des droits électoraux des détenus est vaste et concerne plusieurs d'autres pays, parmi eux Autriche⁵⁸, Turquie⁵⁹, Russie⁶⁰ et Bulgarie⁶¹. Le problème

50 - CEDH, *Liberal Party, R. et P. c. Royaume-Uni*, n°8765/79, 18 décembre 1980.

51 - CEDH, *Magnago et Südtiroler Volkspartei c. Italie*, n°25035/94, 15 avril 1996.

52 - CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, n°9267/81, 2 mars 1987.

53 - CEDH, *Parti communiste de Russie et autres c. Russie*, n°29400/05, 19 juin 2012.

54 - CEDH, *Partija Jaunie Demokrāti i Partija Mūsu Zeme c. Latvia*, n°10547/07 et 34049/07, 29 novembre 2007.

55 - CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), n° 74025/01, 6 octobre 2005.

56 - CEDH, *Green et M.T. c. Royaume-Uni*, n°60041/08 et 60054/08, 23 novembre 2010.

57 - CEDH, *McHugh et 1,014 autres c. Royaume-Uni*, n°51987/08, 10 février 2015.

58 - CEDH, *Frodl c. Autriche*, n°20201/04, 8 avril 2010.

59 - CEDH, *Söyler c. Turquie*, n°29411/07, 17 septembre 2013; *Murat Vural c. Turquie*, n°9540/07, 21 octobre 2014.

60 - CEDH, *Anchugov et Gladkov c. Russie*, n°11157/04 et 15162/05, 4 juillet 2013.

61 - CEDH, *Kulinski et Sabev c. Bulgarie* n°63849/09, 21 juillet 2016.

des droits des détenus consiste, en règle générale, à priver un groupe entier de personnes du droit de vote. Toutefois, cette règle pourrait être facilement individualisée, par restriction de son application aux personnes condamnées à une peine de certaine durée ou condamnées pour un certain type d'infraction. Selon la Commission de Venise, cette individualisation des règles sur la privation des détenus du droit de vote, devrait être faite dans un jugement délivré par un tribunal⁶². Cependant, les détenus britanniques sont toujours privés du droit de vote en vertu de la loi.

La Cour européenne des droits de l'homme a décidé que les détenus italiens peuvent perdre le droit de vote conformément à l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention lorsqu'ils sont reconnus coupables de certaines infractions contre l'État ou le système judiciaire ou condamnés au moins à trois ans d'emprisonnement⁶³. Cette individualisation de la sanction de privation du droit de vote des détenus a été reconnue comme une solution satisfaisante à la lumière des standards des droits de l'homme.

Les personnes majeures incapables sont souvent concernées par la privation de droit de vote. Il a y a toutefois souvent une confusion entre les personnes handicapées et incapables. Par conséquent, il faut que la loi nationale en tienne compte et n'exclue pas un groupe entier sans faire de différence entre ces deux groupes⁶⁴. Certains États prévoient une privation de droit de vote des personnes qui ont été déclarées en liquidation. Cette mesure est acceptée par la juridiction strasbourgeoise si elle reste limitée dans le temps à cinq ans⁶⁵.

La Cour européenne n'est pas une juridiction qui examine les plaintes des candidats ou des parties contestant les résultats des élections mais elle est gardienne des procédures pour vérifier si les règles électorales conventionnelles ont été respectées.

Le système électoral doit être soumis aux standards conventionnels, pour éviter que le droit aux élections libres soit violé, par exemple par de faux bulletins ajoutés dans les urnes électorales⁶⁶ ou l'annulation des résultats

des élections⁶⁷ en cas de manquement grave ou manifeste à l'honnêteté du scrutin (fraude, dépouillement irrégulier, absence d'isoloir, dépassement du plafond des dépenses électorales) (Giquel J., 2003).

2. LIBERTÉ DE RÉUNION ET D'ASSOCIATION

2.1. Règles générales

L'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre la liberté de réunion et d'association, y compris les partis politiques qui jouent un rôle primordial dans la société démocratique, la démocratie étant considérée comme un élément fondamental du système de la Convention. L'article 11 de la Convention dispose que: "1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts. 2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État".

La Cour a déclaré que les restrictions aux libertés fondamentales des partis politiques ne pouvaient être imposées que dans des situations exceptionnelles: "(...) Les exceptions visées à l'article 11 appellent, à l'égard de partis politiques, une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à leur liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11 § 2, les États contractants ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite"⁶⁸.

La Cour a défini quand un parti politique pourrait initier des changements à la législation: "un parti politique peut mener campagne en faveur d'un changement de la

62 - CEDH, Hirst c. Royaume-Uni (n° 2), n°74025/01, 6 octobre 2005.

63 - CEDH, Scoppola (n° 3) c. Italie, n°126/05, 22 mai 2012.

64 - CEDH, Alajos Kiss c. Hongrie, n°38832/06, 20 mai 2010.

65 - CEDH, Camagnano c. Italie, n°77955/01, 23 mars 2006.

66 - CEDH, Namat Aliyev c. Azerbaïdjan, n°18705/06, 8 avril 2010.

67 - CEDH, Kovach c. Ukraine, n°39424/02, 7 février 2008.

68 - CEDH, Refah Partisi et autres c. Turquie, n°41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13 février 2003, § 100.

législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'État à deux conditions: 1) les moyens utilisés à cet effet doivent être à tous points de vue légaux et démocratiques; 2) le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux. Il en découle nécessairement qu'un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence ou proposent un projet politique qui ne respecte pas une ou plusieurs règles de la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît, ne peut se prévaloir de la protection de la Convention contre les sanctions infligées pour ces motifs⁶⁹.

2.2. Dissolution d'un parti ou d'une association politique

La dissolution d'un parti ou d'une association politique n'est pas toujours contraire à l'article 11 de la Convention. Toutefois, la dissolution ou l'interdiction d'un parti politique uniquement en raison de son nom communiste⁷⁰, son programme faisant référence à la nation kurde⁷¹ ou un appel non justifié à l'usage de la violence par le parti ne sont pas compatibles avec l'article 11 de la Convention⁷².

La dissolution d'un parti politique par la Cour constitutionnelle peut être compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire susmentionnée⁷³, la Cour constitutionnelle a déclaré que la dissolution du parti en raison des déclarations publiques inconstitutionnelles faites par les chefs de parti, n'était pas contraire à l'article 11 de la Convention. Dans l'affaire *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*⁷⁴, la Cour a conclu à la dissolution d'un parti politique qui avait les qualités d'une organisation terroriste. Dans l'affaire *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c. Roumanie*⁷⁵, en ce qui concerne le refus d'enregistrer un parti politique pour avoir cherché à établir une société fondée sur la doctrine communiste, la Cour a conclu à la violation de l'article 11 de la Convention, parce que les allégations n'étaient pas justifiées. Enfin, l'association politique dissoute pour avoir organisé une manifestation

dans toute la Hongrie appelant à la défense des Hongrois de souche contre la criminalité dite "gitane" ne viole pas l'article 11.

L'État a le droit de prendre des mesures préventives pour protéger la démocratie contre les associations s'il existe une menace pour les droits des tiers⁷⁶.

3. GARANTIES PROCÉDURALES EN MATIÈRE DES DROITS POLITIQUES

Les droits politiques protégés en vertu de l'article 3 du Protocole n°1 ne sont pas protégés en vertu de l'article 6 de la Convention. Par conséquent, les États n'ont pas d'obligation de garantir qu'une privation de droit de vote se fasse en vertu d'une procédure judiciaire⁷⁷.

D'un côté, il y avait des tentatives de considérer les droits politiques comme des droits civils parce que les droits politiques sont directement liés avec la citoyenneté⁷⁸. De l'autre côté, il a un principe de certitude légale qui est construit dans la jurisprudence sous l'angle de l'article 3 de Protocole n°1 de la Convention (Harris D., O'Boyle M., Warbrick C. 2014). Ces deux éléments doivent renforcer les lois et les procédures électorales et leur rendre leur contenu et leur interprétation compatible avec l'article 3 du Protocole n°1.

Selon le Prof. Frédéric Sudre: "le constat d'inéligibilité doit remplir des conditions d'équité procédurale et de certitude légale", afin d'éviter tout abus de pouvoir des autorités compétentes (Sudre F. 2016).

CONCLUSIONS

Les droits politiques sont largement protégés par la Convention européenne des droits de l'homme mais les garanties spécifiques sont énoncées aux articles 14 et 3 du Protocole n° 1 à la Convention et à son Protocole n° 12. L'article 11 de la Convention garantit la liberté de réunion et d'association des parties politiques et des associations.

69 - CEDH, *Yazar et autres c. Turquie*, n°22723/93, 22724/93 et 22725/93, § 49, 9 avril 2002.

70 - CEDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, n° 19392/92, 30 janvier 1998.

71 - CEDH, *Parti socialiste et autres c. Turquie*, n°21237/93, 25 mai 1998.

72 - CEDH, *Parti de la liberté et de la démocratie c. Turquie*, n°23885/94, 8 décembre 1999.

73 - CEDH, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* n°41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13 février 2003.

74 - CEDH, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, n°25803/04 et 25817/04, 30 juin 2009.

75 - CEDH, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c. Roumanie*, n°46626/99, 3 février 2005.

76 - CEDH, *Vona c. Hongrie* n°35943/10, 9 juillet 2013.

77 - CEDH, *Pierre-Bloch c. France*, n°24194/94, 21 octobre 1997, Opinion dissidente, M. le Juge J. de Meyer.

78 - CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, n°33554/03, 15 juin 2006.

La jurisprudence analysée de la Cour européenne des droits de l'homme a un impact direct et profond sur les réalités juridiques nationales. Si la Cour européenne des droits de l'homme constate une violation des droits protégés par la Convention, l'arrêt est mis en œuvre par une modification législative (mesures générales) ou par une modification de la jurisprudence, par exemple une réouverture de la procédure (mesures individuelles). Cette jurisprudence strasbourgeoise a réduit la marge d'appréciation appartenant aux États en matière des droits politiques, et notamment l'exclusion des groupes comme les détenus ou les personnes incapables.

La Cour européenne des droits de l'homme a examiné un large éventail de droits en ce qui concerne la restriction du droit à des élections libres⁷⁹; les conditions d'éligibilité des candidats aux élections⁸⁰; le droit à la représentation parlementaire des minorités nationales⁸¹; ou le droit de vote des détenus⁸². Enfin, l'étude portait sur la liberté de réunion et d'association et la compatibilité de la dissolution des partis politiques ou de l'association avec la Convention⁸³.

Les normes nationales, même constitutionnelles, doivent respecter les standards des normes conventionnelles, dans ce cas particulier celles établies dans la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour accepte en principe les systèmes électoraux établis par les États membres du Conseil de l'Europe. Toutefois, l'acceptation peut être conditionnelle, les règles établies sont temporaires ou soumises au contrôle correctif pour être considérées comme compatibles avec la Convention au moment de l'examen de la requête.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- I. Code de bonne conduite en matière électorale, Résolution, 30 janvier 2003, 1320(2003), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17082&lang=en>, CDL-AD(2002)023-f, consulté le 17 octobre 2017.
- II. Code de bonne conduite en matière électorale: Lignes directrices et rapport explicatif - adoptés par la Commission de Venise lors de ses 51e et 52e sessions (Venise, 5-6 juillet et 18-19 octobre 2002), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2002\)023-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2002)023-f), consulté le 17 octobre 2017.
- III. Convention européenne des droits de l'homme, accessible sur le site: www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, consulté le 17 octobre 2017.
- IV. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur une stratégie d'information et de communication pour l'Union européenne, COM(2002)350 final/2, 2 octobre 2002, disponible sur le site: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0350:FIN:FR:PDF>, consulté le 17 octobre 2017.
- V. Droit à des élections libres, Fiche thématique CEDH, www.echr.coe.int/Documents/FS_Free_elections_FRA.pdf, consulté le 17 octobre 2017.
- VI. Frowein J. et Peukert W. (1985), *Europäische Menschenrechtskonvention*, Engel, Kehl, Strasbourg, p. 290.
- VII. Garlicki L. (2007), *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz*. Chapitre IV, Article 96, Varsovie, Sejm i Senat.
- VIII. Garlicki L. (dir.) (2011), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Volume II, Beck, p. 566.
- IX. Granat M. (2009), *Prawo konstytucyjne w pytaniach i odpowiedziach*, Varsovie, PWN, p. 114-149; *mutatis mutandis*: Garlicki L. (2007), *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz*. Chapitre IV, article 96, Varsovie, p. 7, Sejm i Senat.
- X. Guide sur l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à des élections libres (2017), Direction du jurisconsulte, CEDH; www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_Protocol_1_FRA.pdf, consulté le 17 octobre 2017.
- XI. Giquel J., (2003), *L'organisation des élections, Les élections et la démocratie*, Paris-Białystok.
- XII. Harris D., O'Boyle M., Warbrick C. (2014), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, p. 732.

79 - CEDH, *Aziz c. Chypre* n°69949/01, 22 juin 2004 ; *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n°27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009.

80 - CEDH, *Paksas c. Lituanie*, n°34932/04, 6 janvier 2011.

81 - CEDH, *Grosaru c. Roumanie*, n°78039/01, 2 mars 2010.

82 - CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), n°74025/01, 6 octobre 2005.

83 - CEDH, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, n°41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13 février 2003.

- XIII. Huet, V., (2006), Vers l'émergence d'un principe de légitimité démocratique en droit international?, Belgique, RTDH, www.rtdh.eu/pdf/2006547.pdf, page consulté le 17 octobre 2017.
- XIV. Léquyer Y. (2014), *The Right to Free Elections*, Strasbourg, France.
- XV. Marcus-Helmons S. (1999), Article 3 du Protocole n°1, in. L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica 2e edition. P. 1011-1020.
- XVI. Rajska D. (2016), *Equality of political rights in Montenegro in the light of the case law of the European Court of Human Rights*, Montenegro, Conseil de l'Europe.
- XVII. Skotnicki K. (2000), *Zasada powszechności w prawa wyborczego. Zagadnienia teorii i praktyki*, Łódź, 2000.
- XVIII. Sudre F. (2016), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11 ed., PUF, p. 657.
- XIX. Velu J. et Ergéc R. (1990), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant. pp. 659-672.
- XX. *Yearbook on the ECHR no. 31 (1988)*, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers.
- XXI. Ahmed et autres c. Royaume-Uni, n° 22954/93, 2 septembre 1998.
- XXII. Alajos Kiss c. Hongrie, n°38832/06, 20 mai 2010.
- XXIII. Anchugov et Gladkov c. Russie, n°11157/04 et 15162/05, 4 juillet 2013.
- XXIV. Aziz c. Chypre n°69949/01, 22 juin 2004.
- XXV. Brike c. Lettonie, n°47135/99, 29 juin 2000.
- XXVI. Camagnano c. Italie, n°77955/01, 23 mars 2006.
- XXVII. Clerafyt et autres c. Belgique, n°27120/95, 8 septembre 1997.
- XXVIII. Doyle c. Royaume-Uni, n°30158/06, 6 février 2007.
- XXIX. Ecoglasnost c. Bulgarie, n°30386/05, 6 novembre 2012.
- XXX. Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne, n°35579/03, 30 juin 2009.
- XXXI. Frodl c. Autriche, n°20201/04, 8 avril 2010.
- XXXII. Fryske Nasionale Partij et autres c. Pays Bas, n°11100/84, 12 décembre 1985.
- XXXIII. Green et M.T. c. Royaume-Uni, n° 60041/08 et 60054/08, 23 novembre 2010.
- XXXIV. Grosaru c. Roumanie, n° 78039/01, 2 mars 2010.
- XXXV. Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne, n° 25803/04 et 25817/04, 30 juin 2009.
- XXXVI. Hirst c. Royaume-Uni (n° 2), n° 74025/01, 6 octobre 2005.
- XXXVII. Kovach c. Ukraine, n°39424/02, 7 février 2008.
- XXXVIII. Krasnov et Skrutanov c. Russie, n°17864/04, 19 juillet 2007.
- XXXIX. Krivobokov c. Ukraine, n°38707/04, 19 février 2013.
- XL. Kulinski et Sabev c. Bulgarie n° 63849/09, 21 juillet 2016.
- XLI. Liberal Party R. et P. c. Royaume-Uni, n°8765/79, 18 décembre 1980.
- XLII. Lykourazos c. Grèce, n°33554/03, 15 juin 2006.
- XLIII. Magnago et Südtiroler Volkspartei c. Italie, n°25035/94, 15 avril 1996.
- XLIV. Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, n°9267/81, 2 mars 1987.
- XLV. Matthews c. Royaume-Uni, n°24833/94, 18 février 1999.
- XLVI. McHugh et autres c. Royaume-Uni, n° 51987/08, 10 février 2015.
- XLVII. Murat Vural c. Turquie, n° 9540/07, 21 octobre 2014.
- XLVIII. Namat Aliyev c. Azerbaïdjan, n°18705/06, 8 avril 2010.
- XLIX. Oran c. Turquie, n° 28881/07 et 37920/07, 15 avril 2014.
- L. Özgürlük Ve Dayanişma Partisi c. Turquie, n° 7819/03, 10 mai 2012.
- LI. Paksas c. Lituanie, n°34932/04, 6 janvier 2011.
- LII. Parti communiste de Russie et autres c. Russie, n°29400/05, 19 juin 2012.
- LIII. Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, n°19392/92, 30 janvier 1998.
- LIV. Partidul Comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c. Roumanie, n°46626/99, 3 février 2005.
- LV. Parti de la liberté et de la démocratie c. Turquie, n°23885/94, 8 décembre 1999.
- LVI. Parti socialiste et autres contre Turquie, n°21237/93, 25 mai 1998.
- LVII. Partija Jaunie Demokrāti i Partija Mūsu Zeme c. Latvia, n°10547/07 et 34049/07, 29 novembre 2007.

- LVIII. Pierre-Bloch c. France, n°24194/94, 21 octobre 1997.
- LIX. Podkolzina c. Lettonie, n°46726/99, 9 avril 2002.
- LX. Polacco et Garofalo c. Italie, n°23450/94, 15 septembre 1997.
- LXI. Refah Partisi et autres c. Turquie, n°41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13 février 2003.
- LXII. Riza et autres c. Bulgarie, n°48555/10, 13 octobre 2015.
- LXIII. Saccomanno et autres c. Italie, n°11583/08, 13 mars 2012.
- LXIV. Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, n°27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009.
- LXV. Sema Timurhan c. Turquie, n°28882/07, 16 décembre 2014.
- LXVI. Scoppola (n° 3) c. Italie, n°126/05, 22 mai 2012.
- LXVII. Shindler c. Royaume-Uni, n°19840/09, 7 mai 2013.
- LXVIII. Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce, n°42202/07, 15 mars 2012.
- LXIX. Söyler c. Turquie, n°29411/07, 17 septembre 2013.
- LXX. Sukhovetsky c. Ukraine, n°13716/02, 28 mars 2006.
- LXXI. Tanase, Moldova, n°7/08, 27 avril 2010.
- LXXII. Vámos et autres c. Hongrie, n°48145/14, 48244/14, 48250/14, 48285/14, 49885/14, 51948/14, 63580/14, 66577/14, et 67222/14, 17 février 2015.
- LXXIII. Vona c. Hongrie n°35943/10, 9 juillet 2013.
- LXXIV. W., X., Y. et Z. c. Belgique, n°6745/74, 6746/74, 30 mai 1975.
- LXXV. X. c. République fédérale d'Allemagne, n°8227/78, 7 mai 1979.
- LXXVI. X. c. République fédérale d'Allemagne, n°2728/66, 6 octobre 1967.
- LXXVII. A.D.Q. c. Belgique, n°1028/61, 18 septembre 1961.
- LXXVIII. X c. Royaume-Uni, n°7140/75, 6 octobre 1976.
- LXXIX. X.Y. et Z. c. Belgique, n°1065/61, 30 mai 1961.
- LXXX. Yazar et autres c. Turquie, n°22723/93, 22724/93 et 22725/93, § 49, 9 avril 2002.
- LXXXI. Yumak et Sadak c. Turquie, n°10226/03, 8 juillet 2008.
- LXXXII. Ždanoka c. Lettonie, n°58278/00, 16 mar

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



La educación para la vocación agraria en la población infantil de las zonas de conflicto armado del departamento de Nariño*

Agriculture vocational education for children in armed conflict zones in the department of Nariño

Gabriel Pantoja Narvaez

Profesor Institución Universitaria CESMAG, Colombia
gdpantoja@iucsmag.edu.co

Fabio Rodriguez Escobar

Profesor Institución Universitaria CESMAG, Colombia
frodriguez1@iucsmag.edu.co

Recibido: 09/09/17 Aprobado: 26/10/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1555>

RESUMEN

Este artículo tiene como pretensión evidenciar avances en la investigación titulada “Formulación de estrategias para la convivencia y seguridad ciudadana orientadas a la protección y rehabilitación familiar y social de la población infantil y adolescente, víctimas del conflicto armado en el municipio de Pasto”, donde se tuvo en cuenta el criterio educativo como la base axiológica de la transformación social. En ella, se evidenció que la población infantil víctima del conflicto armado que se encontraba en el municipio de Pasto como consecuencia del desplazamiento forzado, iban a ser directos beneficiarios de los planes de formación hacia la consecución de la paz desde la convivencia ciudadana. Por ello, los planes educativos del post-conflicto, en materia de restitución de tierras, se centran en un concepto jurídico y a la vez pedagógico denominado la “vocación agraria” y de ello se desprende la necesidad de verificar los escenarios de formación para el fomento de la vocación agraria en los escenarios de Paz.

Bajo esta perspectiva, el estudio se centró en el estado del arte de la formación básica y la determinación de la concepción de vocación agraria para la consecución de Paz.

PALABRAS CLAVE

Convivencia Ciudadana; Educación; Paz; Postconflicto; Vocación Agraria.

ABSTRACT

This article aims to evidence progress made in the following investigation: “Formulación de estrategias para la convivencia y seguridad ciudadana orientadas a la protección y rehabilitación familiar y social de la población infantil y adolescente, víctimas del conflicto armado en el municipio de Pasto”. This study took into account the academic criteria as the axiological foundation of social transformation. The research evidenced that the population of child victims of the armed conflict in Pasto, due to forced displacement, would be the direct beneficiaries of the formation plans to reach a peace agreement based on a communal perspective. Thus, the educational plans post-conflict in regards to land restitution are focused on a juridical and pedagogical concept called “agricultural vocation”, which follows the need to verify educational scenarios for the promotion of agriculture vocational training in different educational environments.

In this perspective, the study focused on the academic status quo of primary and secondary education and the determinations around the concept of 'agriculture vocational training' in regards to the peace achievement.

KEYWORDS

Agriculture Vocational Training; Civic Coexistence; Education; Peace; Post-conflict.

* Artículo de Investigación

INTRODUCCIÓN

El punto de partida hacia la comprensión del papel de la educación básica primaria en la formación integral de los niños y niñas debe tener en cuenta el gigante que constituye el ordenamiento jurídico colombiano. La consagración de los derechos de los niños y niñas desde el punto de vista de los enfoques curriculares y los fines de la educación que pretenden resolver los nuevos escenarios de convivencia ciudadana planteados en el Acuerdo de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP).

En el mes de noviembre de 2016, el gobierno colombiano logró un acuerdo de paz con las FARC-EP a fin de terminar el conflicto armado con esa guerrilla y propender por la construcción de una paz estable y duradera. Ello sería posible a través de la cimentación de escenarios jurídicos donde se garantice la participación política de dicho grupo subversivo en la realidad democrática del país, el tránsito a la vida civil a través de mecanismos de verificación del fin del conflicto armado, la solución al problema de las drogas ilícitas, los mecanismos que garanticen la justicia para las víctimas del conflicto armado y, el punto objeto del presente trabajo investigativo que trata acerca de una reforma rural integral que permita una utilización de la tierra de forma plena, por cuanto según el Acuerdo Final (2016), el territorio rural debe ser comprendido como:

un escenario socio-histórico con diversidad social y cultural, en el que las comunidades -hombres y mujeres- desempeñan un papel protagónico en la definición del mejoramiento de sus condiciones de vida y en la definición del desarrollo del país dentro de una visión de integración urbano-rural (Acuerdo Final, p.10).

Desde esta perspectiva, a fin de mejorar las condiciones de vida de la población rural en Colombia, el Acuerdo Final propone el fomento del acceso a la tierra a través de la creación del denominado Fondo de Tierras para la Reforma Rural Integral y con ello, indica el documento final que las personas beneficiarias del plan de adjudicación de tierras serán "trabajadoras y trabajadores con vocación agraria" (Acuerdo Final, p. 15).

Ahora, la significación de la expresión 'vocación agraria' que inicialmente fue estructurada en el Acuerdo Final del Gobierno y las FARC, fue reproducida por el gobierno

nacional a través de una reglamentación que corresponde al Decreto 902 expedido en el año 2017 en uso de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República en virtud del acuerdo, sin que ni en la parte considerativa ni en el articulado se explique dicho concepto.

Desde el Decreto 3600 de 2007, en el cual se reguló el uso del suelo rural, la expresión 'vocación agrícola' -distinta de vocación pecuaria o forestal- es entendida como el derecho de uso, goce y disposición, como atributos del derecho de dominio, que puede ejercerse sobre un bien inmueble ubicado en el sector rural, cuya destinación corresponde a toda actividad relacionada directamente con la agricultura.

Es decir, la construcción normativa, el ordenamiento jurídico y las políticas colombianas se habían centrado de forma previa al acuerdo de paz con las FARC en los bienes que tengan o no la vocación agrícola, es decir, los inmuebles ubicados en el sector rural que sean destinados para actividades consideradas 'agrícolas', tales como arado, abono, siembra, riego de cultivo, cuidado de sembradío, cosecha, rotación de cultivos, distribución y venta de bienes agrícolas, y que dichas actividades sean susceptibles de ejecutarse sin que sea necesaria una transformación del suelo.

Ahora, a partir de la vigencia del Decreto 902 de 2017, el concepto es 'trasladado a los beneficiarios', es decir, no trata de ligar el concepto de vocación agraria o agrícola a los bienes inmuebles del sector rural, sino respecto de las personas que serían beneficiarias del Plan de Adjudicación de Tierras. Esta situación queda evidenciada en la normativa así:

Son sujetos de acceso a tierra y formalización a título gratuito los campesinos, campesinas, trabajadores, trabajadoras y las asociaciones con **vocación agraria** o las organizaciones cooperativas del sector solidario con **vocación agraria** (D. 902/2017, Art. 4) (negritas y subrayado propio)

Si dicha expresión se traslada en relación a los sujetos de derecho conforme lo señala la normatividad civil colombiana, debe acudirse eminentemente a un concepto distinto de vocación agraria al que inicialmente fue planteado por la normativa vigente hasta el año 2016; ello por cuanto la vocación, en relación a las personas según su acepción común en la psicología, debe entenderse como la tendencia que siente una persona

hacia determinadas actividades en las cuales encuentra una propia satisfacción que genera como recompensa la materialización del proyecto de vida personal.

Lo anteriormente señalado es claramente estructurado en el pensamiento de Kohan, N. (1977) cuando expresa que existe una necesidad en la orientación vocacional que debe darse en el quehacer educativo desde los mismos profesores, debido a que se constituye en un elemento orientador para el desarrollo y la madurez de los individuos, lo que les permitirá ubicarse en un lugar en la sociedad:

Desde este lugar, que es el de su carrera, profesión, ocupación o trabajo, podrá dedicarse sin angustia, con alegría y responsabilidad plena, a modelarse a sí mismo, uniéndose en un objetivo único, cada vez más alto, el beneficio propio y el bienestar de la comunidad en que vive (Kohan, N. 1977, p. 287-288).

Por ello, hablar de vocación agraria, requiere intrínsecamente referirse a los procesos de formación integral a que hace alusión la educación en todos sus niveles y bajo esta perspectiva, inicialmente se relacionarán los referentes normativos que regulan la educación en el nivel básico de primaria y los diseños curriculares en este nivel e identificar si existe o no, un proceso de formación inicial que permita a una persona la construcción de un proyecto de vida personal con vocación agraria.

1. LA EDUCACIÓN BÁSICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En un primer escenario, es indispensable la comprensión normativa que brinda el estudio de los derechos de la infancia y adolescencia en Colombia. Este estudio tiene su origen en el cambio constitucional que desde 1991 ha propendido por la maximización de los derechos de todas las personas que hacen parte del territorio nacional, incluyendo los derechos también de las personas de nacionalidad distinta de la colombiana. Para ello, es necesario comprender que en virtud del Bloque de Constitucionalidad, la principal disposición supra-constitucional se denomina la 'Convención de los Derechos del Niño' del año 1989, la misma que fue ratificada por el Estado colombiano mediante Ley 12 de 1991.

En el documento en mención, considera que los niños deben ser preparados para la vida y educados conforme

los valores proclamados por la Organización de Naciones Unidas, debiendo los Estados firmantes adoptar las medidas tendientes a garantizar la educación por su trato preferente que debe tener el mismo en la sociedad. Por ello, los Estados deben garantizar que todas las medidas que se adopten sean respetando el interés superior del menor:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Organización de Naciones Unidas. Convención de los Derechos del Niño, art. 3).

En este sentido, es clave afirmar que desde incluso antes de la entrada en vigencia de la misma Carta Política de 1991, el Estado colombiano asumió el deber de protección a los niños, niñas y adolescentes; deber que se plasmó en el texto político vigente en concordancia con las disposición en mención, compromiso que ejerce junto con la familia y la misma sociedad.

Más adelante, en los artículos 28 y 29 del documento de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Estado colombiano asumió el deber legal de no únicamente propender por el interés superior en las políticas arriba señaladas sino que particularmente en una de ellas que trata la Educación y en ella, se asume el deber progresivo de brindar el acceso a la educación en condiciones de igualdad. Del mismo modo, establece en el artículo 28 en mención, 2 deberes en relación con la gratuidad de la educación básica y secundaria, una educación superior accesible, orientación profesional y reducción de las tasas de deserción:

- a. Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b. Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c. Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d. Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- e. Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Interesa al objeto de estudio que la Convención de los Derechos del Niño estableció cuáles serían los lineamientos, directrices, diseños y enfoques curriculares que el proceso de formación debía adoptar. Para ello, en el artículo 29 se determinó que la educación deberá desarrollar todas las capacidades del niño, entendiéndose como las aptitudes, desarrollo mental y de su personalidad. En este mismo sentido, dentro de los contenidos en el proceso de formación, se deben articular en el respeto por los derechos y las libertades y el ambiente, que se consagran según lo dispuesto en la norma en el orden internacional y en conjunto, el deber obligatorio del Estado de materializar dichos fundamentos en su normativa interna (Organización de Naciones Unidas. Convención de los Derechos del Niño, art. 3).

Ya en el orden interno, desde el mismo preámbulo del texto político de 1991, se establece la convivencia como un eje rector y un deber ser del Estado y, que en conjunto con la paz, deben garantizarse a través del ordenamiento jurídico donde se justifican cada una de las instituciones que el proyecto constitucional prevé.

En este sentido, ya el artículo 2 de la Constitución determina que el Estado colombiano tiene como deber esencial de su quehacer, la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales, deberes y postulados que se encuentran en el texto político y por ello, en este mismo sentido, el constituyente de 1991 trajo en la redacción de la actual constitución un catálogo significativamente amplio de los derechos de los niños que a continuación se mencionan:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (CConst, 1991, art. 44).

A partir de esto, se tiene que los niños, niñas y adolescentes se consideran como sujetos de especial protección constitucional en el sentido de que sus derechos deben tornarse prevalentes frente a los derechos de los demás y, bajo esta misma perspectiva, endilga la norma mencionada en la familia, la sociedad y el Estado, el deber de asistencia y protección de los infantes y adolescentes, a fin de construir en ellos un proyecto de vida donde se garantice la integridad de los reconocimientos que ha estructurado la Carta Política.

Esta expresión ha sido ratificada por los altos organismos jurisdiccionales en Colombia con el fin de armonizar el ordenamiento jurídico interno con el orden internacional. Todo, por cuanto es necesario afirmar que:

Existe un consenso entre la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez, generando un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto privilegiado y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que ellos se hallan. En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que la autoridad pública al momento de aplicar cualquier figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (CConst, T-730/2015, L. Guerrero).

Esta perspectiva, ampliamente difundida por la Corte Constitucional de Colombia, ha permitido establecer que existe un deber estatal esencial en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, máxime cuando se trata de una regulación que propenda por la protección especial de la cual gozan según el texto constitucional y, que el Estado no únicamente debe ser un garante en la evitación de eventuales daños de que puedan ser víctimas los niños, niñas y adolescentes sino

también estructurar las condiciones adecuadas para su correcto desarrollo, pleno e íntegro.

La expresión 'desarrollo integral', referiría entonces en el contexto colombiano a la que permitirá a los niños, niñas y adolescentes en su futuro cercano, a desenvolverse en la sociedad de acuerdo con sus aptitudes, actitudes y competencias en el desarrollo de actividades donde por afinidad se considere idóneo en ellas.

Ahora, el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes goza de un amplio desarrollo por parte de la legislación colombiana en un afán de construir herramientas jurídicas que permitan la materialización de dichos reconocimientos y, bajo esta perspectiva, inicialmente el Estado y las políticas públicas, se han centrado en la educación como principal herramienta para el mejoramiento de las condiciones de los niños, niñas y adolescentes que permitirán la construcción de una convivencia para toda la sociedad en condiciones de igualdad, equidad y maximización de todas las garantías constitucionales.

En este sentido, la educación fue regulada por la Ley 115 de 1994 denominada 'Ley General de Educación' entendiendo la misma como un proceso de formación permanente que busca el desarrollo integral del ser humano desde una perspectiva tanto personal, social y cultural, estructurándose en un servicio que el Estado, la familia y la sociedad deben prestar en todos los niveles, los cuales se denominan, preescolar, básica y media.

La educación preescolar (ahora educación infantil según la L. 1753/2015), según el artículo 15 de la ley general de educación, expresa que corresponde a la "ofrecida al niño para su desarrollo en los aspectos biológico, cognoscitivo, sicomotriz, socio-afectivo y espiritual, a través de experiencias de socialización pedagógicas y recreativas" (L. 115/1994, Art. 15). En este escenario, la educación infantil en el artículo 16 señala que tiene unos fines específicos y que con ello propenderá porque el niño y la niña puedan reconocer su cuerpo y sus posibilidades a fin de adquirir su identidad y autonomía; fomentar además el crecimiento armónico del niño a través de la motricidad y la lectoescritura crítica; el desarrollo de la creatividad, la memoria, la capacidad de expresión e interrelación; la exploración de los medios naturales, familiares y sociales donde se fomenta el vínculo familiar y social de los niños todo, basado en hábitos de alimentación, higiene y aseo que garantizan la convivencia social armónica (L. 115/1994, Art. 16) y lo

adicionado también por la L. 1503/2011 en materia del respeto por la seguridad vial y el respeto por las normas de tránsito tal como lo dispone su artículo 5.

La educación básica comprende también un desarrollo integral desde diversas perspectivas cuyos objetivos serán propiciar el acceso al conocimiento, el desarrollo de habilidades comunicativas, fomentar el razonamiento lógico e interpretativo en la solución de problemas, la comprensión de la realidad social desde los valores constitucionales y una formación ética e investigativa (L. 115/1994, Art. 20).

La básica primaria y secundaria, es decir, los 9 primeros grados de educación, se deben centrar en "la formación de los valores fundamentales para la convivencia en una sociedad democrática, participativa y pluralista" (L. 115/1994, Art. 21, Lit. a), de donde se infiere que el currículo transversal que orienta lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución de 1991 queda ampliamente resaltado en dicho proceso, es decir, la constitucionalización de la educación en la búsqueda de la formación para la convivencia basada en los valores superiores de la Carta Política.

En esta perspectiva, la formación en la infancia propende por el desarrollo de habilidades comunicativas que la norma de forma expresa señala, conocimientos en matemáticas, conceptos científicos básicos, ejercitación del propio cuerpo, comprensión del entorno, desarrollo de valores, conocimiento en la Constitución Política, manejo de un segundo idioma, formación artística y un adecuado manejo del tiempo libre que en su conjunto constituyen la denominada formación integral y desarrollo pleno del niño y niña.

La educación media, por otra parte, permite ya definir el proceso de formación como una culminación de la formación inicial y busca la comprensión de ideas y valores, todo principiando al estudiante en los primeros pasos hacia el acceso a la educación superior.

En esta modalidad, la educación media puede dividirse en técnica o académica cuyas finalidades varían entre la comprensión del saber encaminado al trabajo en el primer caso, mientras que en el segundo, la formación propende por la profundización en el conocimiento de las ciencias y el fomento de un espíritu crítico y reflexivo (L. 115/1994, Art. 30), escenarios en ambos casos que van a permitir el acceso de los estudiantes a la Educación Superior.

En todos los niveles de educación, el Estado y los particulares que presten el servicio de educación, deberán obligatoriamente cumplir con los siguientes objetivos:

- a. El estudio, la comprensión y la práctica de la Constitución y la instrucción cívica, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución Política. Dentro de la capacitación a que se refiere este literal, deberán impartirse nociones básicas sobre jurisdicción de paz, mecanismos alternativos de solución de conflictos, derecho de familia, derecho laboral y contratos más usuales;
- b. El aprovechamiento del tiempo libre, el fomento de las diversas culturas, la práctica de la educación física, la recreación y el deporte formativo, para lo cual el Gobierno promoverá y estimulará su difusión o desarrollo;
- c. La enseñanza de la protección del ambiente, la ecología y la preservación de los recursos naturales, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Constitución Política;
- d. La educación para la justicia, la paz, la democracia, la solidaridad, la confraternidad, el cooperativismo y, en general, la formación de los valores humanos;
- e. La educación sexual, impartida en cada caso de acuerdo con las necesidades psíquicas, físicas y afectivas de los educandos según su edad;
- f. El desarrollo de conductas y hábitos seguros en materia de seguridad vial y la formación de criterios para evaluar las distintas consecuencias que para su seguridad integral tienen las situaciones riesgosas a las que se exponen como peatones, pasajeros y conductores (L. 115/1994, Art. 14).

En conjunto, con el fin de conseguir los dos objetivos arriba expresados, el Estado ha dispuesto de sí mismo de la construcción de un conjunto de instituciones y políticas encargadas de velar para que la convivencia ciudadana se consiga en todos los niveles del orden territorial; función que primeramente está dada a la Policía Nacional que se define como el cuerpo civil encargado del mantenimiento de las condiciones sociales y culturales para la prevalencia de los derechos y libertades públicas que en su conjunto permiten la convivencia ciudadana (Const, 1991, Art. 218).

2. EL PAPEL DEL CURRÍCULO EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA VOCACIÓN AGRARIA

2.1. La educación para el desarrollo rural

En virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la Constitución de la Jurisdicción Especial para la Paz en el Marco de la Construcción de Paz, se creó un conjunto de disposiciones normativas tendientes a la materialización del Acuerdo Final; se mencionó en el documento que en materia de restitución de tierras, la misma tendría preferencia en las personas que tuviesen vocación agraria, pero sin entrar a definirla en *strictu sensu*; construcción que en este escenario ya fue erigida.

Desde esa misma perspectiva, Colombia y el municipio de Pasto reconocen en sus políticas públicas la concordancia existente entre los desafíos de paz, equidad y educación, formulados por parte del Gobierno Nacional con el papel de la educación en la construcción de un mejor país.

Estas afirmaciones pueden considerarse efímeras si no se materializan en escenarios pragmáticos de transformación social, es decir, en la realidad de la construcción de una vocación agraria que permita la implementación del acuerdo. Es por ello que el currículo, según Pansza (1989), al ser un concepto polisémico, puede entenderse como los contenidos de la enseñanza, es decir, la temática que va a integrar el proceso de enseñanza-aprendizaje; como el plan o guía de la actividad escolar, indicando en ello la búsqueda de un modelo ideal para la actividad escolar y el currículo entendido como la experiencia, es decir, en la realidad de lo que se hace. Así entonces, los diseños curriculares desde ésta visión comprenderían un proceso en permanente construcción donde se integran contenidos de carácter conceptual y analítico junto con las estrategias de enseñanza y aprendizaje que permitirán orientar el proceso educativo que en este escenario de discusión tendría relación con el concepto de vocación y más aún con el de vocación agraria.

En este mismo sentido y bajo la misma perspectiva, en el año 2016 ya había desarrollado bajo una significación formal la intención gubernamental de fomentar la vocación agraria. En la norma mencionada se crean las ZIDRES, sigla cuyo significado obedece a la creación de Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y

Social, que tienen como finalidad la promoción e implementación de la formación de capital humano y social hacia el fomento de la competitividad empresarial (L. 1776/2016 par. 1).

Para ello, la norma establece unos objetivos tendientes a la formalización del acceso a la tierra, el desarrollo rural, la formulación de proyectos agrícolas y pecuarios entre otros; no obstante, se resalta en ello que las ZIDRES tendrán como finalidad la:

Construcción de una oferta científico-tecnológica sustentada en la formación competitiva de la Población Económica Activa (PEA) del sector primario de la economía mediante el establecimiento de centros de formación de educación, inmersos en la zona rural, uniendo las TIC con la enseñanza, como actividad de aprendizaje de valores y de reingeniería para técnicos, tecnólogos y profesionales del campo (L. 1776/2016, Art. 2).

En virtud de la disposición normativa estructurada, desde el año 2016 el Gobierno Nacional se propuso la creación e implementación de centros de formación en el sector rural, encaminados a la formación de población económica activa para el campo ya que desde la misma visión del constituyente de 1991, se estableció el valor relevante de la tierra y el deber gubernamental de protección al campesino, ya que la propia intención del constituyente fue propender por el desarrollo campesino y centrar el quehacer de las políticas públicas en la tierra como el elemento fundamental para el crecimiento social de la población rural y el mejoramiento de las condiciones de vida. Esta postura es ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando determina que:

La tierra como bien productivo se sustrae en alto grado del racional aprovechamiento social, originado por una inadecuada apropiación territorial, que se expresa en la concentración latifundista, dispersión minifundista y colonización periférica depredadora. Esta concurrencia de factores negativos hace que las necesidades de la población se hallen insatisfechas ante la ausencia de un desarrollo integral equitativo, sostenido y armónico, que permita el pleno empleo de los recursos productivos desde el punto de vista estratégico, económico y social.

Se busca, por lo tanto, una democratización de la propiedad, entendida como el derecho al acceso productivo, incorporando diversas formas de tenencia y organización privada, familiar y asociativa de la economía solidaria, articulando este proceso como parte integral de la asistencia técnica, la educación y formación de los trabajadores del campo (CConst, C-623/2015, A. Rojas).

Esto significa en síntesis que en realidad la estructura técnica curricular existe ya en el orden legal. No obstante, en un segundo escenario la investigación aunó esfuerzos en determinar si al interior de las estructuras curriculares en los establecimientos de educación ubicados en el sector rural se estaba ya implementando el proceso educativo con enfoque diferencial rural.

2.2. Nariño en Colombia como un departamento con vocación agraria

Los escenarios descritos y, junto con ello, la crítica a la visión ciudadana, se deben a que el departamento cuenta con una vocación agraria que desde los planes de desarrollo se pretenden fortalecer. Esta pretensión de fortalecimiento es evidente en el Plan de Desarrollo Departamental 2016 - 2019, debido a que en el departamento de Nariño se identifica al sector agropecuario como el participe en el 14% de la economía regional; no obstante, en las normas departamentales en que se soporta la actividad gubernamental, reconoce que:

Actualmente en Nariño existen 1840 centros educativos y 234 Instituciones Educativas ubicados en la zona urbana y rural de los 64 municipios no certificados, situación que refleja la desarticulación con las políticas y lineamientos exigidos por el Ministerio de Educación Nacional, en donde se observa las condiciones mínimas exigidas para ser institución o centro educativo de acuerdo a la georreferenciación del sector y su contexto, que permita organizar y distribuir la planta de personal con criterios de eficiencia y que atienda a los requerimientos de los establecimientos educativos (Plan Departamental de Desarrollo de Nariño, 2016).

Esta situación es verificable a nivel de la diferenciación entre la educación en el sector rural respecto del sector urbano, dado que según la misma Secretaría Departamental de Educación, existe un total de 191 centros educativos de educación básica y media ubicados entre los 64 municipios del departamento particularmente en sus zonas rurales (Secretaría Departamental de Educación de Nariño, 2016).

No obstante, esta situación es clara en el sentido de que, en concordancia con el Ministerio de Educación, la población hacia la cual se encamina la educación ya ha sido reconocida como población rural, es decir, la que se ubica en las zonas por fuera del sector urbano de los municipios, pero ningún estudio se ha centrado en fomentar la estructuración de contenidos, estrategias de

enseñanza-aprendizaje, procesos evaluativos con enfoque rural, esto es, hacia el fomento de la vocación agraria, puesto que dicha expresión jamás había sido contemplada en el orden colombiano.

Todo esto, habida consideración de que el medio rural según el Ministerio de Educación Nacional es casi al 32% de la población colombiana en relación con el 95% del territorio; del mismo modo, el Ministerio se vale de sus estudios de deserción en relación del año 2011 para afirmar que de los matriculados en las instituciones de educación del sector rural solo el 71% logran llegar hasta sexto grado (Ministerio de Educación, 2011).

Empero a la finalidad de la educación según el Ministerio, la formación del capital humano implica la estructuración de un aprendizaje orientado en las zonas rurales al conocimiento técnico en actividades productivas (agropecuarias, industriales, agroindustriales, de servicios, etc.), pero en ninguno de los escenarios se contempla una estructura curricular que fomente la vocación agraria.

Si bien se reconoce desde la normativa colombiana la necesidad de estructurar los aspectos curriculares tendientes a generar condiciones de igualdad en el acceso a la educación, del mismo modo, esta educación debería propender por el trato diferenciado en relación a las particularidades de la región en donde se oferta el

proceso sin que se haya determinado desde el nivel de la educación básica, cuál debe ser el currículo que propenda por una vocación agraria.

2.3. Hacia un currículo agrario

¿Cuál debe ser un currículo pertinente que fomente una vocación agraria desde la educación básica en Colombia?

El Decreto 893 del 28 de mayo de 2017, desarrolla en virtud de las potestades extraordinarias conferidas al presidente, una serie de elementos que permitirían visualizar la proposición afirmativa de un diseño curricular que permita el fomento de la vocación agraria en el sector de la educación básica, todo dentro del marco de la Reforma Rural Integral, cuya pretensión principal corresponde al acceso a la tierra, la distribución de la misma de forma equitativa y la priorización de escenarios productivos para el desarrollo rural.

Para tal efecto, creó la norma en mención los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (en adelante PDET), que buscarían la transformación estructural del campo a fin de propender por el desarrollo de la economía campesina y familiar. Bajo este escenario, se crearon 16 zonas donde se crearían los programas de desarrollo en mención que para el departamento de Nariño donde centra la investigación se identifican las siguientes unidades territoriales:

Tabla No. 1. Municipios donde se implementarán los PDET

SUBREGION	DEPARTAMENTO	MUNICIPIO
Alto Patía – Norte del Cauca	Nariño	Cumbitara
		El Rosario
		Leiva
		Los Andes - Sotomayor
		Policarpa
Pacífico y Costa Nariñense	Nariño	Barbacoas
		El Charco
		La Tola
		Magüí
		Mosquera
		Olaya Herrera
		Francisco Pizarro
		Ricaurte
		Roberto Payán
		Santa Bárbara (Iscuandé)
		San Andrés de Tumaco.
Total Municipios en el Departamento		64
Total Municipios para el PDET		16
Porcentaje de Territorios en el PDET		25%

Fuente: D. 893/2017.

Bajo este contexto, el precitado decreto presidencial establece que el nivel de ruralidad se determinará bajo la perspectiva de los Planes de Ordenamiento Territorial. No obstante, para el caso de Tumaco (N), únicamente se atenderá en las zonas rurales, sin que para ello se haya considerado a la capital del departamento de Nariño como una zona para el desarrollo con enfoque territorial.

Así entonces, la presencia de elementos definidos que requieren de contenido teórico a desarrollarse desde los niveles primigenios de la formación académica de las personas que hacen parte de los municipios mencionados en la Tabla 1, corresponden los siguientes al enfoque étnico, que contiene un conjunto de lineamientos hacia el fortalecimiento territorial; pervivencia cultural de las comunidades; conocimiento y respeto por los sistemas propios de autogobierno; conocimientos en infraestructuras; visiones propias del desarrollo; procesos de economía propia y agropecuaria; y medidas de protección para la intangibilidad de los territorios indígenas (D. 892/2017). Todo ello podría sintetizarse en un respeto por el pluralismo y la multiculturalidad hacia el progreso del campo.

Es por ello que en una decisión (a consideración de la investigación acertada), el Gobierno Nacional mediante el decreto ya mencionado del año 2017, estableció en su parte considerativa que según el Observatorio Laboral del Ministerio de Educación, a nivel de educación superior de los Municipios priorizados -para el caso de Nariño arriba señalado- los jóvenes que ejercen una profesión han elegido las licenciaturas como su vocación profesional y por ello, se proyectan cerca de 13.250 cupos para las instituciones de educación superior en estas licenciaturas. Esto, según el Gobierno, permitiría que desde las universidades se forme a las personas en las diversas licenciaturas que corresponden a un aporte significativo para la educación:

la promoción y fomento de la educación en el sector rural y un mecanismo que innegablemente permitirá el aumento y mejoramiento en el acceso, la cobertura y la permanencia al sistema educativo de las personas ubicadas en las áreas rurales, lo que fortalecerá la formación profesional de las mismas y finalmente aportará al desarrollo rural (D. 892/2017).

Es decir, el primer punto de partida en la estructura gubernamental de implementación de los PDET es realizar una apuesta a la formación de licenciados en las zonas de influencia de las universidades donde existen municipios que se encuentran en el Decreto 892 para que luego, con posterioridad, tales licenciaturas ubicadas en la región resulten pertinentes para el desarrollo del sector rural, es decir, sus diseños curriculares resulten pertinentes, conducentes y relevantes para lo propuesto por el gobierno nacional.

2.4. Un currículo agrario en los programas de licenciaturas como factor de acreditación en calidad según el Decreto 1075 de 2015

La alta calidad debe considerarse como un conjunto de condiciones normativas estructuradas para que se permita la existencia, funcionamiento y renovación de los programas de Educación Superior que son ofertados por parte de las Instituciones de Educación Superior (IES) y consiste en establecer una relación entre la pertinencia social, la relevancia académica, la investigación y el impacto que pueda tener el programa académico para la resolución de las problemáticas sociales.

Según el Sistema Nacional de Información para la Educación Superior SNIES (2017), el departamento de Nariño tiene en funcionamiento centralizado cinco (5) Instituciones de Educación Superior así:

Tabla No. 2. Universidades en la Región y porcentajes

Nombre	Sector	Departamento De Domicilio – Municipio	Programas Académicos Vigentes	Programas Académicos de Licenciatura
Corporación Universitaria Autónoma de Nariño (AUNAR)	Privado	Nariño – Pasto	23	0
Fundación Universitaria Católica del Sur – Uicatólica del Sur	Privado	Nariño – Pasto	1	0
Institución Universitaria CESMAG	Privado	Nariño – Pasto	17	3
Universidad de Nariño	Oficial	Nariño – Pasto	86	10
Universidad Mariana	Privada	Nariño – Pasto	61	5
Total Universidades Públicas En La Región				1
Total Universidades Privadas En La Región				4
Número De Programas Académicos En Pregrado Ofertados				188
Número De Programas Académicos De Licenciatura				18
Porcentaje De Programas Ofertados En Licenciatura En Relación Con Otros Programas Académicos De Pregrado				9,57%

Fuente: SNIES, consultado 19 de Julio de 2017.

De lo anterior, se determina que de las 5 Universidades que según el SNIES tienen domicilio en el municipio y el departamento, solo 3 ofrecen programas de licenciatura para un total de 18 programas a nivel de pregrado, 10 de los cuales son ofertados por la Universidad de Nariño, claustro académico perteneciente al sector público; mientras que los ocho restantes son ofrecidos por universidades privadas con un bajo porcentaje (9,57%) para los programas de licenciatura en relación con los demás programas académicos ofrecidos por las universidades que se ubican en esta región.

Por último, se señala que de las instituciones de educación superior que tienen en su oferta académica programas de licenciatura, la Institución Universitaria CESMAG cuenta con tres (3) programas de licenciaturas en educación física, educación infantil y química, los cuales cuentan únicamente con registro calificado, es decir, cumplimiento de requisitos mínimos de funcionamiento aprobados por el Ministerio de Educación; la Universidad de Nariño ofrece licenciatura en filosofía y letras, informática, música, matemáticas, educación básica con énfasis en ciencias naturales y educación ambiental, artes visuales, lengua castellana y literatura, licenciatura en inglés y francés, licenciatura en educación básica con énfasis en humanidades, lengua castellana e inglés y licenciatura en ciencias sociales. De ellas, únicamente las licenciaturas en música y ciencias sociales no han conseguido su acreditación en alta calidad; los demás programas ya cuentan con los reconocimientos del estado colombiano como programas académicos de alta calidad.

Por último, la Universidad Mariana de Pasto ofrece a la comunidad los programas de licenciatura en Educación Preescolar, Educación Básica con Énfasis en Inglés, Etnoeducación, educación Básica primaria y Educación Religiosa, los cuales ninguno cuenta con acreditación en alta calidad (Fuente: SNIES, consultado 19 de julio de 2017).

De lo anterior se puede determinar que si bien se ofrece una pluralidad de programas en licenciatura, solo ocho (8) de ellos cuentan con acreditación de alta calidad y corresponden a los ofertados por la Universidad de Nariño, quedando diez (10) de ellos únicamente con el registro calificado, es decir, con las condiciones mínimas de funcionamiento. Por ello, esta situación es la que el Decreto 892 pretende solucionar y ofertar, para el caso del departamento de Nariño, los 18 programas bajo acreditación de alta calidad orientados a formar docentes

de instituciones de educación infantil, básica y media que propendan por los objetivos que los PDET han propuesto desde el Acuerdo Final, situación que hasta la fecha no se ha establecido.

CONCLUSIONES

La respuesta del ejercicio investigativo en esta situación, permitió concluir que hasta la fecha no existe un estudio del currículo que permita resolver la problemática en relación a la formación infantil, básica y media orientada a la vocación agraria que permita una mejor implementación de las políticas de reforma rural integral, más aún cuando el afán gubernamental es propender por el desarrollo del sector rural en el departamento de Nariño y en general en Colombia, donde la mayor parte del territorio tiene la connotación de ser agrario. Bajo esta perspectiva, las nuevas políticas públicas del gobierno nacional, en el marco de la implementación del acuerdo final con las FARC, hacen un énfasis significativamente amplio en el mejoramiento de las condiciones del agro, siempre y cuando los destinatarios de dichas políticas tengan vocación agraria, concepto que no ha sido desarrollado desde la perspectiva legal.

No obstante, cabe recordar que desde el mismo texto constitucional, el artículo 67 estableció que la educación es un derecho fundamental y determinó que todo proceso de formación debía contener un mínimo de saberes relacionados con Derechos Humanos, Paz y Democracia, en el Trabajo y la Recreación, que conduzcan a un mejoramiento de la sociedad desde una visión cultural y tecnológica de calidad. Ello significa que dichos contenidos deberán ser transversales al proceso de formación y orientarán el quehacer educativo, es decir, la misma constitución ha entregado al proceso de formación unos mínimos contenidos que deben enseñarse a los futuros ciudadanos.

Por esto, para la consecución de una vocación agraria que permita a la persona ser parte del proceso de reforma rural integral, se requeriría entonces la determinación de que la vocación agraria corresponde a un concepto propio de las ciencias de la educación que permeará la formación inicial de las personas. Esto permitirá la identificación de la vocación agraria como la tendencia que siente una persona hacia determinadas actividades en las cuales encuentra una propia satisfacción que genera como recompensa la materialización del proyecto de vida personal, tal como se mencionó durante el artículo. Con esta visión, los saberes plasmados en la ley

general de educación deberán estar encaminados al desarrollo del conocimiento del campo, el respeto por el entorno rural y el convencimiento de que dedicando la vida a las actividades agrícolas se puede vivir en condiciones dignas, ya que el territorio rural debe entenderse de ahora en adelante como el escenario donde la sociedad interactúa desde el pluralismo y la multiculturalidad pero sobre todo para que se supere los altos índices de pobreza que históricamente han marcado al sector agrario de Colombia.

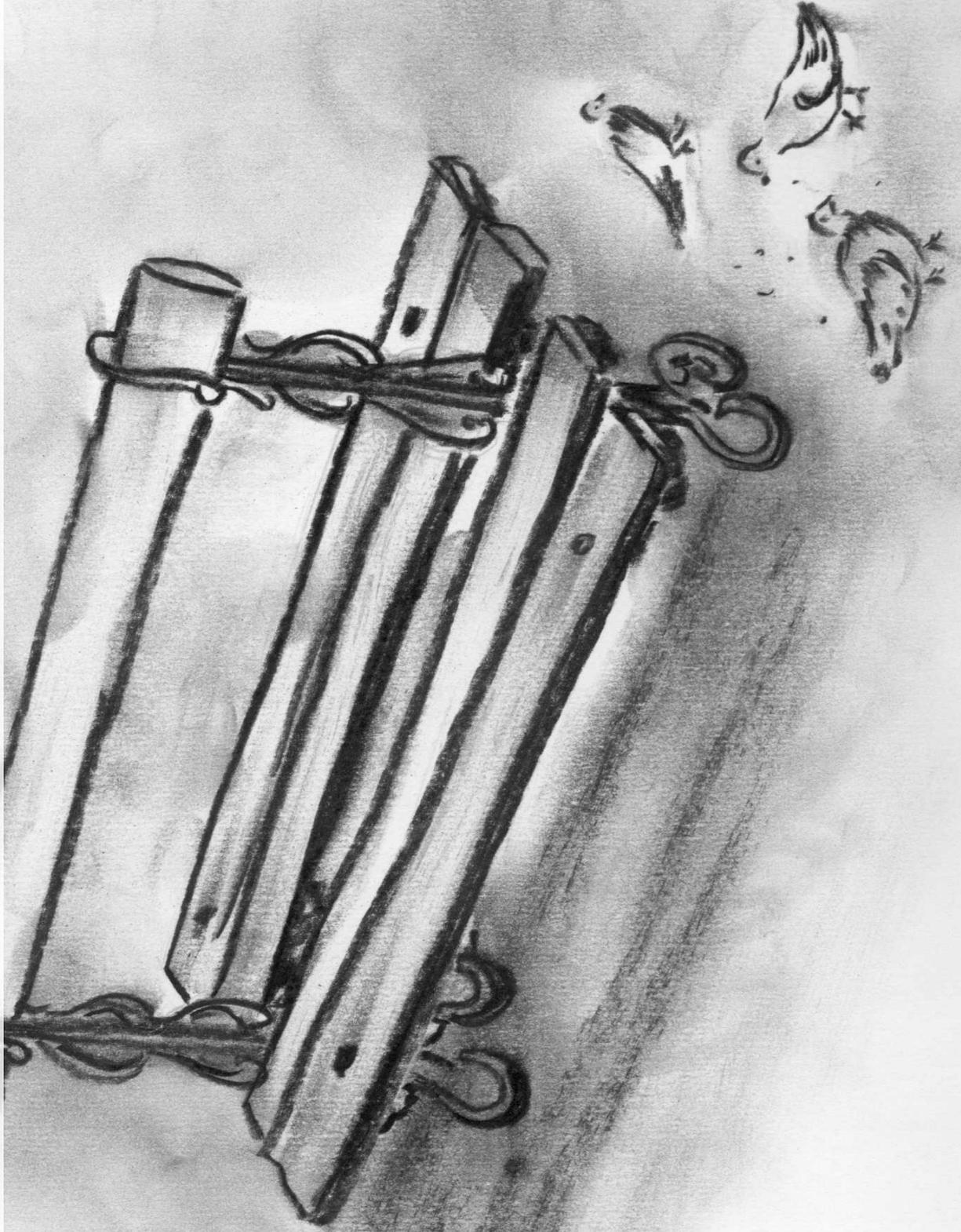
Queda entonces en manos de los formadores de formadores, es decir en la educación superior que instruye a los maestros que interactúan en las escuelas e instituciones que se ubican en las zonas rurales de Colombia, el papel fundamental de estructuración de una vocación agraria para los niños, niñas y adolescentes en quienes el quehacer del pensamiento curricular deberá centrar su estudio durante los próximos años para una cabal implementación del acuerdo de paz, que responda materialmente a los lineamientos de las futuras políticas públicas de desarrollo rural integral.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. 24 de noviembre de 2016. Recuperado de: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf>
- II. Asamblea Departamental de Nariño. 26 de mayo de 2016. Por la cual se adopta el Plan de Desarrollo Departamental "Nariño, Corazón del Mundo", para el periodo constitucional 2.016 - 2.019. Ordenanza No. 012 de 2016.
- III. Colombia. 6 de julio de 1992. Constitución Política de Colombia de 1991. Asamblea Nacional Constituyente.
- IV. Corte Constitucional. 30 de septiembre de 2015. Sentencia C-623 de 2015. MP. Dr. Alberto Rojas Ríos.
- V. Corte Constitucional. (25 de noviembre de 2015). Sentencia T-730 de 2015. MP. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- VI. Congreso de Colombia. 08 de febrero de 1994. Por la cual se expide la ley general de Educación. Ley 115 de 1994. DO: 41.214
- VII. Congreso de Colombia. 09 de junio de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país. Ley 1753 de 2015. DO: 49.538
- VIII. Congreso de Colombia. 29 de enero de 2016. Por la cual se crean y se desarrollan las zonas de interés de desarrollo rural, económico y social. Ley 1776 de 2016. DO: 49.770
- IX. Congreso de Colombia. 04 de abril de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Acto legislativo 01 de 2017. DO: 50.196.
- X. Kohan, N. (1977). El profesor y la orientación vocacional. México: Ed. Trillas. Pp 269 - 288.
- XI. Ministerio de Educación Nacional. Manual para la formulación y ejecución de planes de educación rural. 2016. Disponible en: https://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos-329722_archivo_pdf_Manual.pdf
- XII. Ministerio de Educación Nacional. (2017). Sistema Nacional de Información de la Educación Superior SNIES. Disponible en: <http://www.mineducacion.gov.co/sistemasdeinformacion/1735/w3-propertyname-2672.html>
- XIII. Organización de Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, 20 de Noviembre de 1989. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- XIV. Panza, M. (1989) Pedagogía y Currículo. México. Ed. Garnika. Disponible en: <https://educacionsuperiorenevencuela.wikispaces.com/file/view/LIBRO+Pedagogia+y+curriculo.pdf>
- XV. Presidencia de la República. 20 de septiembre de 2007. Por el cual se reglamentan las disposiciones de las Leyes 99 de 1993 y 388 de 1997 relativas a las determinantes de ordenamiento del suelo rural y al desarrollo de actuaciones urbanísticas de parcelación y edificación en este tipo de suelo y se adoptan otras disposiciones. [Decreto 3600 de 2007]. DO: 46.757.
- XVI. Presidencia de la República. 08 de mayo de 2017. Por el cual se crea un régimen transitorio para la acreditación en alta calidad de los programas académicos de licenciaturas a nivel de pregrado que son ofrecidos en departamentos donde se localizan municipios priorizados para la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET). Decreto 892 de 2017. DO: 50.247.

- XVII. Presidencia de la República. 28 de mayo de 2017. Por el cual se crean los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial PDET. Decreto 893 de 2017. DO: 50.247.
- XVIII. Presidencia de la República. 29 de mayo de 2017. Por el cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras. Decreto 902 de 2017. DO: 50.248.

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN



La evidente contradicción entre la fiducia y el abuso: Cláusulas abusivas en el contrato de fiducia*

The evident contradiction between trusts and infringement of rights: unfair terms in fiduciary contracts

Mónica María Moreno

Magíster en derecho, Universidad del Rosario, Colombia
monicamaria.moreno@hotmail.com

Recibido: 31/03/17 Aprobado: 22/08/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1556>

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad ahondar en el contenido de las cláusulas tradicionalmente consideradas como abusivas en el contrato de fiducia a través de análisis de la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Entre las cláusulas que se encuentran como definitivamente abusivas, se descubren aquellas que establecen la aceptación tácita de las rendiciones de cuentas del fiduciario; las que fundan como causal de terminación la voluntad unilateral del fiduciario; aquellas que con motivo a la solicitud de instrucciones colocan en suspenso la responsabilidad del fiduciario; y las que establecen la prevalencia de los derechos de los fideicomitentes iniciales sobre los adherentes.

Algunas otras requieren de un estudio más detallado, de modo tal que bajo determinados criterios pueden ser admisibles, tales como las cláusulas de arbitramento que podrán ser pactadas siempre que no sean excluyentes y permitan al usuario elegir entre la justicia arbitral o la ordinaria, según sus posibilidades; aquellas que excluyen la responsabilidad del fiduciario en relación con los aspectos técnicos en proyectos inmobiliarios, en el entendido de que se trata de aspectos que están fuera de su alcance y siempre que permanezca a cargo de los deberes de diligencia e información que le atañen en relación al rol que desarrolla en el fideicomiso, y la verificación de las condiciones pre operativas.

Por último, aquellas cláusulas que establecen previamente el mecanismo subsidiario de inversión de los recursos disponibles en el fideicomiso, cuya censura ha perdido el preciso sustento normativo sobre el cual se erigía.

PALABRAS CLAVE

Abuso; Abusiva; Clausulas, Estipulaciones, Fiducia.

ABSTRACT

This article aims to explore at length the content of clauses traditionally considered abusive within fiduciary contracts, through analysis of law, jurisprudence and doctrine.

Among the clauses found to be definitively abusive, certain clauses can be found that establish the tacit acceptance of trustee accountability, those that found the unilateral will of the trustee as grounds for termination of the contract, and those, which, because of the solicitation of instructions, do not clarify the trustee responsibility. Finally, there are clauses establishing the prevalence of initial trustors' rights above those of adherent trustors.

Additionally, further clauses require a more detailed study, thusly under certain criteria, they may be found to be admissible. For example, these include the arbitration clauses, which can be permitted as long as they are not discriminatory, and allow the user to choose between the arbitration or formal justice, according to the possibilities. Also

* Artículo de Reflexión

are included those clauses that limit the liability of the trustee regarding technical aspects of real estate projects, in the understanding that these are issues beyond its scope, and provided that the trustee remains in charge of the duties of diligence and information that concern them regarding their role in the trust and the verification of preoperative conditions. Finally, investigations were made into clauses that have previously established the subsidiary mechanism for the investment of trust resources, as well as the censorship of these mechanisms – which has lost the precise normative support on which said censorship was built.

KEYWORDS

Abusive; Clauses; Infringement; Stipulations, Trust.

INTRODUCCIÓN

La fiducia como figura jurídica está esencialmente relacionada con la confianza que deposita el cliente en la rectitud, responsabilidad y diligencia de una entidad financiera (Circular Externa 029 [CE 029], 2014, Cap. I Tit. II Pt. II); en contraste, abusar implica propasarse, excederse, aprovecharse. En este sentido, el contrato de fiducia debería ser el escenario improbable de la indeseable forma de maltratar contractualmente al cliente con términos que defraudan su buena fe.

Recordemos que el contrato de fiducia es aquel por el cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Así mismo, que una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario, y solo las sociedades fiduciarias, autorizadas por la Superintendencia Financiera, podrán tener la calidad de fiduciarios (Código de Comercio [CCo], 1226, Art. 1232-1).

En general, una cláusula es abusiva cuando vulnera la buena fe contractual o genera un desequilibrio significativo que deriva en un injustificado beneficio de los intereses de la parte que impuso el contrato (Moreno, M., 2014, p.333). Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido como elementos característicos de este tipo de cláusulas la negociación no individual, la lesión a los requerimientos emergentes de la buena fe, y el

desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que las partes contraen (CSJ, SCC, Ex. 5670, 2001).

A su vez, el Estatuto del Consumidor las define como aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos (L. 1480, 2011, Art. 42). No obstante, no existe hoy una definición legal de este concepto para el sector financiero, el artículo 11 del Estatuto del Consumidor Financiero las prohíbe pero no las define (L. 1328, 2009, Art. 11)¹, y la reciente modificación integral a la Circular Básica Jurídica prescindió de la definición que existía específicamente para el contrato de fiducia².

Como se deriva de la prohibición de incluir cláusulas abusivas formulada por el Estatuto del Consumidor Financiero, el estudio de las cláusulas abusivas en los contratos financieros como la fiducia, se circunscribe exclusivamente a los contratos de adhesión, los cuales fueron definidos en el Estatuto del Consumidor Financiero (L. 1328, 2009, Art. 2-f) y la Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014, Núm. 3.2. Cap. I Tit. II Pt. II).

De igual forma, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con mecanismos de tipo legislativo, administrativo y judicial para el control de cláusulas abusivas en el contrato de fiducia. El primero se concreta en el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 que estableció un listado genérico de contenidos abusivos, y otorgó a la Superintendencia Financiera de Colombia³ la facultad de

1 - “Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: [...]” (Subrayado propio).

2 - “Se entiende por cláusulas abusivas aquellas que buscan reportar una ventaja para el proponente dejando al aceptante en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos.” Derogada Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Título V, Numeral 2.2.5.

3 - En adelante toda referencia a la “Superintendencia” o “Superintendencia Financiera” deben entenderse a la “Superintendencia Financiera de Colombia”.

puntualizar dicho listado. En ejercicio de tal facultad se expidió la Circular Externa 039 de 2011, reemplazada posteriormente por la Circular Externa 018 de 2016. Sin embargo, estas disposiciones se refieren principalmente al sector bancario y asegurador, y son escasas referencias a otro tipo de contratos financieros, como el de fiducia.

En tanto, el control administrativo puede ser *ex ante* o *ex post*. Es previa la aprobación del proyecto de contrato de adhesión que deben solicitar las fiduciarias (D. 663, 1993, 146-4), y posterior la facultad de sancionar el uso de modelos o la inclusión de modificaciones a los mismos sin previa autorización. Mientras que, el control judicial de las cláusulas abusivas en el contrato de fiducia consiste en la anulación, una estipulación debido a la ilicitud de su contenido por un juez, que para el caso, puede ser la Superintendencia Financiera actuando en las funciones jurisdiccionales que le otorgó la Ley 1480 de 2011 (L. 1480, 2011, Art. 57).

Como objetivo principal, se plantea reflexionar sobre el contenido de las cláusulas abusivas en escenario específico del contrato de fiducia, profundizando en las razones de su ilicitud; como objetivo específico se busca construir herramientas concretas que permitan al consumidor financiero, las sociedades fiduciarias y las autoridades competentes, identificar cuándo una cláusula resulta abusiva en el contrato de fiducia, potenciando la efectividad de los mecanismos de control contemplados en la legislación colombiana; así como también, analizar el alcance de la nueva regulación que se ha expedido al respecto⁴.

Este escrito se cuestiona si en efecto, son abusivas las cláusulas que han sido reiteradamente calificadas como tal en el contrato de fiducia, como se explicará en detalle a continuación, la respuesta es afirmativa para la mayoría de los casos. Lo anterior, a partir del estudio de la ley, la jurisprudencia y la doctrina; particularmente, de numerosos actos administrativos de autorización y sanción proferidos por la Superintendencia Financiera en relación con los contratos de adhesión en fiducia, así como del reporte de cláusulas abusivas fruto del trabajo de los Defensores del Consumidor Financiero. En este

sentido, la licitud de cada una de las cláusulas que se analizarán, ha sido cuestionada previamente en la práctica.

El estudio se justifica principalmente porque la entidad, que por su especialidad es la principal llamada a juzgar la equidad de las cláusulas que se consignan en los contratos de adhesión que utilizan las sociedades fiduciarias, se queda corta en explicaciones que ilustren su juicio y recurre frecuentemente a la autoridad que ostenta como principal argumento, dejando sin herramientas para realizar un análisis propio a las sociedades fiduciarias y al público en general. Por ejemplo, el reporte de cláusulas abusivas mencionado, que constituye una herramienta relevante para el estudio del tema, fue realizado y publicado por única vez en 2011, siendo imposible, incluso mediante solicitud personal, obtener información más actualizada⁵. En primer lugar, se estudiarán las cláusulas que eximen de responsabilidad a la fiduciaria, y en seguida aquellas que restringen o limitan los derechos de los consumidores.

1. CLÁUSULAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD A LA FIDUCIARIA

No hay dudas sobre la ilicitud de las cláusulas que exoneran a las sociedades fiduciarias de la responsabilidad que les es inherente. La cuestión versa sobre la distinción entre aquellos asuntos que son propios a la naturaleza de actividad, y aquellos que escapan de su control, y respecto de los cuales podría, válidamente, exonerarse de responsabilidad.

1.1. Cláusulas de exclusión de responsabilidad por aspectos técnicos en proyectos inmobiliarios

Entre las más frecuentes e inmortalizadas en cientos de contratos de fiducia inmobiliaria, se encuentran aquellas cláusulas que refieren que, toda vez que la fiduciaria no tiene la calidad de constructor, arquitecto o desarrollador, no responderá por ningún aspecto relativo a la edificación de las viviendas o locales comerciales de los que se trate, e igualmente que cualquier variación en el proyecto es única y exclusiva responsabilidad del constructor.

4 - Circular Externa 018 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

5 - Mediante derecho de petición de fecha 15 de septiembre de 2017 se le solicitó a la Superintendencia Financiera de Colombia información actualizada sobre el reporte de cláusulas abusivas realizada por los defensores del consumidor financiero de las sociedades fiduciarias del país, al cual se dio respuesta el 18 de octubre de 2017 denegando el acceso a la misma por considerarla privada. La misma petición fue dirigida a los defensores del consumidor financiero de manera directa, obteniendo como resultado respuestas evasivas, vacías y que negaban el acceso a la información bajo el mismo argumento.

Estas cláusulas han sido insistentemente consideradas abusivas por la Superintendencia (SFC, 2011b), acusadas de infringir el numeral 10.1.1 de la Circular Externa 039 de 2011, equivalente al numeral 6.1.4 de la nueva Circular Externa 018 de 2016 por implicar en su concepto una exoneración, atenuación o limitación indebida de responsabilidad. Esta entidad ha condenado estas estipulaciones contractuales por considerar que la insistencia de la fiduciaria en distanciarse en términos de responsabilidad del constructor es reprochable, en cuanto podría exonerar al fiduciario de obligaciones que éste asume en el contrato.

La participación de las sociedades fiduciarias en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, corresponde históricamente, a una necesidad del sector constructor que veía afectada su reputación y credibilidad en relación a incidentes en los cuales el empresario vendía sobre planos inmuebles que nunca llegaban a edificarse, sin que los recursos recaudados fuesen restituidos. El desarrollo de un proyecto inmobiliario es un proceso complejo desde el punto de vista comercial, financiero e incluso regulatorio, lo que reviste de incertidumbre la posibilidad de concretarlo. Se trata de riesgos que el usuario final no debe asumir, lo que en esencia justifica la presencia de un tercero fiable como las sociedades fiduciarias que medien por lo menos hasta que exista certeza sobre la viabilidad del proyecto.

Es preciso tener en cuenta que el rol de las sociedades fiduciarias en los proyectos de desarrollo inmobiliario no es siempre el mismo, lo que es esencial para determinar el alcance de la responsabilidad que debe asumir y la legalidad de cláusulas de exclusión. La fiduciaria se limitará a recaudar e invertir los recursos de los interesados en las unidades inmobiliarias, para entregarlos al constructor una vez cumplidas las condiciones pre operativas, si el contrato es de fiducia de preventa. La entidad extenderá su labor a la realización de los pagos derivados del proyecto durante todo su desarrollo y transferirá los inmuebles a los compradores si el contrato es de fiducia de tesorería; y si además se transfiere al fideicomiso el inmueble sobre el cual se adelantará el proyecto para respaldar las deudas adquiridas para financiarlo, se tratará de una fiducia de administración y pagos.

En este sentido, dependiendo del tipo de contrato de fiducia inmobiliaria que acompañe el proyecto constructivo y la etapa de desarrollo en que el mismo se encuentre, será diferente la responsabilidad de la

fiduciaria. Lo anterior, da lugar a que una de las obligaciones más relevantes de las fiduciarias involucradas en este tipo de negocios, consista en informar al usuario de manera expresa y destacada en qué consiste la gestión que desarrollará, de manera particular en relación con los negocios fiduciarios de preventas (CE 029, 2014, Núm. 3.4.7.2. Cap. I Tít. III Pt. I). Esto, en cuanto para un consumidor desprevenido, el anuncio de la participación de la fiduciaria puede ser suficiente motivo de confianza, a pesar de que en uno o en otro caso, la responsabilidad y acompañamiento de la misma pueden distar enormemente. La inobservancia de esta instrucción es considerada una práctica insegura, sujeta a las órdenes de corrección y saneamiento que emita la Superintendencia Financiera en ejercicio de sus facultades de prevención y sanción que le otorgó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (D. 663, 1993, Art. 326-5-a).

Además, la Circular Externa 029 de 2014, incluyó la obligación de las sociedades fiduciarias, de publicar en su página web los modelos de contratos de adhesión y de prestación masiva de fiducia inmobiliaria aprobados por la Superintendencia Financiera, con la indicación del número de radicación y la fecha de aprobación, y la cartilla informativa sobre fiducia inmobiliaria que expida dicha Superintendencia (CE 029, 2014, Núm. 3.4.7.1. Cap. I Tít. II Pt. II).

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquiera de las modalidades de fiducia inmobiliaria, la fiduciaria tiene la obligación de llevar a cabo procedimientos de control interno por medio de los cuales evalúe el riesgo y verifique aspectos fundamentales para la viabilidad del proyecto en cuestión, como que los terrenos en los cuales se va a construir hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de los requisitos legales, que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar el traspaso de las unidades resultantes a los futuros adquirientes, que el punto de equilibrio establecido por el fideicomitente no comprometa la viabilidad del proyecto, que se cuente con las licencias de construcción y permisos necesarios, que el constructor sea suficientemente solvente en relación con la magnitud del proyecto, y así mismo su capacidad técnica, administrativa y financiera, entre otros aspectos (CE 029, 2014, Núm. 5.2. Cap. I Tít. II Pt. II). Así, la fiduciaria es responsable, cuando menos, de verificar la viabilidad del proyecto y de comunicar al público de manera precisa el alcance de su participación en el mismo.

Además, si se trata una de fiducia inmobiliaria de preventas, deberá comprobar rigurosamente que las condiciones preoperativas estipuladas en el contrato sean plenamente cumplidas antes de liberar los recursos al constructor, las cuales suelen ser la consecución del punto de equilibrio (número mínimo de interesados en una unidad inmobiliaria), la obtención de las licencias necesarias y la aprobación del crédito constructor, al cumplimiento de las cuales el proyecto se considera viable. Nótese que no cabe responsabilidad alguna de la fiduciaria, si el constructor durante el plazo establecido para aquello, no obtiene la totalidad de las condiciones preoperativas y el proyecto se hace inviable; en cambio sí, si la fiduciaria es negligente en la verificación del cumplimiento de las condiciones, o a pesar de haberse cumplido éstas, el proyecto es inviable por algún aspecto que la fiduciaria debía conocer; como la afectación del terreno por un vicio insaneable, no obstante lo cual, libera los dineros al desarrollador del proyecto.

En caso de que se trate de contratos que trascienden la etapa de preventas, las obligaciones de la fiduciaria se centran en la administración de los recursos, pues en este caso, una vez alcanzadas las condiciones preoperativas, éstos no se liberan al constructor sino a un patrimonio autónomo administrado por la fiduciaria, y en este sentido, su responsabilidad consiste en realizar los giros de acuerdo con lo estipulado en el contrato y asegurarse de que no estén siendo desviados de su finalidad, que es el desarrollo del proyecto. De modo que, difícilmente podría endilgarse alguna responsabilidad a la fiduciaria por la calidad de la construcción o daños estructurales en la misma; caso diferente, si la administración de los recursos fue negligente, o la fiduciaria no detectó, estando en capacidad de hacerlo, que los recursos estaban siendo desviados de su finalidad.

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha establecido cómo una cláusula de exclusión es válida en cuanto verse en aspectos que genuinamente escapan del control de la entidad que la impone (CSJ, SCC, Ex. 5670, 2001), se concluye que no es abusiva la estipulación mediante la cual la fiduciaria separa su responsabilidad de la del constructor, el arquitecto, y el desarrollador. La Superintendencia Industria y Comercio (2014), el Consejo de Estado (CE, Exp. 7450, 1996) e incluso la misma Superintendencia Financiera en documentos extraoficiales (SFC, s.f. a; SFC, s.f. b), han reconocido que sin perjuicio de las responsabilidades que efectivamente le atañen, tal como

se explicó, no cabe ninguna responsabilidad al fiduciario por aspectos puramente técnicos o constructivos, por lo que no se explica por qué este tipo de cláusulas han sido calificadas como abusivas tan reiteradamente (SFC, 2011b).

La recomendación constante al usuario, es indagar sobre las calidades del constructor, pues esencialmente de las capacidades de aquel, dependerá el desarrollo satisfactorio del proyecto inmobiliario, no obstante o a pesar del desempeño correcto de la fiduciaria.

1.2. Cláusulas que ponen en suspenso la responsabilidad de la fiduciaria mientras la Superintendencia Financiera emite instrucciones

En virtud del literal 5 del artículo 1234 del Código de Comercio, las sociedades fiduciarias tienen no solo la posibilidad, sino el deber indelegable, de pedir instrucciones a la Superintendencia cuando tengan fundadas dudas acerca de la naturaleza y el alcance de sus obligaciones, o deban apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo. Con base en esta disposición, se han incluido en los contratos, estipulaciones mediante las cuales la fiduciaria se exime del cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con el aspecto consultado mientras se imparten las instrucciones solicitadas.

Se trata de una norma que da lugar a varias anotaciones, la principal de estas, relativa a la ineficiencia de una norma que coloca a la autoridad administrativa en la embarazosa posición de asumir el encargo de proferir recomendaciones sobre un negocio fiduciario que desconoce, las cuales, como un hecho subsecuente, neutralizan la responsabilidad de la fiduciaria, la cual en caso de controversia, no dudará en invocar alguna suerte de "principio de obediencia". De manera que a pesar de las buenas intenciones del legislador, al querer dotar a las entidades fiduciarias de un *master sensei* que les iluminará el camino ante la grave duda, la práctica desembocó en una negativa reiterada por parte de la Superintendencia en atender este tipo de solicitudes.

En repetidas ocasiones, siempre sobre el pilar establecido por el Oficio 1998009250-1 del 13 de julio de 1998, la Superintendencia ha expresado cómo el deber del fiduciario de pedir instrucciones a dicho organismo no puede entenderse como un procedimiento extrajudicial ni como mecanismo para dirimir controversias de carácter contractual ni para corregir

conflictos y situaciones anómalas derivadas de la falta de diligencia del fiduciario o incumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, no procede la solicitud de instrucciones frente a un negocio jurídico particular (SFC, 1998009250-1, 1998).

Máxime cuando la fiduciaria tiene a su alcance otras formas de esclarecer sus dudas, pues antes de solicitar instrucciones, el fiduciario debe recurrir a los criterios legales de interpretación de los contratos previstos en el Código Civil, así como a los diferentes mecanismos obligatorios previstos por las partes para dirimir sus diferencias, o para precisar el real sentido y alcance de sus derechos y obligaciones (SFC, 96010745-1, 2016).

Recalca además la Superintendencia, que sus instrucciones no están destinadas a subsanar deficiencias, vacíos o contradicciones que existan en los contratos ni la falta de previsión de las sociedades fiduciarias ni deficiencias en su deber de asesoría en la redacción de los contratos (SFC, 2007062835-003, 2007). Dicha posición ha sido consistente con la aprobación reiterada de modelos de contrato, con la condición mandataria de eliminar la fracción final de una cláusula que exime a la fiduciaria del cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con el aspecto consultado, hasta tanto se impartan las instrucciones solicitadas por parte de la Superintendencia.

En efecto, difícilmente es posible encontrar una cláusula que ejemplifique mejor la disminución o elusión ilegítima de la responsabilidad de las fiduciarias (SFC, Rad. 2012069443-004, 2013); ello por cuanto, tal como lo indica la Superintendencia, aquello carece de todo sustento legal (SFC, Rad. 2012069443-004, 2013) y por el contrario, el artículo 1234 del Código de Comercio dispone entre los deberes indelegables e inexcusables del fiduciario, el de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, pilar fundamental de cualquier contrato de este tipo.

El carácter indelegable de tales deberes, hace ilegítima cualquier estipulación que tenga como propósito transferir estos a terceras personas, pues constituyen la razón de ser del fiduciario, entendiendo por terceros al fideicomitente, al beneficiario e incluso la misma Superintendencia. Recordemos, que la responsabilidad del fiduciario debe corresponder a los más altos estándares de diligencia, por tratarse del desarrollo de

una actividad que involucra la confianza del público en el sistema financiero (SFC, 96041669-5, 1997). Además, como lo ha anotado la jurisprudencia arbitral, la obligación profesional del fiduciario de actuar de forma leal y prudente durante toda la vida de los contratos, es inherente al contrato de fiducia (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2004; Superintendencia Financiera de Colombia, 2007062835-003, 20).

Al respecto, resulta pertinente tener en cuenta cómo la Corte Suprema de Justicia ha expresado que las cláusulas de exclusión de responsabilidad pueden ser válidas, en la medida en que versen sobre aspectos que genuinamente escapen al control de la entidad (CSJ, SCC, Ex. 5670, 2001); que no es el caso de los deberes del fiduciario, los cuales le conciernen en absoluto. Además, la Corte Constitucional ha insistido en que el carácter abusivo de las cláusulas que trasladan al adherente o a un tercero que no sea parte en el contrato la responsabilidad del predisponente, contradice las normas imperativas que establecen un régimen legal de responsabilidad (CC, C-H42, 2000).

La relevancia de los deberes indelegables del fiduciario, y el carácter ininterrumpido de su obligación de actuar leal y prudentemente respecto al encargo que se les realizó, otorgan un carácter abusivo, a toda estipulación que pretenda recortar el alcance de su responsabilidad. Particularmente, cuando la Superintendencia ha insistido en las grandísimas limitaciones que tiene su facultad de otorgar instrucciones con base en el numeral 5 del artículo 1234 del Código de Comercio. Por lo que sin lugar a dudas, esta estipulación contractual debe ser excluida de los contratos con los consumidores, por su carácter abiertamente abusivo.

2. CLÁUSULAS QUE LIMITAN Y CONDICIONAN LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

La segunda gran clasificación de cláusulas abusivas, corresponde a aquellas que limitan o condicionan injustificadamente los derechos que la ley les ha otorgado a los consumidores financieros. Es claro que este tipo de disposiciones son de orden público, en razón a lo cual, no existe una justificación loable para anular mediante estipulaciones contractuales, las prerrogativas que el ordenamiento le otorgó a quienes considera merecedores de ésta particular protección; a continuación, consideraciones sobre algunas de ellas.

2.1. Cláusulas que limitan los derechos de los consumidores financieros

Entre las cláusulas que limitan los derechos de los consumidores financieros, se destacan aquellas en virtud de las cuales, las rendiciones de cuentas que rinda el fiduciario se entenderán aceptadas en un plazo determinado de días hábiles siguientes a la fecha de su recibo, si el fideicomitente no se pronuncia al respecto; las que sobreponen los derechos de los fideicomitentes iniciales sobre los de los demás fideicomitentes, y las que imponen el arbitramento como mecanismo único de resolución de conflictos.

2.1.1. Cláusulas que establecen un plazo perentorio para la aceptación de las rendiciones de cuentas

Rendir cuentas comprobadas de su gestión cada seis meses, es un deber indelegable del fiduciario contemplado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en relación al cual, la Superintendencia ha considerado abusivas todas aquellas cláusulas que establecen un plazo perentorio para su aceptación. Así lo ha hecho en numerosas resoluciones de autorización de modelos de contrato, las que han otorgado el aval solicitado, siempre y cuando se elimine la estipulación en virtud de la cual, las rendiciones de cuentas se entenderán irremediamente aceptadas por el fideicomitente si dentro un plazo determinado de días hábiles siguientes a la fecha de su recibo, la fiduciaria no recibe pronunciamiento alguno de su parte sobre las mismas (SFC, Rad. 2012047074-008, 2013; Rad. 2011094914-015, 2012; Rad. 2011052147-001, 2013).

Así, en el concepto de la Superintendencia, es abusivo establecer un plazo determinado para que el fideicomitente se pronuncie respecto del contenido de la rendición de cuentas, luego del cual se entenderán aceptadas las operaciones allí incluidas (SFC, Rad. 2012047074-008, 2013; Rad. 2011052147-001, 2013).

Lo anterior, en los términos de la Circular Externa 039 de 2011, que expresamente censuraba como abusivo el contenido de este tipo de cláusulas. La Circular Externa 018 de 2016, que reemplazó a la Circular Externa 039 de 2011, eliminó la prohibición en tales precisos términos, aunque bien podría entenderse incluida en el numeral 6.1.6.1, que dispone que revisten el carácter de abusivas aquellas cláusulas que "le imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos o límites temporales para presentar quejas o reclamos en desconocimiento de los establecidos en la ley, así como las estipulaciones que

restringan o limiten la forma de interponerlos, salvo que los plazos o límites legales se modifiquen en beneficio del consumidor financiero" (Circular Externa 018, 2016, Núm. 6.1.6.1).

Visto desde la perspectiva de la fiduciaria, el interés parece recaer en la aspiración de cerrar de manera definitiva cada seis meses el capítulo, mediante la rendición de cuentas con la periodicidad que exige la ley, concediendo seguridad jurídica a sus actuaciones subsiguientes. Desde el punto de vista del consumidor, sujeto de protección especial de la ley, el propósito de rechazar este tipo de disposiciones, es evitar que se limite en el tiempo su derecho como fideicomitente o beneficiario a recibir una adecuada rendición de cuentas, en relación con el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones del fiduciario, el de hacer efectiva la responsabilidad por su incumplimiento, ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, entre otros.

Lo que se encuentra en juego, no es el cumplimiento del deber de rendir cuentas como tal, pues el procedimiento mediante el cual debe llevarse a cabo se encuentra suficientemente detallado la Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014, Núm. 6.1.4. Cap. I Tit. II Pt. II), y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (D. 663, 1993, 153-k; 55-a, b, c). La rendición de cuentas se puede surtir a través del envío del documento respectivo al interesado, cuyo contenido detallado se relaciona en la Circular Externa 029 de 2014 (CE 029, 2014, Núm. 6.1.4. Cap. I Tit. II Pt. II), y sobre aquello no hay debate alguno.

El fiduciario puede cumplir su deber de rendir cuentas mediante el simple envío a la dirección correspondiente, de un documento con el contenido indicado, sin que se haga ninguna exigencia específica en relación con la aceptación de las mismas. Lo cierto es que dependiendo del tipo del fideicomiso, los fideicomitentes pueden ser pocos y muy cercanos a su desarrollo, o muchos y más bien ajenos a su progreso, como aquellos resultantes de un proceso de liquidación. De manera que, en determinados escenarios es factible toparse con fideicomitentes pasivos y desinteresados que repentinamente despierten interés, sobre asuntos respecto de los cuales se rindió cuentas en el pasado, sin que se hubiese hecho ninguna observación al respecto. Entonces, aunque la fiduciaria ha dado cumplimiento a sus deberes, se vería en la obligación de devolverse en el tiempo y resolver las inquietudes de aquel fideicomitente, por antiguas que resulten.

Se trata de un conflicto figurado entre el interés de la fiduciaria de dar seguridad jurídica a sus actuaciones, especialmente a las cuentas rendidas en un tiempo considerablemente alejado al presente, y los derechos del beneficiario a impugnar los actos anulables de la fiduciaria, y como fiduciante a ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, especialmente cuando éstas dos calidades suelen converger en una misma persona.

Sin la posibilidad de establecer un término perentorio para la solicitud de explicaciones o aclaraciones a la rendición de cuentas realizada por la fiduciaria, que además suele ser cortísimo en comparación con el periodo sobre el cual versan, la fiduciaria podría (i) acudir ante un juez en el marco del artículo 379 del Código General del Proceso para llevar a cabo una rendición provocada de cuentas, mediante la cual se busque que sea el juez quien apruebe las cuentas, la que puede ser una opción a considerar dependiendo de la cuantía de los bienes que se administran, o (ii) esperar a que surta efectos la prescripción extintiva que para el caso de las acciones ordinarias en los términos del artículo 2536 del Código Civil, tiene lugar en 10 años. No obstante, según lo dispone el artículo 1235 del Código de Comercio, el beneficiario cuenta con 5 años, contados desde el día en que conoce el acto que da origen a la acción, para impugnar los actos anulables por el fiduciario y exigir la devolución de los bienes dados en fiducia a quien corresponda, lo que acorta el término para unas circunstancias específicas.

Por el contrario, el consumidor financiero al cual se le impone un término perentorio para objetar rendición de cuentas remitida, so pena de entenderla aceptada, pierde el derecho a formular cualquier reclamo, y a diferencia del fiduciario, queda sin alternativas, ni cortas, ni largas.

En virtud de lo anterior, se explica que la Superintendencia prefiera la protección del consumidor financiero y considere abusivas esta clase de estipulaciones. Podrían contemplarse opciones intermedias como que el término perentorio fuese equivalente al periodo de tiempo sobre el cual versan las cuentas, de modo que la siguiente rendición dote de perennidad a su antecesora; sin perjuicio de lo cual, en el marco de las leyes y reglamentaciones vigentes y aplicables, la estipulación estudiada es abusiva.

2.1.2. Cláusulas que establecen la prevalencia de los derechos de los fideicomitentes iniciales

Por supuesto, en materia de limitación a los derechos de los consumidores financieros resultan imprescindibles aquellas cláusulas mediante las cuales se diferencia entre dos tipos de fideicomitentes, de los cuales uno resulta claramente privilegiado en relación con los derechos que se restringen al otro. Se ahondará sobre la legalidad de las estipulaciones que establecen que solo los "fideicomitentes iniciales" pueden impartir instrucciones a la fiduciaria, prorrogar o terminar el contrato, así como revisar y aprobar las rendiciones de cuentas. Se encuentra que la inclusión de este tipo de cláusulas suele justificarse en un presunto derecho de representación otorgado por los demás fideicomitentes a favor de los "fideicomitentes iniciales", que les confiere una suerte de vocería sin explicar porque no tienen todos los mismos derechos, o los tienen pero en cuerpo ajeno (SFC, Res. 070, 2007).

Las explicaciones se tornan especialmente complejas cuando se encuentran en juego los derechos de un grupo de consumidores financieros, frente a los cuales prevalecen los derechos de los fideicomitentes que tuvieron la posibilidad de negociar el contrato y beneficiarse. Por ejemplo, los contratos de fiducia de inversión o inmobiliaria, suelen ser negociados término a término entre un grupo inicial de fideicomitentes y la fiduciaria, quienes además de los derechos y obligaciones propias, regulan los derechos y obligaciones que asumirán los demás fideicomitentes, quienes se vincularán posteriormente al contrato.

Recordemos que en el contexto de los contratos de adhesión, se espera que las partes que efectivamente tuvieron la posibilidad de discutir los términos se comporten respecto a los que no, como si hubiesen recibido de aquellos un mandato con la instrucción especial de concretar para ellos las estipulaciones más justas posibles.

Por supuesto, no puede la fiduciaria excusarse de responder por el contenido de estos contratos, pues es sobre aquella que recae la obligación legal de presentar a la autoridad administrativa los contratos que puedan revestir el carácter de adhesión frente a un grupo de fideicomitentes; sin perjuicio, de que el mismo se haya estructurado en colaboración con los interesados o fideicomitentes iniciales. El fiduciario es el profesional y quien tiene el deber de conocer concienzudamente las normas que regulan la estructuración de los negocios

fiduciarios, luego es principalmente sobre aquel que recae la responsabilidad de respetar el ordenamiento jurídico y salvaguardar los derechos de los participantes.

Ahora bien, el margen de configuración en el negocio fiduciario es tan amplio que es perfectamente viable que existan diversas clases de fideicomitentes con obligaciones y derechos que disten sustancialmente en su contenido, de acuerdo con los aportes que realicen, su interés en el fideicomiso, y el beneficio que espere. Entonces es lícito, y de hecho bastante frecuente, que existan fideicomitentes que soporten una carga obligacional más fuerte, por ejemplo, porque unos son encargados del desarrollo del proyecto inmobiliario y otros que se obligan simplemente a realizar determinados aportes y adquieren obligaciones casi nulas a cambio de un beneficio previamente determinado.

De hecho, es una dinámica usual en el mercado; algunas personas tienen conocimiento sobre alguna determinada actividad, otras tienen el capital o requieren el producto o servicio que se obtiene. De modo que se podría entender que existen escenarios en los cuales las partes acuerden regímenes de obligaciones asimétricos, incluso en los contratos de adhesión, los cuales habiendo sido evaluados por la Superintendencia, podrían encontrarse completamente exentos de estipulaciones abusivas. Todo lo anterior, en cuanto no se vulneren los derechos básicos que el Código de Comercio otorgó a los fideicomitentes y beneficiarios, los que sin duda constituyen un límite infranqueable.

Los derechos de los fideicomitentes y beneficiarios fueron establecidos en la ley comercial, igual que los deberes indelegables del fiduciario. En consecuencia, toda vez que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que las cláusulas que restrinjan el ejercicio de los derechos que el legislador ha establecido para los consumidores son abusivas, toda vez debe tenerse en cuenta que el legislador ya hizo una ponderación de las circunstancias para el caso y decidió luego; las cláusulas que sobrepasen dicho límite se revestirán de un manto de visible abusividad (CSJ, SCC, Ex. 1996-10274, 2005).

En este sentido, en el marco de la autonomía de la voluntad, los fideicomitentes iniciales podrían reservarse ciertas prerrogativas como la de impartir instrucciones sobre los bienes que ellos aportaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral primero del artículo 1236 del Código de Comercio y otros derechos que superen lo

establecido en la norma, siempre que no implique el desmedro de los derechos de los demás fideicomitentes, como el de los beneficiarios de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones (CCo, 2017, Art. 1232-1), y por supuesto, que se preserve la finalidad del fideicomiso.

En relación al derecho de los beneficiarios de exigir la rendición de cuentas y del deber de la fiduciaria de brindarlas, debe recordarse que se trata de una cuestión inalienable; luego hará falta algo más que un supuesto derecho de representación para explicar porque a algunos de los fideicomitentes no se les suministran explicaciones sobre las cuentas del fideicomiso. El artículo 1505 del Código Civil define la representación como lo que una persona ejecuta en nombre de otras estando facultada por ella, o por la ley, para representarla produciendo respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo. Entonces, en teoría, la fiduciaria cumpliría con su deber al rendir cuentas a los fideicomitentes iniciales quienes las reciben en nombre propio y en representación de los adherentes.

No obstante, la simple invocación de la comisión mencionada no es suficiente pues no existe una facultad otorgada por el representado o por ley, tal como esta última lo exige. En este caso, de la mera adhesión de los nuevos fideicomitentes al contrato, toda vez que es pura y simple respecto a todos los elementos del contrato, no puede derivarse ligeramente el otorgamiento de la facultad de representación a favor de los fideicomitentes iniciales. De hecho, aunque la representación fuese expresa y no fruto de una interpretación conveniente, no podría dicha estipulación ser válida y oponible al fideicomitente adherente.

En efecto, una cláusula puede ser perfectamente lícita desde el punto de vista formal pero abusiva en relación al fin que persigue el predisponente, tal como el de asegurarse una posición dominante en el contrato. No es necesario que una cláusula reporte ventaja económica en el contrato para ser abusiva, basta que otorgue ventaja de cualquier índole para el predisponente. Entonces, es suficiente que el adherente quede en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o reclamo de sus derechos (Arrubla, J. 2015). Mediante la estipulación en comento, los fideicomitentes iniciales aseguran para sí una posición dominante e injustificada que le impide al adherente conocer el estado real del negocio al cual se ha vinculado, evitando reclamaciones, o cuando menos, una

solicitud de explicaciones que es lo menos a lo que podría tener derecho quien realiza aportes indispensables para la viabilidad de un proyecto.

Respecto a la facultad que los fideicomitentes iniciales se reservan para prorrogar o dar por terminado el contrato, lo esencial es no perder de vista que el contrato de fiducia tiene la vocación de permanecer vigente durante el tiempo que sea necesario para cumplir el objeto por el que fue concebido; las demás causales de extinción del negocio fiduciario establecidas en el artículo 1240 del Código de Comercio, son situaciones excepcionales, como la imposibilidad absoluta de llevar a cabo los fines del fideicomiso o la declaración de nulidad del acto constitutivo. Así todas las causas enumeradas en esta disposición tienen como atributo común que escapan a la voluntad del fideicomitente, pues para extinguir los efectos del contrato no basta su voluntad de hacerlo.

Sin embargo, considerando que tanto unos como otros tengan la doble calidad de fideicomitentes y beneficiarios, como lo contempló el artículo 1226 del Código de Comercio, y además es usual, pueden los beneficiarios y fideicomitentes de mutuo acuerdo darle fin al contrato. Es en este escenario, la supuesta representación que los fideicomitentes iniciales pretenden subrogarse en relación a los fideicomitentes adherentes, teniendo la potencialidad de anular la voluntad de los últimos. La intención del legislador fue hacer imprescindible la voluntad de todos quienes tienen la expectativa de beneficiarse del fideicomiso para darle fin al mismo, lo que implica la aprobación de todas las categorías de beneficiarios y fideicomitentes que el mismo tenga. Por ende, la cláusula que estipule lo contrario, resulta en una innegable limitación a los derechos de los fideicomitentes adherentes, que en tal virtud reviste un evidente carácter de abusivo.

En suma, no son *per se* abusivas las cláusulas mediante las cuales se establecen derechos y obligaciones diferentes para una o más clases de fideicomitentes o beneficiarios, pues la asimetría puede sin duda verse justificada en la naturaleza de los aportes que realizan y los beneficios que esperan del fideicomiso. La ilicitud de la estipulación se materializa cuando por medio de aquella se priva a una porción de los fideicomitentes de los derechos básicos e inalienables que le otorgó la ley comercial al adherente, y que son inherentes a la fiducia, como el hecho de que se requiera de su voluntad para prorrogar o terminar el contrato, así como revisar y aprobar las rendiciones de cuentas.

2.1.3. Cláusulas que imponen el arbitramento como mecanismo único de resolución de conflictos.

El carácter abusivo de las cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión es un tema habitualmente pacífico; al respecto, la Corte Constitucional no ha dudado en condenar las cláusulas que obligan al adherente a acudir a la justicia arbitral, toda vez que limitan el acceso a la justicia y desestimula el litigio en cuanto se trata de una justicia onerosa (CC, C-60, 2001). Estas cláusulas son consideradas como abusivas, en la medida en que el consumidor se ve forzado a comparecer a un tribunal arbitral careciendo de los recursos para costearlo, lo que le limita drásticamente su acceso a la justicia (Moreno, M. 2014, p. 348).

Resulta particularmente censurable en los contratos con consumidores financieros, pues el sector cuenta con instancias y mecanismos de resolución de conflictos eficaces y calificados, tales como el defensor del consumidor financiero y las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera que le otorgó la Ley 1480 de 2011, los cuales se han caracterizado por obtener tiempos breves de respuesta. En consecuencia, toda vez que es perfectamente posible obtener una respuesta pronta y especializada, haciendo uso de los mecanismos de la justicia ordinaria, escasean las razones válidas para establecer un mecanismo alternativo de resolución de conflictos tan sofisticado y oneroso como el arbitraje en los contratos de adhesión.

El pacto arbitral ha sido un ejemplo tradicional del tipo de estipulaciones contractuales que han sido consideradas abusivas en la medida en que prevén o implican la limitación o la renuncia de los consumidores financieros al ejercicio de sus derechos, en virtud del numeral 10.1.2 de la Circular Externa 39 de 2011, hoy numeral 6.1.1.2 de la Circular Externa 18 de 2016; concretamente, cuando se establece la obligación de utilizar de manera exclusiva determinado mecanismo alternativo de resolución de conflictos, limitando el derecho a utilizar otros mecanismos ordinarios o alternos (SFC, Rad. 2011052147-001, 2013).

Luego, lo verdaderamente censurado en estas cláusulas es el carácter exclusivo del arbitramento como mecanismo de resolución de conflictos excluyente. Es válido estipular la justicia arbitral como alternativa, siempre que a elección del consumidor también sea posible acudir a los mecanismos de orden legal y ordinario mencionados. Por el contrario, la cláusula reforzará su carácter abusivo, en cuanto además de

establecer el mecanismo arbitral, fije la sede del mismo en una ciudad diferente a aquella en la que se desarrolla el contrato o de donde se ubica el domicilio del consumidor financiero, bajo pretexto, por ejemplo, de situarse allí las oficinas principales del fiduciario (Medina, A. s.f., p. 17).

Es así como, a pesar de tratarse una cláusula cuyo carácter ilícito suele darse por sentado, siempre hace falta entrar en los detalles de lo estipulado a la hora de establecer si efectivamente debe ser excluida de un clausulado determinado por su carácter abusivo.

2.2. Cláusulas que condicionan los derechos del consumidor financiero

Han sido recurrentes dos tipos de cláusulas que condicionan los derechos del consumidor financiero en el contrato de fiducia: las que establecen por el consumidor el mecanismo subsidiario de inversión de los recursos disponibles en el fideicomiso, y aquellas que establecen como causal de terminación del contrato la exclusiva voluntad del fiduciario.

2.2.1. Cláusulas que establecen previamente el mecanismo subsidiario de inversión de los recursos disponibles en el fideicomiso

Una típica limitación a los derechos de los consumidores financieros, o por lo menos así lo consideró durante años el legislador, consistía en señalar en los formularios preimpresos mediante los cuales se vinculaban los adherentes de contratos de fiducia, la cartera colectiva a donde se direccionaban los recursos del fideicomiso que requieren un tiempo para cumplir con su finalidad, contradiciendo la obligación de disponer de este espacio en blanco para que el consumidor fuese quien decidiera libre e irrestrictamente el mecanismo de inversión, aunque en la gran mayoría de casos terminase por ser la cartera colectiva sugerida por el fiduciario. La Superintendencia misma reiteró la necesidad de eliminar el nombre de la cartera colectiva preimpresa, instando a dejar en blanco este espacio en el formulario (SFC, Rad. 2012069443-007, 2013).

De acuerdo con el artículo 109 del derogado Decreto 2175 de 2007, la destinación de los recursos recibidos para inversión solo podía ser establecida de manera expresa por el fideicomitente, y el mecanismo subsidiario no podría hallarse previamente establecido en los modelos de contrato que se utilicen (SFC, Rad. 201105 2147-001, 2013). En el concepto de la Superintendencia

Financiera, la fiduciaria podía sugerirle al fideicomitente el mecanismo de inversión más idóneo según sus características y las condiciones del contrato, pero no establecer de manera previa dicho vehículo de inversión, pues debe prevalecer el derecho del consumidor financiero a elegir sin coacción (SFC, Rad. 2011094914-004, 2012).

Al respecto, la Circular Básica Jurídica aun establece que la forma de inversión de los recursos recibidos solo puede ser establecida por el fideicomitente de manera expresa (CE 029, 2014, Núm. 5.1.2. Cap. I Tit. II Pt. II), por lo que el mecanismo subsidiario de inversión consagrado en el numeral 3 del artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (modificado por el derogado artículo 109 del Decreto 2175 de 2007), no puede hallarse preimpreso en los modelos de contrato que se utilicen para instrumentalizar la respectiva relación jurídica; referencia que resulta extraña, pues la norma referida fue derogada por el Decreto Único Reglamentario (D. 2555, 2010).

El objetivo de la norma derogada era que la destinación de los recursos del fideicomiso se hiciera de acuerdo con las instrucciones del fideicomitente y no de manera discrecional por el fiduciario (Varón, J. & Abella, G. 2013, p. 23). Sin embargo, ahora que ha sido dejada sin efectos la norma puntual sobre la cual la Superintendencia Financiera edificó los pronunciamientos que establecieron a esta limitación como abusiva, y toda vez que contrario a lo que era de esperarse la disposición no cuenta con un equivalente en la nueva normativa, vale la pena aguardar para observar si ésta continuará siendo descalificada con fundamento exclusivo en la Circular Externa 18 de 2016 y la Ley 1328 de 2009, debido a que constituye una limitación a los derechos del consumidor.

2.2.2. Cláusulas que establecen como causal de terminación del contrato la exclusiva voluntad del fiduciario

Por último, resulta inaceptable que una sociedad fiduciaria incluya en un contrato de adhesión, estipulaciones de terminación unilateral del contrato a su favor, sin establecer causales objetivas para el ejercicio de tal facultad. Esto en la medida en que, si la validez de este tipo de cláusulas aún se debate respecto a los contratos de libre discusión (Molina, R. 2009), no caben dudas sobre su ilicitud en el marco de los contratos de adhesión con consumidores, especialmente aquellos en los cuales se encuentra vinculada una entidad financiera, tal como lo ha manifestado la Superin-

tendencia Financiera (SFC, Rad. 2012069443-004, 2013; Rad. 2012069443-004, 2013).

El artículo 1232 del Código de Comercio dispone que el fiduciario solo podrá renunciar a su gestión por los motivos expresamente estipulados en el contrato, y a falta de tal, se presumirán como causas justificativas que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo, que los bienes fideicomitidos no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a favor del fiduciario, o que el fiduciante, sus causahabientes, o el beneficiario, se nieguen a pagar dichas compensaciones. Además, incluso en estos casos, la renuncia de la fiduciaria debe ser autorizada previamente por el Superintendente Financiero.

Vale mencionar que, debido al carácter plurilateral del contrato de fiducia, en teoría, la terminación unilateral por parte del fiduciario extingue exclusivamente su vínculo con el fideicomitente y el beneficiario, quedando vigente el vínculo contractual entre éstos últimos. No obstante, la participación del fiduciario es inherente y es esencial en el negocio; después de todo, el contrato se ha celebrado en razón a la confianza que las partes han depositado en esta institución. La fiduciaria debe comprometer su responsabilidad y dar fin a su participación únicamente ante la existencia de causales objetivas y razonables.

La incertidumbre que involucra la posibilidad de que la fiduciaria pueda retirarse sin explicación alguna, es contraria a la naturaleza de un negocio basado en la confianza. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que toda cláusula que contradiga la naturaleza del contrato en la cual ha sido estipulada, tiene un carácter eminentemente abusivo, como cuando una aseguradora "agrava -sin contrapartida- las condiciones en que los usuarios pueden solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de 'pagar el siniestro'" (CSJ, SCC, Ex. 5670, 2001).

En suma, tratándose de un acto que involucra la esencia del negocio fiduciario y la confianza del público en las entidades que lo desarrollan, al punto que el mismo requiere autorización de la Superintendencia Financiera, es claro que la renuncia del fiduciario no puede siquiera en virtud de una estipulación contractual quedar a su arbitrio, mucho menos cuando el mismo hace parte de un contrato de adhesión. De esta manera, se explica que la Superintendencia Financiera se niegue consistente-

mente a aprobar modelos contractuales que incluyan cláusulas de terminación unilateral por parte del fiduciario, sin causales objetivas que lo habiliten para aquello, por considerarlas de tipo abiertamente abusivo.

CONCLUSIONES

En síntesis, las cláusulas que eximen de responsabilidad al fiduciario serán válidas en cuanto versen sobre aspectos que se encuentren genuinamente fuera de su alcance. En consecuencia, no son abusivas las cláusulas que excluyen la responsabilidad de la fiduciaria por aspectos estrictamente relativos a la calidad de los bienes que se edifiquen en el desarrollo de un contrato de fiducia inmobiliario; esto, sin perjuicio de la responsabilidad que le es inherente y de aquellas obligaciones particulares que el ordenamiento jurídico le impone con relación a este tipo de contratos.

Así, son prohibidas por su carácter abusivo las estipulaciones que resulten de la evasión directa o tácita de la responsabilidad del fiduciario con relación al cumplimiento de los deberes indelegables que le ha atribuido la legislación comercial a estas entidades, toda vez que ésta constituye la razón de ser del negocio fiduciario. Mientras que aquellas ponen en suspenso la responsabilidad del fiduciario, la Superintendencia Financiera da respuesta a una solicitud de instrucciones elevada conforme al literal 5 del artículo 1234 del Código de Comercio.

Igualmente, constituyen una limitación ilícita a los derechos del consumidor financiero aquellas cláusulas a través de las cuales se le impone a aquel, un término perentorio para pronunciarse sobre la rendición de cuentas, después de la cual se le otorga a su silencio efectos de aceptación tácita y tiene como consecuencia para el fideicomitente perder el derecho a formular reclamos o solicitar explicaciones a la fiduciaria.

Entre tanto, no serán *per se* abusivas las cláusulas mediante las cuales se establecen derechos y obligaciones diferentes para una o más clases de fideicomitentes o beneficiarios, pues la asimetría puede verse justificada en la naturaleza de los aportes que realizan y los beneficios que esperan del fideicomiso. El carácter abusivo de estas cláusulas, se materializa cuando por medio de aquellas se priva a una parte de los fideicomitentes de los derechos básicos e inalienables que le otorgó la ley comercial a dicha categoría contractual como el de impartir instrucciones a la

fiduciaria sobre los bienes aportados, decidir sobre la duración del contrato, y recibir la rendición de las cuentas.

Así mismo, no toda cláusula arbitral en un contrato de adhesión con consumidores fiduciarios es abusiva, el reproche a la mismas se basa en el carácter exclusivo y excluyente del arbitramento como mecanismo de resolución de conflictos. En este sentido, es válido estipular la justicia arbitral como alternativa, siempre que a elección del consumidor, también sea posible acudir a los sistemas de resolución de conflictos de orden legal y ordinario.

Más aún, es incierto el carácter abusivo de las estipulaciones mediante las cuales se impone un mecanismo alterno de inversión de los recursos del fideicomiso por parte del fiduciario, pues la norma con base en la cual solía fundamentarse su carácter prohibido fue derogada. No obstante, es posible que ésta continúe siendo descalificada como tal con fundamento en las normas vigentes, por constituir una limitación a los derechos del consumidor.

Por el contrario, es absolutamente abusiva toda estipulación que le otorgue al fiduciario la facultad de terminar unilateralmente el contrato a su arbitrio, sin establecer causales objetivas que lo habiliten para ejercer tal prerrogativa, pues se trata de un acto que involucra la esencia del negocio fiduciario y la confianza del público en las entidades que lo desarrollan, al punto que el mismo siempre debe ser autorizado por la Superintendencia.

En conclusión, en la mayoría de casos, las cláusulas que han sido calificadas como abusivas en el contrato de fiducia en efecto lo son. Sin embargo, en casos como las cláusulas que exoneran al fiduciario de responsabilidad respecto a los aspectos técnicos de un proyecto inmobiliario, aquellas mediante las cuales se establecen regímenes obligacionales asimétricos para diferentes tipos de fideicomitentes y las que establecen la posibilidad de acudir al arbitramento como mecanismo de solución de conflictos, es necesario tener en cuenta los aspectos en los cuales radica su ilicitud, para evitar que se generalice el carácter abusivo de las mismas sobre estipulaciones similares que no implican un desequilibrio injustificado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Arrubla, J. (2015). Contratos mercantiles. Contratos atípicos. Bogotá: Legis.
- II. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá [Centro de Arbitraje CCB]. 20 de abril de 2004 Laudo. Alfonso Ortiz del Hierro, Stella Villegas Osorio y Santiago Jaramillo Villamizar.
- III. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. 23 de enero de 2009 Laudo. Luis Miguel Montalvo Pontón.
- IV. Medina, A. (s.f.). Introducción al concepto de cláusulas arbitrales abusivas. Página 17. (Trabajo de grado). Universidad Católica de Colombia. Disponible en: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/4363/4/INTRODUCCI%C3%93N%20AL%20CONCEPTO%20DE%20CL%C3%81USULAS%20ARBITRALES%20ABUSIVAS.pdf>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- V. Molina, R. (2009). La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Revista de Derecho Privado. (17) [77-105]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537591003.pdf>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- VI. Moreno, M. M. (2014). Control de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor fiduciario. Universitas Estudiantes Bogotá (11), 331-353. Disponible en: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documentos/3722972/4335815/13+CONTROL+DE+CL+AUSULAS.pdf/a2488c79-5c86-4e7a-98f6-179e64f9955a>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- VII. Varón, J.C., Abella, G.D. (2013). Derechos fiduciarios y mercado de valores: Reflexiones frente a la normativa colombiana. Bogotá: Uniandes.

REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

- VIII. Arévalo, J., Rivera, C. (2013). Las cláusulas abusivas en el ámbito de la protección al consumidor en Colombia. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- IX. Atienza, M. (2013) Curso de Argumentación jurídica. España: Trotta.
- X. Baena, L., (2013). Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

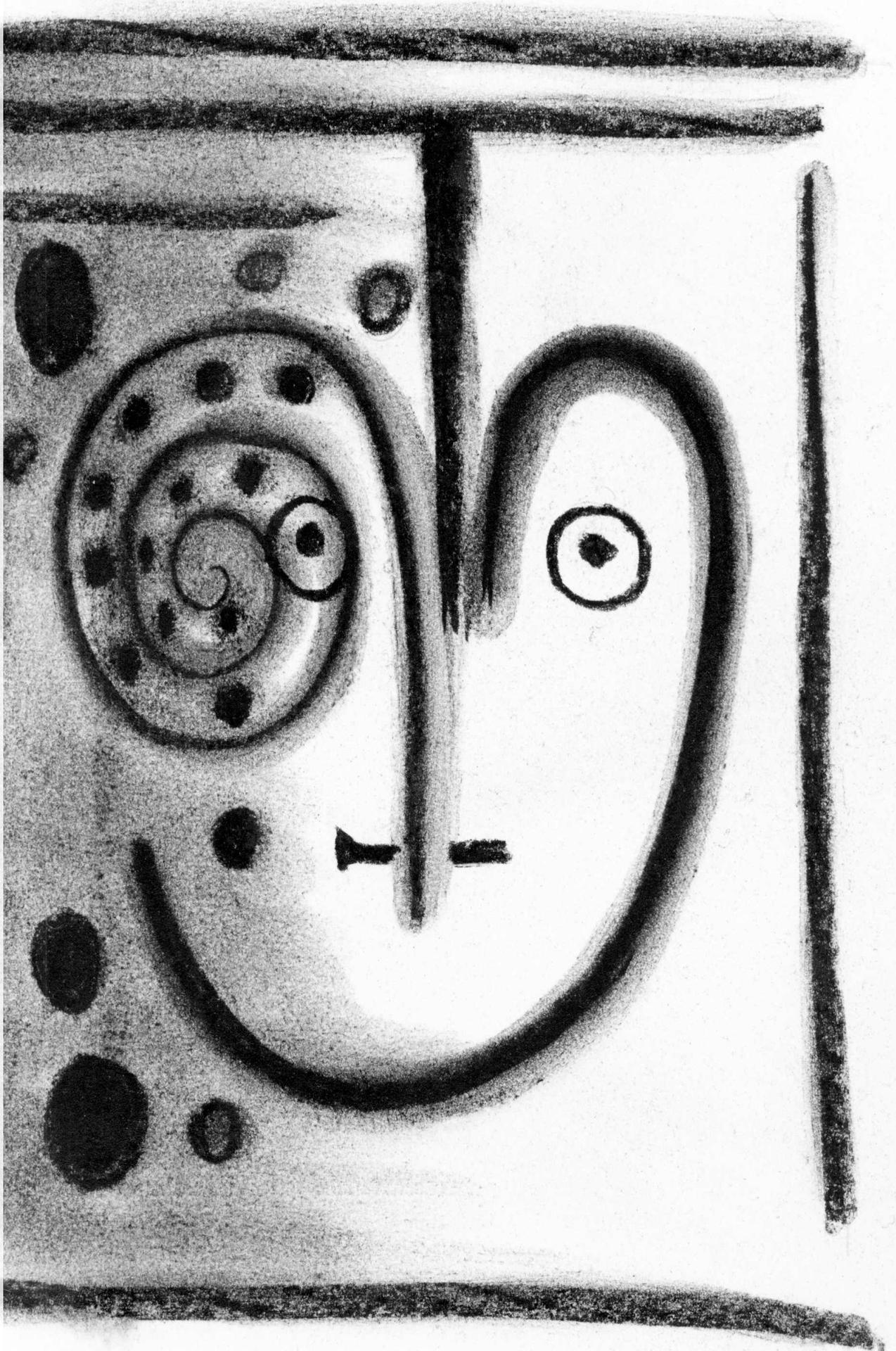
- XI. Cardona, M., Castañeda, E. & Delgado, L. (2012). Análisis del uso de la fiducia mercantil de administración y fuente de pago como herramienta de financiación para pymes en Colombia. (Trabajo de grado). Universidad de Medellín, Medellín, Colombia.
- XII. Gaitán, D. (2004). El contrato de fiducia mercantil. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- XIII. Medina, L., Vásquez, J. (2014) Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios. Universidad Militar Nueva Granada. Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/12850>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- XIV. Momberg, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de Derecho*. (26) [9-27]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950201300100001. Consultado el 03 Mayo 2017.
- XV. Rodríguez, L. (2011) Fiducia y construcción inmobiliaria, ¿Responsabilidad compartido? Universidad de la Sabana. Disponible en: <http://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/3332>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- XVI. Rodríguez, S. (2005). Negocios fiduciarios, su significación en América Latina. Colombia: Legis.
- XVII. Vallespinos, C. (1984). El contrato por adhesión a condiciones generales. Buenos Aires, Argentina: Universidad.
- XXIII. Corte Constitucional [C.C.], 30 Ag. 2000 C-H42, C. Cifuentes. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328/5081>.
- XXIV. CSJ SC Civil, 02 Feb. 2001, e 5670. C. Jaramillo. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6vbbzikV86wJ:https://www.notinet.com.co/pedidos/csj-5670-01.doc+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-ab> consultado el 20/Sep./2017.
- XXV. CSJ SC Civil, 19 Feb. 2003, C. Valencia. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UJwOwhfpLwJ:181.57.206.12/sentencias/Civil/2003/Dr.C%25C3%25A9sarJulio%2520Valencia%2520Copete/AUTOS/A-033-2003%2520%5B00756-01%5D.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-ab> Consultado el 20/sep/2017.
- XXVI. CSJ SC Civil, 18 Oct. 2011, C. Namén. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:baBr0pOXz5QJ:181.57.206.12/sentencias/Civil/2011/Dr.Willian%2520Nam%25C3%25A9n%2520Vargas/AUTOS/1100131030372005-00372-01%2520%5B18-10-2011%5D.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-ab> consultado el 20/Sep./2017.
- XXVII. CSJ SC Civil, 19 Dic. 2005, e 1996-10274. C. Valencia. Disponible en: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rUD9_3z6q7sJ:https://www.notinet.com.co/pedidos/CJS-10274-05.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-ab consultado el 20/Sep./2017.
- XXVIII. D. 2175/2007.
- XXIX. D. 2555/2010.
- XXX. D. 663/1993.
- XXXI. L. 1328/2009.
- XXXII. L. 222/1995.
- XXXIII. SFC, 4 Dic. 2008. R. 1984.
- XXXIV. SFC, 6 Mar. 2007. R 358.
- XXXV. SFC, 8 Feb. 2000. R. 205.
- XXXVI. SFC, 9 Mar. 2012. R. 2011065502-004.
- XXXVII. SFC (s.f.) ABC negocios fiduciarios. Disponible en: <https://m.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1019581&downloadname=20160727abcnegociosfiduciarios.doc> Consultado el 03 Mayo 2017.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- XVIII. CE Contencioso Administrativo, 14 Jun. 1996, e 7450. D. Gómez. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6zzFBuT9Qt0J:www.notinet.com.co/pedidos/7450.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>, consultado el 03/May./2017.
- XIX. Código Civil [Código]. (2016) Artículo 1602 [Titulo XII] Ed. 37 Legis.
- XX. Código de Comercio [Código] (2017) Numeral 1. Artículo 1232 [Titulo XI] Ed. 37 Legis.
- XXI. Corte Constitucional [C.C.], 24 Ene. 2001, C-60, C. Gaviria. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-060-01.htm>. Consultado el 20/sep/2017.
- XXII. Corte Constitucional [C.C.], 7 Nov. 2012, C-909, C. Pinilla. Disponible en:

- XXXVIII. SFC (s.f.) Cartilla de Negocios fiduciarios inmobiliarios. Disponible en: https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1019600&downloadname=20160727_cartillafiducia.pdf [03 May. 2017].
- XXXIX. SFC, 06 Mar. 2012. C. 2012006058-001.
- XL. SFC, 01 Abr. 2012. R. 2011094914-004.
- XLI. SFC, 01 Abr. 2013. R. 2012069443-007.
- XLII. SFC, 11 Dic. 2008. R. 2033.
- XLIII. SFC, 14 Jun. 2013. R. 2011065502-008.
- XLIV. SFC, 14 Mar. 2013. R. 2012047074-008.
- XLV. SFC, 16 En. 2007. R. 070.
- XLVI. SFC, 16 En. 2012. R. 201108438-008.
- XLVII. SFC, 17 Feb. 2005. R. 334.
- XLVIII. SFC, 18 Abr. 2013. R. 2011052147-001.
- XLIX. SFC, 18 Abr. 2013. R. 2012069443-010.
- L. SFC, 18 En. 2013. R. 2012069443-004.
- LI. SFC, 18 May. 2007. Resolución 624.
- LII. SFC, 2 Mar. 2012. R. 310.
- LIII. SFC, 22 Abr. 2009. R. 514.
- LIV. SFC, 27 Jun. 2012. R. 2011094914-015.
- LV. SFC, 28 Feb. 2013. R. 400.
- LVI. SFC, 30 Abr. 2012. R. 2011052147-007.
- LVII. SFC, 6 Feb. 1997. C. 96041669-5.
- LVIII. SFC. (12 de agosto de 2004) Concepto 2004042965-1. [SFC].
- LIX. SFC. (13 de julio 1998) Concepto 1998009250-1. [SFC].
- LX. SFC. (15 de julio 2016) Concepto 96010745-1. [SFC].
- LXI. SFC. (16 de junio de 2009) Concepto 2009025480-001. [SFC].
- LXII. SFC. (1996) "Circular Externa 007". Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=15464>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- LXIII. SFC. (2011). "Circular Externa 039", Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=20141> Consultado el 03 Mayo 2017.
- LXIV. SFC. (2011). "Registro de cláusulas y/o prácticas abusivas consolidado del sector – Fiducia de administración". Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1007066&downloadname=fiduadministracion.pdf>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- LXV. SFC. (2011). "Registro de cláusulas y/o prácticas abusivas consolidado del sector". Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/clausulas-y-o-practicas-abusivas-10083729>.
- LXVI. SFC. (2014) "Circular Externa 029". Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10083443>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- LXVII. SFC. (2016). "Circular Externa 018" Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10085860>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- LXVIII. SFC. (27 de septiembre de 2010) Concepto 2010051611-001. [SFC].
- LXIX. SFC. (28 de diciembre de 2007) Concepto 2007062835-003. [SFC].
- LXX. SFC. (28 de diciembre de 2007) Concepto 2007062835-003. [SFC].
- LXXI. SFC. (4 de mayo de 2012) Concepto 2012024493-001. [SFC].
- LXXII. SFC. (4 de septiembre de 2013) Respuesta final – protección al consumidor financiero. [2012002067-000].
- LXXIII. SIC, 8 Abr. 2014. C. 14-038733-00001-0000.

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN



Les écueils des nouveaux systèmes d'armes. Problématiques au prisme du droit des conflits et de la sauvegarde de la paix*

*The pitfalls of new weapons systems. Problems with the prism
of law of conflicts and safeguard of peace*

Las trampas de los nuevos sistemas de armas.

Problemas con el prisma de la ley de los conflictos y la
salvaguardia de la paz

Envoyé: 11/09/17 Approuvé: 15/11/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1557>

Serge Théophile Bambara

Doctorant en public droit, Université de Rouen, Francia
serge.bambara1@univ-rouen.fr

RÉSUMÉ

Cet article de réflexion a pour objet de décrypter les problématiques liées à l'automatisation et l'autonomisation des armes et, d'autre part, de montrer en quoi cela pourrait représenter une menace pour le droit des conflits et la paix de façon générale. Pour arriver à cette finalité, l'auteur prend la définition sur le système d'arme autonome (ou robot tueur) lequel est capable de cibler et d'initier potentiellement l'emploi de la force létale sans supervision humaine directe et sans implication humaine directe dans la décision de recourir à la force létale. L'hypothèse proposée consiste au développement de ces armes et leur introduction dans certaines hostilités pour modifier la nature des conflits et du droit y afférent. L'auteur a également l'intention de démontrer que l'utilisation des systèmes d'armes automatiques et autonomes crée de véritables écueils aux principes du droit des conflits et des incertitudes à la garantie de la paix.

MOTS CLÉS

Armes Létaux Autonomes; Contrôle des Armes; Droit des Conflits ; Portes D'armes.

ABSTRACT

This article aims to identify the problems related to the automation and autonomation of weapons, and to demonstrate how this could be a threat to the Law of Conflicts and to peace. The author takes into account the definition of the 'autonomous weapons systems' (or killer robots) which can prompt and potentially initiate the use of lethal force without direct human supervision nor participation in making the decision regarding the use of this force.

The proposed hypothesis consists of the development of these weapons and their incompatibility with the nature of conflicts and related law. Furthermore, the author aims to demonstrate that the use of automatic and autonomous weapons obstructs the Law of Conflicts' principles and creates uncertainty for the guarantee of peace.

KEYWORDS

Bearing of Weapons; Law of Conflicts; Lethal Autonomous Weapons; Weapon Control.

* Artículo de Reflexión

RESUMEN

Este artículo pretende descifrar los problemas relacionados con la automatización y la autonomía de las armas, y mostrar cómo esto podría representar una amenaza para la ley de los conflictos y la paz en general. Para lograr este fin, el autor toma la definición del 'sistema autónomo de armas' (o robot asesino) que puede apuntar y potencialmente iniciar el uso de la fuerza letal sin supervisión ni participación humana directa en la decisión de usarla. La hipótesis propuesta consiste en el desarrollo de estas armas y su introducción en ciertas hostilidades para modificar la naturaleza de los conflictos y el derecho relacionado. El autor también tiene la intención de demostrar que el uso de sistemas de armas automáticas y autónomas crea verdaderos obstáculos en los principios de la ley del conflicto e incertidumbres en la garantía de la paz.

PALABRAS CLAVE

Armas Autónomas Letales; Control de Armas; Ley de los Conflictos; Porte de Armas.

INTRODUCTION

Qui veut la paix prépare la guerre! (*Si vis pacem, para bellum*). Cet adage n'est pas simplement une figure rhétorique mais bien un credo qui a longtemps commandé les choix politiques et déterminé la conception de la dialectique entre la paix et la guerre. Voltaire ne disait-il pas d'ailleurs que la paix est fille de la guerre? Aussi aberrant que cet adage pourrait paraître, il n'envisage pas pour autant que la paix se conquiert au prix de la guerre. Aristote le souligne justement dans *l'Ethique à Nicomaque* en affirmant que "personne ne choisit de faire la guerre pour la guerre, ni ne prépare délibérément une guerre". Tout de même, les derniers siècles ont donné de constater que si les États ne recourent pas délibérément à la guerre dans l'ultime finalité de gagner la paix, ils préparent l'éventualité de la guerre par la course aux armements et le développement technologique des armes. Si l'inévitabilité de la guerre est attestée par l'histoire des conflits, la politique frénétique du développement des armements peut paraître antinomique avec la recherche de la paix.

Cette relation aporétique n'est toutefois pas étrangère aux politiques des États puisque la course aux armements est un phénomène très ancien et réside en une compétition pour la possession de la plus grande quantité et de la meilleure qualité d'armes possible². Il suffit d'évoquer les tribus primitives qui accumulaient d'importantes quantités de pierres pour l'édification de leurs fortifications et pour bombarder leurs ennemis et aussi les armées à l'âge industriel, qui recouraient aux techniques pour améliorer la qualité des armes pour les rendre plus performantes que celles de l'adversaire³ pour étayer ce fait.

Ainsi, l'histoire démontre que la recherche de la paix n'empêche pas le développement des armes. Si les armes ne créent pas par elles-mêmes la paix, pour les partisans de la paix armée, cette idée de "destruction mutuelle assurée" suffit à retarder autant que possible la survenance des conflits armés⁴. Cependant, aujourd'hui, cette théorie de la garantie de la paix par l'équilibre de la terreur est-elle viable? En d'autres termes, la course aux armements, par leur perfectionnement technologique, n'est-elle pas antinomique avec la recherche de la paix aujourd'hui?

1 - Aristote ajoute: «on passerait pour un buveur de sang accompli si, de ses propres amis on se faisait des ennemis en vue de susciter des batailles et des tueries».

2 - En effet, les puissances militaires qui s'affrontèrent à travers l'histoire tentèrent naturellement d'avoir l'ascendant sur les adversaires pour remporter leurs confrontations, mais les limitations technologiques ou techniques d'un âge pré-industriel leur laissaient que peu d'options. Autrement dit, en supposant que l'on se battait uniquement avec des armes blanches, le seul facteur qui pouvait influencer sur l'issue des batailles était démographique, selon le principe qu'un peuple dont la population étant plus nombreuse que celle de l'adversaire serait enclin à l'emporter. Cela est relatif car à la donnée numérique, d'autres éléments contrôlables par l'Homme, comme l'entraînement, le leadership, les tactiques et enfin la technologie s'ajoutent pour déterminer la victoire d'une partie à une confrontation armée. Mais dans le contexte industriel, il reste évident que la stratégie et beaucoup plus la technologie et les techniques déterminent en grande partie la victoire lors des confrontations.

3 - L'introduction de canons à obus et d'armures blindées, permirent de construire des navires entièrement en métal, rendant les navires de bois des générations précédentes obsolètes. Cette supériorité s'est montrée lors des batailles navales de Sinope (Turquie, 1853), de Hampton Roads (États-Unis, 1862) pour ne citer que celles-là.

4 - Cette conception a d'ailleurs soutenu la période de la guerre froide (1945-1991) qui a dissuadé autant que possible les belligérants idéologiques de recourir aux armes pour s'affronter.

Affirmer que les armes assurent la paix pourrait être séditeux au regard de la subversion actuelle entre l'utilisation des systèmes d'armes automatiques et la recherche de la paix. En effet, le progrès technologique a entraîné la robotisation, l'automatisation et l'autonomisation de certains moyens de guerre. Ces armes posent aujourd'hui d'énormes défis du fait que leur conception et leur utilisation entraînent des problématiques de plusieurs ordres. Ces ordres intéressent à la fois la garantie de la paix et l'intelligibilité du conflit et du droit y afférent.

Cette réflexion aura pour objet, d'une part, de décrypter les problématiques liées à l'automatisation et l'autonomisation des armes et, d'autre part, de montrer en quoi cela pourrait représenter une menace pour le droit des conflits et la paix de façon générale.

Nous prendrons, dans l'esquisse de cette étude, la définition proposée par le philosophe Peter Asaro, pour qui le système d'arme autonome (ou robot tueur) est celui qui "est capable de cibler et d'initier potentiellement l'emploi de la force létale sans supervision humaine directe et sans implication humaine directe dans la décision de recourir à la force létale". Selon Christopher Heyns, rapporteur aux Nations unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires, les systèmes d'armes létales autonomes se réfèrent "aux systèmes d'arme robotique qui, une fois activée, peuvent sélectionner et engager des cibles sans l'intervention d'un opérateur humain. (...) le robot dispose d'un choix autonome dans la sélection de l'objectif et l'usage de la force létale"⁵. C'est le cas par exemple, de "Aegis"⁶ (Etats-Unis) et de "Harpy"⁷. Le système d'arme automatique, quant à lui, est un système d'arme, volant sans équipage, programmé ou piloté à distance sous la supervision humaine et capable d'engager l'emploi de la force létale.

De récente apparition, en commençant par les premières ébauches sur le drone, la réflexion autour des systèmes d'armes autonomes au plus haut niveau international n'est qu'embryonnaire quoiqu'en constante expansion. Les défis qu'ils suscitent pour le droit international et le contrôle de l'armement sont, depuis quelques années à l'ordre du jour des organisations internationales. C'est le cas de la "réunion informelle d'experts sur les Systèmes d'Armes Létaux Autonomes (SALA)" tenue à Genève du 13 au 16 mai 2014, celle du 10 au 14 novembre 2014, et du 13 au 17 avril 2015⁸. Les réflexions autour des armes autonomes et automatiques ne sont cependant pas orientées spécifiquement vers les relations aporétiques qu'elles entretiennent avec la recherche de la paix. Cet état des faits donne ainsi à notre réflexion tout son intérêt. Ce qui pourrait au surplus démontrer de la pertinence actuelle d'une réflexion juridico-philosophique sur les systèmes d'armes autonomes et automatiques et les défis qu'ils poseraient précisément pour la paix.

Partant de l'hypothèse selon laquelle le développement de ces armes et leur introduction dans certaines hostilités pourraient modifier la nature des conflits et du droit y afférent, nous tenterons de démontrer que l'utilisation des systèmes d'armes automatiques et autonomes crée de véritables écueils aux principes du droit des conflits (I) et des incertitudes à la garantie de la paix (II).

1. L'UTILISATION DES SYSTEMES D'ARMES ET LA VIOLATION DU DROIT DES CONFLITS

Dans la déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, la conception du conflit armé et des opérations militaires était relativement claire. Elle consistait en l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi⁹. "Désarmer l'adversaire, tel est le but du combat"¹⁰. D'ailleurs, dans le mémoire du CICR sur la protection des populations civiles contre les dangers de la guerre indiscriminée

5 - A/HRC/23/47, Rapport relatif aux systèmes d'armes létales autonomes de Christopher HEYNS, Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires à l'assemblée générale des Nations unies, 9 avril 2013, § 27. Le Département de la Défense américain partage le contenu de la définition retenue par le rapport spécial. Dans sa directive numéro 3000.09 datant du 21 novembre 2012, il y est affirmé qu'un système d'arme autonome «une fois activé, peut sélectionner et engager des cibles sans autre intervention d'un opérateur humain».

6 - Cette arme combine un radar de détection et d'acquisition de cible avec un calculateur de position associés à un canon multitage ou du système autonome.

7 - Système de détection et de destruction d'émetteurs radars, développé par Israël. Il convient de souligner il existe une diversité fonctionnelle des systèmes d'armes (satellites, aéronefs, engins terrestres fixes ou mobiles), mais le cadre de cette étude s'attachera aux systèmes d'armes qui pourraient être - ou qui sont - utilisés comme armes de combat.

8 - Rapport de la réunion d'experts sur les systèmes d'armes létales autonomes tenu du 13 au 17 Avril 2015.

9 - Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre. Saint Petersburg, 11 décembre 1868.

10 - Ceci explique pourquoi les armées n'ont pas un droit illimité dans l'usage des moyens utilisés dans les conflits ; et d'ailleurs, lorsqu'une partie n'est pas à la hauteur technologique ou technique de son adversaire, tous les moyens ne sont pas légitimes pour parvenir à la victoire dans la guerre. V. aussi CICR, *Commentaire de 1987 du protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (Protocole I), 8 juin 1977, art. 35, § 1410 - § 1415.

adressé le 19 mai 1967 à tous les gouvernements, le CICR notait que dans l'intelligibilité de la guerre, il ne s'agissait pas seulement d'épargner les civils ou les personnes qui ne participent pas aux hostilités, mais aussi de ne pas infliger aux combattants de graves souffrances disproportionnées comme les tuer alors que cela n'était pas nécessaire¹¹. Or, dans le cadre par exemple des systèmes d'armes autonomes capables d'agir seuls sans supervision humaine, il y a une sorte d'essentialisation de la mort. Etant orientés davantage vers la létalité, ils n'offrent pas d'énormes alternatives dont certaines armes ou des soldats au sol pourraient disposer comme celles par exemple de désarmer l'ennemi, le neutraliser sans engager sa vie et plus généralement de le mettre hors d'état de nuire. Ainsi, l'utilisation des systèmes d'armes pourrait entraîner des manquements à certains principes du droit international humanitaire (B). Ces manquements pourraient trouver par ailleurs leur source dans le délitement des déterminants des conflits (A).

1.1. Le délitement des déterminants du conflit

Clausewitz affirmait dans *De la guerre*, que la guerre renferme deux propriétés essentielles: La belligérance et l'affrontement. Les deux parties doivent se reconnaître comme ennemies et accepter la lutte. Si, à l'agressé, on ôte le droit ou l'existence d'une probable résistance ou d'une riposte à l'attaque dont il a été victime, il n'y a pas de guerre. Cette conception reste bien évidemment discutable mais pour Clausewitz, seule la défense possède le pouvoir de transformer une agression en guerre effective (Clausewitz, Carl V., 1865). Ce que cette conception renferme concerne moins l'égalité des capacités d'attaque ou de réaction ou des puissances de nuisance des parties adverses que l'égalité ontologique du droit de combattre dans le conflit et l'hypothèse de l'affrontement. Aussi, selon François Laurent, les attributs de la guerre reposent sur le principe d'une égalité du droit de tuer¹² autrement appelé égalité juridique des combattants¹³. Cette égalité implique donc "le respect d'un droit à la possibilité de se défendre, dont on ne sait pas quels seraient les attributs positifs mais qui, au

moins, négativement, prohiberait l'usage d'armes qui supprimeraient, *a priori*, une telle possibilité".

Ces hypothèses et possibilités, dans le cadre de l'utilisation des systèmes d'armes autonomes et automatisés volent en éclats puisque les robots tueurs ne donnent pas de droit de belligérance à l'ennemi. Les propriétés des robots tueurs et des drones renferment justement l'idée de tuer à distance, d'enlever à l'adversaire le pouvoir ou la possibilité de contre-attaquer ou même d'identifier la belligérance. Ce serait dans ce cas, une belligérance anonyme. Dans le sens commun, en effet, le robot tueur ou le drone est conçu pour mener des hostilités mais n'est pas un combattant. Il est un moyen totalement anonyme d'attaquer sans être attaqué. Cette absence de belligérance peut soulever vraisemblablement un problème relatif à l'existence d'un conflit armé au sens du droit international humanitaire ou même du droit international. Sur cette considération et pour démontrer cet absentéisme, la grande question qui demeure posée est de savoir, si le robot tueur n'est pas le combattant à l'évidence dans le cadre des conflits dans lesquels il est utilisé, qui du fabricant, du programmeur, de l'opérateur à distance -dans le cas des drones- l'est ? On y perçoit donc une forme d'absentéisme -ou dans une certaine mesure une délégation du combat- de la partie adverse avec l'utilisation des robots tueurs. Dans cette dernière hypothèse donc, un des attributs des conflits s'envolerait et, avec lui, toutes ses implications. Chamayou le soulignait justement en affirmant qu'avec l'idéologie de l'utilisation des drones et *a fortiori* des robots tueurs, la "guerre n'est plus pensée en sa structure fondamentale comme un duel". Le paradigme n'est plus celui de deux lutteurs qui se feraient face mais d'un chasseur qui s'avance, et une proie qui fuit ou se cache [et qui ignore peut-être qu'il est en situation de belligérance ou en conflit avec une autre partie]¹⁴. Paul Khan, quant à lui, attirait l'attention sur les dérives ontologiques "du conflit sans risque"¹⁵ qui fragiliserait au-delà du fondement traditionnel du droit de tuer, la conception intrinsèque du conflit¹⁶. Pour Khan, la guerre est une situation de risques mutuels. Dès lors qu'il n'existe plus une réciprocité dans les risques qu'ont les parties à faire la guerre, il n'y a plus

11 - Commentaire de 1987 sur le protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, p. 401, § 1410.

12 - *Idem*.

13 - Ce principe demeure d'ailleurs un principe fondateur du *Jus in bellum*.

14 - Grégoire Chamayou, *op. cit.*; p. 52.

15 - Paul Kahn, *The paradox of riskless warfare*, Philosophy of Public Policy Quarterly, Vol. 22, n° 3, 2002.

16 - *Idem*. V. aussi Grégoire Chamayou, *op. cit.*, p. 227.

de guerre¹⁷. Les robots tueurs dénie ce support structurel du conflit puisque la partie adverse a affaire à une machine sans réciprocité de risques.

Ensuite, l'utilisation des armes automatiques et autonomes entraîne la désagrégation du *tempus belligerendi* et l'érosion du *locus belligerendi*. En effet, s'agissant d'abord du *locus belligerendi*, les armes automatiques telles les drones pilotés à distance donnent à ses manipulateurs ou programmeurs les possibilités de les contrôler à distance ou soit de les faire agir de façon autonome en dehors du cadre de leurs constructeurs, manipulateurs ou de leurs expéditeurs; On perçoit que la facilité de mobilité du robot est telle qu'il peut poursuivre les personnes ciblées partout où elles sont. Tous les lieux deviennent, dans cette configuration, potentiellement des zones de conflits pour le robot tueur et aussi pour les personnes qu'ils attaquent¹⁸. Concernant ensuite le *tempus belligerendi*, dans un rapport "vivre sous les drones" établi en 2012¹⁹, le *Stanford International Human rights & Conflict resolution clinic* rapporte un témoignage d'un habitant du Pakistan qui affirme que les drones les surveillent de façon permanente et sont toujours au-dessus d'eux sans qu'ils ne sachent quand ils vont frapper²⁰. Cette situation est certes anecdotique mais cristallise tout le problème avec les robots tueurs. Les actions menées ne s'attachent plus au temps de conflit. La preuve est qu'en Somalie, au Pakistan et au Yémen, les drones frappent sans qu'il n'y ait, au sens du droit international, un conflit armé²¹. En redéfinissant la notion de temps de conflit comme subjectivement rattaché au moment où la personne de l'ennemi est exposée et donc

attaquable, on en arrive à agir, juridiquement, en temps de paix comme en temps de conflit armé.

1.2. Le délitement des principes du droit des conflits

En droit international, c'est Grotius qui, dans son ouvrage *De iure belli ac pacis*, publié en 1625, a fait reconnaître la nécessité "*temperamenta belli*", d'imposer les limites à la fureur des armes. Cette règle a deux implications: d'une part, les armes doivent, dans leur utilisation, permettre de respecter les lois et coutumes de la guerre et, d'autre part, n'importe quelle arme ne peut être utilisée pour nuire à l'ennemi car l'atteinte de l'ennemi doit être proportionnelle à la nécessité et l'objectif de l'attaque. Ce principe d'évitement des maux superflus a été consolidé dans la pratique de 1625 à 1907. Le règlement de la Haye de 1907 l'énonce implicitement à son article 22 sous la forme suivante: "Les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi"²². L'article 23 du règlement énonce clairement qu'il est interdit de "tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion"²³ [...] et d'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus"²⁴. Le CICR, dans ses travaux préparatoires à la conférence des experts gouvernementaux, en 1971, avait justement milité pour que les belligérants s'abstiennent de recourir ou d'employer des armes propres à causer des maux superflus ou qui ne pouvaient, dans leurs propriétés, respecter cette obligation²⁵. Cette idée est bien antérieure au protocole de 1977 car dans la déclaration de Saint

17 - Qui plus est, la réciprocité assure, dans le conflit, la licéité du droit de tuer sans que cet acte en lui-même ne soit constitutif de crime. Si cette réciprocité n'existe plus, alors l'action de tuer perd son immunité criminelle et s'assimile à un meurtre ou à un assassinat. Cette réciprocité n'est pas simplement formelle, elle doit être détectable et «éprouvable» dans le cadre du conflit.

18 - Human Rights Watch a rappelé justement au président Barack Obama en 2010 que «la notion selon laquelle le monde entier devient automatiquement et par extension un champ de bataille où s'appliquent les lois de la guerre est contraire au droit international»; HRW, Letter to Obama on targeted killing and drones, 7 décembre 2010.

19 - Stanford International Human rights & Conflict resolution clinic, Living under drones, Death injury, trauma to civilian from US drone practices in Pakistan, Septembre 2012.

20 - Ibidem, p. 81.

21 - La juriste Mary Ellen O'connell l'avait par ailleurs note dans son livre *Unlawful killing with combat drones: a Case Study of Pakistan, 2004-2009*, Abstract, Notre Dame Law School, Legal Studies Research Paper, n°09-43, 2009.

22 - Jean De Preux affirme que l'interdiction des maux superflus est un corollaire du paragraphe 1, qui dénie un droit illimité dans le choix des moyens de nuire. Les combattants et les Parties au conflit ne sont pas libres de provoquer des maux inutiles, de faire un emploi irrationnel de la violence. Commentaire de 1987 sur le protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, p. 401, § 1411; accessible sur <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=9F75FBD0836E773DC12563BD002D6E3B>.

23 - Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907. Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre - Section II - Des hostilités - chapitre I - des moyens de nuire à l'ennemi, règlement article 23, c).

24 - Ibidem, article 23, e).

25 - Commentaire de 1987 sur le protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, p. 401 § 1410.

Pétersbourg de 1868, il est fait mention d'un principe de "prohibition des armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou rendraient leur mort inévitable"²⁶. Certains robots tueurs ne peuvent remplir ces prescriptions car des alternatives autres que la létalité ne sont pas incluses dans leurs propriétés. C'est l'exemple du robot tueur *fire and forget* "tire et oublie" qui est un robot autonome après lancement qui se passe des moyens classiques de désignation de la cible pour ouvrir le feu selon ses propres caractéristiques. Il ne connaît pas, dans ce cas, d'autres moyens alternatifs de combat. Il peut être déduit ainsi que l'évitement des maux superflus ne peut objectivement être pris en compte par les robots²⁷ car ils ne disposent pas d'autres options comme l'humain²⁸. La menace du dépérissement du droit des conflits avec l'ère des systèmes d'armes létales peut se déceler aussi à travers le galvaudage du principe cardinal de distinction.

Un des griefs opposés à l'utilisation des robots tueurs concerne le principe de distinction entre combattant et non combattant joint à la notion de participation aux hostilités. L'application de cette notion, par les forces armées, n'est pas toujours évidente puisqu'il y a toujours des violations liées à la difficulté de distinction. Pour des robots qui n'ont pas les facultés et le sens humains ou dont les manipulateurs ne sont pas de façon effective sur le champ de conflit, il sera difficile de déceler selon les critères de la participation aux hostilités, qui est attaquant ou pas (Kenneth, A. 2010. P.12). Se réfugier derrière la notion de précision du ciblage peut paraître dérisoire car, à l'évidence, on peut bien cibler et atteindre une personne sans que cette attaque précise ne nous garantisse qu'il s'agisse d'une personne qui n'avait pas une inviolabilité absolue en vertu du droit. Malgré tous les repérages et précautions possibles, à quoi reconnaît-on dans une zone de conflit, un civil qui participe aux hostilités? Comment son lien de belligérance se détecte-t-il quand il ne porte pas les armes ni un signe distinctif ou lorsqu'il n'agit pas de façon flagrante dans le cas de la lutte contre le terrorisme? On constate d'ailleurs, lorsque les opérateurs de drones visent des ennemis sans

uniformes dans des zones hors conflits, que le statut de combattant ou de personne susceptible d'être attaquée, ne se perçoit pas par un signe distinctif conventionnel. Sur quel fondement par exemple un drone autonome peut-il agir dans ce cas? Le cas rapporté par Grégoire Chamayou donne de percevoir la perversité de la guerre à distance: en 2011, John Brennan affirmait que l'utilisation des drones armés par les États-Unis pour l'année écoulée, n'avait enregistré aucun dommage collatéral; ce qui donnait plus de crédit donc aux drones. Sauf qu'après investigations du *New York Times*, il s'est révélé que dans le décompte macabre, tout individu masculin en âge de combattre et présent dans une zone de conflit, était considéré comme combattant jusqu'à ce que des "renseignements explicites" ultérieurs démontrent le contraire. Cela signifie que le statut de personnes attaquables n'est plus donné par des critères objectifs mais par des critères subjectifs comme la présomption.

La conceptualisation du robot introduit par sa seule existence les germes de sa propre subversion puisque l'aporie du drone repose sur l'abolition en pratique de ce qui forme la condition même de cette capacité, à savoir le combat. En privilégiant le conflit à distance, le robot tueur, et particulièrement le drone armé, annihile du même coup la faculté pratique de distinction et de discrimination par ricochet. En supprimant l'affrontement, il prive de la possibilité de reconnaître ceux qui participent aux hostilités.

En 1955, Huber, M. attirait l'attention sur le développement technologique appliqué aux armes et le risque de la déshumanisation de la guerre qui mettraient en danger les principes humanitaires. Il affirmait en effet que "[...] si l'on continue à exploiter à des fins guerrières les possibilités techniques qui s'ouvrent [...], l'existence et la valeur de tout ce qui reste du droit de la guerre et même du droit des gens en général deviendra problématique". Le spectre de cette situation se profile déjà de façon perceptible avec les robots. Ce qui n'est pas de bon augure pour les déterminants de la paix.

26 - Ibidem, § 1414; De plus, dans les actes XV de la conférence, " plusieurs représentants ont demandé qu'il soit consigné dans le compte rendu qu'à leur avis les maux auxquels cette expression fait référence se limitent à ceux qui sont plus graves que nécessaires pour mettre un adversaire hors de combat », Actes XV, p. 275, CDDH/215/Rev.1, par. 21.

27 - Supra, p. 8

28 - La place de l'humain dans le processus conduisant au recours à la force létale des Systèmes autonomes a justement été au centre des discussions qui se sont tenues à la réunion sur la convention sur certaines armes classiques en 2014. Pour les participants, il était nécessaire que la guerre et particulièrement l'utilisation des armes soient fondamentalement associées à la notion de «contrôle humain significatif» (CHS) ou effectif. La guerre ou le sort des humains ne peuvent être laissés à des machines qui n'ont aucun sens de l'humain.

2. L'UTILISATION DES SYSTEMES D'ARMES ET LES INCERTITUDES A LA PAIX

Georges Orwell, dans son roman *1984*, disait que la guerre devient erronée dès lors que ses éléments factuels cessent de la déterminer. Se produisant partout et de façon continue, elle ne peut plus se distinguer de la paix. La guerre, c'est la paix (Orwell, G. 1984; Gallimard, 1950). L'avènement et l'utilisation des systèmes d'armes automatiques et autonomes dans certaines situations corroborent aujourd'hui cette réalité. Concrètement, l'utilisation des systèmes d'armes autonomes et automatiques engendre des menaces à la paix (A) et entraîne la globalisation (B) et la permanence de l'état de conflit (C).

2.1. Les écueils à la garantie de la paix

La guerre déléguée à distance évite l'affrontement et constitue une menace pour la paix à trois égards :

D'abord, en enlevant à l'adversaire la possibilité matérielle de faire la guerre, une dynamique de légitimité de la mort s'installe, surtout dans le cadre du terrorisme. Les systèmes d'armes autonomes ou automatiques donnant la faculté de tuer sans se faire atteindre physiquement par l'adversaire, ils permettent de fonder ainsi la mort de l'ennemi sur le mérite de la mort et, par ricochet, d'utiliser tout moyen pour ce faire²⁹. Il institue ainsi un droit unilatéral de la guerre fondé sur l'idée de guerre juste (et fondé sur le mérite de la mort des personnes ciblées). Ce sentiment de guerre légitime constitue cependant une menace pour la paix dans la mesure où, pour peu que ce sentiment prévale, il donnerait le droit d'utiliser un robot tueur ou un drone pour mener une attaque sans qu'il n'y ait à proprement parler de conflit.

Ensuite, l'utilisation des systèmes d'armes autonomes et automatiques permettra plus facilement de contourner les principes fondamentaux de la Charte des Nations unies comme le non recours à la force ou du respect de l'intégrité du territoire du fait qu'il est possible à distance de mener une guerre anonyme. Aussi, si les conditions

matérielles ou même juridiques de faire la guerre ne sont pas réunies -ou tout simplement pour ne pas verser dans un conflit ouvert- il pourra être possible, par un système piloté à distance ou programmé, de "cibler et de tuer certaines personnes". Cette idée, cependant, de "faire la guerre" (cibler et tuer un ennemi) même lorsqu'il n'y a pas de conflit armé, crée un climat de guerre perpétuelle, ce qui constitue un danger évident pour la paix et la sécurité.

Enfin, la guerre à distance, au moyen de ces armes, entraîne une facilité de la conflictualité. On pourrait faire valoir aussi que le développement des technologies est telle aujourd'hui qu'il est plus facile de mener la guerre loin du pays d'envoi avec des avions ou en déplaçant plus rapidement des soldats de Washington à Saana qu'il y a des années; sauf qu'avec les systèmes d'armes autonomes et automatiques, l'objectif principal est de ne pas déplacer justement des militaires et d'éviter les risques humains. Ces raisons entraînent par contrecoup la faculté d'agir en évitant les écueils des conflits et sans qu'il n'y ait un coût humain. En conséquence, les enfants, les épouses, les époux et les parents n'auront plus à pleurer ni à protester³⁰. Les répercussions psychologiques de la guerre ne se ressentiront pas non plus dans la population³¹. Tous ces éléments feront que le climat de la guerre sera, pour ceux qui utilisent ces armes, similaire au climat de paix.

3. LA GLOBALISATION DE LA BELLIGERANCE

"Nous prions Allah pour avoir des soldats américains à tuer. Ces bombes qui descendent du ciel, nous ne pouvons pas les combattre" (Bearak, B. 2001). Ces paroles rapportées par Barry Bearak traduisent le ressentiment que la guerre déléguée provoque chez les combattants adverses.

Sur les développements précédents, on constate que les systèmes d'armes privent l'ennemi d'adversaires et annihilent la possibilité pour celui-ci d'avoir conscience matériellement de l'adversité. Cette inconscience ne découle pas d'une méconnaissance de son origine (nationalité, pays, etc.), mais du fait que la "réciprocité" matérielle est absorbée. L'adversaire est partout et nulle

29 - On fonde cette conception sur l'idée de la guerre juste, le droit de faire la guerre ou de répondre à la belligérance. Walzer disait que sans l'égalité du droit de combattre, « la guerre disparaît en tant qu'activité soumise à des règles pour être remplacée par le crime [...] » ; Michael Walzer, *Guerres justes et injustes*, Gallimard, 2010, p. 111, p. 229.

30- Cette guerre ne fera pas de tords matériels ou environnementaux au pays qui utilise ces systèmes d'armes, V. dans ce sens Grégoire Chamayou, op. cit. p. 311.

31 - "Toys against the people, or remote Warfare", Science for the people magazine, vol. 5, N°1, mai 1973 p. 8-10, 37-42, V. aussi Grégoire Chamayou, op. cit., p. 310-312.

part. Cette logique est celle qui a, dans une certaine mesure préoccupée la communauté internationale relativement à la *guerilla*. En effet, la *guerilla* prive l'ennemi d'adversaire déterminé. Les difficultés qu'elle soulève ne tiennent pas uniquement au fait qu'elle met en danger les civils, mais au fait que la *guerilla* entraîne une globalisation -généralisation- de la belligérance et du danger. Ce qui expose les civils au demeurant.

Les prescriptions du DIH -relatives au statut de combattant- qui donnent obligation à ceux qui participent aux conflits sans être des forces armées de se distinguer, renferment en filigrane l'idée de pouvoir être exposé à la vue de l'ennemi. En somme, le soldat devra assumer la qualité de combattant tout le temps, et, pour celui qui participe aux hostilités, pendant la durée de sa participation. Cela permet, au surplus, que la guerre se limite à ceux qui la font, à savoir les personnes qui prennent part au conflit.

En évitant donc le combat grâce aux systèmes d'armes, les adversaires, de façon structurelle, déplaceront le conflit sur des objectifs à portée et en lien avec l'intérêt militaire, national ou politique de leurs utilisateurs. Le comble réside dans le fait qu'à partir de cet instant, le conflit ne sera plus objectivement orienté uniquement vers des objectifs militaires. Un militaire américain l'avait si bien résumé en affirmant ceci: "[...] il nous faut comprendre que les tentatives pour blinder notre force contre toute menace ennemie [...] aboutissent à transférer le "fardeau du risque". Cela sous-entend que le champ de bataille se détache du conflit et se rattache à la nationalité, à l'intérêt de ceux qui utilisent ces systèmes d'armes³²".

La belligérance, dans cette configuration, se retrouvera partout et tout le temps; le conflit se transposant, pour celui qui est privé de combat, là où il peut retrouver son droit de combattre en attaquant une cible plus facile qui capitalise ou cristallise, selon lui, l'intérêt de l'ennemi³³. C'est ce qui se perçoit d'ailleurs dans le sens donné à certaines attaques dites "terroristes".

La globalisation de la belligérance est d'une part, une conséquence de l'immatérialité de la guerre et, d'autre

part, renferme l'idée selon laquelle, le *tempus* et le *locus* n'étant plus le lit d'un conflit, ce dernier puisse se dérouler partout même lorsqu'un pays est en paix. Dans le chapitre XIII du *Léviathan*, Thomas Hobbes soulignait pourtant que "la guerre doit se comprendre comme un état, une situation s'inscrivant dans la durée. Toute guerre comporte des trêves, c'est-à-dire des moments plus ou moins longs de suspension des combats, ce qui ne l'annule pas comme guerre"³⁴. Cependant, la guerre doit se distinguer de la paix car elles ne sauraient se confondre. La confusion qui pourrait découler de l'utilisation des systèmes d'armes automatiques ou autonomes reste bien évidemment une menace directe à la sécurité des personnes et plus précisément à la protection et au bien-être des civils.

3.1. La permanence de l'état de conflit

"Il y a une saison pour toute chose et un temps pour tout sous nos cieux...; un temps pour la guerre et un temps pour la paix"³⁵. Cette parole du livre de l'Ecclésiaste sonne pertinemment comme pour rappeler que le temps de paix ne peut être cadencé au rythme du conflit.

S'il y a un impératif à ce que la guerre se distingue de la paix, c'est parce que les moyens utilisés pour la guerre ne doivent pas être utilisés pendant la paix, chaque situation impliquant par ailleurs un régime de règles précis. Or, du fait que les systèmes d'armes autonomes et autonomes peuvent être utilisés à tout moment, ils donnent la faculté à ses utilisateurs d'agir à distance en temps de paix comme si c'était en temps de conflit. Une telle utilisation entraîne la confusion des temps de conflits et de paix, établissant consubstantiellement un état permanent de conflit. Ce fait est observable dans l'actualité de l'usage des drones au Pakistan.

Par ailleurs, dans l'attitude du conseiller juridique américain Harold KOH en 2010, la situation de confusion entre temps de paix et temps de guerre, par l'utilisation des drones, était perceptible. En effet, lorsque l'occasion a été donnée à ce dernier de se prononcer sur la nature de la belligérance dans laquelle les drones armés américains étaient utilisés, celui-ci a simplement déclaré que cette utilisation n'enfreignait pas le droit international

32 - C'est exactement aussi la logique du SALA lorsqu'il poursuivra et frappera la personne ciblée là où il sera possible d'atteindre cette personne.

33 - Comme la citation du soldat sur le retour de violence des actions des drones l'exprimeront. *Supra*, p. 25.

34 - Thomas Hobbes, *Léviathan*, trad. G. Mairet, Folio-Essais, chapitre 13, pp. 224-225. Cité dans Gaëtan Demulier, *Quelques réflexions sur la guerre et la paix*, op. cit., p. 2.

35 - La Bible. Ancien testament, livre de L'ecclésiaste, 3, 1-15.

quelle que soit la nature de la belligérance considérée, fut-ce dans un conflit armé ou dans un acte de légitime défense. Cela recèle comme informulé que ces armes sont utilisées indistinctement en temps de paix comme en temps de guerre.

Ne nécessitant donc pas l'envoi d'hommes ou que les conditions générales de belligérance qui caractérisent les conflits armés³⁶ ne soient remplies, elles peuvent être déployées à tout moment, pour peu que ses utilisateurs ou ses expéditeurs trouvent les motivations politiques ou idéologiques qui l'accompagnent. Et c'est là où cela devient très problématique, car en temps de paix comme en temps de guerre, un droit spécifique est mis en œuvre. Aussi, postuler une utilisation indifférenciée de ces systèmes d'armes pourrait revenir à affirmer que la paix et la guerre ont le même régime de droit. C'est ce que le rapporteur spécial des Nations unies pour les exécutions extrajudiciaires Philip Alston en 2010 déniait quand il attirait l'attention de Harold KOH sur la nécessité de déterminer les situations dans lesquelles les drones s'utilisent. Pour lui, on ne peut les utiliser en tout temps du fait que ce sont des "régimes de règles radicalement différents"³⁷ qui s'appliquent aux différentes situations. Ainsi, si les attributs de ces armes ne permettent pas dans leur utilisation de faire cette distinction (état de paix et état de guerre) du fait qu'ils érodent les caractéristiques des conflits, leur légitimité pourrait être remise en cause³⁸.

CONCLUSIONS

"Si tu veux concevoir la paix, pose d'abord les armes", disait Alain³⁹. Cette assertion de la philosophie pacifiste semble bien dépassée aujourd'hui. Le développement des armes et l'élan volontariste de leur perfectionnement démontrent que les États veulent bien la paix mais renoncent à la concevoir sans armes. De surcroit, leur

développement technologique conduit à fragiliser les bases de la paix par la confusion et la dilution des fondements du droit des conflits et de ses supports conceptuels et factuels. L'utilisation singulière de ces armes dans la lutte contre le terrorisme dans certains pays ne fait qu'entraîner une globalisation de la belligérance et le sentiment perpétuel de guerre. L'hypothèse entretenue tout au long de cette étude est attestée donc puisque certaines utilisations des drones armés et des robots tueurs, dans certaines circonstances, peuvent conduire à créer un climat d'insécurité généralisée.

La communauté internationale pourrait donc légitimement s'inquiéter des conséquences de la généralisation de leur possession et utilisation qui pourraient saper les déterminants juridiques et politiques de la paix et de la sécurité internationales. Le rapporteur spécial aux exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires auprès des Nations unies, Christopher Heyns, dans son rapport de 2013, avait appelé à une pause dans le développement des systèmes d'armes autonomes et automatisés⁴⁰. Eu égard aux incertitudes planant sur leur capacité à respecter le droit international humanitaire, il a recommandé au Conseil des droits de l'Homme d'interpeler et d'inviter les États à appliquer un moratoire sur les tests, la production, le transfert, l'acquisition, le déploiement et l'utilisation des robots autonomes à capacité létale en attendant qu'un cadre international soit adopté en la matière.

Aussi, s'inquiétant des conséquences pour les droits de l'Homme et plus généralement pour la paix et la sécurité, les organisations de la société civile et de défense des droits de l'Homme multiplient les appels d'alerte pour une interdiction préventive des systèmes d'armes létales autonomes qui empêcherait leur développement et leur utilisation⁴¹. Sur le fondement du droit international,

36 - Dans le cas de conflits armés, les conditions demeurent l'opposition entre les forces armées de deux États et dans le cas des conflits armés non internationaux, il s'agira de l'organisation des groupes armés, la hiérarchie, le contrôle du territoire, leur aptitude à respecter les lois et les coutumes de la guerre.

37 - Dossier "UN Special Rapporteur Philip Alston Responds to US Defense of Drone Attacks' Legality", DemocracyNow 1er Avril 2010, consulté le 26 juillet 2016 sur <http://www.democracynow.org/2010/4/1/drones>

La version original dit ceci: "The big issues that he didn't answer are, first of all, what law are you applying? And he very casually said, well, we are applying either the law of armed conflict or the rules governing the right to self-defense of a state. Now, those two sets of rules are radically different. He didn't address the issue of whether he is talking about the application of human rights law, as well as international humanitarian law."

38 - Idem.

39 - Emile Chartier, dit Alain - 1868-1951, Propos sur la religion, 4e édition, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1969, 288 p.

40 - A/HRC/23/47, 9 Avril 2013 § 109.

41 - Commission Justice et paix belge, Human rights watch, Amnesty international, International Human Rights Clinic, les Prix Nobel de la paix de la Nobel Women's Initiative, etc.

l'article 36 du premier protocole de Genève⁴² et la clause de Martens peuvent constituer un cadre juridique pour leur prohibition. Mais c'est à la communauté internationale de définir le cadre de cette prohibition de façon conventionnelle car comme l'affirme la CIJ dans *l'avis licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires*, "il n'existe [...] pas [...] de principe ou de règle de droit international qui ferait dépendre d'une autorisation particulière la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires ou de toute autre arme. La pratique des Etats montre que l'illicéité de l'emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d'une absence d'autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition"⁴³.

La communauté internationale est donc interpellée. Il est à espérer que le groupe d'experts gouvernementaux⁴⁴, créé à l'issue de la cinquième conférence chargée de l'examen de la Convention sur certaines armes classiques (tenue à Genève du 12 au 16 décembre 2016)⁴⁵, permettra de définir et de déterminer le régime juridique de ces nouvelles armes et de pouvoir encadrer leur utilisation.

Si la technologie ouvre des perspectives d'affermissement qualitatif des armes, elle doit s'exercer dans le cadre du droit et ne doit pas aller au-delà de ce qu'il permet⁴⁶. Mais, encore faut-il que la force du politique ne résiste pas à celle du droit. Là demeure le nœud du problème.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I. Asaro, P. (2012). L'interdiction des systèmes autonomes létaux : droits de l'homme, l'automatisation et la déshumanisation de la prise de décision létale, [traduit du titre original On Banning

Autonomous Lethal Systems: Human Rights, Automation and the Dehumanizing of Lethal Decision-making], Special Issue on New Technologies and Warfare, International Review of the Red Cross, 94 (886), Summer, pp. 687-709.

II. Aristote, Ethique à Nicomaque, X, 7, 1177 b7-12, trad. J. Tricot, Vrin, p.511.

III. Bearak, B. (2001). "Death on the ground, US Raid Kills unknown Number in an afghan Village", New York times, 13 Octobre. Cité dans Grégoire Chamayou, op. cit., p. 93.

IV. Brennan, J. Ensuring Al-Qa'ida's demise, Paul. H. Nitze (2011) School of advanced international studies, John Hopkins University, Washington, 29 Juin, en réponse aux questions de l'assistance, repris dans Grégoire Chamayou, op. cit., p. 206.

V. Chamayou, G. (2013). La théorie du drone, la fabrique édition, 363 p., V. aussi CICR, les drones armés doivent être utilisés dans le respect des lois, interview publiée le 10 mai 2013, disponible sur. <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/2013/05-10-drone-weapons-ihl.htm>

VI. Clausewitz, Carl V. (1865). De la guerre, op cit., p. 399 ; V. par ailleurs François Laurent, Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome X, Les nationalités, Librairie internationales, Paris, 1865, p. 488.

VII. Dossier. (2010) "UN Special Rapporteur Philip Alston Responds to US Defense of Drone Attacks' Legality", Democracy now, 1er Avril, consulté le 26 juillet 2016 sur <http://www.democracynow.org/2010/4/1/drones>

VIII. Huber, M. (1955). «Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre», RICR, juillet, p. 432.

42 - L'article 36 dispose que «Dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre, une Haute Partie contractante à l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle de droit international applicable à cette Haute Partie contractante».

La clause de Martens fait partie du droit des conflits armés depuis sa première apparition dans le préambule de la Convention II de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre:

«En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique».

43 - CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226-267 ; p. 248, para. 52.

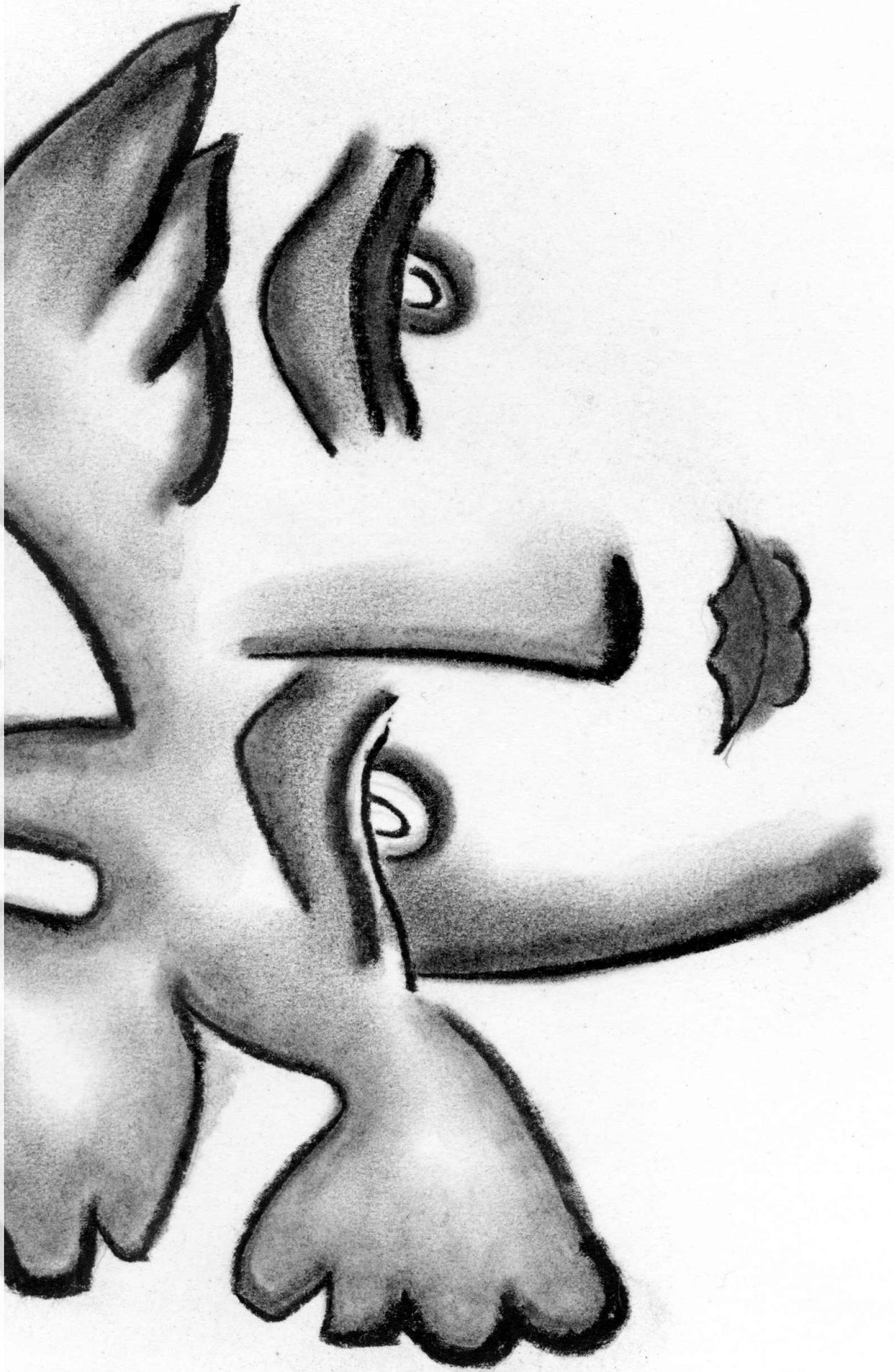
44 - Le groupe d'experts gouvernementaux sera chargé de traiter des deux questions élémentaires suivantes : identification des caractéristiques et élaboration d'une définition pratique des SALA ; application et respect des principes et règles de droit international, notamment du droit international humanitaire, dans le contexte d'utilisation des SALA.

45 - Cette conférence avait pour objet d'examiner la portée et le fonctionnement de ladite Convention et d'étudier les propositions relatives à des catégories d'armes que la Convention ne couvre pas, tels que les systèmes d'armes létaux autonomes encore appelés "robots tueurs".

46 - Ce qui rappelle cette affirmation du Général d'armée aérienne Stéphane ABRIAL pour qui «La technologie n'est ni bonne ni mauvaise, elle est ce que l'on en fait».

- IX. Jo Becker and Scott Shane. (2012). Secret 'Kill List' Proves a Test of Obama's Principles and Will, 29 mai, consulté en ligne le 25 juillet 2017, <http://www.nytimes.com/2012/05/29/world/obamas-leadership-in-war-on-al-qaeda.html>
- X. Kahn, P. (2002). The paradox of riskless warfare, *Philosophy of Public policy Quarterly*, Vol. 22, n° 3.3
- XI. Kenneth, A. (2010). "Rise of the Drone: Unmanned systems and the future of war", Written Testimony Submitted to subcommittee on National security and Foreign affairs, committee on oversight and government Reform, US House of representatives. Subcommittee Hearing, 23 mars, p. 12.
- XII. Orwell, G. (1984) [Titre original en anglais, *Nineteen Eighty-Four*], Gallimard, 1950, 376 p.
- XIII. Pepin, C. (2011). La course aux armements: une analyse à l'ère moderne et contemporaine, Blog sur l'histoire et les actualités canadiennes et internationales, 2 janvier, *Le monde militaire*, Consulté le 19 juillet 2016 sur. <https://carlpepin.com/2011/01/02/la-course-aux-armements-une-analyse-a-ler-moderne-et-contemporaine/> Pour Carl, la course aux armements est depuis les débuts intrinsèquement associée à la guerre.
- XIV. Rapport de la réunion d'experts sur les systèmes d'armes létales autonomes tenu du 13 au 17 Avril 2015. Consulté le 15-07-2016 et disponible sur <http://www.unog.ch/80256EE600585943/%28httpPages%29/3CFCEEEF52D553D5C1257B0300473B77?OpenDocument>
- XV. Stanford International Human rights & Conflict resolution clinic, Living under drones, Death injury, trauma to civilian from US drone practices in Pakistan, Septembre 2012.
- XVI. Voltaire. (1745). Ode XIII, La clémence de Louis XIV et de Louis XV dans la victoire, dans *Oeuvres de Voltaire*, Tome XII, Poésie Tome I, p. 452.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



Aproximación al régimen disciplinario de los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios*

Estimation of employees' disciplinary protocol in public utilities companies

Boris Carvajal Renza

Magíster en Derecho Público de la Universidad Surcolombiana, Colombia
bcr502@hotmail.com

Recibido: 24/04/17 Aprobado: 15/08/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1558>

RESUMEN

El régimen laboral aplicable en Colombia a las personas vinculadas a las empresas de servicios públicos domiciliarios ha sido materia de controversia; de allí que no exista en la actualidad unidad de criterio al respecto. En este sentido, se discute si son trabajadores particulares, servidores públicos, o servidores públicos con régimen de derecho privado. El asunto es de capital importancia, porque dependiendo de la categorización que se adopte, se generarán relevantes consecuencias jurídicas, entre ellas, si les es extensivo el Código Disciplinario Único (Ley 734 del 2002), si son disciplinables por la Procuraduría General de la Nación, o si pueden ser cobijados por determinado régimen de inhabilidades o incompatibilidades. Con fundamento en la anterior premisa, este artículo aborda los planteamientos más relevantes sobre el tema en el que tiene especial protagonismo la Corte Constitucional, la cual no ha estado exenta de observaciones. El objetivo es ofrecer diferentes perspectivas que puedan servir de marco orientador en un campo sensible que reclama mayor profundización.

PALABRAS CLAVE

Función Pública; Responsabilidad Disciplinaria; Servicio Público.

ABSTRACT

The employment regime of Colombia, as it relates to employees of public utilities companies, has been a controversial topic of late; currently, there is no criteria related to this subject. Furthermore, the discussion is whether they are private workers, public employees, or public employees with a private law firm. This is of paramount importance because, depending on the categorization adopted, significant legal consequences will be applied.

Certain consequences will be applied they are found germane to Código Disciplinario Unico (Law 734/2002), if they are punishable by the Colombian Attorney General, or if they can be protected by a certain system of legal discrepancies or incompatibilities. Based on the previous premise, this article involves the most relevant approaches to this topic and the special role of the Constitutional Court's doctrine, which has not been exempt from observations. The article's purpose is to offer different perspectives as a guiding framework in a sensitive field that demands further studies.

KEYWORDS

Disciplinary Responsibility; Public Function; Public Service.

* Artículo de Investigación

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 introdujo el concepto de servicios públicos domiciliarios, cuyo régimen fue desarrollado a través de la Ley 142 de 1994, permitiéndose, por primera vez, que éstos pudiesen ser prestados por particulares. Es así como surgen las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas, cobijadas con un sistema normativo híbrido de derecho público y privado, en el que este último es el preponderante.

La preminencia del derecho privado en los servicios públicos domiciliarios se expresa en diferentes aspectos, entre ellos el campo laboral, al establecer el legislador que los trabajadores de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante las ESPD), mixtas y privadas, tendrán la calidad de particulares y regirán sus relaciones por el Código Sustantivo del Trabajo (Ley 142 de 1994, art.41). Sin embargo, el alcance de este imperativo se torna difuso cuando se trata de armonizar con el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), al entrar en juego conceptos ineludibles como los de servicio público o función pública, lo que ha traído como consecuencia que hoy exista incertidumbre sobre el régimen legal disciplinario. De hecho, la Corte Constitucional ha concluido que este segmento de personas integra una especial categoría de servidores públicos con régimen de derecho privado (C-736 de 2007), cuyos derechos constitucionales deben ser salvaguardados. Origina así la Corte una clasificación sin antecedentes, tornando más complejo el ejercicio de armonización e identificación de las normas prevalentes.

Por lo expuesto, el presente artículo busca despejar el interrogante: ¿Cuál es el régimen disciplinario aplicable a los trabajadores de las ESPD a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) o el laboral del Código Sustantivo del Trabajo previsto en el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios? (Ley 142 de 1994, art. 41).

A fin de dilucidar la inquietud planteada, se llevó a cabo una revisión de las principales disposiciones que regulan la materia, al igual que los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional en los que se abordan conceptos inherentes al debate, con especial énfasis en la sentencia C-736 de 2007 como hito

ineludible. Posteriormente, se reflexiona si a la luz del Código Disciplinario Único los trabajadores de las ESPD, serían simplemente servidores públicos, o particulares que desarrollan funciones públicas y el impacto de adoptar una u otra posición, como también sobre los efectos que en la práctica puede tener la nueva categorización introducida por la Corte Constitucional. Al final son presentadas las conclusiones.

1. CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO Y SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO

La Ley 734 del 2002, por la cual se expidió el Código Disciplinario Único, determina en el artículo 25 que son destinatarios de dicha normatividad "los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53" ibídem, por lo que se revisará esta doble perspectiva a la luz de los trabajadores vinculados a las ESPD.

1.1. Servidores públicos

La Corte Constitucional ha señalado en la sentencia C- 736 de 2007¹, que tienen la calidad de servidores públicos los trabajadores vinculados a las ESPD mixtas, en cuanto éstas son entidades descentralizadas que forman parte de la administración pública. Fundamenta esta interpretación en el artículo 123 de la Constitución, el cual establece que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

Un importante sector de la doctrina se aparta de lo afirmado por la Corte, en el sentido que las ESPD mixtas son entidades estatales que integran la rama ejecutiva del Estado y que, por ello, representan una forma de descentralización.

La divergencia radica en el hecho de que para el Alto Tribunal es mixta toda ESPD en la que confluya capital público y privado, sin importar el porcentaje de participación del Estado. Ello iría en contravía de la expresa regulación legal según la cual una ESPD mixta "es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%"

1 - La Corte Constitucional a través de la sentencia C- 736 de 2007, se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad promovida, entre otras normas, contra el artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994, que consagran la definición de empresas de servicios públicos mixtas y privadas.

(Ley 142 de 1994, Art. 14, num. 14.6); es decir, no se trata de cualquier porcentaje de capital, ya que la participación estatal debe ser necesariamente la mitad o superior a ésta, de tal suerte que, si por el contrario, el capital es mayoritariamente particular, la ESPD será jurídicamente privada (Art. 14, num. 14.7, *Ibidem*); y una ESPD en esta condición, claramente no forma parte de la administración pública y mucho menos podrían considerarse sus trabajadores servidores públicos.

A propósito del tema, resulta imprecisa la afirmación del Dr. Ordoñez Maldonado en uno de sus ensayos cuando sostiene que la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007 incluyó a las ESPD como entidades integrantes de la administración aduciendo la condición de entidades descentralizadas², toda vez que esta calidad la pregona la Corte pero únicamente respecto a las ESPD mixtas, ya que las ESPD oficiales, por disposición legal, son parte de la rama ejecutiva del Estado³ y las ESPD privadas obviamente están excluidas de la estructura orgánica del Estado, no estando en discusión estas dos últimas situaciones.

Algunas voces autorizadas sostienen que la sentencia C-736 carece de fuerza vinculante en este aspecto, en cuanto la posición de que una ESPD se considera estatal por el solo hecho de que en ella confluya capital público y privado; no hace parte de la *ratio decidendi* del fallo y constituye, a lo sumo, un *obiter dictum* que puede ser adoptado solamente como criterio de interpretación⁴. Otros autores van mucho más allá, y cuestionan el hecho de que las ESPD mixtas, sea cual fuere la participación del Estado, sean catalogadas como entidades estatales; así para Montaña (2009), por ejemplo, los efectos de la calificación de "públicas" de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas es una de las más claras manifestaciones de la inmadurez jurídico-administrativa colombiana.

De esta manera se pone en entredicho que los trabajadores de las ESPD mixtas tengan la calidad de servidores públicos, no obstante, la interpretación de la Corte Constitucional.

1.2. Particulares que ejercen funciones públicas

El artículo 53 del CDU⁵, en armonía con el artículo 25 de la misma codificación, establece que éste se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con éstas, y presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, entre otros.

Sobre la facultad disciplinaria del Estado sobre los particulares, la Corte Constitucional ha tenido interpretaciones dinámicas. En la sentencia C-280 de 1996 expuso que al no existir entre el contratista de prestación de servicios y la administración una relación de subordinación, sino la prestación de un servicio de manera autónoma, dichos contratistas no eran destinatarios de la ley disciplinaria.

Posteriormente, en la sentencia C-286 de 1996, señaló que el criterio subjetivo sostenido en la C-280 de 1996 debía sustituirse, en el caso de los particulares, por un criterio material que no atendiera a la calidad o condición de quien actúa, sino a la función pública que le haya sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente.

Por ello, en sentencia C-037 de 2003 afirma que desde la evolución jurisprudencial se desprende, entonces, que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que éste cumpla o no funciones públicas.

2 - Señala el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado en su artículo 'Los trabajadores de las empresas de servicio públicos': "No obstante ello, la Corte Constitucional en sentencias C-736/07 y C-722/07 después de incluir a las ESPD como parte de la rama Ejecutiva de la Administración y aduciendo la condición de entidades descentralizadas determinó..." Pág. 41

3 - Ley 489 de 1998, art. 38, núm. 2, literal d.

4 - Este razonamiento se expuso en decisión del Consejo de Estado en el litigio que vinculó a las compañías Colombia Móvil S.A.E.S.P. y Móvil Tech S.A, en el que se discutían obligaciones surgidas de un contrato de agencia comercial; habiéndose declarado, con la ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, la nulidad de lo actuado, remitiendo el expediente a la justicia ordinaria bajo el argumento de que la mayoría accionaria de Colombia Móvil S.A.E.S.P era propiedad particular y, por tanto, a la luz de la ley 142 de 1994 la ESPD era privada (Expediente No. 34745 del año 2008).

5 - Artículo 53. Sujetos disciplinables. Modificado por el art. 44, Ley 1474 de 2011. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 de 2003 bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el legislador.

Si bien en principio la titularidad de las funciones público-administrativas está en cabeza del Estado, excepcionalmente éstas pueden ser transferidas a personas u organismos particulares (Suarez, 2012); pero la situación no es tan pacífica tratándose de servicios públicos domiciliarios. Es imperativo analizar el concepto de servicio público y función pública bajo la modificación del artículo 53 del CDU, introducida por la ley 1474 de 2011, art.44, en virtud de la cual "no serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias"⁶.

Hoy no son asimilables los conceptos de servicio público y función pública, como se asumía en la noción clásica. Estos han evolucionado y poseen en la actualidad un alcance más amplio, aunque guarden conexidad en varios aspectos. Es así como la función pública está asociada a las actividades del Estado (Art.113 C.P.) y las competencias de los diferentes órganos estatales (por ejemplo las previstas en los artículos 150, 241 y 277 de la C.P.); en tanto, el servicio público se refleja esencialmente en la prestación a particulares y no conlleva *per se* al ejercicio de una función pública ya que puede estar a cargo del propio Estado, los mismos particulares o las comunidades organizadas (Art. 365 C.P.)⁷.

Son destacables las sentencias C-558 de 2001 y C-037 de 2003, por la profundización que efectúan y de las que puede inferirse que "muy excepcionalmente se cumplen funciones públicas cuando se desarrolla labor de prestar servicios públicos" (Atehortúa, 2008, p. 76). Un caso típico de ejercicio de una función pública en una ESPD lo constituyen los trámites de las PQRs (Peticiónes, Quejas y Recursos) en los que la empresa profiere

verdaderos actos administrativos generados en la relación contractual empresa-usuario.

El interrogante que surge del anterior marco es: si un trabajador de una ESPD incurre en una presunta falta por no responder, *verbi gratia*, dentro de los términos legales, el derecho de petición de un usuario (Art. 154 de la ley 142 de 1994), ¿debería ser disciplinado conforme al CDU atendiendo su condición de servidor público o como trabajador particular que cumple una función pública? Esta distinción es fundamental, ya que si se le considera servidor público, aplicaría el CDU únicamente a las personas vinculadas a las empresas que hacen parte de la administración pública (mixtas y oficiales) excluyendo, por lo tanto, a los trabajadores de las ESPD privadas; pero si el criterio es darle a esa persona el tratamiento de particular que ejerce una función pública, sería entonces aplicable el CDU a quienes estén vinculados laboralmente a todas las empresas sin distinción alguna.

El panorama es ambiguo. Incluso la Corte Constitucional en sentencia C-066 de 1997 había establecido la posibilidad de que se aplicara el Código Disciplinario Único, sin excepción, a los trabajadores de todas las ESPD; lo que ha sido calificado de exagerado por algunos autores, en cuanto, si se observase el pronunciamiento en estricto sentido, el Ministerio Público estaría habilitado para disciplinar sin restricción a trabajadores de las ESPD privadas (Moreno, 2001).

2. RÉGIMEN LABORAL A LA LUZ DE LA LEY 142 DE 1994

El régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, Ley 142 de 1994, señala de manera expresa en el artículo 41 que las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos, privadas o

6 - Señala la ley 1474 de 2011: Artículo 44. Sujetos disciplinables. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así: El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

7 - Ver sentencia C-037 de 2003.

mixtas⁸, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo; excluye, por lo tanto, la categorización a quienes se encuentren vinculados a las empresas oficiales⁹.

Este régimen no es de extrañar si se tiene en cuenta que las ESPD constituyen una forma societaria nueva que surge con la Constitución Política de 1991, puesto que permitió el ingreso de los particulares a la prestación de servicios públicos promoviendo un mercado de libre competencia y dotando a todos los prestadores de un régimen de derecho privado, como regla general, en sus actos y contratos, que se hizo extensivo al campo laboral.

Vale recordar que, si bien el artículo 365 de la Carta Política señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, ello no significa que éste debe ser necesariamente el prestador; pero si le corresponde al Estado asegurar la eficiente prestación, calidad y cobertura, lo cual explica que continúe reservándose su regulación, vigilancia y control. Esta visión de asociar la prestación de los servicios como una actividad monopólica del Estado, es el legado de una tendencia en boga que se conservó hasta bien entrado el siglo XX que identificaba el servicio público con función pública, circunstancia hoy revaluada (Ordoñez, 2008).

Es así como el marco jurídico laboral aplicable a los trabajadores de las ESPD no es otro que la legislación laboral ordinaria propia de los particulares, la cual involucra contratos de trabajo, reglamentos internos, pactos y convenciones colectivas, y laudos arbitrales que gobiernan en cada empresa las relaciones entre trabajadores y empleadores.

3. EL CONTEXTO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La interpretación armónica de los cánones constitucionales, y la especialidad de las normas que regulan el sector de los servicios públicos domiciliarios, orientan a colegir que el régimen aplicable a los trabajadores de las ESPD mixtas y privadas es el ordinario del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia, éste debería prevalecer sobre el Código Disciplinario Único, así se les haya calificado de servidores públicos o desarrollen en ocasiones excepcionales una función pública.

En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano prevé cláusulas de raigambre constitucional instituidas con el fin de proteger a los trabajadores dentro del vínculo laboral. En este sentido, la Carta Política establece principios mínimos fundamentales, entre los cuales se encuentran el imperativo de aplicar la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", como también la garantía de que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Art. 53), y de otra parte, se encuentra el derecho fundamental del debido proceso, defensa y favorabilidad (Art. 29), los cuales se verían vulnerados de aplicarse el CDU.

Se aprecia entonces que el procedimiento disciplinario del CDU resulta, en general, incompatible con el del Código Sustantivo del Trabajo, en la medida que sus normas son más gravosas para los trabajadores de las ESPD, y su aplicación indefectiblemente conduciría al desconocimiento de principios y derechos, entre ellos los ya señalados, y otros no menos importantes, como el *in dubio pro operario* (Art. 21 C.S.T)¹⁰.

8 - La Ley 142 de 1994 estableció tres categorías de empresas de servicios públicos domiciliarios dependiendo del nivel de participación que en ellas tenga el Estado, así:

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

9 - En principio, las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones. Sin embargo, el legislador señaló que las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado (Ley 142, art. 17, párrafo 1º). Quienes estén vinculados a una empresa calificada como industrial y comercial del Estado tiene la calidad de trabajadores oficiales o empleados públicos, siendo los primeros la regla general y los segundos la excepción (Sentencia C-579 de 1996).

10 - El Código Sustantivo del Trabajo consagra:

Artículo 21. Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

Ejemplo de lo anterior es el régimen sancionatorio: Mientras el CDU tiene prevista sanción de multa para las faltas leves dolosas, que pueden oscilar entre el valor de diez y ciento ochenta días del salario básico mensual devengado (Art.44, núm., 4), en el régimen laboral ordinario, está reservada únicamente para los casos en que hay retrasos o faltas al trabajo sin excusa por parte del trabajador, y no puede exceder la quinta parte del salario diario (C.S.T, art. 113). No se observaría viable, por lo tanto, sancionar a un trabajador que tiene la calidad de particular con una multa no prevista en el C.S.T que sería la codificación aplicable por expreso mandato del legislador (Ley 142 de 1994, art. 41 y C.S.T, Art. 113). Otro caso es el relacionado con los términos de cinco años de caducidad y prescripción de la acción disciplinaria prevista en el CDU (Art. 30), los cuales son más gravosos que los contenidos en el régimen legal de los particulares.

De otra parte, es inocuo en la práctica calificar a los trabajadores de las ESPD como "servidores públicos con carácter de trabajadores particulares". La propia Corte Constitucional ha dejado claro que sus derechos laborales, lo cual incluye el aspecto disciplinario, deben ser a toda costa preservados, lo que orientaría de nuevo al Código Sustantivo del Trabajo. Así lo expresó en la sentencia C-722 de 2007¹¹:

Significa lo anterior que la asignación del carácter de trabajadores particulares a los servidores públicos -para efectos de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo y para asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores- resulta constitucionalmente admisible en la medida en que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores y se asegure la plena observancia de lo dispuesto en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política.

Amerita, igualmente, una reflexión el hecho de que trabajadores de la ESPD mixtas y privadas normalmente se vinculan en virtud de un contrato laboral, no siendo exigencia para ejercer sus funciones que medie el acto de posesión, el cual es propio de la administración pública. En este sentido se descartaría la posibilidad de que tuviesen la investidura de servidores públicos en cuanto la Constitución Política expresamente preceptúa que "ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la

Constitución y desempeñar los deberes que le incumben" (Art. 122).

Se adiciona que existen sólidos argumentos jurídicos para justificar la prevalencia de la Ley 142 de 1994 sobre la Ley 734 de 2003, así sea esta posterior, en lo referente al régimen disciplinario:

- a. El propio régimen de los servicios públicos domiciliarios es de naturaleza especial y debe aplicarse de preferencia. Ello en observancia de los principios consagrados en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 y 5 de la Ley 57 del mismo año, según el cual frente a normas incompatibles entre sí "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".
- b. Conforme al artículo 13 de la Ley 142, los problemas interpretativos que surjan en aplicación de ésta deben resolverse con los principios contenidos en la misma ley, sin recurrirse a otras fuentes o criterios auxiliares.
Pero, sobre todo, el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 es de gran relevancia, desde el punto de vista hermenéutico. Esta norma señala que la ley en mención reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos en ella definidos, y que, en caso de conflicto con otras leyes, se preferirá ésta; y algo fundamental: que, para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulte contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de manera exacta la norma de esta ley (Ley 142) objeto de excepción, modificación o derogatoria.
- c. La inaplicabilidad del CDU no es óbice para que los trabajadores de la ESPD puedan ser sujeto de investigación y eventual sanción de acuerdo a las normas disciplinarias del régimen laboral común.

La realidad es que no existe hoy una codificación que regule de manera puntual el aspecto disciplinario de los trabajadores de las ESPD. De allí que la Corte Constitucional llamara la atención en el fallo citado al manifestar que "Corresponde, entonces, al legislador establecer ese régimen, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos"

11 - Esta sentencia resuelve demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6 y 7 (parcial), de la Ley 1118 de 2006 "por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol y se dictan otras disposiciones".

CONCLUSIONES

El régimen laboral de derecho privado de los trabajadores de las ESPD mixtas y privadas, previsto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, las funciones públicas que éstos en ocasiones desarrollan, y el canon contenido en el artículo 123 de la Carta Política, según el cual son servidores públicos los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, ha llevado a la Corte Constitucional a crear por vía jurisprudencial una categoría *sui generis* denominada 'servidores públicos con régimen de derecho privado' cuya aplicabilidad en situaciones concretas genera incertidumbre.

Se debate si los trabajadores de las ESPD son sujetos del CDU, y si lo fueren no está claro qué calificación recibirían para efectos disciplinarios: la de servidores públicos o la de particulares que ejercen funciones públicas. Definir esta clasificación es fundamental ya que dependiendo de ello el régimen sería extensivo o no a los trabajadores de todas las ESPD (oficiales, mixtas y privadas) o parte de ellas (mixtas y privadas).

En armonía con lo expuesto se tendría finalmente: (i) En materia disciplinaria prevalece el Código Sustantivo del Trabajo sobre el CDU por ser la normas de la Ley 142 de 1994 de naturaleza especial, (ii) El régimen de derecho laboral privado de los trabajadores de las ESPD es incompatible con las normas del CDU en cuanto a la aplicación de este conllevaría a desconocer principios constitucionales y (iii) Se hace necesario que el legislador regule el régimen disciplinario de los trabajadores de las ESPD.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- I. Atehortúa, C. (2008). Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. En el contexto de la doctrina constitucional. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike, pp 76.
- II. Montaña, A. (2009). La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios a partir de la calificación de entidades públicas a las empresas de servicios públicos mixtas. Universidad Externado de Colombia, Revista digital de Derecho Administrativo, No. 3, segundo semestre del 2009, pp 159 - 186.

- III. Moreno, L.F. (2001). Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, pp 335.
- IV. Ordoñez, A. (2008). Los trabajadores de las empresas de servicios públicos. ¿Servidores públicos o trabajadores particulares que ejercen funciones públicas? Revista Deloitte. Series de energía y servicios públicos. No. 03, junio 2008, pp 41.
- V. Suarez, D. (2012). Particulares que ejercen funciones administrativas: el caso de los tribunales de ética profesional. Revista Opinión Jurídica. Vol. 11, N° 21, Enero-Junio de 2012 / 198 p. Medellín, Colombia, pp 39-56.
- VI. Carvajal Renza y Polanco Trujillo (2016). Las empresas de servicios públicos domiciliarios. Reflexiones sobre su naturaleza jurídica. Revista Jurídica Piélagos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana, Vol. 15 (2016), Julio-Diciembre de 2016, Neiva Huila Colombia, pp103-109.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

- VII. CConst, C-722/2007, M.G, Monroy.
- VIII. CConst, C-736/2007, M.G, Monroy
- IX. CConst, C-037/2003, A. Tafur.
- X. CConst, C-558/2001, J. Araujo.
- XI. CConst, C-066/1997, LF Moreno
- XII. CConst, C-286/1996, J.G, Hernández.
- XIII. CCont. C-280/96, A. Martínez
- XIV. CConst, C-579 de 1996, H. Herrera
- XV. CE. 3 dic. 2008, e. 34.745. Actor: Movil Tech S.A.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

POLÍTICA EDITORIAL

La Revista Jurídica Piélagus es una publicación oficial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana, con periodicidad anual hasta el año 2015 y semestral a partir del 2016. Su finalidad es la divulgación y avance del conocimiento en las áreas jurídicas y políticas, caracterizándose por la diversidad de enfoques epistemológicos y la libertad de pensamiento, cuyo fin es la difusión de artículos resultados de investigación, de reflexión y revisión con una perspectiva global y pertinencia nacional.

La publicación actualmente está incluida en EBSCOhost en la categoría de fuente académica plus y fuente académica premier y VLEX Colombia.

TIPOS DE ARTÍCULOS

- Investigación científica y tecnológica que presente resultados originales.
- Reflexión de investigaciones terminadas desde un enfoque analítico, crítico e interpretativo sobre un tema específico.
- Revisión de una investigación que dé cuenta de los avances en las ciencias o tendencias del desarrollo, con un contenido mínimo de 50 referencias bibliográficas.

El Comité Editorial también aceptará otro tipo de artículos como ponencias, reseñas bibliográficas, reseñas de libros actualizados o *papers* los cuales no podrán superar las 10 páginas con un mínimo de 10 referencias bibliográficas.

Por tratarse de una revista de difusión internacional se aceptan artículos en español, inglés y francés. Los manuscritos deben ser enviados a través del OJS. Allí encontrará instrucciones de cómo realizar el envío. (<https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/about/submissions#authorGuidelines>).

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICACIÓN

- No exceder las 30 páginas en extensión, incluidas las referencias bibliográficas.
- Presentarse en el programa Microsoft Word, letra Times New Roman de 12 puntos, tamaño carta, interlineado 1,5, márgenes de 3 cm a cada lado. La paginación del manuscrito estará ubicada en el extremo derecho de cada una de las páginas. La citación debe ser según las normas APA vigentes.
- Figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados).
- Notas al pie de página numeradas en forma ascendente, en tipo Arial 10 puntos.
- El artículo deber ir acompañado con la declaración de originalidad y cesión de derechos la cual se puede descargar en la página web de la revista:
<https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/about/submissions#copyrightNotice>
- Se deben diferenciar los títulos de primer, segundo y tercer nivel y su nomenclatura debe ir en números cardinales (1., 1.1, 1.2...). Los títulos no llevan punto.
- Las referencias bibliográficas deben ir en números romanos y en orden alfabético (I, II, III...).
- La Revista Jurídica Piélagus no publicará artículos provenientes de semilleros de investigación, a menos que un tutor figure como autor principal y los integrantes como co-autores o auxiliares de investigación.

NOTA: El manuscrito debe tener un máximo de 3 autores y cada uno debe enviar su código ORCID.

CONTENIDO DEL ARTÍCULO

- **Título del trabajo:** Debe contener un máximo de dos renglones y debe ir en la lengua materna y en inglés. Debe tener un asterisco y en el pie de página especificar qué tipo de artículo es, si presenta resultados parciales o finales, la institución que lo financió (si aplica) y la calidad en la cual participó en el proyecto el autor. Si proviene de un grupo de investigación, incluir los nombres de los integrantes.

- **Nombre del (de la) autor (a):** Señalando filiación institucional, máximo título académico, profesión, dirección electrónica, naturaleza de la investigación, grupo o centro de investigación al que pertenece.
- **Resumen (abstract):** Máximo de 250 palabras, donde se detalle en forma breve, el problema investigado, cómo fue abordado, el método utilizado, los resultados o primer hallazgo y las conclusiones. El resumen se debe presentar en el idioma original del manuscrito y en inglés. Este no debe incluir citas.
- **Palabras clave:** Preferiblemente en un número de 3 a 5 palabras que permitan identificar en forma clara las categorías más importantes del artículo. Las palabras clave se deben presentar en el idioma original y en inglés. Deben estar separadas por punto y coma.
- **Introducción:** Debe ser breve (máximo 3 páginas), pero deberá proporcionar la información necesaria para que el lector pueda comprender la información que será expuesta a continuación. Se debe incluir la metodología utilizada cuando se trate de artículos resultados de investigación. De igual forma deberá en un último párrafo exponer los objetivos del trabajo así como la novedad o aporte del manuscrito. No deben agregarse subtítulos. Debe incluir un contexto, pregunta problema, objetivos, metodología y pasos (delimitación) y presentar los hallazgos.
- **Desarrollo del tema:** Debe ir de lo general a lo particular, contener un marco de referencias (teórico, conceptual y/o legal). Todas las teorías y conceptos relacionados al problema deben estar referenciados todo el tiempo. Las herramientas visuales (tablas, gráficas, etc.) deben tener una importancia en la discusión, deben ser pertinentes y deben estar interpretadas (no descritas). En cuanto a la nomenclatura de los títulos, la introducción, conclusiones y referencias bibliográficas no llevan nomenclador.
- **Resultados** (Cuando se trate de artículos resultado de investigación)
- **Conclusiones:** No se repite el desarrollo. No se debe resumir ni clasificar. Se esperan párrafos seguidos y organizados y no conclusiones sueltas o enumeradas. Deben ser abiertas para dar paso a otras investigaciones o al menos a un debate. Se debe identificar la respuesta del problema.
- **Recomendaciones** (opcional)
- **Referencias bibliográficas y citas:** Deben seguir el formato APA vigentes, ubicadas dentro del texto y en este apartado.

TIEMPOS DE EVALUACIÓN

El asistente editorial de la Revista Jurídica Piélagus tendrá un término de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente del envío del manuscrito para efectuar la revisión de forma del documento.

Si el artículo no cumple con los requisitos de forma o redacción requeridos, será devuelto a los autores para que efectúen las respectivas modificaciones. Se dará un plazo de treinta (30) días hábiles para realizar las correcciones.

Una vez el artículo cumpla con los requisitos de forma exigidos por la revista, será enviado para su evaluación por parte de pares externos, quienes proferirán concepto definitivo sobre la calidad del artículo. Cada par académico cuenta con treinta (30) días hábiles para realizar dicha evaluación. Se exigen mínimo dos pares por cada artículo. Si se presenta un desacuerdo en estas evaluaciones, se solicitará un tercer par evaluador.

Los comentarios de los evaluadores deben concluir con uno de los siguientes resultados:

- Publicación sin cambios.
- Publicarlo, después de realizar correcciones.
- Reformularlo de acuerdo con las sugerencias realizadas.
- Rechazado.

Las sugerencias, correcciones, o decisión de rechazo serán comunicadas al autor, quien podrá objetar motivadamente la evaluación o procederá a atender las recomendaciones, actividad que realizará dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación.

El editor tendrá la última decisión sobre los manuscritos de acuerdo a las evaluaciones de los pares académicos.

PERIODICIDAD DE PUBLICACIÓN

La recepción de los manuscritos es permanente. Hasta el año 2015 se tenía una periodicidad anual. A partir del año 2016 se inició con una periodicidad semestral publicando así dos volúmenes dentro del mismo año.

DETECCIÓN DE PLAGIO

La Revista Jurídica Piélagus cuenta con el programa Grammarly, el cual permite revisar el texto y detectar las citas textuales dentro del texto. Si no son debidamente referenciadas, contará como plagio. Las consecuencias de este acto se encuentran registradas en las *normas de ética* de la revista.

CITACIÓN

Las referencias usadas dentro del texto irán en el apartado de 'Referencias Bibliográficas'. Las que no son usadas en el texto, deberán ir en un apartado llamado 'Referencias Complementarias'.

A continuación algunos ejemplos de cómo las fuentes citadas deben indicarse en las referencias bibliográficas:

- **Libros**

Apellidos, A. A. (Año). Título. Lugar: Editorial.

Ejemplo: Vargas Otálora, N. (2010). Procedimiento Notarial y Registral. Bogotá, Colombia: Editorial LEYER

- **Capítulo de libro**

Apellidos, A. A., & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o entrada. En AAAA.

Ejemplo: Picó, F. (2004). Arecibo, sol y sereno. En F. Feliú Matilla (Ed.), 200 años de literatura y periodismo: 1803-2003 (pp. 129-134). San Juan, PR: Ediciones Huracán

- **Artículo de Revista**

Apellido, Inicial del Nombre. (Año de publicación). Título del artículo. *Nombre de la revista en cursiva, Volumen de la revista en cursiva* (Número de edición), Intervalo de páginas en el que se encuentra el artículo.

Ejemplo: Peña, M. (2011) El dialogo entre el *Tribunal Constitucional de Chile y la Doctrina*. *Revista Juridica Piélagus, Volumen 10* (Numero 1) pp. 25, 36

- **Web- Documentos electrónicos**

- Apellido, Nombre del autor. (Año –si lo tiene-). “Título artículo”. Disponible en: dirección

- Electrónica. [Fecha de consulta].

* Ejemplo: Ramos, Leidy María. (2011). “Educación y castigo contra la discriminación”. Disponible en: <http://delaurbe.udea.edu.co/delaurbe/index.php/pais/2287-educacion-y-castigo-contra-la-discriminacion>. Consultado Mayo 2012.

- **Referencias jurisprudenciales**

- Corte Constitucional CConst**

Identificación del magistrado: debe agregarse la inicial del nombre de pila y su primer apellido.

Ejemplos:

CConst, C-449/1992, A. Martínez.

CConst, T-187/95, H. Herrera.

-Consejo de Estado CE

Ejemplos:

CE Consulta, 16 Abr. 1980, r1369, j. Paredes. Anales: C, N° 469-470, p.20.

CE1, 13 Feb.1990, e1196, L. Alvarado. Anales CXVIII, 1er Trim., p259.

Si se trata de una sentencia del CE que solo está publicada en medio electrónico, se identificara la sentencia mediante la dirección electrónica específica donde aparece el documento en la web (www) y la fecha de la última consulta: Ejemplo:

CE 3, 06 Jul. 2006, e25000232700020050172501, R. Saavedra. En

http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=3, consultado el 04/Feb./2009.**- Corte Suprema de Justicia CSJ**

Ejemplos:

CSJ Civil, 25 Jul. 1935, M. Moreno. GJ: XLII, N° 1899, p. 319.

CSJ Laboral1, 4 Feb.1975, r4789, A. Córdoba. GJ: CLI, N° 2392, 1a Parte, p. 53.

Si se trata de una sentencia de la CSJ que solo esta publicada en medio electrónico, se identificara la sentencia mediante la dirección electrónica específica en donde aparece el documento en la Web (www) y la fecha de la última consulta. Ejemplo:

CSJ Civil, /04/Abr./2008, e0800131030061998-00171-01, R. Díaz. En

http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.Jsp?idsitio=3, consultado 04/Feb./2009.**• Referencias normativas**

La palabra “ley” será abreviada con la letra “L”; Decreto con la letra “D”. Número, una barra y el año de expedición.

Ejemplo: D. 2020/2006, Art. 4-4.4 (hace referencia al numeral 4.4 del artículo 4 de la ley en mención)

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD Y CESIÓN DE DERECHOS PARA LA DIFUSIÓN DEL ARTÍCULO

Titulo del artículo que se presenta: _____

Por medio de esta comunicación certifico que soy autor originario del artículo que estoy presentando para posible publicación en la Revista Jurídica Piélagus, medio de divulgación del conocimiento de las Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y referencias a materiales ya publicados están debidamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las notas bibliográficas y en las citas que se destacan como tal y, en los casos que así lo requieran, cuento con las debidas autorizaciones de quienes poseen los derechos patrimoniales.

Por lo anterior, declaro que todos los materiales que se presentan están totalmente libres de derechos de autor y, por lo tanto, me hago responsable de cualquier litigio o reclamación relacionada con derechos de propiedad intelectual, exonerando de responsabilidad a la Universidad Surcolombiana. Además, declaro que este artículo no lo he presentado a otra publicación seriada, para su respectiva evaluación y posterior publicación.

En caso de que el artículo sea aprobado para su publicación, como autor(a) y propietario(a) de los derechos de autor me permito autorizar de manera ilimitada en el tiempo a la Universidad Surcolombiana para que incluya dicho texto en la Revista Jurídica Piélagus y pueda reproducirlo, editarlo, distribuirlo, exhibirlo y comunicarlo en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, CD ROM, Internet, en texto completo o cualquier otro medio conocido o por conocer.

Para constancia de lo anteriormente expuesto, se suscribe esta declaración a los _____ días, del mes de _____, del año _____ en la ciudad de _____ (_____).

Nombres	Cédula de Ciudadanía o Pasaporte	Firma

Vigilada MinEducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.

NORMAS DE ÉTICA

Normas específicas de ética en investigación para autores

- El autor enviará el manuscrito siguiendo los estándares de escritura académica y que estén basados en una investigación original. El manuscrito debe promover el conocimiento en el campo, presentando información que sea fácil de replicar y relevante para los lectores interesados.
- El autor debe consultar y cumplir los lineamientos para los autores y las políticas de la editorial de la revista para enviar un manuscrito.
- El autor debe tener en cuenta que las prácticas como enviar el manuscrito simultáneamente a otras revistas, el plagio y auto-plagio son inaceptables. Todos los manuscritos que evidencien alguna de estas prácticas serán inmediatamente rechazados y no se considerarán futuros envíos del mismo autor para evaluaciones.
- El autor debe citar apropiadamente todos los trabajos usados en la composición del manuscrito. Este debe incluir una lista de todas las referencias citadas (Siguiendo las normas APA vigentes, como se encuentra descrito en la instrucción para los autores).
- La autoría de un manuscrito es solamente concedido a las personas que hicieron contribuciones significativas durante el desarrollo del estudio o durante la composición del manuscrito. La inclusión de "autores invitados" (personas que no colaboraron en el proceso pero que por alguna razón están mencionados como autores) o la omisión de "autores fantasma" (autores que hicieron un aporte significativo pero que no están mencionados como autores) son prácticas antiéticas e inaceptables. Las personas que hicieron una menor contribución pueden ser mencionadas como colaboradores y su ayuda puede ser estipulada en una nota de reconocimiento al final del manuscrito.
- El número máximo de autores por artículo para la Revista Jurídica Piélagus es de tres. En este caso, el autor correspondiente debe asegurarse que los co-autores están de acuerdo con la versión del manuscrito a enviar para evaluación o con el que resulta después del proceso de revisión y re envío.
- El autor debe enviar el formato de originalidad y cesión de derechos del artículo la cual se puede descargar en la página web de la revista:
<https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/about/submissions#copyrightNotice>
- El autor debe asegurar el anonimato de los participantes involucrados en el estudio o mencionarlos dándole un pseudónimo o usar palabras claves para identificarlos.
- El autor debe informar pertinentemente al editor de cualquier error que puede ser encontrado después de la publicación. El autor y el editor trabajarán juntos para tratar de arreglar el error en la mejor manera posible. Una fe de erratas puede ser emitida y en casos extremos, el artículo será retirado.

Responsabilidad del editor

- El editor es responsable por la calidad de los contenidos de la revista y como tal, tiene la decisión final sobre aceptar o rechazar un manuscrito.
- El editor debe asegurarse de que todos los artículos enviados a la revista cumplen con las políticas de la editorial y las instrucciones a los autores estipuladas en la página web de la revista:
<https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/about/submissions#authorGuidelines>
- El editor debe garantizar que todos los autores sean tratados de manera justa y que sus manuscritos sean evaluados sin discriminación de las características del autor como raza, género, creencias religiosas, orientación sexual, filosofía política, origen étnico, ciudadanía, etc.
- Se espera que el editor esté en constante comunicación con los autores y revisores sobre el estado del manuscrito o sobre cualquier otro asunto que se dé durante el proceso de envío, evaluación o selección de los manuscritos y que requieren la atención de alguna de las partes involucradas.

- El editor asigna inicialmente dos revisores para cada manuscrito teniendo en cuenta las áreas de interés del revisor. El editor, además, se asegurará de que se lleve a cabo el proceso de revisión doble-ciego. Cuando los dos conceptos de los evaluadores están en discrepancia, el editor debe seleccionar un tercer evaluador. Al final, debe considerar todos los factores presentados durante la evaluación del manuscrito para tomar una decisión.
- El editor debe tratar con confidencialidad toda la información reunida a lo largo del envío, la evaluación y el proceso de selección del manuscrito, exponiendo solamente la información necesaria para los procesos de evaluación y edición, y a las partes involucradas.
- El editor se remitirá a las políticas de la revista, a las instrucciones a los autores o la presente declaración para decidir qué casos de comportamiento anti-ético se presentan (plagio, auto-plagio, envío paralelo). De cualquier manera, cuando se halle otro asunto de naturaleza legal no contemplado en el documento anteriormente mencionado, el editor recurrirá al comité editorial para definir el curso de la acción.

Responsabilidades del revisor

- Basados en su experticia, los revisores apoyan al editor en el proceso de evaluación y selección de los manuscritos.
- Los revisores deben responder prontamente a la solicitud de evaluación del editor si deciden aceptarlos o rechazarlos.
- Los revisores deben cumplir con la fecha establecida por el editor para completar la revisión. La respectiva evaluación debe ser diligenciada de manera adecuada y los revisores están en el derecho de escribir comentarios de los autores directamente en el manuscrito. Los revisores realizarán la evaluación de manera respetuosa y objetiva, tratando de dar los argumentos necesarios para apoyar sus comentarios o sugerencias.
- Como parte del proceso de evaluación, los revisores deben tratar la información usada o con confidencialidad.
- Los revisores deben revelar algún conflicto de interés así como otro problema importante que puede ser detectado durante la evaluación (falsificación de información, plagio, envío múltiple a otras revistas, etc.).

Confidencialidad

El editor y el comité editorial no divulgarán ninguna información sobre los artículos enviados a la revista a ninguna persona diferente el autor, los evaluadores y/o asesores editoriales.