



Cita este libro:

Ciréface, R. y Molina Hincapié, S. (Eds). (2020). *Derechos fundamentales y conflicto*. Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <https://doi.org/10.35985/97895855583986>

Palabras Clave / Keywords:

Consejo Europeo, neoconstitucionalismo, policía, audiencias provinciales de Cataluña, derechos de participación en Ecuador, delitos políticos, grupos armados ilegales.

European Council, neoconstitutionalism, police, provincial Courts of Catalonia, participation rights in Ecuador, political crimes, illegal armed groups.

Contenido relacionado:

<https://investigaciones.usc.edu.co/>

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONFLICTO

AEQUITAS

*COLECCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI*

I.S.B.N 978-958-5583-97-9

I.S.B.N Digital 978-958-5583-98-6

- © Ronan Ciréfica
- © Sergio Molina Hincapié
- © Alejandro Matta Herrera
- © Rubén Darío Restrepo Rodríguez
- © Gerard Rincón Andreu
- © Vicente Solano
- © Diego Fernando Tarapués Sandino
- © Universidad Santiago de Cali 2019
editor@usc.edu.co
- © Editorial Diké S.A.S. 2020
www.editorialdike.com

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Tel.: 704 6822
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad
de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: cmya.disenoydiagramacion@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

EDITORES

RONAN CIRÉFICE Y SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

AUTORES

RONAN CIRÉFICE

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

ALEJANDRO MATTA HERRERA

RUBÉN DARÍO RESTREPO RODRÍGUEZ

GERARD RINCÓN ANDREU

VICENTE SOLANO

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONFLICTO

AEQUITAS

*COLECCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI*



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Derechos fundamentales y conflicto : Aequitas / Sergio Molina Hincapié [y otros]. -- Cali : Universidad Santiago de Cali, Editorial Diké, 2020.

214 páginas : fotografías ; 24 cm.

Incluye bibliografías.

Aequitas. Colección de libros de la Facultad de Derecho

ISSN en línea 2744-8568

ISBN: 978-958-5583-97-9 ISBN (digital): 978-958-5583-98-6

1. Derecho y política 2. Sistemas políticos 3. Organismos internacionales 4. Delitos políticos 5. Poder (Ciencias políticas) 6. Derechos humanos I. Molina Hincapié, Sergio, autor II. Ciréface, Ronan, 1984- , autor III. Tarapués Sandino, Diego Fernando, autor IV. Matta Herrera, Alejandro, autor.

342 cd 22 ed.

A1661656

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

AUTORES

RONAN CIRÉFICE

Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Santiago de Cali. Líder del Grupo de Investigación GICPODE-RI. Doctor en Derecho (PhD), Universidad de Alcalá de Henares (UAH), España. Miembro del Grupo de Reflexión GRIDALE y del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (IELEPI). Investigador de la Catedra Jean Monnet de la Universidad de Alcalá.

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Derecho por la Universidad Santiago de Cali. Licenciado en Filosofía por la Universidad del Valle. Abogado por la Universidad Santiago de Cali.

ALEJANDRO MATTA HERRERA

Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad del Rosario de Bogotá. Magíster en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde actualmente realiza su Doctorado en Derecho en la línea de filosofía del derecho. Docente Universitario Universidad Eafit.

RUBÉN DARÍO RESTREPO RODRÍGUEZ

Profesor de Epistemología Jurídica de la Universidad Católica Lumen Gentium (Cali, Colombia). Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad Santiago de Cali y estudios de Doctorado en Derecho de la Universidad Mar del Plata (Argentina). Abogado litigante.

GERARD RINCÓN ANDREU

Profesor de Derecho Civil en la Universidad Santiago de Cali. Investigador vinculado al grupo GICPODERI. Doctorando en Derecho por la Universidad de Barcelona. Máster en Estudios Jurídicos Avanzados con especialidad en derecho privado en la misma universidad.

VICENTE SOLANO

Abogado y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca. Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Estudiante del Máster in Global Rule of Law and Constitutional Democracy por el Instituto Tarello de la Universidad de Génova - Italia. Doctorando en Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar por la Universidad de León - España. Actualmente docente en la Universidad de Cuenca y Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz de la JEP, Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la USC. Investigador Senior del GICPODERI. Ha sido Decano y líder del grupo de investigación GICPODERI.

**CUERPO DIRECTIVO DE LA
EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD
SANTIAGO DE CALI**

CARLOS ANDRÉS PÉREZ GALINDO
Rector

ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO
Directora General de Investigaciones

JENNIFER STELLA MARIN ORDOÑEZ
Decana Facultad de Derecho

EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ
Editor en jefe

COMITÉ EDITORIAL

ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO

DORIS LILIA ANDRADE AGUDELO

EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ

LUISA MARÍA NIETO RAMÍREZ

SERGIO MOLINA HINCAPIE

MILTON ORLANDO SARRIA PAJA

SERGIO ANTONIO MORA MORENO

LUIS FELIPE VÉLEZ FRANCO

CLAUDIA FERNANDA GIRALDO JIMÉNEZ

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	15
EL CONSEJO EUROPEO: UNA INSTITUCIÓN ATÍPICA DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA	21
<i>Ronan Ciréfica</i>	
1. <i>Introducción</i>	21
2. <i>El consejo europeo: de su actuación informal a su institucionalización como órgano político al supuesto servicio de la integración europea</i>	23
3. <i>La atípica figura del presidente permanente del consejo europeo</i>	35
4. <i>El consejo europeo frente a sus demonios: intereses nacionales vs. Integración europea</i>	46
5. <i>Conclusión</i>	58
BIBLIOGRAFÍA	61
EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CRISIS DE LA ADJUDICACIÓN DEL DERECHO.....	65
<i>Alejandro Matta Herrera</i>	
1. <i>Introducción</i>	65
2. <i>Breves apuntes sobre epistemología jurídica</i>	70
3. <i>La cultura jurídica de posguerra: ontologización de la justicia</i>	74
4. <i>El diseño institucional: la crisis de la sala de máquinas</i>	78
5. <i>Conclusiones</i>	80
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

LA POLICÍA COMO ACTOR POLÍTICO	83
--------------------------------------	----

Rubén Darío Restrepo Rodríguez - Sergio Molina Hincapié

1. <i>Introducción</i>	83
2. <i>Aproximación al concepto de policía</i>	85
3. <i>Actores políticos</i>	99
4. <i>La policía y su politicidad</i>	109
5. <i>Conclusiones</i>	115
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119

GUARDA COMPARTIDA: LA DOCTRINA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CATALUÑA Y SU EVOLUCIÓN	125
---	-----

Gerard Rincón Andreu

1. <i>Introducción</i>	125
2. <i>La guarda compartida o alternada: aproximación conceptual y marco jurídico en Cataluña</i>	126
3. <i>El ejercicio efectivo de la guarda compartida</i>	130
4. <i>Doctrina sobre el principio del interés superior del menor</i>	133
5. <i>El control judicial y la potestad discrecional del juez</i>	138
6. <i>Los criterios para la determinación del régimen de guarda</i>	139
6.1. <i>Conflictividad entre los progenitores</i>	141
6.2. <i>Aptitud de los progenitores y la vinculación afectiva con el hijo</i>	144
6.3. <i>La opinión del menor</i>	146
6.4. <i>La situación y condición de los domicilios de los proge- nitores, los horarios laborales y las actividades de los hijos y de los progenitores</i>	149
6.5. <i>Los acuerdos adoptados por los progenitores</i>	152
6.6. <i>No separación de los hermanos</i>	153
7. <i>Conclusiones</i>	154
8. <i>Tabla de jurisprudencia</i>	156
BIBLIOGRAFÍA	161

BALANCE DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN ECUADOR 163
Vicente Solano

1. *Introducción*..... 163
2. *Algunos conceptos* 164
3. *La participación ciudadana: dimensión normativa-jurídica* 165
 3.1. *El caso pichincha*..... 168
 3.2. *El caso azuay*..... 169
4. *A 9 años de montecristi: cifras de la participación* 170
5. *¿Promesa cumplida?* 174
6. *Conclusiones* 177
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 179

LOS DELITOS POLÍTICOS Y SU DIFERENCIACIÓN DE LOS DELITOS COMUNES
RELACIONADOS CON LA PERTENENCIA, PROMOCIÓN Y FINANCIACIÓN DE
GRUPOS ARMADOS ILEGALES..... 183
Diego Fernando Tarapués Sandino

1. *Introducción*..... 183
2. *Contexto y trasfondo de los actos legislativos 01 de 2009
y 01 de 2012* 185
3. *Los delitos contra el régimen constitucional y legal como
delitos políticos*..... 193
4. *Indefinición normativa de los delitos de pertenencia, confor-
mación y financiación de grupos armados ilegales*..... 199
5. *Argumentos esbozados por la corte constitucional*..... 203
6. *Conclusión* 208
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....211

PRESENTACIÓN

La investigación constituye la esencia de toda institución de enseñanza superior. Gracias a sus resultados, las sociedades pueden ir progresando, mediante una renovación continua de sus métodos de desarrollo. Si bien es cierto que Colombia recién se ha lanzado en esta difícil, pero tan necesaria, tarea investigativa, la apuesta en esta vía desde la academia es hoy en día significativa, con una producción científica cada vez más relevante. Muestra de ella es la presentación de la presente obra titulada “Derechos fundamentales y conflicto” que el lector sabrá, estamos convencido de ello, apreciar como se lo merece.

La obra que el lector tiene en sus manos forma parte de la colección “Aequitas: Colección de la Facultad de Derecho” de la Universidad Santiago de Cali. Fruto de una colaboración con diversas instituciones tanto nacionales como internacionales, agrupa trabajos de juristas colombianos así como de otros países de Latinoamérica y de Europa (Argentina, Ecuador, España, Francia) que nos sentimos orgullosos de presentar al conjunto de la comunidad académica.

El punto de partida del presente libro es la indudable correlación entre la constante intensificación de los conflictos y tensiones de diversas índoles que existen en las sociedades modernas, que ponen en cuestión la garantía efectiva de los derechos fundamentales. En este sentido, el año 2019 ha sido particularmente fructífero, con su lote de dificultades democráticas a través de todo el mundo. Si miramos únicamente a nuestro continente, cuatro Estados, inclu-

so Colombia, están en el momento de la escritura de estas líneas¹ inmersos en importantes tensiones sociales a las consecuencias imprevisibles y, como no, con restricciones sin duda alguna cada vez mayor a los derechos fundamentales (pensamos en los casos de Bolivia, Chile y Venezuela).

Pues bien, la presente obra pretende aportar al debate, desde un ámbito jurídico y socio jurídico, acerca de seis temas de máxima actualidad relacionados con la problemática general aquí presentada de los derechos fundamentales y el conflicto.

Así, en el capítulo titulado “El neoconstitucionalismo y la crisis de la adjudicación del derecho”, el autor Alejandro Matta Herrera reflexiona acerca de la conveniencia de conservar un diseño institucional que otorgue a los jueces colombianos un importante protagonismo en la determinación del derecho, especialmente en lo que se refiere a los derechos humanos. Según opina el Profesor Matta, docente de la Universidad EAFIT, el constitucionalismo de posguerra ha sumergido a Colombia, aunque no exclusivamente, en un diseño institucional y en una cultura jurídica que diluyó la posibilidad de controlar por medio de estándares jurídicos la labor de los jueces. Esta realidad hace, según el autor, que la labor argumentativa e interpretativa de los jueces sea orientada por sus preferencias y no guiada por el texto, lo que, por consiguiente, diluye sin duda alguna el control jurídico de la adjudicación del derecho y, por ende, socava uno de los acuerdos más fundamentales de las sociedades modernas: el estado de derecho.

En el capítulo titulado “La policía como actor político”, los autores Rubén Darío Restrepo Rodríguez y Sergio Molina Hincapié parten de la idea de que la Policía es proclive a desconocer su plano deontológico de acoger el orden público como derrotero que garantiza la neutralidad y objetividad de su función, si tomamos en cuenta que sus integrantes son seres humanos con posturas que pueden

1 Noviembre de 2019.

transformar la función policial en arbitraria al desconocer los frenos institucionales, tales como los derechos humanos o la estructura del Estado, lo que incluso puede conllevar en abusos y desviación del poder. Dado lo anterior, los autores proponen, en su interesante trabajo, que la policía sea considerada como un actor que deba participar activamente en las decisiones del Estado, y no como un mero ejecutor de la política de orden público.

En el capítulo cuarto, titulado “Guardia compartida: la doctrina de las audiencias provinciales de Cataluña y su evolución”, el autor, Gerard Rincón Andreu, profesor de Derecho Civil, vuelve sobre la figura de la guardia compartida vista desde la óptica del derecho de la Comunidad Autónoma de Cataluña (España) y de su aplicación por los tribunales catalanes. Mediante un brillante estudio jurisprudencial, el autor muestra cómo se lleva a cabo el ejercicio efectivo en Cataluña de dicha figura, así como el desarrollo y la aplicación de los criterios para determinar el régimen de guarda de los menores, tomando en cuenta el principio del interés superior del menor. Tal como lo resalta el autor, la casuística y la discrecionalidad judicial a partir del principio de interés superior del menor provocan una compleja tarea de construcción e interpretación jurídica.

En el capítulo titulado “Balance de los derechos de participación en Ecuador”, el autor Vicente Solano, profesor de la Universidad de Cuenca (Ecuador), afirma que el nuevo constitucionalismo latinoamericano como fenómeno jurídico ha implicado textos normativos, que contenían nuevas instituciones, garantías y derechos. En Ecuador, esta realidad ha conducido a la incorporación, dentro del cuerpo de la norma fundamental del país, de los llamados “derechos de participación”, con el objetivo de establecer una mayor relación entre el Estado y la sociedad. Bajo esta premisa, se intentó hacer que el ciudadano sea partícipe en la toma de decisiones en lo que se refiere a los asuntos de interés público. Pues bien, el autor, a través de su trabajo, hace un balance de esta implementación constitucional, revisando sus debilidades, pero también sus fortalezas.

En el sexto capítulo, titulado “Los delitos políticos y su diferenciación de los delitos comunes relacionados con la pertenencia, promoción y financiación de grupos armados ilegales”, el autor, Diego Fernando Tarapués Sandino, magistrado auxiliar de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y docente santiaguino, estima que el establecimiento de categorías delictivas generales, como la de los delitos políticos, representa un grave problema a la hora de implementar y aplicar disposiciones normativas abstractas para brindar prerrogativas o para restringir el ejercicio de derechos. En esta óptica, se pregunta acerca de la aparente regulación sobre agrupaciones vinculadas al conflicto armado, que podrían, por una parte, ser consideradas como delincuentes políticos titulares de prerrogativas jurídicas que emanan del mismo texto constitucional en virtud de facilitar procesos de negociación conducentes a un escenario de paz y de convivencia nacional, o bien, por otra parte, catalogarse como grupos armados ilegales pertenecientes a la delincuencia común que merecen un tratamiento más punitivo producto del rechazo social a la estructuración sofisticada de empresas criminales.

Finalmente, en el capítulo de quien escribe estas líneas, titulado “El Consejo Europeo: una institución atípica de la construcción europea”, mostramos como el Consejo Europeo se ha convertido, tras décadas de informalidad, en una de las instituciones más relevante de la Unión Europea, lo que no puede dejarnos indiferente. En este sentido, y a pesar de disponer de algún poder legislativo, su recién actuación durante las negociaciones de salida del Reino Unido (el llamado Brexit) o para la designación de la nueva presidenta de la Comisión Europea tras las últimas elecciones europeas nos muestra que su poder se va cada vez más afianzando en el seno del edificio comunitario, lo que refuerza indudablemente la intergubernamentalidad del proceso en detrimento de la supranacionalidad hasta el momento alcanzado. Podemos apreciarlo, los trabajos presentados, muy variados, constituyen sin duda alguna un importantísimo aporte para la discusión jurídica.

No podemos terminar con esta presentación sin agradecer a todos los que han hecho posible la publicación de este nuevo libro perteneciente a la colección “Aequitas”, y en especial a los autores por sus valiosos aportes, así como a la Universidad Santiago de Cali por su apuesta a favor de una investigación de calidad, mediante el importante apoyo que brinda a sus docentes en pro de la difusión de sus trabajos.

RONAN CIRÉFICE

Profesor de Derecho Internacional Público

Líder del Grupo de Investigación de la Facultad de Derecho

GICPODERI

Santiago de Cali, Colombia, noviembre de 2019

EL CONSEJO EUROPEO: UNA INSTITUCIÓN ATÍPICA DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA

Ronan Ciréfice

© <https://orcid.org/0000-0002-2181-5511>

1. INTRODUCCIÓN

El sistema institucional de la UE constituye un fiel representante de los grandes cambios que el proceso de construcción europeo ha vivido desde su creación. Mientras el conjunto del edificio comunitario iba desarrollándose a través de, entre otros, una continua ampliación de competencias a favor de este ente (Molina Del Pozo & Bergamaschine Mata Diz, 2013) y a la progresiva adhesión de nuevos miembros, el sistema institucional iba reformándose, de cara a perfeccionar los mecanismos decisorios y evitar así a toda costa cualquier tipo de bloqueo en una Europa ampliada que habría podido convertirse rápidamente en totalmente ingobernable. Sin duda alguna, dicha realidad es la que ha permitido a la UE convertirse con el paso del tiempo en un ente *sui generis* (Molina Del Pozo, 2015a, p. 65), cuya principal fuerza radica precisamente en la superioridad de sus actos, adoptados en el marco de un complejo sistema de toma de decisiones en el que los principales intereses estén representados (UE-Estados-ciudadanos), sobre cualquier normativa nacional.

Claramente, la UE nunca habría podido llegar a lo que conocemos en la actualidad sin un fuerte compromiso por parte de los principales interesados: los Estados miembros. En efecto, no debemos olvidar que desde los inicios de la extraordinaria aventura europea, son los propios Estados los que han aceptado, de manera

voluntaria, ir cediendo determinadas partes de sus soberanías nacionales a favor de la UE. Gracias a ello, podemos afirmar que hoy en día, la UE *“constituye una forma de organización supranacional que presenta como elemento caracterizador el de ser una ‘unión de derecho’* (Molina Del Pozo, 2015a, p. 65), que se plasma mediante el progresivo desarrollo de un *“orden jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone tanto a sus jurisdicciones como a sus ciudadanos, como, finalmente, a los propios Estados”* (Molina Del Pozo, 2015a, p. 65).

Frente a este panorama casi idílico, resulta sin embargo necesario ir matizando, especialmente en lo que se refiere a las voluntades estatales dentro de este proceso de integración regional. En efecto, si bien son los Estados los que han permitido la construcción de la UE, son también ellos los que, en reiteradas oportunidades, no han dudado en utilizar toda clase de maniobra de cara a salvaguardar sus intereses estrictamente nacionales, en detrimento del interés superior europeo. Particularmente llamativo es, sobre este punto, la creación, totalmente informal, del Consejo Europeo¹, y su posterior institucionalización después de más de 40 años de actuación en la sombra por el Tratado de Lisboa².

Como tendremos la oportunidad de analizar en las próximas páginas, podemos considerar a esta “nueva” institución, convertida desde el Tratado de Maastricht en el “máximo órgano político de la UE”³, como atípica (Taulègne, 1993, pp. 91 y ss.) en la historia

1 El Consejo Europeo no debe confundirse con el Consejo (o Consejo de la UE o Consejo de Ministros), otra institución de la UE (colegislador junto con el Parlamento Europeo) y conformado por los ministros correspondientes de los Estados miembros en función de las temáticas tratadas. Véase acerca de las diferencias entre los dos: Blázquez Peinado (2008).

2 El Tratado de Lisboa fue firmado el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Constituye la última reforma hasta la fecha de los Tratados.

3 El Tratado de Maastricht fue firmado el 7 de febrero de 1992. Entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Tal como lo veremos en el siguiente

de la -también atípica⁴- UE. En efecto, su tradicional falta de transparencia en consecuencia de la deliberada ausencia de regulación clara de sus funciones y poderes en el cuerpo de los Tratados hasta la última reforma de los Tratados ha permitido indudablemente a los Estados conservar todo su peso sobre el conjunto del sistema europeo, otorgándose a veces incluso competencias que corresponden en principio a otras instituciones de la UE (sección 2). Si bien es cierto que el Tratado de Lisboa intenta remediar esta situación, clarificando, aunque de manera insuficiente, sus competencias, el mismo texto decide, una vez más para satisfacer a las exigencias estatales, añadir una nueva figura al frente de la recién creada institución bajo el supuesto pretexto de dar mayor visibilidad a la acción de la UE tanto interna como internacionalmente: el discutible cargo de presidente permanente del Consejo Europeo (sección 3). Tal como lo veremos, varios de los cambios institucionales introducidos resultan ser extremadamente peligrosos para el futuro de la UE. Sobre todo, además de añadir más complejidad a un sistema ya de por sí difícil de entender, los Estados no dudan en actuar hasta “de mala fe”, utilizando la supuesta aclaración de las competencias del Consejo Europeo con el fin de obtener unos resultados incluso contrarios al espíritu de la construcción europea (sección 4).

2. EL CONSEJO EUROPEO: DE SU ACTUACIÓN INFORMAL A SU INSTITUCIONALIZACIÓN COMO ÓRGANO POLÍTICO AL SUPUESTO SERVICIO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Como bien es sabido, la construcción europea constituye un proceso de integración regional totalmente revolucionario, en el cual sus Estados miembros han decidido ceder paulatinamente

apartado, el texto menciona el Consejo Europeo, sin incluirlo sin embargo dentro de las instituciones de la UE.

- 4 Siguiendo a Molina Del Pozo (2015a), refiriéndose a la naturaleza jurídica de la UE: “*puede afirmarse que la tendencia es hacia la instauración de un modelo inscrito en la órbita federal, pero federal europea, atípica, sui generis, propia y exclusiva de la Unión Europea*” (p. 65).

parte de su soberanía a favor de un ente superior: la UE. De esta situación deriva, por consiguiente, la articulación institucional que conocemos en la actualidad, en la cual los intereses de las principales partes involucradas en la unión del continente se encuentran representados: los ciudadanos, base del proyecto europeo, a través del Parlamento Europeo; y los Estados, a través del Consejo de la UE, este último representando, recordamos, las soberanías nacionales. Sin duda alguna, podemos afirmar que ambas instituciones constituyen el corazón del proyecto europeo en cuanto los Tratados les han configurado como colegisladores de la UE. Junto con ellas, la Comisión Europea, poder ejecutivo de la UE, y el Tribunal de Justicia de la UE, poder judicial del proceso, deben velar por el interés general de la UE y promover la correcta aplicación de los Tratados.

Esta configuración⁵, acorde con las ambiciones de la aventura europea, de carácter eminentemente supranacional y con un enfoque inicialmente económico⁶, empezó sin embargo a mostrar

5 El Tratado de París, que crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (firmado el 18 de abril de 1951), estableció cuatro instituciones: la Alta Autoridad; el Consejo Especial de Ministros; una Asamblea Parlamentaria y un Tribunal de Justicia. Por su parte, los Tratados de Roma, que crean, por una parte, la Comunidad Económica Europea y, por otra parte, la Comunidad Europea de la Energía Atómica (firmados el 25 de marzo de 1957), creaban las siguientes instituciones: el Consejo, la Comisión, la Asamblea y el Tribunal de Justicia.

Un primer acercamiento institucional a las tres Comunidades Europeas tendrá lugar en 1957, mediante el Convenio sobre determinadas instituciones comunes a las Comunidades Europeas (anexo al Tratado de Roma), y según el cual se establece una única Asamblea y un único Tribunal.

El 8 de abril de 1965, el Tratado de Bruselas, relativo a la fusión de los ejecutivos, instituirá un Consejo y una Comisión únicos para las tres Comunidades.

6 Véase la Declaración Schuman, de 9 de mayo de 1950: *“Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho”*.

algunas señales de reticencias ya a partir de los años sesenta. Muestra de ello es la invitación por parte del entonces presidente de la República francesa, el General De Gaulle, a la celebración de una reunión⁷ entre los seis Estados miembros de las Comunidades Europeas (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos) acerca de la “*necesidad de establecer una cooperación política sana*”⁸. En esta óptica, podemos decir que esta primera cumbre, al margen de los Tratados fundacionales, constituye la voluntad de los Estados -a través de sus Jefes de Estado y de Gobierno- de reapropiarse el hecho comunitario.

Tras catorce años de reuniones informales⁹, y en plena reflexión acerca del futuro de la construcción europea, resultado entre otros de la grave crisis económica que golpeaba el continente, se decide dar un nuevo impulso a la UE, reformando especialmente su sistema institucional (Papí Boucher, 2017, pp. 39 y ss)¹⁰. En este

-
- 7 Reunión que se llevará a cabo los días 10 y 11 de febrero de 1961 en París.
- 8 El General de Gaulle era fundamentalmente en contra de la idea del carácter supranacional de la UE. En esta óptica, presentó su idea de la “Europa de los Estados”, así como una “Declaración de la Europa de las Patrias”. Véase Ramiro Troitiño *et al.* (2018).
- 9 Entre las cumbres celebradas durante estos años, podemos mencionar, entre otros, la Cumbre de Bonn (18 de julio de 1961) en la que los Estados miembros expresaron su deseo de crear una unión política; la Cumbre de La Haya (1-2 de diciembre de 1969), en la cual los Jefes de Estado y de Gobierno reiteraron su deseo de seguir avanzando hacia una auténtica unión económica y monetaria y hacia la estrecha equiparación de las políticas sociales que ello implica; y la Cumbre de París (19-21 de octubre de 1972), en la que se fijaron nuevos campos de acción para la Comunidad (política regional, medioambiental, social, energética e industrial) y se confirmó que la Unión Económica y Monetaria (UEM) entrará en funcionamiento en 1980.
- 10 Entre los factores que influyeron a la creación del Consejo Europeo, podemos citar la crisis de la “silla vacía”, es decir el rechazo de Francia a aceptar las reglas de voto mayoritario en el seno de la Comisión (resuelto mediante el Compromiso de Luxemburgo de 1966), así como “*el cambio en el escenario político internacional producto de la desaparición del sistema de*

sentido, la declaración general publicada en relación con la Cumbre de París, celebrada los días 9 y 10 de diciembre de 1974 (acto fundacional del Consejo Europeo), va a dar un importante cambio a la integración europea¹¹, afirmando en particular que “*los jefes de gobierno decidieron (...) reunirse, acompañados de los ministros de Asuntos Exteriores, tres veces por año y cada vez que sea necesario, en Consejo de la Comunidad y a título de la Cooperación Política*” (punto 3 de la declaración).

El Consejo Europeo así establecido se reunirá por primera vez en Dublín los días 10 y 11 de marzo de 1975. El 29 de diciembre de 1975, el Informe Tindemans sobre la Unión Europea, redactado por el entonces Primer Ministro de Bélgica, por encargo del Consejo Europeo de diciembre de 1974, va a dar nuevas ideas sobre, entre otros, cómo las instituciones deberían reformarse de cara a mejorar el funcionamiento de la futura UE, y en particular el recién creado Consejo Europeo. En concreto, propone definir su papel, dejado de manera deliberada muy ambigü (Pérez Bustamante & Palacio, 1998, p. 97): orientación general y coherente de la UE, impulsar la construcción europea, buscar acuerdos políticos para seguir progresando de manera dinámica. Asimismo, propone determinar cuáles deberían ser las modalidades de su acción (pp. 31 y 32 del Informe).

Finalmente, será el Acta Única Europea firmado los días 17 y 28 de febrero de 1986 el que inscribirá formalmente el Consejo Europeo en el cuerpo de los Tratados, declarando -escasamente- en su artículo 2 que “*el Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por el*

Bretton Woods y de la primera crisis del petróleo de 1973, donde Europa no desempeñó ningún liderazgo” (Papí Boucher, 2017, pp. 39-40).

11 En efecto, según Jongen (1985), citado por Papí Boucher (2017), la creación del Consejo Europeo constituye “*el intento de sustituir el enfoque supranacional de la construcción europea por un enfoque intergubernamental dentro de un contexto de crisis económica*” (p. 41).

presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas. Estarán asistidos por los Ministros de Asuntos Exteriores y por un miembro de la Comisión. El Consejo Europeo se reunirá, al menos, dos veces al año”.

Sin embargo, será necesario esperar hasta el Tratado de Maastricht de 1992 para tener más elementos acerca de sus funciones y competencias, hasta la fecha inscritas en textos dispares sin mucho valor jurídico¹². Por tanto, y a partir de ahora, el Consejo Europeo, cuya mención figura insertada dentro de las disposiciones comunes del Tratado (Título I) en cuanto cúspide política de la UE (pero todavía sin mencionarlo como institución de la UE), deberá dar a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definir sus orientaciones políticas generales (art. D, primer párrafo). Por otra parte, si bien la primera parte del segundo párrafo del mismo artículo deja intacto su composición ya determinada por el Tratado anterior, la última parte del párrafo añade que deberá ser presidido por el Jefe de Estado o de Gobierno del Estado miembro que ejerza la presidencia del Consejo. Asimismo, el Tratado decide confirmar su relativa democratización, ya iniciada desde la Declaración Solemne de Stuttgart de 1983, reiterando ahora formalmente la obligación de presentar al Parlamento Europeo un informe después de cada una de sus reuniones, así como un informe escrito anual relativo a los progresos realizados por la UE.

12 En particular, véanse las conclusiones del Consejo Europeo celebrado los días 29 y 30 de junio de 1977 y la Declaración Solemne sobre la UE de Stuttgart del 19 de junio de 1983. Según se desprende de dichos textos, al Consejo Europeo le corresponde, de manera general: dar a la construcción europea un impulso político general; definir las orientaciones que favorecen la construcción europea y establecer las líneas directrices de orden político general para la UE y la cooperación política europea; deliberar sobre los asuntos que dependen de la UE en sus diferentes aspectos, velando por su coherencia; abrir a la cooperación nuevos sectores de actividad; expresar de forma solemne la postura común en los asuntos de relaciones exteriores.

Junto con lo anterior, cabe apuntar que el mismo Tratado viene también a añadir una dificultad adicional, resultado directo de la deliberada ambigüedad institucional en la que se encontraba el Consejo Europeo: la aparición del Consejo *en su formación de Jefes de Estado y de Gobierno* (y, por tanto, como institución de la UE), al lado del Consejo Europeo (en cuanto órgano político fuera del sistema institucional). Así, según se desprende del artículo 109.J.2 TCE, “*el Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de la recomendación de la Comisión, evaluará si se cumplen las condiciones necesarias para la adopción de la moneda única y recomendará sus conclusiones al Consejo, reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno*”. Innovación institucional de dudoso alcance jurídico (Constantinesco, Gautier & Simon, 2007, p. 78)¹³, lo cierto es que en la práctica, el Consejo Europeo ha ido actuando de manera indistinta bien como órgano de cooperación política, bien como Consejo en su composición de Jefes de Estado y de Gobierno cuando iba examinando materias que dependían de las entonces Comunidades Europeas¹⁴.

Los dos Tratados siguientes, el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza, poco cambiarán la situación anteriormente descrita (De Aireilza, 1998, p. 244)¹⁵. En cambio, el Tratado de Lisboa va a

13 Según los autores, una de las razones de esta creación era la voluntad de los Jefes de Estado y de Gobierno de reservarse la decisión del pase a la tercera etapa de la Unión Económica y Monetaria.

14 Tal como lo resalta Molina Del Pozo (2015a): “*Con respecto a este último punto ha surgido una problemática específica ya que a parte de las atribuciones propias del Consejo Europeo tal y como figuraban en el Tratado (...), se le añadían competencias ‘cuasi’ legislativas ya que excedían del carácter de ‘orientación general’*” (p. 106).

15 El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, mantiene intacto el artículo D del TUE. Únicamente amplía las competencias del Consejo Europeo a la política exterior y de seguridad común (PESC), encargándole principalmente de definir sus principios y sus orientaciones generales, incluidos los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa (art. J.3.1).

introducir importantes novedades, entre las que debemos destacar la institucionalización del Consejo Europeo como nueva institución de la UE, junto con el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Cuentas y el Banco Central Europeo (art. 13.1 TUE, segundo párrafo). Consecuencia directa: le corresponde ahora promover los valores de la UE, perseguir los objetivos de la integración europea, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones (art. 13.1 TUE, primer párrafo). Además, y según se desprende del artículo 263 del TFUE, debe someterse a las disposiciones institucionales del Derecho de la UE, especialmente en lo que se refiere al acceso a los documentos y al control de legalidad que ejerce el TJUE sobre los actos destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

En cuanto a su actual composición y organización, quedan reflejadas en el artículo 15 TUE, así como en los artículos 235 y 236 del TFUE. En particular, y según el artículo 15.2 del TUE, el Con-

Así, en materia de política exterior y de seguridad común, el artículo 26 TUE otorga al Consejo Europeo la misión de determinar los intereses estratégicos de la UE, la de fijar los objetivos y la de definir las orientaciones generales de dicha política, incluidos los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa. A tal efecto, podrá adoptar las decisiones que le aparece necesarias.

En materia de seguridad y defensa, el artículo 42.2 TUE permite al Consejo Europeo acordar por unanimidad la definición progresiva de una política común. Si tal es el caso, la institución podrá recomendar a los Estados miembros la adopción de una decisión al respecto, siempre respetando sus propias normas constitucionales. En este sentido, cabe resaltar que el Consejo Europeo celebrado los días 19 y 20 de diciembre de 2013 abordó, por primera vez desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dicho tema, definiendo una serie de acciones prioritarias, que giran hacia tres ejes fundamentales: incrementar la efectividad, visibilidad e impacto de la política de defensa; mejorar el desarrollo de las capacidades; y fortalecer el sector industrial europeo de la defensa.

sejo Europeo se compone de la siguiente manera: los Jefes de Estado y/o de Gobierno de los Estados miembros; la nueva figura del presidente permanente del Consejo Europeo; y el presidente de la Comisión Europea. Asimismo, también participará en sus trabajos el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad¹⁶. Como lo podemos observar, si bien ha sido mantenida la composición originalmente diseñada de la institución, una importante novedad hizo su aparición: el presidente permanente del Consejo Europeo. Si bien es cierto que la figura del presidente del Consejo Europeo ya existía (recordamos hasta la fecha lo ejercía el Jefe de Estado o de Gobierno que ejercía la presidencia rotatoria del Consejo), el carácter ahora permanente del cargo constituye, tal como lo analizaremos en la sección siguiente, un cambio organizativo que merece ser resaltado.

Al ser una institución de índole principalmente intergubernamental, las decisiones deben ser tomadas por consenso¹⁷, salvo excepciones (art. 15.4 del TUE). Como excepciones destacables, podemos mencionar la elección de los puestos clave de la UE, elegidos o propuestos por mayoría cualificada del Consejo Europeo (presidente del Consejo Europeo -art. 15.5 TUE; presidente de la Comisión -art. 17.7 TUE, presidente del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo -art. 283.2 TFUE, Alto Representante de la UE -art. 18.1 TUE). En caso de votación, el artículo 235.1 del TFUE precisa que ni el presidente del Consejo Europeo ni el presidente de la Comisión podrán participar en las votaciones. En cambio, se permite que cada miembro del Consejo Europeo actúe en representación de uno de los demás miembros. En los casos previstos

16 El artículo 15.3 del TFUE prevé, además, que cuando el orden del día lo exija, los miembros del Consejo Europeo puedan ser asistidos, cada uno de ellos, con la asistencia de un ministro y, en el caso del presidente de la Comisión, con la de un Comisario.

17 Según Papí Boucher (2017), esta situación “no es más que una manifestación más de la informalidad de esta nueva institución” (p. 375).

de utilización de la mayoría cualificada, se aplicarán las reglas del artículo 16.4 TUE y del artículo 238.2 del TFUE, que operan en el marco del Consejo de la UE (mínimo del 55% de los miembros que incluya al menos a 16 de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión).

En cuanto a su funcionamiento interno, el Tratado de Lisboa confirma la ampliación del número mínimo de reuniones anuales, pasando de tres veces al año (definidas inicialmente) a dos veces por semestre (cuatro al año) por convocatoria de su presidente (art. 15.3 TUE).

Cuando la situación lo exige, el Consejo Europeo también puede reunirse de manera extraordinaria. Es poco decir que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las distintas crisis que han golpeado a la UE han exigido con frecuencia convocar reuniones excepcionales del Consejo Europeo (crisis financiera, crisis de la zona euro, seguridad internacional, crisis de los migrantes, etc.). La última a la fecha es la que tuvo lugar los pasados días 30 de junio, 1 y 2 de julio de 2019, relativa a la designación de los altos cargos de la UE tras las elecciones al Parlamento Europeo.

En este mismo orden de ideas, desde el referéndum en Reino Unido sobre el *Brexit*, celebrado en junio de 2016, los jefes de Estado y de Gobierno también van reuniéndose sin el Estado interesado, es decir a 27. Esas reuniones fueron en un primer momento informales. Sin embargo, la situación tomó un nuevo giro cuando el Consejo Europeo recibió, el 29 de marzo de 2017, la notificación formal de Reino Unido de su voluntad de retirarse de la UE¹⁸. Des-

18 Véase el art. 50 TUE, introducido por el Tratado de Lisboa. Dicho precepto involucra directamente al Consejo Europeo, permitiendo, por primera vez, la posibilidad de que un Estado miembro se retire de la UE si tal es su decisión y conforme con sus normas constitucionales. Si nadie había pensado en el momento de su redacción que algún día esta posibilidad iba a ser utilizada por un miembro, era sin contar con el Reino Unido. El país deci-

de esta fecha, se van celebrando reuniones periódicas del Consejo Europeo sin este Estado ¹⁹ en paralelo a las reuniones ordinarias, y siempre que lo exija la situación. La última se celebró de manera urgente el pasado 17 de octubre de 2019 para refrendar la última versión revisada del acuerdo sobre la retirada del Reino Unido.

Sin duda alguna, una de las mayores dificultades que encontramos a la hora de analizar el Consejo Europeo es, tal como lo hemos resaltado en varias ocasiones, la deliberada voluntad de los Estados de dejar una importante ambigüedad en cuanto a sus atribuciones para lograr una amplia flexibilidad a la hora de adoptar todo tipo de decisiones en función de las supuestas necesidades de la construcción europea. Dicha complejidad se refleja a la perfección cuando estudiamos el valor de dichas decisiones. Así, y siguiendo a Papi Boucher (2017), podemos decir lo siguiente:

“de la lectura del Tratado de Lisboa es posible deducir varias conclusiones en cuanto a las Decisiones que el Consejo Europeo puede adoptar: a) las Decisiones del Consejo Europeo pueden producir efectos jurídicos y ser vinculantes, b) las De-

dió activar el artículo 50 TUE el 29 de marzo de 2017, notificando así su intención de abandonar la UE al Consejo Europeo conforme a la primera frase del apartado 2. Y conforme a la segunda frase del mismo apartado, dicha institución emitió una serie de “orientaciones” de cara a la negociación y celebración del futuro acuerdo de retirada del país el 29 de abril de 2017, el 15 de diciembre de 2017 y el 23 de marzo de 2018. En ausencia de acuerdo por parte del Parlamento británico en cuanto al acuerdo negociado de retirada a la fecha prevista para la retirada efectiva del país de la UE, también se hizo uso hasta la fecha tres veces del apartado 3 del artículo 50, el cual permite al Consejo Europeo decidir por unanimidad prorrogar el plazo para la retirada del país inicialmente fijado para el 30 de marzo de 2019. Véase, para un interesante análisis del tema, BARCENÁ (2014), en particular las págs. 221 y ss.

19 Las reuniones del Consejo Europeo a raíz de la solicitud de retirada del Reino Unido de la UE (es decir las reuniones del Consejo Europeo que se llevan a cabo sin el Reino Unido) se conocen como “Consejo Europeo (artículo 50)”.

cisiones del Consejo Europeo no pueden ser actos legislativos, c) las Decisiones del Consejo Europeo se someterán al control del Tribunal de Justicia, d) las Decisiones del Consejo Europeo forman parte del acervo de la Unión y e) las Decisiones del Consejo Europeo relativas a la PESC no tienen cabida dentro de la categoría de normas jurídicas de la Unión” (p. 376).

Un buen ejemplo de esta dificultad lo constituye las facultades que el Consejo Europeo ha venido atribuyéndose en materia económica y monetaria, especialmente a raíz de la crisis de la deuda soberana en varios Estados miembros a partir del año 2008. Sobre este punto, el artículo 121.2 TFUE precisa que el Consejo Europeo debatirá, sobre la base de un informe del Consejo, unas conclusiones sobre las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión. Sin embargo, cabe resaltar que *“desde el comienzo de la crisis la iniciativa política frente a la misma, es decir, la necesidad de encontrar respuestas europeas al tsunami económico-financiero que se estaba produciendo colocó al Consejo Europeo al frente del triángulo institucional comunitario”* (Chaves Giraldo, 2017, p. 106). En este sentido, podemos afirmar que, a través de las Cumbres del Euro²⁰, el Consejo Europeo se ha convertido en un actor fundamental de la política económica de la UE, reforzando una vez más el carácter intergubernamental de la materia así como su capacidad de decisión, en detrimento de la Comisión Europea relegado como mero *“secretariado político”* del Consejo Europeo (Chaves Giraldo, 2017, p. 106), especialmente desde la situación griega, que desembocó en un importante programa de ayuda financiera para dicho país y en un control reforzado de las economías de los demás Estados.

20 La primera reunión tuvo lugar el 12 de octubre de 2008, por iniciativa del entonces Presidente de Francia Nicolas Sarkozy. Posteriormente, dicho formato fue ratificado mediante el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, firmado el 2 de marzo de 2012 por 25 Estados miembros, en vigor desde el 1 de enero de 2013.

Entre las medidas adoptadas por el Consejo Europeo en este marco, podemos citar (Calatrava Lesmes, 2018): el Pacto por el Crecimiento y el Empleo; la Unión bancaria con el Mecanismo Único de Supervisión, el Mecanismo Único de resolución y el Sistema de Garantía de Depósito; la posibilidad de que el Mecanismo Europeo de Estabilidad pueda recapitalizar directamente a los bancos, profundizar en el mercado único interior a través de un mercado único digital y la unión de mercado de capitales; la creación de un Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas; así como la adopción de un conjunto de medidas para facilitar la financiación de las Pymes y la Iniciativa de Empleo Juvenil (p. 93).

En este mismo orden de ideas, el Consejo Europeo participa activamente, desde el año 2011, en el “asesoramiento” económico a los Estados a través del denominado Semestre Europeo, ciclo de coordinación de las políticas económicas y presupuestarias dentro de la UE creado con el fin de evitar nuevas crisis de la zona euro²¹. Por ejemplo, durante la fase preparatoria de análisis de la situación actual y seguimiento del año anterior, debe formular orientaciones políticas (las cuales se basan sobre el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y en los trabajos del Consejo de la UE), que deben ser tomadas en cuenta por los Estados en el momento de la preparación de sus programas nacionales de estabilidad o convergencia y sus programas nacionales de reformas. Durante la segunda fase del semestre (planes, políticas y objetivos específicos por país), debe refrendar las recomendaciones definitivas del Consejo de la UE realizadas por cada país.

De todo lo anterior podemos concluir que, si bien el Tratado de Lisboa ha aportado importantes avances democráticos con la institucionalización del Consejo Europeo, especialmente obligándole ahora a respetar un cierto formalismo a la hora de la adopción

21 Véase: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-semester/> (fecha de la última consulta: 15 de noviembre de 2019).

de decisiones, hemos asistido al mismo tiempo a un importante desplazamiento institucional (Chaves Giraldo, 2017, p. 108), en detrimento de las tradicionales instituciones supranacionales europeas (Comisión Europea y Parlamento)²² convertidas en cierta medida en meros ejecutores de la voluntad consensuada del Consejo Europeo. Esta situación perjudica, sin duda alguna, al buen funcionamiento de la UE en su conjunto, agravando además un poco más aún el problema del déficit democrático que sufre la construcción europea y la sensación que tienen -con razón- los ciudadanos de la UE de que se está adoptando medidas fundamentales sin consultarles.

3. LA ATÍPICA FIGURA DEL PRESIDENTE PERMANENTE DEL CONSEJO EUROPEO

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el pasado 1 de diciembre de 2009, el Consejo Europeo debe elegir a su presidente por mayoría cualificada (art. 15.5 TUE). Esta elección responde, en parte, a la gran preocupación de la UE acerca de su carácter poco entendible tanto por los propios ciudadanos como por los Estados terceros, especialmente en un contexto de globalización acelerada, lo que ha ido con el paso del tiempo restando visibilidad a su actuación a nivel mundial (Molina Del Pozo, 2015a, p. 103). Por tanto, y para intentar contrarrestar con esta situación, se ha introducido este nuevo cargo, ejercido en la actualidad por Charles Michel (desde el 1 de diciembre de 2019), antiguo primer ministro de Bélgica.

El mandato del presidente es de dos años y medio, con posibilidad de renovación una sola vez (art. 15.5 del TUE). En total, un

22 En efecto, tal como resalta Castillo de la Torre (2015), citado por Chaves Giraldo (2017): “La Comisión rinde cuentas ante el Parlamento, pero la Comisión no controla necesariamente las grandes orientaciones políticas del Consejo Europeo. Es por ello que el Parlamento no puede, por lo tanto, más que controlar una parte del poder ejecutivo” (p. 108).

presidente puede ejercer su cargo máximo durante cinco años, lo que equivale a una legislatura del Parlamento Europeo y al periodo de una Comisión. Desde su creación, y hasta la fecha, los dos presidentes han sido renovados (tanto el belga Herman Van Rompuy como el polaco Donald Tusk). Por otra parte, el mismo artículo 15.5 del TUE prevé que en caso de impedimento o falta grave, el Consejo Europeo podrá por mayoría cualificada poner fin a dicho mandato.

Si bien el Consejo Europeo es, como hemos dicho, atípico en la historia de la UE, el cargo de presidente del Consejo Europeo lo es aún más. Tal como se refleja en el apartado 6 del artículo 15 del TUE, deberá: presidir e impulsar los trabajos del Consejo Europeo; velar por la preparación y continuidad de los trabajos del Consejo Europeo, en cooperación con el presidente de la Comisión y basándose en los trabajos del Consejo de Asuntos Generales; esforzarse por facilitar la cohesión y el consenso en el seno del Consejo Europeo; presentar, al término de cada reunión del Consejo Europeo, un informe al Parlamento Europeo. A esas funciones estrictamente internas el mismo apartado 6 le añade la tarea de asumir, en su rango y condición, la representación exterior de la UE en los asuntos de política exterior y de seguridad común, sin perjuicio, sin embargo, de las atribuciones del Alto Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Además, el presidente del Consejo Europeo no podrá ejercer mandato nacional alguno (art. 15.6 del TUE).

Dicho de otra manera, y siguiendo a Van Rompuy, primer presidente permanente del Consejo Europeo:

Por un lado, algunos consideran la Presidencia del Consejo Europeo como una especie de presidente al estilo de un Jefe de Estado ejecutivo como, por ejemplo, el de Francia. Por otro lado, también hay quien la percibe como la mera presidencia de la reunión de los Jefes de Gobierno. En realidad, no es ni una

cosa ni la otra. Es verdad que no se trata de un presidente y que carece de poderes ejecutivos por derecho propio. El titular del cargo debe expresar los puntos de vista del conjunto de Jefes de Estados o de Gobierno. Por otra parte, su papel no consiste únicamente en ser un presidente que concede la palabra a uno u otro miembro del Consejo Europeo durante sus reuniones (...) El papel del presidente permanente consiste en mejorar un sentido compartido de la dirección que se sigue: ni más ni menos. ¿Adonde vamos? ¿Cómo debemos tratar con nuestros vecinos? ¿Quiénes son nuestros principales socios estratégicos en el mundo? ¿Dónde queremos estar dentro de 10 o 20 años? Estas son cuestiones de vital importancia” (citado por Papí Boucher, 2017, pp. 384-385).

De lo anterior se desprende dos funciones esenciales al cargo: en su vertiente interior, el presidente del Consejo Europeo ejerce esencialmente funciones administrativas y de mediación entre los Estados (A); por su parte, en su vertiente exterior, su papel se transforma radicalmente en cuanto constituye el representante oficial de la UE en el extranjero (B).

A. EL PRESIDENTE DEL CONSEJO EUROPEO: MEDIADOR EN CASO DE CRISIS INTERNA EN LA UE

Una de las principales tareas del presidente del Consejo Europeo es la de mediar en caso de crisis en la UE. En efecto, tal como queda reflejado en el art. 15.6 TUE, deberá “*esforzarse por facilitar la cohesión y el consenso en el seno del Consejo Europeo*”. En otras palabras, su misión es fundamental para la buena marcha política de la UE (Parlamento Europeo, 2009, punto 17). En efecto, en caso de conflicto interno con uno o varios Estados miembros, la UE podría verse rápidamente afectada por un bloqueo que impida un avance sereno en el proceso de integración. Para evitar este tipo de inconveniente, deberá ir buscando soluciones junto con los

Estados afectados, en pro de una armonía entre el conjunto de los miembros.

Un ejemplo de esta delicada función es el desempeño llevado a cabo por el entonces presidente Donald Tusk (segundo presidente del Consejo Europeo, dos periodos, del 1 de diciembre de 2014 al 31 de noviembre de 2019) durante las complicadas negociaciones de salida del Reino Unido. Desde el primer momento, el presidente Tusk actuó como mediador entre el Reino Unido y los 27 Estados miembros, lo que en gran medida ha permitido tranquilizar algunos ánimos hostiles y, sobre todo, dejar más tiempo tanto a la entonces primera ministra Theresa May como al actual mandatario Boris Johnson para intentar negociar internamente una salida ordenada del país de la UE.

Aunque cabe apuntar que su actuación fue reprochable a los inicios de la crisis, antes del referéndum celebrado el 23 de junio de 2016. En efecto, debemos recordar que a los pocos meses del inicio del mandato de Donald Tusk, el entonces primer ministro del Reino Unido David Cameron informó a sus socios europeos de su voluntad de celebrar un referéndum sobre la permanencia de su país de la UE²³. En un intento de mejorar la situación del Reino Unido dentro de la UE, decidió enviar una carta a Tusk²⁴, con el fin de iniciar unas negociaciones específicas acerca de cuatro temas especialmente preocupantes para el Estado: la protección de los derechos de los países de la UE que no forman parte de la zona euro; la voluntad del país de quedarse fuera de los siguientes pasos para lograr una mayor integración europea; potenciar la competitividad

23 Consejo Europeo, 25 y 26 de junio de 2015. Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2015/06/25-26/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

24 Carta del 10 de noviembre de 2015. Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/politicas/eu-uk-after-referendum/2016-uk-settlement-process-timeline/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

del mercado único; y permitir al país poner límites a los inmigrantes europeos y a las ayudas sociales que reciben.

Una de las principales críticas que podemos hacer al entonces recién nombrado presidente del Consejo Europeo con respecto a esta negociación previa fue la inusual “sencillez” con la que consiguió encontrar un acuerdo formal entre los Estados de cara a otorgar al Reino Unido un nuevo régimen jurídico en el seno de la UE, ya de por sí muy favorable desde su ingreso en el club europeo (Bar Cendón, 2017, p. 142)²⁵. Así, en un Proyecto de Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo encaje del Reino Unido en la UE²⁶, “*jurídicamente vinculante e irreversible*” según los términos de Donald Tusk, y ratificado posteriormente por los dirigentes de la UE²⁷, se otorgó a Reino Unido todo lo solicitado, incluso las aberrantes limitaciones a la libre circulación de los ciudadanos de la UE hacia el país, a pesar de constituir el motor fundamental de la UE.

Debemos entenderlo, el criticable papel del presidente del Consejo Europeo en ese momento era conseguir un acuerdo a toda costa. La pregunta que, sin embargo, debemos hacernos es si tales acuerdos ¿pueden ir en contra del espíritu del propio proceso europeo, la integración entre sus miembros? Parece que para Donald Tusk, opinión a su vez compartida por los propios miembros del Consejo Europeo, el objetivo claro era “*conseguir un acuerdo de los 28 (...). Para conseguirlo todos deberemos ceder algo*”²⁸.

25 Recordamos que Reino Unido no participa, entre otros, en la zona euro y en el Espacio Schengen.

26 2 de febrero de 2016. Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/02/02/letter-tusk-proposal-new-settlement-uk/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

27 Consejo Europeo, 18 y 19 de febrero de 2016. Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2016/02/18-19/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

28 Véase Carta del presidente Donald Tusk a los miembros del Consejo Eu-

Afortunadamente para el futuro de la UE, el acuerdo negociado fue automáticamente abandonado tras el resultado negativo del referéndum. Y Donald Tusk recapacitó en cierta medida acerca de sus precedentes declaraciones, afirmando finalmente que *“los mandatarios de la UE han dejado meridianamente claro que el acceso al mercado único exige la aceptación de cada una de las cuatro libertades, incluida la de libre circulación de personas. No habrá un mercado único a la carta”*²⁹.

El ejemplo analizado no es anodino dado la peligrosidad del asunto para la UE y merece retener toda nuestra atención. En efecto, bajo el supuesto mandato de conciliador que los Tratados le otorga, un presidente del Consejo Europeo podría -a sabiendas o no- dañar de manera irreversible todo el edificio comunitario, sin que una marcha atrás fuera posible. En el caso que nos interesa, si el Reino Unido finalmente había aceptado el nuevo régimen jurídico que la UE le estaba proponiendo, esta situación habría podido convertirse en un precedente, que cualquier otro Estado, especialmente los cada vez más numerosos Estados menos proclive a la integración del continente, hubiera podido utilizar en el futuro de cara a ver su participación reevaluada, bajo la fórmula del chantaje institucional.

Otra de la actual problemática relativa a la salida del Reino Unido es la concesión, por parte de la UE, de reiteradas prórrogas al

ropeo sobre su propuesta de un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea, de 2 de febrero de 2016. Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/02/02/letter-tusk-proposal-new-settlement-uk/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

29 Observaciones del presidente Donald Tusk tras la reunión informal de 27 jefes de Estado o de Gobierno de la UE (29 de junio de 2016). Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/06/29/tusk-remarks-informal-meeting-27/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

Estado³⁰. En este orden de ideas, si bien es cierto que ningún Estado quiere convertirse en el culpable de la precipitación de la salida del país de la UE, el proceso de integración regional se ha quedado casi paralizado desde el inicio de las negociaciones formales de salida. Sobre todo, tras haber inicialmente anunciado la negativa rotunda de la UE de renegociar el Acuerdo de Retirada negociado en 2018³¹, el presidente Tusk afirmó el pasado 17 de octubre de 2019, sobre el Acuerdo de Retirada finalmente revisado, lo siguiente: *“tenemos un acuerdo, y eso nos permite evitar el caos y un clima de conflicto entre la UE27 y el Reino Unido (...). Ahora todos esperamos la votación en los dos Parlamentos”*³².

La excesiva voluntad de conciliar por parte del presidente del Consejo Europeo es, en esta óptica, sin duda alguna hoy en día contraproducente para el proceso europeo. Por una parte, los Tratados le encarga, es cierto, de *“esforzarse por facilitar la cohesión y el consenso”* de los Estados miembros. Sin embargo, estos esfuerzos no deberían de ninguna manera convertirse en una debilidad para el conjunto del sistema europeo.

B. EL PRESIDENTE DEL CONSEJO EUROPEO: ¿MÁS QUE UN MERO REPRESENTANTE DE LA UE?

Uno de los puntos más discutidos en el momento de la ratifi-

30 A la fecha, tres prorrogas ya fueron acordadas: el 12 de abril de 2019, el 31 de octubre de 2019 y el 31 de enero de 2020. En la actualidad, nada garantiza que no habrá nuevas prórrogas, dada la complicada situación interna vivida en el Reino Unido, especialmente en vista de la confrontación entre el Primer Ministro y el Parlamento Británico.

31 Véase las Conclusiones del Consejo Europeo (art. 50), de 13 de diciembre de 2018. Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2018/12/13/art50/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

32 Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2019/10/17/art50/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

cación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa³³ era acerca de la naturaleza de la UE. En efecto, el propio nombre del texto, asociado a sus preceptos internos, especialmente los relativos a los valores y símbolos de la UE, llamaba a hacerse una pregunta decisiva: ¿la UE se estaba convirtiendo en algo más de lo que era (un ente supranacionalidad *sui generis*)? La respuesta supuestamente afirmativa a esta pregunta hizo que el 29 de mayo de 2005, el 54,68% de los franceses rechazaron el texto por referéndum, seguidos unos días más tarde (el 1 de junio de 2005) por los neerlandeses, lo que puso un punto final a su proceso de ratificación y, por la misma ocasión, marcó el abandono del texto.

Entre los puntos más controvertidos del proyecto, cabe recordar que encontrábamos en su seno las distintas referencias a lo que se podría aparentar a un Estado europeo³⁴ (partes 1 y 2 del proyecto): los símbolos identificadores de un Estado (himno, bandera, moneda, divisa, día de Europa, personalidad jurídica, primacía del Derecho de la UE, valores de la UE); la fijación de los derechos fundamentales mediante una Carta de Derechos Fundamentales (con fuerza vinculante) y el establecimiento de una ciudadanía común a todos; el reparto de competencias entre los distintos niveles (UE-Estados miembros); la fijación de un marco institucional claro, mediante un reparto entre la función ejecutiva, legislativa y judicial; la adopción de actos legislativos (leyes, leyes marco y reglamentos); la elaboración de una política exterior y de seguridad común, de seguridad y defensa y de un espacio de libertad, seguridad y justicia; la inserción de una cláusula de asistencia mutua; y la elaboración de un presupuesto europeo. Sin olvidar, por supuesto, la creación de un “gobierno central” (Molina Del Pozo, 2015a, p. 56) mediante la formación de un Consejo de Ministros, la figura del Ministro de Asuntos Exteriores y la elección, aunque indirecta, de un presidente (del Consejo Europeo).

33 Tratado firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

34 Véase, para un análisis detallado del Tratado, Molina Del Pozo (2015b).

Si bien es cierto que, tal como lo hemos apuntado anteriormente, el proyecto nunca llegó a entrar en vigor, el Tratado de Lisboa, adoptado para reemplazarlo, sigue la misma dinámica que el Tratado-constitucional y, salvo escuetas excepciones, mantiene sus principales novedades, en particular en lo que se refiere a lo que nos interesa, la organización de los poderes en el seno de la UE³⁵. Y sobre este punto, la “naturaleza jurídica ambigua de la Unión Europea” (Molina Del Pozo, 2015a, p. 64) muestra la importante dificultad a la que nos enfrentamos: la existencia de un poder legislativo (en parte representando por el Parlamento Europeo), que debe elegir al poder ejecutivo (el presidente de la Comisión Europea), mientras que los Estados miembros deben elegir al presidente del Consejo Europeo, el cual dispone de competencias internas de conciliación (lo estudiado en el punto anterior del presente trabajo) y algunas competencias externas taxativamente regladas, tal como la representación exterior del Estado³⁶. Sin duda alguna, la organización así expuesta nos hará recordar a algún modelo organizativo conocido.

Pues bien, es en el marco de sus competencias externas que el presidente del Consejo Europeo participa, junto con los demás miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Asamblea General, pronunciando anualmente un discurso en representación directa de la UE (y en su nombre)³⁷. También hemos

35 Véase Petschen (2007) para una dura crítica acerca del mandato para el Tratado de Lisboa.

36 Art. 15.6 TUE: “El Presidente del Consejo Europeo asumirá, en su rango y condición, la representación exterior de la Unión en los asuntos de política exterior y de seguridad común, sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad”.

37 Véase el último discurso por Donald Tusk, pronunciado durante la 74ª Asamblea General de la ONU. Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/09/26/address-by-president-donald-tusk-to-the-74th-united-nations-general-assembly/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019). “Permítanme que, en mi discurso de hoy (el último que aquí he de pronunciar), en lugar de extenderme pormenorizadamente sobre los desafíos que afrontamos, comience con una reflexión

podido apreciar cómo ha podido tomar incluso posición frente a unos desafíos globales durante los diferentes encuentros entre los principales dirigentes mundiales, tales como el G7 o el G20³⁸. En materia comercial, competencia exclusiva de la UE, no ha dudado en desafiar directamente al presidente de Estados Unidos Donald Trump, afirmando, entre otros, que “*protegeré el vino francés con determinación genuina por muchas razones. Si Estados Unidos impone aranceles a Francia, la UE responderá del mismo modo*”³⁹.

En lo que se refiere a la polémica cuestión de la posible ampliación de la UE hacia los Balcanes occidentales⁴⁰, el presidente

de índole más general, inspirada por las palabras que fueron pronunciadas aquí mismo, hace dos días, y que daban a entender un conflicto inminente entre patriotismo y mundialismo. Discrepo de esa opinión: es errónea y peligrosa, aun cuando cuente con muchos seguidores y con poderosos propagadores. El concepto mismo de las Naciones Unidas, al igual que el de la Unión Europea, es de hecho un intento heroico de superar esa forma de pensar. El patriotismo del siglo XXI debe tener una dimensión mundial para no convertirse, como ha sucedido muchas veces, en mero egoísmo nacional. La historia de nuestras naciones muestra cuán fácil es transformar el amor de la patria propia en odio hacia los vecinos; cuán fácil es transformar el orgullo de la propia cultura en desprecio de la cultura ajena; cuán fácil es utilizar los eslóganes de la propia soberanía contra la soberanía de los demás (...)”.

38 Por ejemplo, durante la última cumbre del G7, celebrada en Biarritz (Francia), declaró: “Por supuesto respaldamos el acuerdo entre la UE y el Mercosur (...) pero es difícil imaginar un proceso de ratificación mientras el gobierno brasileño permita la destrucción de la Amazonia”. Recuperado de: <https://www.infobae.com/america/mundo/2019/08/24/donald-tusk-presidente-del-consejo-europeo-dijo-que-es-dificil-de-imaginar-un-acuerdo-entre-la-union-europea-y-el-mercosur-cuando-el-amazonas-arde/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

39 Recuperado de: <https://www.laprensagrafica.com/internacional/La-Union-Europea-preparada-para-guerra-comercial-con-EEUU-si-Trump-impone-aranceles-20190824-0431.html> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

40 Albania, Bosnia y Herzegovina, Macedonia del Norte, Montenegro, Serbia y Kosovo.

del Consejo Europeo decidió dar un mayor impulso al proceso de adhesión, hasta con desafiar a varios de los Estados miembros⁴¹, reprochándoles en este sentido que “*no hayan logrado que Macedonia del Norte y Albania fueran invitadas a negociaciones de ingreso*” durante la última cumbre celebrada en Sofía (Bulgaria) en 2018⁴².

Que nos guste o no, el cargo analizado refleja a la perfección el carácter atípico del Consejo Europeo como institución de la UE. Sin duda alguna, son las personalidades nombradas las que van desdibujando sus funciones y lo harán evolucionar. En este sentido, si la experiencia no fue del todo concluyente con el belga Herman Van Rompuy, en gran parte por su falta de carisma⁴³, hemos podido apreciar como Donald Tusk, europeísta convencido, ha ido apropiándose poco a poco su papel, hasta convertir su mandato en un elemento clave del sistema institucional europeo, a pesar de los errores cometidos. El nuevo presidente, el antiguo primer ministro belga Charles Michel, conocido por sus talentos de negociador, debería seguir en la línea de Tusk⁴⁴.

En todo caso, cabe apuntar que, en nuestra opinión, si bien el cambio introducido por el Tratado de Lisboa es globalmente positivo para la UE (dado la hasta ahora opaca actuación del Consejo

41 En particular, Francia, Países Bajos y Dinamarca estiman que dichos países no han puesto en marcha las reformas necesarias para formar parte de la UE.

42 Véase la página oficial de la cumbre. Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2018/05/17/> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

43 Véase el artículo de María Ramírez en vísperas de la posesión del belga. Recuperado de: https://www.elmundo.es/elmundo/2009/11/19/union_europea/1258628192.html (fecha de la última consulta: 6 de noviembre de 2019).

44 Véanse sus declaraciones al ser nombrado nuevo presidente. Recuperado de: https://www.eldiario.es/politica/presidente-Consejo-Europeo-diversidad-solidaridad_0_916209360.html (fecha de la última consulta: 6 de noviembre de 2019).

Europeo), el mayor riesgo para el futuro del proceso de integración sigue siendo la posible designación de un mandatario con una falta de visión europeísta, que respondería a puras aspiraciones políticas ajenas a la construcción europea. En este sentido, una pregunta de máxima importancia surge a raíz de esta dificultad: ¿podría corresponder a un supuesto de “falta grave”, que legitimaría poner fin a su mandato por mayoría cualificada de los Jefes de Estado y de Gobierno conforme al artículo 15.5 TUE? La respuesta no aparece claramente a la luz de la lectura de los Tratados, lo que confiere sin duda alguna al presidente del Consejo Europeo un papel preponderante dentro del sistema institucional europeo (Papí Boucher, 2017, pp. 385-386).

4. EL CONSEJO EUROPEO FRENTE A SUS DEMONIOS: INTERESES NACIONALES VS. INTEGRACIÓN EUROPEA

Tal como lo hemos resaltado, el Consejo Europeo tiene una función eminentemente política. Representa, en cierta medida, la voluntad de los dirigentes de ir avanzando hacia una integración mucho más política del continente, que todavía no se ha podido lograr plenamente. La tarea es ardua en esta materia, tal como bien lo podemos observar en función del surgimiento de nuevos problemas a medida que va pasando las distintas crisis. Si bien hasta la fecha, algunas dificultades pudieron existir en determinados momentos de la historia europea a la hora de llegar a un consenso entre sus miembros, lo cierto es que siempre el Consejo Europeo consiguió mantener una relativa armonía entre todos.

Sin embargo, constituye una realidad de la institución que cada vez con más frecuencia, especialmente desde la entrada en el club de los países del Este de Europa, las posiciones de cada uno van cerrándose por bloques, lo que empieza a complicar considerablemente la adopción de decisiones consensuadas en su seno o, peor aún, puede conllevar a impedir del todo una toma de decisión ajustada a las necesidades de la construcción europea (A).

Otra problemática que surge del carácter atípico de la institución es su gran celo para intentar mantenerse dueña de los avances del proceso europeo, sin que los demás actores del juego puedan imponer su ritmo o su visión. Por tanto, no es de extrañar que asistimos a choques entre las instituciones, especialmente con el Parlamento Europeo, representante directo de los ciudadanos de la UE y -hasta la fecha- gran europeísta que lucha de manera continua a favor de una integración más profunda entre los pueblos, acerca de la designación del presidente de la Comisión Europea (B).

A. LA DIFÍCIL TOMA DE DECISIONES EN EL SENO DEL CONSEJO EUROPEO: EL CASO DE LA VIOLACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, queda plasmado que el Consejo Europeo no ejerce ninguna función legislativa. En cambio, se deduce de los Tratados que puede tomar decisiones, así como formular declaraciones, conclusiones y comunicados en el marco de su principal función de dar los impulsos necesarios para el desarrollo de la UE, y enviarlos a los colegisladores de la UE (Consejo y Parlamento Europeo) para su posible adopción posterior en el marco de un acto legislativo formal.

Su principal atribución es, tal como lo hemos indicado, el de impulsar políticamente a la UE (art. 15.1 TUE)⁴⁵. Únicamente tomará

45 Para ello, adopta unas orientaciones generales para la acción de la UE. Las últimas -tituladas “Una nueva agenda estratégica para 2019-2024”- fueron acordadas el pasado durante el Consejo Europeo del 20 de junio de 2019 y fijan cuatro prioridades principales: proteger a los ciudadanos y las libertades; desarrollar una base económica sólida y dinámica; construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social; y promover los intereses y valores europeos en la escena mundial. De la misma manera, y conforme al encargo del art. 68 TFUE, el Consejo Europeo debe definir las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia. En junio de 2014, la institución publicó dicha estrategia, la cual fue revisada en 2017. En la actualidad se

decisiones jurídicas en casos estrictamente tasados (y especialmente en materia de política exterior y de seguridad). Cuando el Consejo Europeo está debidamente autorizado por los Tratados a adoptar unos actos jurídicamente vinculantes, se le aplicará las disposiciones de los Tratados relativas al control de legalidad ejercido por el TJUE (art. 263 TFUE), así como las relativas al recurso por omisión (art. 265 TFUE).

Una de las novedades más importantes introducidas por el Tratado de Lisboa es el papel que tiene ahora el Consejo Europeo dentro del sistema institucional de la UE en caso de violación, por un Estado miembro, de los valores de la Unión (dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos -art. 2 TUE). Recordemos, en este sentido, las disposiciones del artículo 7 TUE, el cual prevé dos supuestos (uno preventivo y uno sancionador): la constatación de la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro (apartado 1)⁴⁶ y la constatación de la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores de la UE (apartado 2)⁴⁷.

centra sobre la protección y promoción de los derechos fundamentales; migración, asilo y fronteras; seguridad (y en particular en materia de lucha contra la delincuencia y el terrorismo); cooperación judicial, con la necesidad de crear un verdadero Espacio Europeo de Justicia; y libre circulación.

46 Art. 7. 1. “A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones.

El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos”.

47 Art. 7. “2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y

Es poco decir que dicha disposición ha empezado a cobrar especial fuerza tras los acontecimientos polacos y húngaros. Sin embargo, nos muestra, al mismo tiempo, la difícil conciliación que puede existir en el seno del Consejo Europeo entre los Estados miembros, más aún porque se trata de dos de sus miembros los principales infractores. En ambos casos, nos enfrentamos a un claro quebrantamiento del Estado de Derecho, tras la llegada al poder de dos partidos nacionalistas, en gran medida euroescépticos: el PiS (el partido Ley y Justicia de Jarosław Kaczyński) en Polonia y el partido Fidesz de Viktor Orbán en Hungría.

El caso polaco resulta ser particularmente llamativo, si tomamos en cuenta el conjunto de las actuaciones iniciadas por la UE en contra del Estado infractor desde la llegada al poder del partido PiS en el año 2015 (Ciréfica, 2019). En concreto, tras cuatro recomendaciones específicas presentadas por la Comisión Europea y relativas al Estado de Derecho en Polonia⁴⁸, el ejecutivo de la UE decidió finalmente iniciar el 20 de diciembre de 2017 el procedimiento preventivo previsto por el artículo 7.1 TUE, dado los pocos resultados alcanzados hasta el momento a pesar de las repetidas adverten-

persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones”.

- 48 Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia (DOUE L 217 de 12 de agosto de 2016, p. 53); Recomendación (UE) 2017/146 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374 (DOUE L 22 de 22 de enero de 2017, p. 65); Recomendación (UE) 2017/1520 de la Comisión, de 26 de julio de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374 y (UE) 2017/146 (DOUE L 228, de 2 de septiembre de 2017, p. 19); Recomendación (UE) 2018/103 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 y (UE) 2017/1520 (DOUE L 17, de 23 de enero de 2018, p. 50).

cias⁴⁹. Concretamente, la Comisión consideró preocupantes los dos siguientes puntos (apartado 5 de la Propuesta motivada): la falta de un control constitucional independiente y legítimo; y la adopción por el Parlamento polaco de una nueva legislación relacionada con el poder judicial que suscita graves dudas por lo que respecta a la independencia judicial e incrementa significativamente la amenaza sistémica para el Estado de Derecho en Polonia.

Para intentar revertir con estas dificultades, la Propuesta insta al Estado polaco a adoptar varias medidas, entre las cuales podemos citar las siguientes: restablecer la independencia y legitimidad del Tribunal Constitucional como garante de la Constitución polaca, velando por que sus jueces, su Presidente y su Vicepresidente sean elegidos y designados legalmente; publicar y ejecutar plenamente varias sentencias del Tribunal Constitucional; la modificación de la Ley del Tribunal Supremo, de la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios, de la Ley del Consejo Nacional del Poder Judicial y de la Ley de la Escuela Nacional de la Judicatura, a fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos relativos a la independencia del poder judicial, la separación de poderes y la seguridad jurídica. Además, se insta a las autoridades nacionales a velar por que cualquier reforma del sistema judicial se elabore en estrecha cooperación con el poder judicial y todas las partes interesadas, así como a abstenerse de actuaciones y declaraciones públicas que puedan socavar aún más la legitimidad del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, los tribunales ordinarios o los jueces.

Conforme al artículo 7.1 TUE, el Parlamento Europeo dio su aprobación a la propuesta el pasado 1 de marzo de 2018⁵⁰ y soli-

49 COM (2017) 835 final, de 20 de diciembre de 2017, Propuesta motivada de conformidad con el artículo 7, apartado 1 del TUE por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia (Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia).

50 Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de marzo de 2018, sobre la deci-

citó la intervención del Consejo de la UE para que emprenda acciones sin demora. Desafortunadamente, la resistencia del llamado “Grupo de Visegrado” (Hungría, Polonia, República Checa y Eslovaquia) está dificultando considerablemente la tarea, bloqueando políticamente cualquier intento para salir de la crisis. Sobre todo, impide el paso a la segunda etapa del procedimiento, la sancionadora (que prevé hasta la suspensión de los derechos de voto del Estado implicado), que requiere la unanimidad de los miembros del Consejo Europeo⁵¹.

En el caso húngaro, si bien la situación democrática en el país resulta ser muy preocupante desde casi una década⁵², fue solo el pasado 12 de septiembre de 2018 cuando el Parlamento Europeo adoptó una propuesta en la que solicita al Consejo que constate la existencia de un riesgo claro de violación grave a los valores de la UE⁵³. En particular, la Cámara se pregunta acerca del funcionamiento del sistema constitucional y electoral; la independencia del poder judicial y de otras instituciones y los derechos de los jueces; la corrupción y los conflictos de intereses; la protección de datos y de la intimidad; la libertad de expresión; la libertad de cátedra; la libertad de religión; la libertad de asociación; el derecho a la igualdad de trato; los derechos de las personas pertenecientes a minorías, incluida la población romaní y los judíos, así como la protección frente a los mensajes de odio contra esas minorías; los derechos fundamentales de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados; y los derechos económicos y sociales.

sión de la Comisión de activar el artículo 7, apartado 1, del TUE en relación con la situación en Polonia

- 51 Frente a esta situación, la Comisión decidió iniciar varios procedimientos por infracción en contra de Polonia. Vid. Ciréfica (2019).
- 52 El Parlamento Europeo se pronunció por primera vez sobre la situación húngara el 10 de marzo de 2011 (sobre la Ley de Medios de Comunicación húngara).
- 53 Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340_ES.html (fecha de última consulta: 1 de noviembre de 2019).

A pesar de las particularmente graves violaciones anteriormente mencionadas, una vez más el sistema previsto por los Tratados quedó totalmente bloqueado, debido al frente común por parte de los cada vez más numerosos Estados acusados de quebrantar el Estado de Derecho⁵⁴. En este sentido, el apartado 2 del artículo 7 TUE (relativo, recordamos, al mecanismo sancionador y que exige la unanimidad de los miembros del Consejo Europeo) resulta ser totalmente inaplicable en el estado, lo que amenaza sin duda alguna gravemente el conjunto del sistema europeo, al permitir, de manera casi impune⁵⁵, a cualquier Estado establecer regímenes autoritarios sin más que una mera reprimenda, sin consecuencia directa para él en el orden institucional europeo (Bar Cendón, 2014, pp.133).

Esta situación, intolerable en una unión tal como la UE, debe necesariamente conducir a una reforma de este artículo si no queremos asistir en el futuro a unas dificultades insuperables. Como posibles respuestas, aparece la sustitución de la unanimidad por la mayoría cualificada, así como la exclusión del voto del o de los Estados ya investigados por situaciones similares de violaciones de los valores de la UE.

54 Malta, Rumanía y Eslovaquia se han añadido a la lista de los países investigados por violación del Estado de Derecho.

55 Si bien es cierto que el artículo 7.2 TUE queda inaplicable, no podemos dejar de lado que la UE dispone de otros instrumentos -mucho más eficaces- para luchar contra esas derivas: nos referimos en particular al recurso por incumplimiento ante el TJUE que empieza a dar resultados (vid. por ejemplo la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2019, asunto C-619/18) y a la propuesta sobre la protección de los intereses financieros de la UE.

B. EL RECHAZO DEL CONSEJO EUROPEO PARA COMPARTIR EL PROTAGONISMO POLÍTICO EUROPEO: EL CASO DE LA DESIGNACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN EUROPEA

El Consejo Europeo dispone de otra función fundamental en el sistema institucional de la UE: la designación de los altos cargos de la UE. Plasma, en pocas palabras, el poderío de los Estados en el proceso de integración europea. Concretamente, y según los Tratados, le corresponde designar a su presidente permanente (art. 15.5 TUE), al presidente de la Comisión Europea (art. 17.7 TUE), al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (art. 18.1 TUE) y al presidente del Banco Central Europeo (art. 283, apartado 2 TFUE). En cada uno de esos supuestos, debe pronunciarse por mayoría cualificada⁵⁶.

Podemos afirmar que dicho poder de designación constituye un importante acto político, en el cual los intereses de la UE se ven inevitablemente mezclados con cuestiones de interés nacional e internacional. Un ejemplo de esta dificultad lo constituye la designación del presidente de la Comisión Europea.

La situación es la siguiente. Según los términos del artículo 17.7 TUE, *“Teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo y tras mantener las consultas apropiadas, el Consejo Europeo propondrá al Parlamento Europeo, por mayoría cualificada, un candidato al cargo de Presidente de la Comisión. El Parlamento Europeo elegirá al candidato por mayoría de los miembros que lo componen. Si el candidato no obtiene la mayoría necesaria, el Consejo Europeo propondrá en el plazo de un mes,*

⁵⁶ Recordamos que para lograr la mayoría cualificada, el 55% de los Estados miembros deben votar a favor de la decisión (16 de los actuales 27 Estados miembros) y dichos Estados deben representar al menos el 65% de la población total de la UE.

por mayoría cualificada, un nuevo candidato, que será elegido por el Parlamento Europeo por el mismo procedimiento”. A priori, no deberíamos encontrar mayor dificultad al asunto: corresponde al Consejo Europeo proponer al Parlamento Europeo un candidato al cargo, mientras corresponde al Parlamento Europeo elegir dicho candidato de manera definitiva.

Sin embargo, la realidad es distinta, especialmente desde las elecciones europeas celebradas durante el año 2014. En efecto, por primera vez, los partidos políticos europeos, aprovechando la redacción bastante ambigua de los Tratados sobre dicha designación, decidieron nombrar directamente a sus candidatos para presidir a la Comisión Europea, queriendo pasarse de alguna manera por encima de la potestad de propuesta del Consejo Europeo, dejando muy poco margen de maniobra para los Jefes de Estado. Así, un elector que votaba a favor del Partido Popular en España (miembro del grupo Partido Popular Europeo en el seno del Parlamento Europeo) votaba también a favor de la designación de Jean-Claude Juncker como presidente de la Comisión Europea. En cambio, un elector que votaba a favor del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) en el mismo país (miembro del Partido de los Socialistas Europeos) votaba también a favor de la designación de Martin Schulz como presidente de la Comisión.

Esta sutil maniobra por parte de los partidos europeos (conocida como la figura de los *Spitzenkandidaten*, o sistema de cabeza de lista - candidato principal) tenía un objetivo fundamental: otorgar mayor legitimidad democrática a una institución de la UE -la Comisión- muy criticada por su excesiva burocracia y su supuesta falta general de comprensión de las preocupaciones ciudadanas, y en gran parte responsable del déficit democrático que sufriría la UE desde dos décadas.

La respuesta no fue unánime, particularmente por parte de los Jefes de Estado reunidos en el seno del Consejo Europeo. En este

sentido, Reino Unido y Suecia, desde el principio opuestos a Jean-Claude Juncker, no dudaron en organizar una mini cumbre con Alemania y Países Bajos (reunión de los 4) para intentar poner freno al ascenso del antiguo primer ministro de Luxemburgo a la cúspide del ejecutivo comunitario⁵⁷. Si bien es cierto que la crisis se resolvió, en gran parte por descuido del asunto por parte de los Estados, con el nombramiento del interesado por parte del Consejo Europeo⁵⁸, el enfrentamiento entre las dos instituciones (Consejo Europeo y Parlamento Europeo) iba a repetirse durante los siguientes comicios.

En concreto, el Consejo Europeo ya había lanzado su advertencia apenas terminado el proceso de 2014: aceptaba la candidatura de Jean Claude Juncker para el puesto, pero de ninguna manera se trataba de un precedente de cara al futuro. La respuesta del Parlamento dada durante el año 2018, mediante su Decisión sobre la revisión del Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea⁵⁹, fue contundente. En él se hizo hincapié en que *“de no adherirse al proceso de designación de cabezas de lista, el Consejo Europeo también correría el riesgo de*

57 Véase https://elpais.com/internacional/2014/06/09/actualidad/1402335718_155790.html (fecha de última consulta: 3 de noviembre de 2019).

58 Véase las Conclusiones del Consejo Europeo, de los días 26 y 27 de junio de 2014. Recuperado de: https://www.consilium.europa.eu/register/es/content/out?document_date_from_date=&DOC_ID=&CONTENTS=&DOC_TITLE=&DOC_SUBJECT=CONCL&meeting_date_single_date=&MEET_DATE=&meeting_date_to_date=&document_date_to_date=&i=ADV&DOS_INTERINST=&document_date_single_comparator=&ROWSPP=25&document_date_single_date=&DOC_LANCD=ES&ORDERBY=DOC_DATE+DESC&meeting_date_single_comparator=&DOC_DATE=&typ=SET&meeting_date_from_date=&NRROWS=500&RESULTSET=4 (fecha de última consulta: 3 de noviembre de 2019).

59 Decisión de 7 de febrero de 2018. Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0030_ES.html (fecha de última consulta: 3 de noviembre de 2019).

presentar para la aprobación del Parlamento a un candidato a presidente de la Comisión que no cuente con una mayoría parlamentaria suficiente” (apartado 3). Sobre todo, “advierde de que el Parlamento Europeo estará preparado para rechazar, en el procedimiento de investidura del presidente de la Comisión, cualquier candidato que no haya sido designado como cabeza de lista en el período previo a las elecciones europeas” (apartado 4).

Cabe resaltar que todo empezó relativamente bien para los grupos del Parlamento Europeo al comienzo de la nueva campaña. En efecto, pudieron designar a sus cabezas de lista antes de las elecciones de 26 de mayo de 2019⁶⁰, siguiendo la hoja de ruta ya definida en 2014. Sin embargo, era sin contar con la oposición esta vez frontal de varios Estados miembros (Sánchez Margalef, 2019), una vez terminado el proceso electoral transnacional, con la victoria, no sin dificultades (y sin mayoría), del Partido Popular Europeo.

El fuerte rechazo estatal al sistema planteado por el Parlamento fue, en gran medida, posible gracias a los resultados obtenidos, mucho más fragmentados en comparación con 2014: 179 escaños para el Partido Popular Europeo (221 en 2014); 150 escaños para el Partido Socialista (191 en 2014); 107 escaños para el Grupo de la Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa (67 en 2014) y 70 para los Verdes (50 en 2014). Así, de cara a dichos resultados, dos escenarios eran posibles si se utilizaba la técnica del *Spitzenkandidat*: bien designar al representante del partido ganador (PPE), bien

60 Manfred Weber para el Partido Popular Europeo (PPE), Frans Timmermans (Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas / Partido de los Socialistas Europeos), Jan Zahradil (Grupo de los Conservadores y Reformistas Europeos), Guy Verhofstadt (Grupo de la Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa), Margrethe Vestager (Grupo de la Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa), Ska Keller (Grupo de Los Verdes), Bas Eickhout (Grupo de Los Verdes), Violeta Tomić (Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea), Nico Cué (Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea).

permitir las alianzas entre los grupos, con una mayoría a favor de los partidos de izquierda y del centro.

Esta situación no convenció a los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo y tras una negociación de varias semanas, un nuevo nombre apareció para liderar a la Comisión Europea: la alemana Ursula Von Der Leyen, como resultado del veto de varios Estados a los candidatos del *Spitzenkandidat*. En efecto, por un lado, Manfred Weber, líder del PPE, no había logrado obtener los favores de Emmanuel Macron, presidente de Francia, lo que tuvo como consecuencia descartarlo rápidamente como candidato serio para el puesto. Por otro lado, el candidato Frans Timmermans, antiguo vicepresidente de la Comisión Juncker, recibió los vetos polacos y húngaros, especialmente tras sus investigaciones en contra de dichos países por sus reiteradas violaciones al Estado de Derecho.

El nombre finalmente propuesto por el Consejo Europeo para la aprobación del Parlamento Europeo nos muestra como al fin y al cabo, los Jefes de Estado, lejos de despreocuparse por los temas europeos, decidieron retomar el papel que estiman les corresponden: liderar el proceso político europeo a toda costa, incluso actuando directamente en contra del único órgano democráticamente elegido por los ciudadanos. Obviamente, dicha situación solo nos puede preocupar de cara al futuro de la UE, debido a la brecha abierta como consecuencia de esta batalla entre dos instituciones particularmente importantes del proceso. En primer lugar, porque es poco probable que el Parlamento Europeo se haya resignado a defender su modelo de *Spitzenkandidat* (muestra de ello es el rechazo, durante las audiciones de los futuros comisarios, de la comisaria propuesta por Francia, Sylvie Goulard⁶¹). De ahí que, clara-

61 Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2019/10/10/actualidad/1570705485_846132.html (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2019).

mente, cabe la posibilidad de que el combate se intensifique en los próximos años, primero mediante un uso intensivo de su poder de control sobre la Comisión Europea (lo que podría dificultar grandemente su acción), segundo mediante una mejora sustancial de la normativa electoral europea antes de las próximas elecciones, para prevenir cualquier nuevo ataque estatal a su propuesta. En segundo lugar, porque existe un claro riesgo de que el nuevo presidente de la Comisión ya no sea elegido principalmente por sus cualidades de protector de los valores europeos, sino únicamente en consecuencia de sus meras habilidades políticas nacionales, lo que debilitaría en gran medida a la UE⁶².

5. CONCLUSIÓN

Institucionalizar el Consejo Europeo ha permitido, sin duda alguna, añadir mayor visibilidad a la acción de la UE, especialmente en un escenario internacional. En este sentido, su representante directo, el presidente permanente, tiene una importante tarea: lograr que la comunidad internacional considere a los Estados miembros de la UE como si fueran uno solo, hablando de una sola voz, especialmente frente a los desafíos globales que necesitan una respuesta coordinada.

Sin embargo, dicha institucionalización también ha añadido un nivel de dificultad adicional para la UE, ya de por sí dotada de un sistema institucional complejo. En efecto, ahora que sus funciones están mejor definidas por los Tratados, la falta de acuerdo entre sus miembros podría llegar a paralizar los avances de la integración europea.

Por todo lo anterior, reiteramos nuestro llamamiento hacia una mejora de los Tratados de cara a su próxima revisión en particular

62 En este sentido, recordamos que la acción de la Comisión Europea es fundamental para el conjunto del proceso. Véase Molina Del Pozo (2015a).

mediante una todavía necesaria aclaración de las competencias del Consejo Europeo, especialmente en lo que se refiere a su papel concreto dentro del entramado institucional europeo, para evitar que la integración europea, que tanto ha costado al continente, pierda su sentido por culpa de sentimientos nacionalistas, ajenos a la finalidad de la UE: la paz entre los Estados.

BIBLIOGRAFÍA

Bar Cendón, A. (2014). La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n. 33, pp. 99-140.

Bar Cendón, A. (2017). El Reino Unido y la Unión Europea: inicio y fin de una relación atormentada. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, pp. 141-180.

Barcená, J. de M. (2014). La cuestión de la secesión en la Unión Europea: una visión constitucional. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n.º 165, pp. 211-245.

Blázquez Peinado, M.D. (2008). Algunas consideraciones en torno a la regulación del Consejo, el Consejo Europeo y la Comisión en el Tratado de Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 29, pp. 165-192.

Calatrava Lesmes, O. (2018). *El papel del Consejo Europeo en la crisis económica y el modelo social europeo*. UNED, Tesis Doctoral.

Castillo de la Torre, F. (2015). La Comisión Europea y los cambios en el poder ejecutivo de la UE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, pp. 85-124.

Chaves Giraldo, P. (2017). La gobernanza económica de la Unión Europea: ¿activar los frenos de emergencia?. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad* n.º 12, pp. 92-114.

Ciréfica, R. (2019). El respeto del Estado de Derecho en la UE: el caso de Polonia. Comentario a la STJUE, Comisión/Polonia (In-

dependencia del Tribunal Supremo) de 24 de junio de 2019 (asunto C-619/18). *Derecho y Economía de la Integración*, n. 7, pp. 129-141.

Constantinesco, V. (1992). *Le Conseil Européen*. Répertoire de Droit Communautaire, París.

Constantinesco, V. ; Gautier, Y., Simon, D. (2007). *Traités d'Amsterdam et de Nice, Commentaires article par article*. Economica, París.

De Aireilza, J.M. (1998). El Consejo Europeo tras el Tratado de Ámsterdam, España en la negociación del Tratado de Ámsterdam. *Estudios de Política Exterior*, Biblioteca Nueva, Madrid.

Mellado Prado, P. (2010). La reforma institucional en el Tratado de Lisboa: “cambiar algo para que nada cambie”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 18, pp. 75-101.

Molina Del Pozo, C.F. (2015a). *Derecho de la Unión Europea*. 2ª edición, Reus.

Molina Del Pozo, C.F. (2015b). *Tratado de Derecho de la Unión Europea*. Juruá, 4 volúmenes.

Molina Del Pozo, C.F. & Bergamaschine Mata Diz, J. (2013). La distribución de competencias en el nuevo diseño de la Unión Europea: del Acta Única Europea al Tratado de Lisboa. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n. 118, pp. 15-59.

Papi Boucher, M. (2017). *El Consejo Europeo: entre el derecho y la realidad*. BOE.

Parlamento Europeo (2009). *Informe sobre las repercusiones del Tratado de Lisboa en la evolución del equilibrio institucional en la Unión Europea*. Recuperado de: <https://www.europarl.europa>.

eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0142+0+DOC+XML+V0//ES (fecha de última consulta: 17 de noviembre de 2019)

Pérez Bustamante, R. & Palacio, A. (1998). *Los Consejos Europeos*. Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid.

Petschen, S. (2007). El mandato para el Tratado de reforma: la consolidación definitiva de la Europa del Establishment político de los Estados. *Análisis del Real Instituto Elcano* n.º 95. Recuperado de: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido!ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNQ1z-cA73dDQ38_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjfuLsh0VAepxmvs!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI%2099-2007 (fecha de última consulta: 6 de noviembre de 2019).

Ramiro Troitiño *et al.* (2018). De Gaulle y Europa. Nacionalismo frente a integración en la construcción europea. *Revista de occidente*, n. 443, pp. 87-101.

Sánchez Margalez, H. (2019). *¿Quién quiere matar a los Spitzenkandidaten?*. CIDOB. Recuperado de: https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion/europa/quien_quiere_matar_a_los_spitzenkandidaten (fecha de última consulta: 3 de noviembre de 2019).

Taulègne, B. (1993). *Le Conseil Européen*. Presses Universitaires de France.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CRISIS DE LA ADJUDICACIÓN DEL DERECHO

Alejandro Matta Herrera

© <https://orcid.org/0000-0001-7663-8084>

1. INTRODUCCIÓN

Los efectos que ha generado la segunda guerra mundial en términos culturales, económicos, sociales son innumerables; incluso muchos de ellos, continúan proyectándose en la actualidad sin que dimensionemos sus alcances más relevantes.

Al respecto, el punto de inflexión jurídico propiciado por tal acontecimiento ha generado una disputa de tal magnitud que también se han afianzado, desde un punto de vista externo o del observador (Hart, 1963), distintas disputas académicas sobre modelos ontológicos y epistemológicos de la pretendida ciencia del derecho. Por ello, dicho fenómeno ha sido abordado desde diversas perspectivas.

Ahora, desde el punto de vista interno o del participante (Hart, 1963), los impactos más relevantes han trastocado el *concepto* y *validez* del derecho que se traía desde la revolución francesa, esto es, sobre la práctica jurídica, entendida esta como una práctica comunicativa de proposiciones prescriptivas y evaluativas que hacen los participantes de esa práctica, es decir, desde sus preferencias morales. (Matta, 2015).

De acuerdo con lo anterior, en el presente capítulo quisiera compartir una reflexión sobre un tema que se viene avivando con ocasión de las recientes decisiones de la Corte Constitucional en

materia de derechos humanos, es decir, sobre uno de los efectos de la constitucionalización del derecho de posguerra. Específicamente, compartiré unas ideas que tienen como fin aportar materiales para el debate acerca de la conveniencia de conservar un diseño institucional que otorga a los jueces un papel protagónico en la determinación del derecho depositando en ellos buena parte del peso sobre la crisis de la adjudicación del derecho.

Considero prudente destacar que la crítica que presento no es un memorial de agravios en contra de los derechos humanos, todo lo contrario, es un llamado a advertir que quizás el *Neoconstitucionalismo* y el rol asignado por el mismo no es la mejor forma para su garantía.

De acuerdo con lo anterior, es de vital importancia, antes sumergirnos en la reflexión del presente capítulo, ofrecer un marco de interpretación útil para comprender la referida crisis. En tal sentido, es imperioso abordar la crisis de la adjudicación del derecho en Colombia en el contexto de la práctica judicial vigente y con un marco conceptual preciso. Al respecto, acudir a ideales regulativos para comprender la realidad por medio de expresiones emotivas y grandilocuentes, puede trastocar, como sucede en la educación jurídica, el diagnóstico con las soluciones.

En aras de evitar lo anterior, propongo una lectura de la crisis desde una visión propia del realismo jurídico y con un marco conceptual positivista que proponga unas definiciones operativas que faciliten el diagnóstico.

Para empezar, es imperioso reconocer que la crisis de la adjudicación del derecho no es un asunto exclusivamente local. Es una dificultad que enfrentan diversos ordenamientos jurídicos que comparten un patrón común: diseños institucionales que conceden una confianza superlativa al rol judicial y desestiman la importancia de un control lo suficientemente intersubjetivo y público del razo-

namiento del juez. Hoy, tales países y el nuestro, no cuentan con un diseño institucional que equilibre el rol judicial promovido por el Neoconstitucionalismo y mucho menos tienen criterios sedimentados para concluir que una sentencia se encuentra ajustada a derecho o no, diluyendo el control jurídico de la administración de justicia.

Expondré que, aunque con propósitos loables, el constitucionalismo de posguerra nos sumergió en un diseño institucional y en una cultura jurídica que diluyó la posibilidad de controlar por medio de estándares jurídicos la labor de los jueces y, especialmente, la de los órganos judiciales de cierre. Ello se presenta debido a que la estructura y semántica de las formulaciones normativas que se han integrado a los ordenamientos jurídicos constitucionalizados, sumado a ello la cultura jurídica que actualmente se promueve, permiten que la labor argumentativa e interpretativa de los jueces, sea orientada por sus preferencias y no guiada por el texto, diluyendo el control jurídico de la adjudicación del derecho y, por ende, socavando uno de los acuerdos más fundamentales de las sociedades modernas: el estado de derecho o control jurídico del poder público. Es desde allí que considero que el Neoconstitucionalismo ha ahondado la crisis de adjudicación del derecho.

En este sentido, sostendré que si se quiere propiciar un escenario que permita superar la crisis en la adjudicación del derecho se debe facilitar una profunda reflexión sobre (i) las expectativas que proyectamos en los jueces, (ii) la cultura jurídica que ha institucionalizado nuestro ordenamiento jurídico y (iii) el diseño institucional previsto para controlar la función judicial. Lo anterior deberá trastocar tales supuestos y dar paso a fórmulas de arreglo institucional pertinente y conducente para enfrentar la crisis de la adjudicación del derecho.

Finalmente, quisiera señalar que la crisis de la adjudicación del derecho tiene un pasado bastante largo y, si se quiere ser preciso, es

conveniente destacar que no necesariamente el constitucionalismo contemporáneo es el causante: puede incluso decirse que es algo ligado íntimamente a la imposibilidad de cumplimiento de reglas por parte del ser humano, según se sugiere por algunos psicólogos cognitivos.

Si se quisiera situarla en un momento próximo, podría acudirse a la Francia prerrevolucionaria en donde el cargo del juez estaba sometido a relaciones de compra y venta (Loewenstein: 1986, 297). Lo anterior, permite vislumbrar la forma como se gestó en sus inicios la función judicial. Con la revolución francesa se rompe tal situación, al menos desde un punto de vista normativo o prescriptivo, y se consolida la idea moderna de adjudicación judicial que venía gestándose tiempo atrás. En dicho momento histórico, se construyó bajo el influjo mesiánico de la revolución, una concepción de juez en el que se descartaron cuestiones empíricas de suma importancia, entre ellas, pero no exclusivamente: (i) la imposibilidad de la precisión del lenguaje que hacia inoperable la exégesis jurídica; (ii) una confianza superlativa en el juez, en la que se descartaron sus condiciones subjetivas; y (iii) la sobrevaloración del carácter representativo de la Ley como expresión de la voluntad general.

De tal forma que el problema de la crisis de la adjudicación del derecho y sus causas, no corresponde exclusivamente el constitucionalismo de posguerra, sino que está íntimamente atada al problema de adjudicación del derecho desde sus inicios. Sin embargo, lo que sí quiero destacar es que la cultura jurídica, las estructuras normativas y el diseño institucional del Neoconstitucionalismo exacerban los problemas que desde antaño acompañan la crisis de la adjudicación del derecho.

A los anteriores problemas se suma algo que se asocia a la técnica para realizar diagnósticos. Mientras que las ciencias se apoyan en conocimientos y métodos intersubjetivos que están sometidas a una constante revisión, la formación en las ciencias sociales, entre ellas

las jurídicas, carecen de un método intersubjetivo para diagnosticar y luego resolver problemas. En este sentido, es común en tales áreas tomar caminos sin brújula o con una que carece de puntos cardinales. Ello afecta de forma profunda la explicación de los hechos sociales y, en este caso, lo que podría denominarse los hechos normativos de una forma tan nociva que torna el conocimiento en un saber religioso (Guibourg, 2013) que está lejos de lograr algún sistema descriptivo, explicativo con posibilidades de proyecciones de probabilidad de acontecimiento de hechos (Quine, 1962).

Haciendo un repaso por la cultura jurídica en la que somos entrenados los abogados, se puede notar que algunos académicos no distinguen si su propósito es describir o evaluar esa práctica que llamamos derecho. Al omitir la distinción producen en los futuros abogados una confusión que les impide entender si lo que dice el profesor es una explicación-descripción- o una justificación-prescripción- de la decisión judicial. (Guibourg, Ghligliani & Guarinoni, 1985).

Este hecho confunde al estudiante de tal forma que el resultado es la ontologización de los conceptos utilizados en el lenguaje jurídico, es decir, la concesión de existencia material a conceptos tales como validez, poder constituyente, soberanía popular, democracia, soberanía, justicia, estado social de derecho, entre otros. En tal sentido, es elocuente García de Enterría (2001) cuando afirma que la consolidación del lenguaje jurídico de los derechos en la revolución francesa supuso, por medio de un uso performativo, la idea de que no solo se estaba creando una nueva forma de hablar, sino también de representar el mundo, como se ve en la concepción de los Iura innata.

Lo anterior hace que no se ofrezca un conocimiento útil que permita explicar y predecir el “fenómeno jurídico”, sino herramientas de legitimación, apología o discusión abstracta sobre el derecho.

De tal forma que entre las causas de la crisis, están (i) la incertidumbre del estatus ontológico y epistemológico de la ciencia; (ii) las expectativas que proyectamos en los jueces, pretendiendo de ellos héroes filosóficos, recordando a Ronald Dworkin (1992); la (iii) cultura jurídica que ha institucionalizado nuestro ordenamiento jurídico o ideología normativa, en términos de Alf Ross (2005) y el desinterés por (iv) diseño institucional previsto para controlar la función judicial o sala de máquinas, como lo llama Roberto Gargarella (2015).

En consecuencia, la crisis de la justicia se debe a diversas situaciones que atraviesan aspectos que van desde asuntos subjetivos y biográficos del juez, pasando por la cultura jurídica en la que estamos envueltos a partir del constitucionalismo de posguerra y el diseño institucional que ella ha propiciado. Es un asunto que oscila entre el cuerpo (diseño institucional) y la mente (cultura jurídica).

Señalado lo anterior, me centraré en tres de las cuatro temáticas que entiendo han detonado la crisis de la adjudicación del derecho debido a que sobre las expectativas que proyectamos sobre los jueces se requiere un trabajo que permita abordar de forma mucho más completa, los sesgos y heurísticas que pesan sobre los seres humanos y, por supuesto, sobre los jueces.

2. BREVES APUNTES SOBRE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Aunque no tendré oportunidad de ocuparme con mucha extensión de los problemas que subyacen a la pretendida ciencia del derecho, sí dejaré expuesto el marco filosófico desde el cual parte la reflexión sobre la crisis de la adjudicación del derecho con el fin de que no haya dudas de que es el *positivismo metodológico* y el *realismo jurídico-propuesta empírica o naturalizada*-, los lugares donde asiento mi reflexión. Todo lo anterior con el fin de dejar expuestas las premisas y así propiciar y facilitar la crítica de la comunidad académica sobre la propuesta que estoy exponiendo. En tal sentido, la

falta de un marco claro, en mi sentir, ha impedido que diagnostiquemos con precisión la referida crisis.

Es preciso destacar que existen orillas epistemológicas que ponen en cuestión la posibilidad de construir una ciencia empírica del derecho. Por ejemplo, la *escuela crítica del derecho* ha criticado la posibilidad de asignar valores de verdad, es decir, afirmaciones *veritativas* en la ciencia, debido al carácter problemático del objeto de estudio del derecho, es decir, la participación del sujeto, como observador y objeto de conocimiento. En tal sentido, han señalado la imposibilidad de escindir el objeto del sujeto y de ello, a su juicio, deviene el carácter político de todo discurso del saber. En ese sentido, su propuesta sobre el conocimiento jurídico parece navegar entre un solipsismo epistemológico, una esquizofrenia semántica y una desesperanza cognoscitiva. (Carcova, 2009).

Por su parte, el iusnaturalismo racionalista (Finnis, 2000) o de forma reciente, el *no positivismo* también propone una reflexión crítica sobre el conocimiento científico siguiendo la ruta del escepticismo frente a la relación sujeto-objeto en las ciencias sociales. En esa apuesta, concluye la posibilidad de establecer un discurso moral objetivo, razonable o mejores respuestas que se integran al derecho. (García, 2009).

Por último, el positivismo, en su vertiente normativista o formalista parece también experimentar distintas dificultades. Esta propuesta conceptual, que recibió un influjo por parte de las apuestas que intentaba reducir la matemática a la lógica (Tasic, 2001), adoptó una idea de significado que desconocía el contexto del lenguaje y situó al mismo como una inferencia propia de las estructuras; convirtiendo su marco teórico en insuficiente para comprender la crisis de la adjudicación del derecho por fuera de las estructuras normativas.

Para concluir lo que interesa a este primer tema, esto es, la exposición de las premisas epistemológicas de la lectura de la crisis de

la adjudicación del derecho, quiero, siguiendo a Hart (1963), y su punto de vista externo, resaltar que no obstante las serias dificultades materializadas en sesgos y heurísticas al momento de conocer el mundo (Piatelli, 1995), lo cierto es que es posible lograr un conocimiento empírico –punto de vista del observador- lo suficientemente intersubjetivo- verdad semántica- (Quine, 1962) sobre la realidad, en nuestro caso, de la práctica social que llamamos derecho (Matta, 2015).

En síntesis, mi propuesta teórica considera que desde el *realismo jurídico* es posible el conocimiento empírico del derecho precisamente porque asume que para describir el derecho no se debe partir de conceptos formulados de forma inconexa a la observación de las conductas motivadas a partir de las formulaciones normativas y demás fuentes, sino por conceptos que expliquen la práctica social que llamamos derecho. Es decir, una *dirección de ajuste* que va de las palabras al mundo y no del mundo a las palabras (ANSCOMBE, 1957). Con ello pretendo evitar partir de conceptos emotivos que desdibujen la labor descriptiva que se pretende. Al respecto, este presupuesto que parece tan cándido, en principio, tiene el efecto de poder aproximarse a la crisis de la adjudicación, desprovisto de todas las teorías normativas, de orden metafísico, sobre la labor judicial.

Finalmente, uno de los impactos que genera la anterior postura, es la definición del derecho que se propone para entender la práctica social que llamamos derecho, para así lograr dar cuenta de la función judicial y por supuesto, de la denominada crisis de la adjudicación del derecho. En tal sentido, el concepto operativo que acompaña la explicación de la práctica jurídica denominada “*Derecho*” está asociado a la realidad que pretende designar, y por lo tanto habría que afirmar, luego de una delimitación e identificación por medio de algunos *juicios de relevancia*, que ella *designa una práctica social compleja*. El derecho no es un conjunto de formulaciones normativas referentes a la justicia, es una práctica social mucho más com-

pleja; dimensionar esta definición permite incluir diferentes causas, para comprender la crisis de la adjudicación del derecho.

En este sentido, el carácter complejo se advierte luego de observar la presencia y mutua relación de diversos elementos en ella: i) pautas y reglas jurídicas creadas por los participantes de la misma –tesis de las fuentes sociales-; ii) encaminados a motivar determinados comportamientos humanos en torno al uso de la autoridad respaldada en la fuerza-tesis del realismo jurídico-, iii) de acuerdo con el sentido que es asignado por los participantes a ese conjunto de normas- estados mentales-. Es de vital importancia para comprender la crisis de la adjudicación del derecho, el último criterio propuesto, esto es, el sentido asignado por los participantes. Al respecto, es importante hacer énfasis en que las formulaciones jurídicas no son las únicas fuentes de motivación de la decisión judicial en tanto que los jueces, según sus preferencias morales, determinadas por su cultura jurídica, delimitan el sentido del derecho. Es importante destacar esto para construir la causalidad adecuada de la crisis de la adjudicación del derecho. La crisis está precedida, en parte, porque en la actual práctica jurídica, no existen suficientes estímulos para ajustarse al texto normativo, y sí muchos para acudir a las propias concepciones de la justicia.

Como puede observarse, podría resumirse que la práctica integra un componente **normativo** relacionado con las proposiciones prescriptivas; uno **fáctico** que se asocia a las conductas de los participantes de la práctica; y finalmente una dimensión **valorativa** que hace referencia a la *situación mental* de los participantes que inclina el comportamiento a la obediencia o no de las normas (reglas y pautas). Establecer cual elemento es más preponderante en la práctica jurídica, entre las *formulaciones normativas* y las *preferencias morales*, es una cuestión que no puede resolverse conceptualmente, sino a partir de la observación de dicha práctica. Lo importante para la presente reflexión, es que para dar cuenta de la crisis de la adjudicación del derecho, no basta con dar cuenta de las

formulaciones normativas, sino que es imperioso tener en cuenta la cultura jurídica del juez que determina en qué medida se ha construido la obediencia o no, por las mismas.

En ese sentido, para diagnosticar la crisis que afronta el estado de derecho y su aplicación judicial, es preciso estudiar tal concepto y función, desprendiéndose de *ideales regulativos* que, por medio de expresiones emotivas, trastocan la comprensión de la función judicial como hecho social y político. Dicho camino, allana la posibilidad para comprender que tal poder se constituye como fuerza política en la que la labor judicial se presenta como una continuación de las estrategias y no como espacio de control “jurídico-racional”.

3. LA CULTURA JURÍDICA DE POSGUERRA: ONTOLOGIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Aclarado lo anterior, el núcleo central de la exposición consiste en proponer una lectura crítica sobre la crisis de la justicia o lo que llamaré, la *adjudicación del derecho*. Uso esta última expresión con el fin de restarle emotividad al análisis y evitar usar expresiones que carguen con una fuerte *ontología* las palabras con las cuales analizamos los fenómenos.

Ahora, entrando en materia, hay que decir que, con propósitos loables, el *constitucionalismo de posguerra* nos sumergió en un *diseño institucional* y en una *cultura jurídica* que diluyó la precaria posibilidad de controlar por medio de estándares jurídicos la labor de los jueces y especialmente de los órganos judiciales de cierre.

Por una parte, la cultura jurídica de posguerra propició una estructura gramatical y una semántica de las formulaciones normativas que concede un lugar privilegiado a los jueces al permitirles delimitar las condiciones jurídicas y fácticas de su aplicación, dejando de lado u obviando el peso que los sesgos, heurísticas y biografía del juez tienen en la decisión judicial y que impiden con mayor peso que tomen decisiones ajustadas a normas. Ello, sucedió por medio

de la inclusión de pautas o principios cargados de emotividad en los sistemas jurídicos. De nuevo, quisiera resaltar que la importancia política de tales principios no está en discusión sino el impacto en el control de las decisiones judiciales.

Adicional a lo anterior, la *cultura jurídica* que actualmente se promueve, permite, descriptivamente, que la labor argumentativa e interpretativa de los jueces, sea orientada por sus preferencias y no guiada por el texto, diluyendo el control jurídico de la adjudicación del derecho y, por ende, socavando uno de los acuerdos más fundamentales de las sociedades modernas: el estado de derecho.

Por otra parte, la cultura jurídica del Neoconstitucionalismo sobrestimando la posibilidad de control del razonamiento constitucional a partir de tales formulaciones normativas, descuidó el diseño institucional y el control jurídico de la labor judicial, abriendo paso a un gobierno moral de los jueces. La posibilidad que un juez sufra un reproche jurídico, en el diseño institucional colombiano, es reducida. Aspecto tal de la cultura que amerita un análisis aparte.

Evitando un reduccionismo arbitrario quisiera proponer tres aspectos de la cultura jurídica que, a mi juicio, han profundizado la crisis de la adjudicación del derecho:

- (i) Considerar la justicia como un valor cognoscible, en desmedro de una concepción que destaque el hecho de que ella se presenta como una continuación de las disputas ideológicas de la sociedad colombiana;
- (ii) Postular que los jueces son expertos sin ideologías, impidiendo ver límites y alcances de la función judicial;
- (iii) Desinterés sobre las condiciones de posibilidad del control jurídico de las decisiones judiciales y estructuras normativas, descuidando la importancia de un diseño institucional que garantice pesos y contrapesos.

(i) La *cultura jurídica* propiciada luego de la II guerra mundial ha ido por el vaivén de rehabilitar cierto *iusrealismo moral* o reivindicar ciertas *convenciones morales* bastante vagas. Mientras que el *iusrealismo* sostiene que se pueden *conocer* los principios que deben integrarse al fenómeno normativo para ser concebido como justo, algunos convencionalistas han afirmado la existencia y posibilidad de establecimiento de ciertos acuerdos morales globales para el mismo fin. Aunque los convencionalistas tienen influencia en la literatura jurídica, la cultura jurídica contemporánea preponderante¹ es de *talante iusnaturalista*.

El *iusrealismo moral* predominante en la ideología normativa de los jueces considera que la justicia es un valor atemporal, universal, que se conoce y es independiente de los contextos y preferencias de los sujetos que valoran (Matta, 2013). Es necesario señalar que dicha concepción de la justicia, que se integra como una de las vertientes del *neoconstitucionalismo*, además de los problemas ontológicos y epistemológicos de sus postulados (Mackie, 2000), ha desestimulado la consolidación de una ciudadanía activa en tanto que el diseño institucional previsto en la Constitución ha delegado en los Tribunales Constitucionales las decisiones políticas de mayor importancia.

La ciudadanía ya no se reúne a construir programas sobre sus derechos, sino que son las organizaciones de abogados quienes lideran tal defensa. La concepción de la justicia dejó de ser política, para ser un asunto jurídico y de un supuesto saber privilegiado de juristas académicos. El impacto en la crisis de la adjudicación del derecho es notable, en tanto que la función judicial dejó de ser un asunto que atañe a la ciudadanía, para ser un asunto de juristas.

1 Es prudente decir que las concepciones de la justicia contemporáneas son bastante disímiles, entre ellas, las discursivas, constructivistas, dialógicas, entre otros. Sin embargo, también hay que decir que las en la jurisprudencia constitucional suelen designar criterios de definición naturales. Una idea clara sobre tal consideración es la reiterada idea del *núcleo esencial* de los derechos.

(ii) Lo anterior se ata con una idea *decimonónica* que indica que los jueces pueden alejarse de su ideología, fallar en “estricto derecho”, o por ser juristas académicos, descubrir la respuesta correcta independiente de sus preferencias morales y políticas.

Como puede observarse en el diseño institucional del estado constitucional, tal consideración permitió situar a los jueces como los decisores morales de la sociedad; dando la espalda a los límites propios de cualquier ser humano, desconociendo los sesgos y heurísticas que influyen en cualquier decisión. Esto, permite que aumente el descontento frente a unos decisores que postulados como infranqueables son atravesados por sus preferencias morales. Los jueces enfrentan un material normativo indeterminado conceptualmente, precisamente porque tiene origen en una disputa legislativa, con toda la carga política que implica ser, un humano, con preferencias, también, ideológicas. (Piatelli, 1995).

Tal posición que viene ya construida desde la escuela histórica romántica, afianzada por la jurisprudencia de conceptos y que Diego López Medina (2006) la denomina para nuestro contexto como el formalismo jurídico latinoamericano, ha creado una idea de jueces ajenos a los debates políticos

(iii) Debe sumarse a lo anterior, las condiciones semánticas y estructurales de las formulaciones normativas del estado constitucional.

Las formulaciones que se fueron implementando incluyen deliberadamente expresiones importantes relacionadas con la justicia (vida digna, dignidad humana, vivienda digna) pero vagas y emotivas en su designación y denotación (Hospers, 1962). Expresiones normativas en las que no se tiene un acuerdo semántico y por ello, político², que permita que el juez conozca el sentido que debe aplicar.

2 No estoy proponiendo un juez objetivo, pero si con acuerdos políticos lo suficientemente intersubjetivos plasmados en las formulaciones normativas.

Las estructuras normativas neo constitucionalistas, bien sean principios o reglas no permiten saber de forma anticipada la forma de aplicación. De tal forma que son los jueces quienes ante expresiones vagas y ambiguas delimitan las condiciones de aplicación ante situaciones de subinclusión o sobreinclusión (Schauer, 2013). Lo anterior, impide contar con estándares jurídicos para controlar el razonamiento constitucional y, por ello, controlar el poder público que representa la rama judicial; he allí parte de lo que puede ser uno de los núcleos duros de la crisis.

Sin querer fomentar la particularización de la reflexión me pregunto ¿Acaso la mejor forma de probar que eventualmente algunos magistrados favorecieron intereses propios o ajenos por medio de providenciales judiciales no serían ellas mismas y su justificación? ¿Por qué hoy las sentencias no sirven para controlar la actividad de tales magistrados?

4. EL DISEÑO INSTITUCIONAL: LA CRISIS DE LA SALA DE MÁQUINAS

Es tradicional distinguir entre la parte dogmática y orgánica de la constitución. Con mucho énfasis se ha profundizado la reflexión sobre la parte dogmática, esto es, los alcances que supone establecer los derechos como principios y así mismo de dotarlos de un carácter imperativo. No parece que haya ocurrido lo mismo con el impacto que la cultura jurídica referida ha generado en el diseño institucional, entendido como marco de regulación de la interacción y control de las ramas del poder público o como lo llama Gargarella (2015), *la sala de máquinas*.

El diseño institucional del Estado está dispuesto para lograr que quienes ejerzan el poder público tengan controles jurídicos que permitan que, en caso de salirse de los senderos institucionales, existan mecanismo para re direccionar el comportamiento. No es poco lo que regula el diseño institucional: (i) el control del ejecutivo para

evitar gobiernos autoritarios; (ii) el control del legislativo para evitar mayorías que desconozcan derechos de los grupos minoritarios; y (iii) el control del judicial para evitar que no terminen como agentes legitimadores de la acción estatal.

De un adecuado diseño, depende la garantía de los acuerdos más comunes de las democracias contemporáneas: los derechos humanos. En tal sentido, el desdén generado por la cultura jurídica por el control de la rama judicial, confiando en ella la decisión de los dilemas morales más relevantes de la sociedad, son uno de las causas de la crisis de la adjudicación del derecho.

En tal marco, es prudente destacar que la cultura jurídica ha propiciado un repudio del órgano legislativo como espacio para deliberar y crear los contenidos y formas jurídicas, para empezar a considerar al juez como el actor relevante en esa tarea. Si bien es cierto que ello trajo consigo un especial interés por el papel del juez, también lo es, que se hizo en desmedro del estudio y propuestas sobre los pesos y contrapesos que permitieran controlar jurídicamente la rama judicial poniendo en un papel subsidiario a la rama legislativa y de paso, la necesaria interacción y control entre ellas –control horizontal–.

Atrás quedaron las reflexiones planteadas por *Toqueville* o *Hamilton* sobre la importancia de los diseños institucionales que se proponían en Francia por medio de los *pesos y contrapesos* o en Estados Unidos de América, a través del *check and balances*, para controlar la arbitrariedad de las ramas del poder público. (Loewenstein, 1986).

El Neoconstitucionalismo, sobrestimando la posibilidad de control del razonamiento constitucional, descuidó el diseño institucional y el control jurídico de la labor judicial, abriendo paso a un gobierno moral de los jueces. La posibilidad que un juez sufra un reproche jurídico, en el diseño institucional colombiano, es reducida.

5. CONCLUSIONES

En síntesis, sobre la cultura jurídica, si se quiere superar la crisis de la adjudicación del derecho es necesario:

- (i) Retomar las reflexiones sobre el estatus ontológico y epistemológico del estudio del derecho que facilite un diagnóstico mucho más preciso sobre las causas de la crisis.
- (ii) Incluir en los modelos descriptivos la idea de justicia que se fomenta en las aulas de clase con miras a propiciar una reflexión metaética de mayor profundidad que permita advertir que la función judicial no es el lugar más propicio para el “descubrimiento moral”.
- (iii) Tener presente los sesgos, heurísticas y biografía del juez como un factor relevante en la cultura jurídica y en la práctica social que llamamos “derecho”.
- (iv) Propiciar la reflexión para pensar la forma como estructuramos las formulaciones normativas, entre ellas, las de DDHH.
- (v) En tal contexto, para superar la crisis se en términos institucionales, estimo preciso:
- (vi) Retomar las reflexiones acerca del diseño institucional³ teniendo presente las nuevas dinámicas del estado constitucional y la reconceptualización del juez, pensando cómo propiciar su control jurídico.
- (vii) Volver a las preguntas sobre la justificación judicial como un valor fundamental de las democracias constitucionales y buscar arreglos institucionales acordes a ello.
- (viii) Pensar un procedimiento de desafuero para los altos cargos de las ramas del poder público buscando un control imparcial y promoviendo un control ciudadano y jurídico del poder público⁴.

3 Controles horizontales

4 Controles verticales

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anscombe, G. (1957). *Intention*. Oxford, EU: Basil Blackwell.

Alchourrón, C. & Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos*. Buenos Aires, Argentina: Astrea

Carcova, C. (2009). *Las teorías jurídicas postpositivistas*. 2a ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Carrió, G. (2008). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. 2a ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Estudio preliminar Cristóbal Orrego. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

García, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid, España: Trotta.

García de Enterría, E. (2001) *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Alianza editorial. Madrid

Gargarella, R. (2014) *Sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires, Argentina: KATZ EDITORES.

Guibourg, R., Ghligliani, A. & Guarinoni, R. (1985). *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires, Argentina: EUDEBA

Hart, H. (1963). *El concepto de derecho*. [Traducción de Genaro Carrió] Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Hospers, J. (1962). *Introducción al análisis filosófico*. Buenos Aires, Argentina: Macchi.

Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. [Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte] Barcelona, España: Ariel

López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.

Mackie, J. (2000). *Ética: La invención de la bueno y lo malo*. [Traducción de Tomas Fernandez Aúz] Barcelona, España: Gedisa.

Matta, A. (2013). Aproximación a la metaética de la Corte Constitucional Colombiana: influencia de la filosofía práctica de corte aristotélico en su jurisprudencia constitucional. En *Revista Pensamiento Jurídico: Algunos debates contemporáneos sobre los derechos*, 38, 31-63

Matta, A. (2015). El concepto interpretativo del derecho. En *Revista Pensamiento jurídico*, 41, 83-104.

Piatelli, P. (1995). *Los túneles de la mente*. Barcelona, España: Crítica.

Quine, W. (1962). Dos dogmas del empirismo. En *Desde un punto de vista lógico*. [Traducción de Sacristan]. Barcelona, España: Ariel.

Ross, A. (2005). *Sobre el Derecho y la Justicia*. [Traducción Genaro Carrió]. Buenos Aires, Argentina: EUDEBA.

Schauer, F. (2013). *Pensar como los abogados: Una reflexión sobre el razonamiento jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.

Tasic, V. (2001). *Una lectura matemática del pensamiento post-moderno*. Buenos Aires, Argentina: Colihue.

LA POLICÍA COMO ACTOR POLÍTICO

Rubén Darío Restrepo Rodríguez

© <https://orcid.org/0000-0001-8238-6944>

Sergio Molina Hincapié

© <https://orcid.org/0000-0002-6324-8121>

1. INTRODUCCIÓN

La novela de George Orwell (2010, p. 5) “1984” describe una sociedad bajo el control del Estado que determina cómo pensar, vivir, educarse, y en sí, comportarse, para preservar la convivencia social. Este texto comporta un antecedente presente en la sociedad del siglo XXI, que cada vez es más vigilada, recreando un aspecto de la sociedad que se pretende abordar: las instituciones de control social, en específico la Policía, vista como un actor que juega un papel preponderante en las relaciones sociopolíticas. La policía se recoge en los términos de *Le Clere* (1965, p 46) como unas entidades de diversas denominaciones: gendarmerías, milicias, cuerpos de seguridad y otras acepciones que han ejercido la función histórica del control en las civilizaciones primitivas, antiguas, modernas y contemporáneas.

El problema parte de la idea de que la Policía esta proclive a desconocer su plano deontológico de acoger el orden público como derrotero que garantiza la neutralidad y objetividad de su función, porque sus integrantes son seres humanos con posturas que pueden traducir la función policial en arbitraria al desconocer los frenos institucionales, como los derechos humanos, la estructura del Estado e incurrir en abuso y desviación del poder. Para abordar esta problemática, se ha propuesto recoger la teoría de la sociología que estudia los actores, proponiendo a la policía como un actor que participa activamente en las decisiones de Estado, es decir, como un

interlocutor que impone condiciones políticas en todas las esferas de la sociedad; y no como un ejecutor de la política de orden público, que lo único que propicia es que los estados se empeñen en restringir a la Fuerza Pública su condición política por el temor que la política se haga en comunión con el uso de la fuerza, toda vez que la capacidad de elección de la ciudadanía puede ser coaptada si la entidad que monopoliza la fuerza crea discursos políticos que sean aceptados en la sociedad civil; de lo anterior, cabe dilucidar ¿por qué se desconoce a la policía como un actor político dentro del Estado?

Para resolver el problema planteado, esta investigación se apartará de los discursos tradicionales que describen una policía correlacionada con la sociedad, para ella y desde ella; porque estos razonamientos no profundizan en la policía como un actor decisivo en la sociedad. Por ejemplo, la corriente funcionalista que estudia la Policía como connatural al *Estado* es un análisis formalista, que establece históricamente al utilitarismo como ejecutor de la función de policía con el único deber de sostener el orden establecido. Por otra parte, la corriente institucionalista, solo evalúa al binomio sociedad - policía y la estructuralista o neo-marxista plantea la Policía como un aparato represivo (Recasens, 1989, p. 86), que sugiere que la Policía está al servicio del interés de las estructuras dominantes de clase, es decir que la policía se convierte en una herramienta de coerción, como si fuere una cosa inerte y abstraída de las relaciones políticas. Es por lo anterior que el objeto del presente trabajo se aproxima a ese aspecto que no es perceptible de ver, la policía como un actor político, que puede tornar su raciocinio de defender un *orden público* o *la seguridad pública*, en actuaciones que en su mayor peligrosidad pueden ser amparadas en la legalidad.

En ese entendido, se pretende desarrollar un estudio interdisciplinar sobre la policía como un actor político, que permita rebasar el campo jurídico para construir un análisis crítico de la institución. Para ello, la investigación pretende presentar una forma alternativa

de entender la Policía en contravía de los discursos tradicionales, en tres momentos: (i) se desarrolla una aproximación conceptual de la policía, luego, (ii), se presenta la dogmática de los actores políticos, y (iii), por último, se establece un espacio donde se consideran los elementos que pueden identificar a la Policía como un actor político.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE POLICÍA

Una manera de acercarse a una definición de policía es reconstruyendo históricamente los contextos donde se puede asimilar su función que permite madurar deducir tanto rasgos conceptuales como teóricos, por eso se recogerán antecedentes para dar las primeras pinceladas sobre el concepto de policía.

El concepto que estructuró el término de policía surge en la antigua Grecia, ya que la noción “*deriva de la palabra latina politía, y ésta de la griega politeia: el gobierno de la ciudad*” (Jiménez, 2011, p. 25). La acepción etimológica sobreentiende que la policía tiene una relación intrínseca con el arte de gobierno y la política, como la manera correcta de gobernar. Desde la etimología, el concepto de policía presupone un puente entre el modelo de gobierno y los gobernados para asegurar una consecución adecuada de la vida, que se refleja en el respeto de los valores, los principios y las reglas de comportamiento pactados. Landaeta y otros (2015, p. 95) señalan que la concepción etimológica tenía “*una proximidad a la concepción clásica vinculada al estudio de la polis*” griega, es decir, al “*buen vivir de los ciudadanos*” en términos aristotélicos, frente a la búsqueda continua de la mejor forma de vivir en sociedad. En este punto, es visible que la policía no se ha separado del gobierno, no habiendo una claridad diáfana de las funciones del uno con el otro. Se puede entender entonces que la policía era la voluntad del gobernante, el cual debía procurar por el bienestar social. Cabe mencionar que la palabra policía como tal no era de uso o existencia en la antigua Grecia porque su construcción se da en la configuración del Estado moderno como un brazo ejecutivo de la autoridad pú-

blica (Antolín, 2005, p. 11). No obstante, el concepto etimológico aporta elementos que asemejan el concepto a la entidad encargada de velar por el cumplimiento de los pactos sociales.

La concepción etimológica de policía como el puente que garantiza la mejor forma de vivir en sociedad no obtuvo mayor cambio hasta finales del siglo XVIII, cuando la policía en plena revolución francesa gira en torno a *“el buen orden que se observa y guarda en las Ciudades y Repúblicas, cumpliendo las leyes u ordenanzas”* (Legarre, 2005, p. 56). La transformación conceptual da un giro de una policía moral o volitiva del gobernante a una policía insertada en la legalidad, enfocada a defender los preceptos consagrados en la norma positiva. Con la guerra civil de los Estados Unidos, Legarre (2005, p. 64) resalta que las discusiones sobre la policía comenzaron a girar en torno a la guarda del buen orden como derrotero de la misma, consagrado en los dispositivos legales y derivado de la autoridad estatal. Es decir, la policía era entendida como la guardadora del orden público.

Con la incursión de los principios de separación de poder que aportó el liberalismo, se traslada la función policial a su característica más evidente en la contemporaneidad: *“la idea de sociedad que se desarrolla a partir de este momento inserta dentro de ella la idea de la policía como aquella herramienta del Estado que posibilita la realización de la libertad”* (Landaeta et al, 2015, p. 95). La policía es una herramienta del gobernante para cumplir, ya no un modelo aristotélico de vida, sino uno de los pilares fundantes de la modernidad: la libertad, el respeto a la propiedad y en sí, los principios de legalidad y de seguridad, que son maternizados en amplios dispositivos normativos, compilados en una idea: el orden público.

En el mundo del humanismo el Estado entra en un debate filosófico, pues se busca establecer el orden y la protección de la libertad individual. La pregunta qué formula Landaeta *“¿cómo se ha de concretar la libertad mediante aquello que, en teoría, justamente la*

coarta?” (Landaeta *et al*, 2015, p. 97), es un punto neurálgico de la legitimación del Estado a través de la policía, de cómo asegurar la libertad individual a partir de la coacción estatal. La tensión se resuelve con los debates entre Hegel y Fitch sobre la concepción del Estado, dentro de los cuales se considera que la Policía en términos Hegelianos debe ser un mediador entre la libertad individual y lo universal, que refiere un orden jurídico social que nace de la limitación individual de cada ser de la comunidad a fin de que facilite los intereses particulares a través de la colaboración y consecución de las necesidades sociales (Landaeta *et al*, 2015, p. 97). Razones por las que se da por sentado que se trata de una teoría de aspecto contractualista.

El concepto de policía abandona la definición etimológica atada al buen vivir (Landaeta *et al*, 2015, p. 97), y se traslada a ser un instrumento. La concepción clásica de la policía se distancia a todas luces de la concepción actual, pues la Policía no está instituida para gobernar, administrar o dirigir, sino sólo para ejecutar las órdenes del estamento en sus múltiples configuraciones políticas. La aceptación aceptada de la Policía posterior a la entrada del humanismo significa la institución instrumentalizada que garantiza el orden público, como herramienta de los poderes públicos. En este entendido, la policía como concepto moderno es el cuerpo de seguridad que garantiza el cumplimiento del orden público como medio para garantizar la convivencia social a través de las instituciones políticas que definen cuál es el mejor modo de vivir de sus ciudadanos.

La policía, una mirada a sus enfoques

La Policía ha sido comprendida de distintas maneras, entre las principales miradas están las perspectivas etimológico-filosóficas y los enfoques teóricos que más han aportado a la construcción de la Policía como concepto, pero estos análisis no son suficientes para caracterizarla por qué es necesario dar un giro en cómo se abordan los estudios de policía frente a la propuesta en el presente trabajo

investigativo, para lo cual se demostraran las falencias propias de cada enfoque.

En primera instancia, la policía es abordada por la escuela funcionalista que realiza una interpretación desde un aspecto ontológico e histórico que propone la existencia de la Policía como un acto necesario y connatural de las relaciones humanas. *Le Clere* (1965, p. 49) encuentra que al revisar los procesos constitutivos de la sociedad humana aparece una autoridad que sanciona, controla y preserva los pactos originarios, y que es un derrotero social visible en las civilizaciones primitivas, antiguas, modernas y contemporáneas. Por lo tanto, se deduce que la Policía hace presencia desde las primeras organizaciones sociales y existirá para garantizar la preservación de la sociedad humana. El fundamento de esta corriente es que la policía cumple la función esencial de preservar un *statu quo*, conservando las relaciones sociales en constante control. Esta teoría ubica a la policía desde un entorno jurídico: el ius naturalismo, porque nace de la propia configuración humana y depende de ella para su existencia. Entonces, desde este punto de vista la policía es un ente necesario para la sociedad.

Esa autolegitimación de lo policivo es uno de los grandes aportes de esta escuela y al mismo tiempo uno de los factores de mayor discusión porque interiorizó en los Estados, en las organizaciones privadas y en la sociedad, la relación del orden con lo policivo, siendo un axioma para la preservación del Estado garantizar el monopolio de la fuerza. En ese entendido, no se propone un concepto de policía porque solo describe una actividad de lo que hoy se concibe de la función policial, puesto que es más un estudio histórico, y tercero traza una autopoiesis peligrosa que interpreta que toda agrupación social ha expresado de una u otra forma la autoridad policiva, y que las sociedades modernas no están exentas de su presencia, por lo cual las sociedades futuras requerirán una policía con mayor fortalecimiento ante los retos sociales (Recasens, 1989, p. 41). Así, desde esta escuela la función policial no se establece concretamente, lo que hace es un estudio historicista de la misma,

Uno de los problemas de esta escuela es que dependiendo el enfoque teórico se puede ubicar las primeras apariciones de una institución policiaca en los albores de la humanidad. A tal punto que desde un análisis freudiano se podría establecer como un punto de partida las primeras asociaciones que imponen la prohibición del incesto (Freud, 1988, p. 11), como una forma de configurar incipientemente una sanción al infractor y una legitimidad de sancionar a quién sea incestuoso para mantener la autoridad en la figura paterna frente al deseo sexual de los descendientes, o también, desde una visión antropológica, podría decirse que la función policial se ubica en el antiguo Egipto a través del *sab heri seker* (Recasens, 1989, p. 119), que era el delegado directo del Faraón que velaba por el buen orden, o en la manzana de adán (Recasens, 1989, p 43) desde un punto de vista religioso. No hay un criterio fiable. El valor de la escuela reside en ubicar en las primeras aglomeraciones urbanas la autoridad. La escuela caracteriza quien sanciona y la sanción, para concluir que la función policial siempre ha estado atada a las organizaciones sociales, aunque sea en sociedades precarias.

En segunda instancia, la corriente institucionalista nace como una respuesta a los estudios de lo estructuran el análisis de la policía en un tramado céntrico y separado de la institución de su contorno existencial (el Estado, la política, las luchas sociales, el modelo económico, entre otros) y la muestra en los diversos escenarios donde ha dado cumplimiento a la actividad policial. El objetivo de este enfoque es dejar de analizar la policía desde la función y dirigir el análisis a quién hace y autoriza la función (la constitución, La Ley, los reglamentos y demás), así mismo se configura orgánicamente (estructura, y de qué forma interactúa y satisface las necesidades sociales) (García, 2007, p. 58).

Desde la perspectiva de las instituciones, como el campo de la sociología que analiza los fenómenos sociales como “*sistemas de reglas sociales establecidas y extendidas que estructuran las interacciones sociales*” (Hodgson, 2011, p. 22), es posible que la actividad

humana sea ordenada y consistente. Lo policivo pasa de una indeterminación histórica a establecer con rigor cuáles son las características que define a la policía como institución, qué la diferencia de otros fenómenos que usan la fuerza, y resalta la presencia de un patrón de comportamiento en la policía: la jerarquía, la disciplina (línea de mando) y el control social. Estos factores conllevan a establecer, para los institucionalistas, a la Policía como una estructura social jerarquizada que ejerce el papel formal del sancionador, un ejecutor de acciones armadas que procura el mantenimiento del orden vigente a merced de la legalidad instituida (De Gatta *et al*, 1986, p. 392).

El enfoque es un estudio “orgánico” de quién ejerce el control social sin ahondar en las condiciones estructurales de la institución, la incertidumbre que resulta en la ambigüedad de diferenciar a la Policía de otros individuos o agrupaciones, que de forma organizada, ejercen un control social más formal, como las juntas profesionales que sancionan y velan por mantener un comportamiento adecuado de sus integrantes.

En tercera instancia, la policía es analizada desde la escuela estructuralista que tiene lugar en un contexto histórico. En pleno furor de las dictaduras militares del siglo XX (Italia con Mussolini, España con Franco, Chile con Pinochet, por citar, algunas) los movimientos sociales reclamaban la protección de derechos civiles y políticos desde un discurso que deslegitima el abuso de poder de los Estados de sitio, policiales o militarizados (Frühling, 2004, p. 3), que a su vez provocaron un estigma de las fuerzas de seguridad, al ser catalogadas como vulneradoras de derechos humanos de las clases menos favorecidas. Este discurso puso de relieve que las relaciones de poder del Estado se encuentran establecidas en razón de las condiciones económicas de las clases sociales; por lo cual la reforma policial fue un punto central de discusión en la restauración de las democracias (Frühling, 2004, p. 61). La perspectiva crítica y marxista produce dos subtendencias que reforman los fines y obje-

tivos que la institución policial siempre ha arropado (la protección del orden público), como se explicaran.

La primera tendencia, la policía comunitaria, surge del apoderamiento del discurso de los derechos humanos con el fin de integrar a la policía en la sociedad como un interlocutor legítimo entre la sociedad y el Estado, donde la policía está para proteger los intereses generales y a recuperar la credibilidad social perdida (Frühling, 2009, pp. 183-185). Las relaciones policía-sociedad (comunidad) promueven un fácil acercamiento del control social en los sectores abandonados por el accionar estatal o que son considerados de mayor vulnerabilidad. La nueva respuesta institucional presta atención a las causas del desorden social, indagando por las circunstancias y condiciones que favorecen la tergiversación del orden público asumiendo un nuevo rol de comportamiento policivo (Neild, 1998, p. 5). La madurez teórica se da con la propuesta de la policía comunitaria que promueve las relaciones estrechas con la comunidad para que la institución tome en cuenta las opiniones ciudadanas de seguridad, comportan responsabilidades y a su vez pueden movilizar a la sociedad a acciones preventivas. Es una corriente de índole sociológica que ve el modelo policial desde la calidad del servicio para evitar la violencia policial y reconfortar los lazos con la sociedad lo que impacta con los objetivos de cambiar la imagen policial, otorgar legitimidad y recuperar la credibilidad (Frühling, 2004, p. 6).

Esta propuesta de policía comunitaria se desarrolla desde los paradigmas contemporáneos que abordan desde un enfoque menos punitivo la criminalidad, la seguridad y los nuevos desafíos del crecimiento urbanístico y demográfico en los países, pero su propuesta traslada la policía a niveles paritarios con la sociedad, sin que explique las relaciones de poder entre la policía y la comunidad. Esta debilidad teórica da origen a la segunda subtendencia de carácter estructuralista que propone a la policía desde las teorías del poder, en especial como aparato con el fin de demostrar que la po-

licía es un instrumento de las clases sociales que hacen presencia en la gobernanza estatal. Esta perspectiva se plantea desde los análisis críticos y neomarxistas que tratan a la policía como un medio de los aparatos ideológicos (Zaffaroni *et al*, 2000, p. 114).

Por ejemplo, Bergalli (1998, p. 130) evidencia que la policía está al servicio de las clases dominantes a partir de un análisis empírico del control social en los siglos XVIII y XIX, donde proliferaron las políticas policivas de represión para el aplacamiento de conflictos sociales provocados por un desmesurado crecimiento urbano, que conllevó la desestabilización de la administración pública cuando las sociedades proletarizadas exigieron mejores condiciones de vida y reconocimientos de derechos civiles y políticos, como respuestas a las desigualdades sociales. De la misma forma, Recasens (Zaffaroni *et al*, 2000, p. 113) reconoce que eventos como la Revolución francesa forzaron a un reinvento de la policía en función a la clase detentora del poder porque al trasladarse la gobernanza de la realeza a la burguesía era coherente que el objetivo misional de la policía se trasladara a los intereses económicos y políticos del nuevo gobierno, por lo tanto el aparato policial responde a las circunstancias que imponen los grupos hegemónicos en cada contexto histórico de la humanidad siendo su control un objetivo principal en el mantenimiento del orden social.

La teoría del aparato de poder resalta que la policía es un medio o instrumento de poder de la clase dominante que a través de la institución impone a la fuerza la voluntad de dicha clase, a mérito de ser considerado como la forma directa del control social; sin embargo, deja de lado que la policía en estados arbitrarios no solo participa como ejecutor de las decisiones políticas, sino que interfiere y es, en ciertos puntos, determinante en la ejecución de la política, punto en que flaquea la propuesta teórica. Por ejemplo, la escuela no puede explicar cómo la sociedad Chilena elige a un presidente democrático de índole socialista por los canales establecidos en el orden público, amparándose en una mayoría representativa en la elección popular que lleva Allende a la presidencia, pero la fuerza

pública, entre ella la policía, asesta un golpe de Estado para evitar el avance del comunismo en el siglo XX en el cono sur (Bernedo, 2004, p. 122), acción que se apegan a percepciones políticas personales, partidistas o colectivas, que son transformadas por el lenguaje político en el orden público a defender.

En síntesis, las tres escuelas presentadas reducen a la policía a ser un simbionte histórico que se presenta en todas las sociedades, como un vehículo de colaboración para la sociedad y un instrumento de ejecución de órdenes del Estado e influjo de las organizaciones, sectores, castos o clases que detentan el poder. En los tres casos la policía siempre se ve necesaria para el sistema político, pero la relación entre la policía, el Estado y la sociedad puede ser más profunda, abarcando la posibilidad en virtud de la cual la policía presenta varias contingencias propias, como la posibilidad de que sus integrantes planteen posturas políticas que pueden ser transformadas en un pensamiento que converja en una perspectiva política propia de la institución. La idea a desarrollar en el trabajo es precisamente lo que las escuelas no tocan por el tabú que representa, la policía como poder, opción política y actor social.

El control social

De acuerdo a lo esbozado, la función principal de la policía en el mundo contemporáneo es conservar el orden público, expresado en el ordenamiento jurídico, a través del control social. Pero dicho control social se presenta por lo menos en dos sentidos, como un freno para la perturbación del sistema social en su nivel sancionatorio y a su vez como un método de persuasión que prevenga conductas desviadas, al tiempo que refuerza y fomenta “*los valores nacionales*” que son en últimas los pactos morales aceptados mayoritariamente (Puente, 2008, p. 22).

El control social se ha abordado desde la concepción del deber objetivo de cuidado del Estado hacia el individuo que pervierta el

orden social vigente, puesto que pone en peligro la consecución de la seguridad, convivencia y tranquilidad del cuerpo social. Para Herrera y Soriano (2004), la teoría de la acción social se centra en crear una adecuación del ser individual al esperado comportamiento del ser para desempeñarse adecuadamente dentro de las actividades mundanas. La teoría del control social está diseñada para crear una percepción de amenaza psicológica y un reconocimiento racional de la deontología de las normas de comportamiento, pero está también instituido como un sistema coercitivo para su cumplimiento que *“tiene como primordial característica el recurrir a sanciones, las que serán aplicadas a aquellos que hayan realizado acciones sociales negativas”* (Puente, 2008, p. 24).

El control se hace en dos estadios: formal e informal. El primero se establece en las instituciones positivas del Estado: por un lado, el derecho objetivo que contiene las normas que regulan las relaciones sociales y la interpretación y, por otro, las instituciones que materializan la coerción del Estado (la más evidente: la policía, pero es aceptable incluir los aparatos de justicia, los partidos políticos y demás instituciones que colaboran con el cumplimiento del orden público). El segundo, el de carácter informal ejercido por el capital empresarial, la educación, las concepciones religiosas de la vida, los movimientos ciudadanos, los medios de comunicación y demás que aparecen en las relaciones sociales con la característica de ser imperceptibles cuando se analizan de forma sectorizada y atomizada, pero que en últimas se armonizan para promover una idea de sociedad adecuada (Díaz, 2007, p. 111).

En este escenario el control social es un discurso represivo, pero al mismo tiempo es la construcción de *“[...] un curso de subjetividades valoradas socialmente”* (Dallorso, 2010, p 104), porque su marco de acción es el propio orden social, por eso las conductas valiosas son aquellas que garantizan el cumplimiento de los valores y bienes morales aceptados en la tradición social. Ante esto, la construcción de la moral social determina la capacidad de movilidad

del individuo porque sus acciones serán reprochadas si contraría lo subjetivado, pudiendo plantear que el Control Social acude a un perfeccionismo moral que moldea el curso de acción de la persona coadyuva a la cohesión social.

Así el control social es la expresión del orden público que, desde una perspectiva jurídica, representa los acuerdos vinculantes entre las fuerzas vivas de la sociedad soportadas en los valores y comportamientos debidamente aceptados en el seno de la sociedad, de allí que el orden público sea respetado desde lo ético, porque representa los valores sociales y porque una vez se traslada a la producción normativa, contrae consecuencias sancionatorias a quien irrumpe el orden público. El control social es un instrumento que garantiza ese cumplimiento, ya sea desde lo simbólico o lo reactivo, siendo en ambas esferas donde la policía interactúa.

El control social se materializa de manera directa con la policía, en un principio con la facultad de velar por el ordenamiento público que empodera a la institución para determinar quién incumple los cánones jurídicos, esa es una función reactiva del control social que ejerce la policía por pleno monopolio de la fuerza en el Estado, exponiendo la autoridad en la clásica interpretación maquiavélica del poder: el miedo, pues el ciudadano se siente vigilado es proclive a cumplir el ordenamiento jurídico no por el respeto sino por el miedo palpable. Aunque, el acatamiento ético de las reglas sociales permite un control social informal de autorregulación que facilita la tarea policiva, toda vez que los ciudadanos interiorizan qué comportamientos son valorados y cuáles reprochados, para evitar traumatismos dentro de la cohesión social.

El orden público, un concepto en constante evolución

La esencia y objetivo del control social se puede establecer en la guarda del orden público, pero la definición y la conceptualización de este último concepto ha sido de amplia discusión en la acade-

mia sin haberse logrado aún llegar a un consenso universalista. No obstante, desde el positivismo jurídico el orden público se entiende desde dos concepciones: (i) una visión normativista materializada en el respeto a las normas y, (ii) como una *‘tranquilidad’* social que garantiza la convivencia (Freixes y Remotti, 1995, p. 147). De la misma manera, cuando Echandía (1946, p. 252) aborda el orden público destaca que aparece en dos dimensiones principalmente el político y el policivo (aunque reconoce la dimensión económica), al primero le corresponde definir los acuerdos sociales y al segundo le concierne velar por la tranquilidad, la seguridad y la sanidad pública.

La problemática del orden público es la naturaleza propia de la sociedad, porque las relaciones sociales son dinámicas y dependen de la mutabilidad moral, los valores, principios y reglas que son apreciadas como correctas o incorrectas según el contexto histórico o cultural, lo que ayer era bien visto hoy puede ser desafortunado, discriminatorio o amoral. Echandía (1946, p. 253) señala que constituye un error monumental reducir el orden público a un concepto de órgano inmutable y estático, *“cuando precisamente es de su esencia la transformación permanente, ya que las condiciones de todo orden que lo constituyen varían de contenido y de importancia al choque de los hechos sociales”* (1946, p. 252).

El concepto de orden público reposa en dos posiciones: en un principio en los límites que el individuo debe tener en cuenta en su interacción social para asegurar la correcta convivencia y, en un segundo momento, en las garantías que tiene el ciudadano o los grupos sociales frente la capacidad de intervenir del Estado en sus relaciones sociales. Sin embargo, el concepto de orden público ha evolucionado al término de seguridad pública como un derrotero más acertado de la función propia de la policía. Las naciones de las postdictaduras del siglo XX, que presenciaron la arbitrariedad y el abuso del poder de los cuerpos policivos y militares que legitimaron las acciones de represión a fin de proteger el orden público,

entrevieron la necesidad de transformar el derrotero de la función policial para garantizar la estabilidad y la democracia restauradas.

Por ejemplo, en el discurso de alzamiento de Franco, en la década de los treinta, se adujo que “[...] *las masas, engañadas y explotadas por los agentes soviéticos, [...] se unen la molicie y negligencia de autoridades de todas clases que, [...], carecen de autoridad y prestigio para imponer el orden en el imperio de la libertad y de la justicia*”¹. El orden a que referencia Franco es el orden público, que en su concepción debía ser resguardado de las hordas comunistas que avanzaban por el continente europeo y que lograron la victoria en 1936 a través del partido Frente Popular (Fusi, 2001, p. 48), dando lugar a unos de los episodios más violentos de España en el siglo XX.

En los mismos términos Pinochet en Chile basó su intervención militar en preservar las tradiciones socio-jurídicas del Estado Chileno amenazadas “[...] *esto [entiéndase el discurso] también se expresa de manera indirecta [...] cuando se afirma que ‘el Ejército participa y contribuye de diversas formas [...] en el desarrollo económico y social del país’, pero siempre ‘dentro del orden jurídico’ y ‘sin desnaturalizar su función primordial’*” (Cuevas, 2014, p. 491).

La perspectiva expuesta de orden público provocó, por ejemplo, España en la Constitución de 1978, se modifique el criterio de orden público por el de seguridad, en virtud de la fuerte represión acaecida en el gobierno de Franco, y a la fragilidad del concepto de orden público que reflejaba la subjetividad de la sociedad o de quien asumía el control de la misma, es decir, de quien ejercía el gobierno, reformulándose en un concepto de seguridad pública o ciudadana que pretendía distinguirse de la concepción represiva

1 El anterior extracto se toma de: <https://www.elperiodico.com/es/politica/20160716/18-julio-franco-enemigos-patria-5272352>, el 10 de agosto de 2018.

característica del orden público en las sociedades militarizadas del siglo XX. Las sociedades que procuraban pasar del discurso del orden público a un discurso de protección y ayuda a la sociedad civil a través de los cuerpos de seguridad forjan un nuevo discurso que pretende reformular la función policial.

La seguridad pública nace de la idea de limitar directamente la actuación del Estado en las restricciones de las libertades, garantías y derechos fundamentales, consagrando una línea de capacidad de acción o inacción, a lo cual la doctrina ha denominado la competencia, es decir en qué circunstancias se puede actuar (Ridaura, 2014, p. 333). La competencia es el primer contenido material de la seguridad pública porque su fin es la protección de las personas, bienes, mantenimiento de la tranquilidad y del orden social, un objetivo más íntegro que solo velar por el orden público (el ordenamiento jurídico y los bienes morales), por lo tanto, la perspectiva se dirige a que el propio Estado a través de sus instituciones democráticas consagre reglas constitucionales o de inferior categoría que delimitan la acción del Estado para afectar en menor grado las garantías civiles, políticas, económicas, culturales y demás presentes en un Estado de Derecho Social y democrático, afectando la actividad policial en todas las instituciones del Estado.

Aunque el nuevo derrotero sea un freno de la acción estatal y policial al delimitar cuándo se puede ejercer control social, la seguridad pública recae en un sofisma circular. Fijar las reglas de competencia en los bienes morales equivale a soportar el orden público en los valores nacionales, la transformación teórica y lingüística contra un mayor debate sobre los derroteros universales que deben delimitar la acción estatal, pero eso no asegura que los bienes morales y jurídicos (orden público) sean la imposición de ver el mundo con una postura, por ejemplo, que segreguen a otros sectores sociales. La subjetividad del orden público (la moral) hace que la policía sea guardadora de la voluntad mayoritaria, de los consensos mínimos sobre lo que es bueno y malo, baluarte que construyen las instituciones alrededor de estos pactos sociales.

Así, fundar la función policial sobre algo tan contingente y manejable que dependa de los contextos sociales no es el mejor criterio para determinar cuál es el campo de acción de la policía, sin embargo, el objetivo del trabajo no es repensar qué derrotero es mejor o peor para delimitar la función policial, el objetivo centrar es reconocer la politicidad propia de la policía para que esta pueda participar abiertamente, expresando su postura frente a los acontecimientos que los afecta, bajo unos presupuestos que permitan su interacción desprovista de cualquier amenaza armada.

3. ACTORES POLÍTICOS

La teoría de los actores políticos es clave para visibilizar las consecuencias que estos en la sociedad pueden generar si no son abordados sin tabús, por eso en este capítulo pretende desentrañar los aspectos generales de los actores y su politicidad en las relaciones sociales, para atisbar como juegan un papel preponderante en la toma de decisiones. La importancia de explicar la teoría de los actores recae en que la investigación intentará soportar que la policía actúa en dos roles, corporativamente y dialógicamente, generando una necesidad continua de la sociedad de aumentar los niveles de seguridad.

Una sociología del actor

Se han presentado dificultades para lograr una definición conceptual llevada a la praxis de qué es y qué se identifica con Actor. Puede ser que los problemas surjan al identificar en el mundo físico al actor de una manera tangible y concreta, sin embargo, hay trabajos aproximativos que se han ocupado de esta problemática. Por ejemplo, García (2007, p. 201) advierte que hay la necesidad de definir qué es el actor y cómo se identifica porque constituye una manera de entender los fenómenos sociales, desde quienes los producen o participan en estos, en especial el policivo.

La definición que aporta la Real Academia Española sobre lo que es el actor encamina a definirlo: (i) persona que interpreta, exagera o finge; (ii) participante de una acción o demandante; y (iii) autor (RAE, 2017). Si bien, las tres propuestas son particularmente escuetas, al leer la RAE se puede observar que hay básicamente un elemento con diverso enfoque. Las acepciones siempre refieren a “*el que*” realiza la acción, respectivamente, el actor puede ser una persona (o varias, se agrega), o puede no ser persona, pero si un ente o un concepto más teórico: el sujeto. El primer elemento del actor, es el sujeto, quien hace la acción (Vera, 2002, p. 124).

En la teoría de los actores, el actor ha sido definido de una manera extensa y ambigua, refiriéndose desde su raíz, es decir a la acción, hasta incluir términos de capacidad, decisión, reflexión, entre otros. García (2007, p. 205) propone un trabajo interesante, recoge los planteamientos de Scharpf, Coole, Sibeon y Giddens, para construir una definición compuesta que se aproxima a una definición de actores útil para las ciencias políticas y sociales o para las disciplinas jurídicas:

- i) cuyos miembros están integrados en torno a similares -o, al menos, convergentes- intereses, percepciones y creencias con respecto a un problema, ii) que cuenta con cierto grado de organización y recursos y con mecanismos para la resolución de conflictos internos, iii) que tiene los medios y la capacidad para decidir y/o actuar intencionada y estratégicamente para la consecución de un objetivo común como unidad suficientemente cohesionada, lo que le identifica y diferencia frente al resto y iv) a la que, por tanto, se le puede atribuir alguna responsabilidad por sus decisiones y/o actuaciones. En otras palabras, un *actor es una unidad de decisión-acción responsable* (2007, p. 206).

El actor, según se desprende de García (2007), es quien hace o tiene la capacidad de hacer, en términos de determinar o de decidir conscientemente el curso de acción de la organización y el de sus integrantes, que son movilizados por los intereses convergentes que los cohesionan, para la ejecución de un objetivo común.

La definición que aporta García (2007) concuerda con la propuesta de Touriane (2003, p. 169) que intuye que una verdadera sociología del actor debe demostrar que el actor se reconozca porque su acción fortalece su estructura y trabaja en la consecución de sus intereses, vistos desde su individualidad. La teoría del actor no sólo debe de identificar y definir el actor en su contexto social, debe además profundizar en el esclarecimiento de la causa y efecto de los intereses colectivos del actor, que es el motor discursivo de sus actuaciones que injieren en el entendimiento y comportamiento social.

La teoría del actor está en función del proyecto personal y del interés individual del *sujeto* que imprime sus particularidades o personalidad en la ejecución de sus acciones. Los actores asumen roles que los identifican y que definen su capacidad de interacción y de decisión. La identificación del actor es una acción comunicativa que permite al receptor comprender con claridad quién es y que hace, solamente cuando el actor determina o decide el curso de acción social que le interesa, de acuerdo a sus necesidades, hace visible la intención del actor, la voluntad y su postura propia.

Actores Colectivos

La idea es analizar al actor siempre como actor, unidad, singularidad, en si, como un todo expresado en un individuo, pero con el actor colectivo no sale a luz a primera vista porque reluce en el juego de los actores es el máximo representante del actor se asume actor, un ejemplo, es el Estado que como actor social participa a través de varios actores institucionales que son arropados por la di-

visión de poderes, haciendo que cada actor estatal debe interactuar de manera aislada y según su funcionalidad.

Los actores colectivos como concepto de identidad social son el resultado del reconocimiento de múltiples actores plurales que han logrado definir una existencia colectiva que se desmarca de otros actores, fijando sus posibilidades y los límites de su campo de acción (Melucci & Massolo, 1991, p. 358). Melucci y Massolo (1991, p. 359) afirman que los actores colectivos tienen tres ejes operacionales que garantizan su identidad y unificación: fines, modo y ambiente, explotando la concurrencia de fines convergentes para crear una unidad en torno a sí mismo, mientras conserve el sentido de la acción y/u objetivo de sus integrantes, tendrán un espectro motivacional que justifica su actuar y proceder dentro de un contexto social, donde se ejecuta la acción colectiva. Los actores colectivos se presentan en dos circunstancias totalmente disimiles una de la otra: (i) son un concepto que describe un fenómeno social tangible que no tiene una rigidez jerárquica pero si una impresión ideológica, o (ii) como instituciones, entidades u algún tipo de organización de base (Saavedra, 1995, p. 59).

Por ejemplo, como fenómeno social la empresa es vista desde el análisis marxista como un actor fundante de los medios de producción que define la estructuración de la política, la cultura y el propio consumo, trasformando las necesidades e intereses sociales a partir de la proliferación de un modelo económico. La empresa crea su propio orbe ideológico, su modo operandi y su propia cultura, termina germinando un lenguaje que se expande en la racionalización de la sociedad. El sistema capital-empresarial se hace atractivo porque este mismo crea las necesidades e intereses que benefician su existencia económica, donde la empresa dejó de ser una lucha constante de clases, que evidenciaba la necesidad de cambios contundentes en la distribución de la riqueza entre la clase obrera y la industrial, para entenderse como un actor estratégico en la superación de la pobreza (Touraine, 2006, p. 1). Por su parte, los

actores institucionales pueden identificarse con el órgano, entidad o estructura de convergencia, por ejemplo con el Estado, los movimientos estudiantiles o los insurgentes, que en cierta forma terminan agrupándose corporativamente.

El punto de quiebre de los actores colectivos subyace en el modo o la forma que éste actúa en la sociedad. El punto de mayor tensión del actor colectivo es delimitar la línea de acción que representa sus intereses y coincide con el raciocinio del actor, porque en este punto se discute la guía moral y ética del comportamiento, de manera que el actor debe interiorizar que procederes concuerdan con la concepción ideológica de su existencia (Saavedra, 1995, pp. 23-24). Melucci (1991, p. 364) propone que los actores colectivos presentan tres elementos de necesidad que hacen que un suceso social no sea una simple intención de un grupo de individuos que se comportan en iguales o similares formas, es decir, que se confundan con una mera coincidencia. Los elementos son: (i) solidaridad, (ii) conflicto y (iii) límites de compatibilidad. Estos presupuestos establecen que un conjunto de acciones deben presuponer una interiorización de la acción como una concientización de sus individuos de los fines perseguidos por el colectivo, que terminen generando una identidad externa dentro de la estructura social; pero dicho empoderamiento se encuentra en un constante conflicto por el objetivo común con otro actor, y para su logro el colectivo rompe los límites de tolerancia social que hace compatible los comportamientos entre los actores.

El modo de proceder del actor colectivo es monopolizando el objetivo que tiene común la colectividad, para identificarse socialmente como el único que puede realizar o ejecutar dicho objetivo, porque establece una relación simbiótica entre su existencia y la ejecución de su objetivo monopolizado. Por ejemplo, Vilas (1995, p. 62) aduce que algunos actores colectivos son relacionados con los movimientos sociales que han marcado un discurso en torno a lo racial, lo obrero, lo académico, el género, entre otras exigencias so-

ciales que evidentemente han despertado la unidad del ciudadano, en cuanto se reconoce como sujeto colectivo de derechos: igualdad étnica; distribución de la riqueza; la educación gratuita, humanista y científica; o el reconocimiento de la mujer. De allí que movimientos sociales empoderen su discurso difuminando la idea que para superar el conflicto, se debe trabajar desde éstos.

La politicidad de los actores

El actor al participar en las relaciones sociales se sumerge en un juego de posturas sobre las acciones realizadas por los demás actores que participan en el medio social, dado que estas pueden afectar el interés, el estatus y la identidad obtenida por el actor, por lo cual toman postura sobre la forma cómo deberían, por ejemplo, las instituciones, las personas, el sector privado y las organizaciones de base o internacionales abordar los problemas (Touraine, 1987, p. 87). El actor en su opción de participar tiene la capacidad de elegir si las decisiones tomadas requieren una acción contestataria o por el contrario asumir una actitud negacionista de los problemas. Entre ambos extremos, el actor toma una posición frente a algo. En estos eventos, la acción del actor se torna *política* al enfrentar las acciones de otros actores o asumir un papel pasivo sobre la misma.

Para ejemplificar, los actores que abogan por la igualdad de género transformaron hechos de desigualdad en procesos de reconocimiento que a través de la movilización de las masas sociales (acción) lograron ampliar la participación de sectores históricamente excluidos (acción), demandando del Estado una respuesta institucional que garantizara el goce de las nuevas condiciones sociales (acción). Sin embargo, la respuesta tardía del Estado frente al reconocimiento de derechos produjo que ejercieran nueva presión política con el objetivo de provocar la materialización de los estatus reconocidos (acción). En caso de postura pasiva, la imposición de un modo de vida (machista) a su vez es la resignación política al cambio (acción); es decir que la acción que promueve el actor dentro del núcleo social ha de tornarse política, en cualquier caso.

Pero, qué presupone que algo es político. Arendt en su libro *¿qué es la política?* (1997, p. 62) refiere a la acción libre que autónomamente logra consensos a través del dialogo y el reconocimiento de la heterogeneidad propia de las sociedades para garantizar la convivencia (Tapia, 2015, p. 243). La posición de Arendt (1997) puede interpretarse como el criterio desprovisto de los prejuicios personales para consolidar un pensamiento de elección consiente que devele las razones de la posición que asume la parte y la contraparte, en si la postura que asume el actor (Tapia, 2015, p. 244). Este modo de ver la política puede ser extrapolada a las relaciones de los actores, permitiendo que en la interacción de la postura interactúen constantemente, para que los actores logren consensos sobre la manera de abordar los problemas y las soluciones aceptadas por el grueso de los actores.

Si las posturas o el criterio que asumimos frente a los acontecimientos que se presentan a diario son formas de expresión política, es posible sustentar la idea propuesta de que la política es una condición del sujeto (Huaracallo, 2014, p. 4). Por lo tanto, las acciones desplegadas en el medio social son políticas *per se*, son parte cotidiana de la existencia de los actores. La anterior tesis tiene sustento en el actor natural -el ser humano- con en el tradicional concepto de *zoon politikón* de Aristóteles, que “*el ser humano*” difiere del resto del reino animal porque su condición de ser racional y político es inherente a su existencia (Campillo, 2014, p. 174).

Los actores que no son productos de la naturaleza sino de la creación de la razón humana nacen con un derrotero similar, porque su constitución sufre un proceso de subjetivación, en primera medida que se trasladada del creador a lo creado. La frase “*el hombre es hecho a la imagen y semejanza de Dios*” expuesta en Génesis 1:26-27 de la Biblia Cristiana, y la contrapropuesta de Nietzsche (2010, p. 27) “*El hombre, en su orgullo, creó a Dios a su imagen y semejanza*” develan que tanto creación como creador guarda una relación de identidad: la imagen y semejanza de uno hacia el otro.

Esa imagen y proyección de semejanza sufre en la constitución de actores colectivos un traslado de la subjetivación consciente del creador. En segunda medida, la construcción del actor es afectada por el influjo de las condiciones exteriores donde se puede ver inmerso en un “*movimiento*”, entiéndase idea, para saber quién es dentro de la sociedad (Tassin, 2012, p. 37), es decir, averiguar su identidad y rol o papel que desempeña.

Para Dussel (1999, p. 6), la conexión entre la comunidad y el sujeto humano se constituye a través de la intersubjetividad de la relación. En un primer momento define la subjetividad del sujeto como “*ser en el mundo*” (Dussel, 1999, p. 3), es decir, que el actor sea consciente de los acontecimientos fenomenológicos que lo rodean, para que éste a través de su reflexión exteriorice su visión del mundo. En ese camino, entre el sujeto y la sociedad, aparece la intersubjetividad como acto de comunicación social que facilita la creación de consensos para resolver dificultades de índole general; el sujeto entonces será actor cuando “*se encuentre en un sistema organizado intencionalmente o no [...], cumpliendo un papel [...] funcional determinado*” (Dussel, 1999, p. 7). Desde esta perspectiva, el actor es participante del sistema diseñado para un orden social, cumple una función propia del sistema.

El creador al contribuir con su creación al mundo social, subjetiviza los objetivos alcanzables por el actor, púes impera la percepción del creador desde su deseo de ver el mundo, es decir que trasmuta su postura a la creación. En este paradigma, se entiende porque la escuela estructuralista de la Policía de corte marxista antepone una construcción burguesa necesaria de transformación, dado que las instituciones y el orden social son creados con el fin de mantener las condiciones de beneficio a la clases detentoras del poder (Gramsci, 1972, pp. 33-38), razonamiento de la “*filosofía de la praxis*” que explica porque el Estado recurre a los aparatos de poder, en este caso, a la Policía.

Las subjetivaciones de los actores es la sutileza de la politización de los intereses colectivos a través de la transformación de un lenguaje político de los “creadores” a los actores “derivados” para que cumplan un papel o rol en las relaciones sociales, por lo tanto, sus posturas frente a lo que consideren estarán en principio en concordancia a la intersubjetividad diseñada por los actores. En derecho, esa transformación de lenguaje se convierte en expresión neutral, amplia y objetiva, características propias del orden público que es la manifestación de la manera cómo se ven los sujetos en el mundo. Así, la politización de los actores colectivos que participan del orden social sufren dos procesos de subjetivación: su formación debe participar dentro de los lineamientos propios del orden social y son consagrados para mantener ese mismo orden. Un razonamiento autopoiético que hace circular los conceptos de necesidad y conaturalidad, se forja para realizar un rol y ese rol le da a su vez el caparazón que delimita su maniobrabilidad social. La tesis de la escuela funcionalista toma sentido desde la teoría de los actores puesto que para evitar el rompimiento del *estatuto quo* en cualquier organización requeriría de algo que mantenga cohesionada la comunidad por su voluntad general de perseguir objetivos comunes (orden) y quién reprima la perversión del mismo (la Policía).

El inconveniente nace cuando el actor reflexiona sobre la forma como interactúa y logra entender los procesos de marginalización de unos actores frente a otros. La alteridad es la ruptura de la subjetivación del actor. Cuando el actor derivado interioriza su postura frente a los otros actores se percata de sus posiciones sociales, negando la imposición identitaria impuesta por el otro (actor originario), reflexionado sobre el papel o la función direccionada al actor en el medio social, y a una identificación “imposible” (Rancière, 2000, p. 151) porque nace de un intersubjeto, que es impensable en la intersección de una convergencia política sobre un supuesto social, pero que a medida que se construye el actor torna su propia identidad y postura frente a las acciones de los demás actores. Aquí,

si bien el actor en su proceso de construcción pasa por una etapa de madurez y solidificación de la identidad que le permite separarse de los demás actores para forjar un nuevo referente o reestructurar su papel en la medida que nace su institucionalidad para lograr comunicar a los receptores que su identidad es monopolio del actor. Aquí se sitúa la escuela Institucionalista, porque el Estado monopoliza el control de la fuerza y las traslada a las fuerzas armadas entre ellas la más destacada, la Policía.

La ruptura, ya sea como proceso de identificación o de reestructuración, subyace en el proceso de reflexión o crítica del actor en su conjunto o de la posición de problemas del actuar del actor colectivo (Pineda & Cubides, 2012, p. 77). En este punto, la identificación o reestructuración del rol del actor producto de la tensión génesis (cómo fue concebido) - construcción (el influjo de agentes externos) genera que el actor utilice los canales de dialogo frente a los otros actores para que se reconozcan sus posturas dentro de una propuesta de democracia discursiva donde los actores racionalmente llegan a consensos políticos en la concepción de política de Arendt (1997). Empero, el actor puede iniciar acciones “violentas” tendientes a lograr su reconocimiento no solo institucional sino como sujeto político en defensa de sus intereses ante la marginalización del actor al nuevo o reflexionado actor político.

Ante la violencia política el trabajo se aparta de la posición de Arendt (1997) que propugna por la ausencia de toda violencia en lo político, porque la política no puede estar soportada en la coacción. Empero, en esta investigación se recoge que la violencia es esencial para la política, por eso no se puede desconocer como parte de ella. Dentro de la filosofía contractualista, la violencia es parte activa de la conformación de la sociedad civil, esta premisa, se considera desde dos perspectivas, la primera de ellas la tesis Hobbesiana, que propone que la violencia es propia del estado de naturaleza humana, porque los humanos están en constante confrontación, y la segunda, la tesis de Rousseau, quien exhibe que la violencia recae

en el concepto de propiedad cuando el primer humano cercó un territorio y creó la figura de “*esto es mío*”, apropiación que generó desigualdades sociales que derivaron en confrontación (Jiménez & Zeledón, 2016, p. 13). Es por lo anterior, que no se puede desconocer la dimensión política como parte necesaria del estudio de la Policía.

La importancia de la teoría de los actores nos permite evidenciar que el análisis de la Policía requiere de un enfoque multidisciplinario y no sectorial, lo cual ha conducido a que los estudios no sean acumulativos sino reactivos. Cada escuela pretende enfocar su percepción de policía desde su mirada, sin lograr evidenciar que la Policía es más que una herramienta, un accesorio histórico o una organización ciega que conserva el orden o a la seguridad pública sin controvertir éticamente o desde sus intereses colectivos sus acciones sociales. Las actividades de policía se esparcen en todo el aparato estatal trascendiendo el propio aparato policivo que Recasens (Zaffaroni *et al*, 2000) describe, y esto sucede porque resulta evidente que la seguridad, el orden público, los bienes morales o los valores nacionales son ejecutados con políticas sistémicas que abarcan toda la esfera del Estado y todo ámbito de relación del individuo, respondiendo a un Estado Policial.

4. LA POLICÍA Y SU POLITICIDAD

El giro teórico propuesto es mirar a la policía desde su rol o papel en la sociedad, es decir como un actor decisivo que supera los tres grandes escenarios desde los cuales se ha estudiado a la policía y sus relaciones con el Estado y sociedad (comunidad). A diferencia de los estudios funcionalistas, institucionales y estructuralistas, la teoría del actor facilita entender que estos tres escenarios no se contraponen entre sí, por el contrario, son aspectos esenciales para identificar a la Policía, su función y los riesgos que conllevan en el siglo XXI para las sociedades. Por su parte, revisar a la policía desde una sociología del actor añade una perspectiva sobre el tabú

que determina los discursos políticos con el monopolio de la fuerza armada.

A grandes rasgos, la idea de Policía ha estado presente en sus múltiples denominaciones como ejercicio del control social (Le Cle-re, 1965, p. 49) ya desde el *sab heri seker* (Recasens, 1989, p. 119) o la prohibición del incesto (Freud, 1988, p. 11) estando amarrada a un concepto tradicional para las ciencias jurídicas. La historicidad de la Policía constituye una esencia propia del sistema político, que las relaciones de gobernados y gobernantes son intermediadas por un agente que ejerce la facultad de preservar un *statuo quo* u orden social vigente. En el trasegar de la historia, la consolidación del intermediario fue denominándose de diversas formas hasta aceptar el término “*policía*” en plena modernidad (Antolín, 2005, p. 11), si bien la Policía como institución se diferencia de otras fuerzas armadas, integra la relación más directa entre el vínculo sociedad-Estado o gobernados y gobernantes, pues a esta institución, se le ha encargado de realizar el control social.

El liberalismo y las ideas humanistas alcanzadas radicaron la función policial en torno a la guarda del buen orden, un concepto que mezcla el arte de gobierno con la moralidad y la ética cívica (Legarre, 2005, p. 63). La policía como cuerpo se identifica plenamente por lo derroteros de uso de la fuerza, la jerarquía, la disciplina y su eminente función histórica, el control social. El abuso del control social y la fuerza, como medio protector de los intereses de la clase dominante, contrajo que la policía se restructurara en la intención de forjar relaciones estrechas con la comunidad, para recuperar la credibilidad del aparato policial como un mediador que busca soluciones, más que un aparato de represión al servicio de una clase dominante; sin embargo, ambas naturalezas conviven.

La policía, desde su génesis conceptual e histórica como herramienta del gobierno usada para garantizar un orden social fundado sobre la base del respeto de valores nacionales y de una moral

mayoritaria, a partir del monopolio del uso de fuerza legítima, pero esgrimidos los componentes propios de la policía se encuentra que las discusiones han circulado a la instrumentalización de la policía como aparato de poder, de entidad necesaria para la preservación de la propia sociedad en un enfoque instrumentalista y formal, sin que se establezca que los cuerpos policivos ejercen el control social desde la perspectiva del poder político de turno.

Si la función policial incluye una esfera política, es posible proponer que la misma institución es política en el entendido que la función de orden público no es un derrotero insuperable que garantice para las sociedades democráticas que la policía actúe bajo un manto de objetividad institucional, así los discursos más ortodoxos propugnen porque la policía está encaminada a la guarda del orden público o de la seguridad pública, con el fin de proteger el ordenamiento jurídico o los bienes morales.

El orden público o seguridad pública dependen de los hechos sociales que definen la forma en que estos conviven, la moral, las coyunturas nacionales o procesos de reivindicación social pueden conllevar a que el orden público se comprenda de una u otra forma dependiendo los intereses nacionales, por lo cual es subjetivo entender cuál es el orden público que interesa y a quién le interesa esa protección, si la creación de la normas jurídicas y sociales responden a criterios sociales, económicos, culturales, religiosos y demás, pueden llegar a hacer clausulas sociales de marginalización social, estas pueden afectar la órbita de los derechos de minorías o grupos sociales específicos que no detentan el poder.

La policía es un instrumento de poder, pero también es un actor decisivo en las discusiones políticas. Suarez define a la policía de una forma muy próxima al carácter que se intenta proponer, la policía como “[...] *un fenómeno complejo histórico-político, significando el ser y los modos de ser del fenómeno policial el poseen diversos sentidos y dimensiones [...]*” (2009, p. 46), porque la policía

ha pasado de ser un ente armado a un fenómeno concreto y difuso que ha impregnado todas las esferas sociales. El control social que ejerce de forma reactiva o simbólica sobrepasa la propia concepción de la entidad, pues la policía se convierte en la de forma de materializar la seguridad a la sociedad.

La policía tiene un papel protagónico en las sociedades del siglo XXI que cada día han cambiado de referente, ya sea por los logros tecnológicos de la sociedad o en virtud de las discusiones nacientes de un modelo de seguridad pública, que dé la percepción de tranquilidad al ciudadano, de que su integridad, patrimonio y acciones no son fácilmente vulnerables por otros actores sociales, definiciones de políticas públicas tendientes a mantener la seguridad en su más amplio sentido de la palabra (Olivar, 2010, p. 71-102).

La posibilidad que el orden público sea un medio que legitime acciones, como fue el caso de las dictaduras del siglo XX que se apegaron a un orden público adherido a una política económica de capital, devela la subjetividad propia de la Policía, por ese motivo, es viable revisar a la policía desde otro aspecto, que reconoce la fragilidad del concepto de orden público, puesto que las ciencias jurídicas han presupuesto que la disciplina hace a los integrantes de la fuerza pública, convidados de piedras de los contextos políticos nacionales, desconociendo la capacidad de crítica. La esencia de proteger el orden público o la seguridad ha creado la concepción de que la policía no se permea de las relaciones socio-políticas que se producen en el devenir de la sociedad, pues la institución debe aparentar una neutralidad imposible.

La policía es un actor en la medida que cumple la conceptualización de lo que se entiende por actor, como aquel capaz de determinar o decidir el curso de la acción autónomamente para perseguir los intereses y los objetivos comunes (García, 2007, p. 206). La policía, en su dimensión corporativa- institucional, tiene claramente definido su rol social por el Estado, hacer cumplir el orden público,

delimita como se conforma, crea líneas de mando, su distribución territorial y demás contenidos propios de la institución que la hacen operativa en el medio. En esta dimensión corporal, la policía juega en la tesis del creador y la creación. El actor originario guarda la imagen que debe proteger, de allí que el freno estatal a la actuación de la policía sea el orden público, participando intencionalmente en el sistema organizando y cumpliendo un papel determinado (Dussel, 1999, p. 7). Es un mero instrumento de cohesión social, que sirven para un interés trasladado a la institución y sus integrantes.

Los ejes operacionales son el espectro motivacional que justifica y legitima al actor dentro del contexto social. Los fines, el modo y el ambiente son los límites de acción del actor. El fin institucional de la Policía es preservar el orden público, el modo que actúa es a través del control social, y el ambiente es parte de la construcción social de la humanidad, el Estado y la sociedad Civil y así, lograr expresar singularidad frente a otros actores sociales que disputan el monopolio de la identidad. El Estado al trasladar el monopolio del uso de la fuerza a una entidad subordinada crea el campo de diferenciación entre violencia legítima y violencia ilegítima.

Sin embargo, la policía ha rebasado la corporalidad representando un fenómeno social de impresión ideológica. La seguridad como necesidad imperante de las sociedades para garantizar el desarrollo de los cursos de acción individual, se ha vuelto excusa para ampliar la intromisión del Estado y levantar las fronteras de la competencia con el fin de evitar el desequilibrio del orden social. ¿Hasta qué punto la policía puede interiorizar que esas acciones están fundadas en un bien superior como la seguridad? ¿Encarna este escenario, abuso de poder?

La ruptura de la policía en el supuesto que los integrantes debaten cuál debe ser el rol que juega el sujeto colectivo, es decir la institución en la sociedad, es la reflexión y crítica que ocasiona que la policía se convierta en un actor político fundamental en las

relaciones sociales porque interiorizan las relaciones exteriores y las transforman en cursos de acción que se pueden apoyar o desestimular a partir de discursos que arguyen la función institucional para fines propios que impacten socialmente, sin interesar si las acciones tomadas son adecuadas o inadecuadas. La postura como acción libre de autodeterminar su curso de acción, es la politicidad.

Desde la sociología del actor, se revela que la policía es tanto un actor concreto, es decir, la institución que patrulla las calles, como también una idea colectiva de seguridad que invade todas las intuiciones sociales que conforman al Estado, porque en función del principio de colaboración y armonía de las ramas del poder público, la policía invade todos los ejes de acción del Estado como entidad ejecutora y protectora del orden público, de allí, que la Policía sea una impulso nervioso entre todos los actores estatales y sociales, teniendo la capacidad de determinar cómo ejecutar y que orden público propender según sus intereses colectivos, por lo cual la división tradicional del poder público se desvanece porque la policía asume las funciones inherentes de otras ramas del poder estatal específicamente en el ámbito de la aplicación, pudiendo tergiversar a partir de discursos que evoquen un determinado curso de acción que se diluye en la presunta protección de un derrotero jurídico-político que puede responder a las subjetivaciones del actor originario o del proceso reflexivo del actor derivado, es decir, el orden o la seguridad pública.

La policía toma decisiones al interior de su institución de forma coherente, compatible y asume las responsabilidades que esas decisiones provoquen. Los golpes de Estado promovidos en Chile o España, países del orbe hispanohablante -sin entrar a señalar otros país que presentaron dictaduras militares en el siglo XX- las instituciones armadas tomaron las riendas de la dirección política por su propia concepción de orden público, que a través de un discurso que pretendían asegurar los valores nacionales promovieron una policía moral que legitimaba el actuar. La policía se torna en un

“*arma*” de doble sentido, porque la policía castiga y protege, pero al mismo tiempo es el sistema nervioso de la sociedad, porque su fin no es solo proteger el sistema jurídico vigente que consagra las garantías y competencias, por un parte de los ciudadanos y por el otro del Estado, sino que es además una idea volátil susceptible de ser captada, y que una vez la policía devela a los demás actores su postura frente a hechos y circunstancias externas a su función “*objetiva*”. La policía está presente en todas las ramas del poder público, movilizandolo a los actores (particulares, el Estado, las transnacionales, los movimientos sociales y entre otros) con un solo fin: garantizar una tranquilidad y convivencia social de acuerdo como el cuerpo policial observe cuál el orden público necesario de proteger. Un buen ejemplo fue la mesa de paz del gobierno de Colombia con la Farc-Ep, donde la fuerza pública era un componente esencial en la negociación, que dio parte de tranquilidad a la ciudadanía pues no se cedió la soberanía, el modelo económico o la estructura de poder del Estado a la insurgencia, en especial en los ámbitos de administración de justicia transicional (Illera y Ruiz, 2018, p. 522).

5. CONCLUSIONES

Lo expuesto en el trabajo de investigación permite, con las descripciones efectuadas, evidenciar las siguientes conclusiones. En primer lugar, se aproximó a un concepto de policía que corresponde al desenvolvimiento actual de la policía, reconstruyendo los cambios paradigmáticos que ha presentado en el tiempo y de acuerdo a los hechos sociales que han repercutido en la idea de policía. En ese sentido, se estableció que la policía etimológicamente se relaciona con el buen vivir de la polis, que en virtud de algunos procesos sociales hitos de la humanidad, como la revolución francesa e independencia de los Estados Unidos de América, impactaron el concepto de policía enfocándola a proteger el buen orden ciudadano, hechos que conllevaron al concepto de mayor aceptación socio-jurídica, que trata a la policía como un brazo armado del Estado conminado a cumplir y mantener el orden público.

En segundo lugar, establecer al orden público como derrotero principal de la policía cuando se evidencia que los procesos de subjetivación de los actores originarios sobre los actores derivados, los procesos de ruptura y reflexión de los actores y fijación posturas externas al objeto misional de la policía, evidencian que el orden público es un derrotero maleable que obedece a circunstancias sociales como a la moral ampliamente aceptada, por lo cual se sostiene que la policía no puede ser conceptualizada con este derrotero que no es el más adecuado para delimitar el curso de acción de la policía; por el contrario, el reconocimiento de la policía como actor político puede contraer una conceptualización más próxima al papel que desenvuelve en las sociedades contemporáneas.

En tercer lugar, al revisar los aportes de las teorías que han surgido frente a este fenómeno podemos inferir más rasgos teóricos de la institución, siendo una necesidad impuesta por el sistema autopoieticamente como una manera de preservar el orden impuesto y controlar bajo este manto teórico las relaciones sociales. La investigación constata que las escuelas funcionalistas, institucionalistas y estructuralistas analizan a la policía desde un punto histórico, orgánico y reformista respectivamente, pero que cada una flaquea al intentar explicar el papel político desempeñado por la policía en las dictaduras del siglo XX, donde la policía se apropia de discursos externos al orden público, relacionándolos con los valores nacionales, la democracia, el respeto a la propiedad, y en sí, todo aspecto que permitiera legitimar la actuación policial por fuera de los marcos de la acción institucional.

La interacción de la policía con la sociedad no es tan superficial como se plantea por las escuelas, por el contrario, el trabajo investigativo evidencia que la policía puede sentar posturas políticas que tienen efectos externos en la sociedad, una idea tabú que debe ser expuesta para que las sociedades tomen medidas para regular el espectro de acción de la policía, porque son en sí una opción política. De esta forma, surge una forma diferente de analizar a la policía,

porque su función de proteger el orden público demuestra que la policía puede llegar a determinar la concepción del Estado. Si bien, la policía es el canalizador que procura garantizar el orden social, público y la convivencia entre los particulares, para prevenir, corregir o sancionar las conductas que trasgredan el orden público; está también asume posturas frente a los acontecimientos nacionales e internacionales que afectan los intereses colectivos de la institución, de sus integrantes o de la manera como estos ven la formulación de las políticas públicas, por eso el papel importante y relevante que representan para las autoridades públicas y la ciudadanía.

En cuarto lugar, se evidenció que la policía va más allá de su función instrumental, al tener un papel primordial en las decisiones políticas del Estado, más que una simple herramienta de la administración pública, necesaria en la existencia de las relaciones Estado-sociedad. El control social sea constituido en el objetivo y a su vez el método por medio del cual la policía está impactando directamente en la construcción de las políticas públicas para defender los intereses propios y las percepciones, resaltando que la captación de los aparatos de poder policial consolida la hegemonía del sistema económico, político y cultural, que a través del poder policial se protege el orden social vigente con la imposición del miedo de las armas.

Una propuesta para reducir el campo de acción policial es reconceptualizar la política con armas. Si el Estado requiere preservar el monopolio de la fuerza debe comprender que la Policía como cuerpo integrado por personas, fungen idearios colectivos. Si el Estado percibe un grado de peligrosidad que la fuerza pública participe directamente en la toma de decisiones, debe propender por evitar que las discusiones políticas se realicen en un segundo plano ocultas de los frenos institucionales, para que los cuerpos de seguridad, o por lo menos, sus integrantes, lleven el debate político, sus ideas, preocupaciones y necesidades a una arena pública donde estén sujetos al reproche social, a la contradicción argumentativa y discursiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Antolín, A. (2005) La policía en Grecia: de la polis al estado helenístico. (Tesis de Doctorado). Universidad Complutense de Madrid, España. Director: Luis Gil Hernández. Recuperado de: <http://eprints.ucm.es/7395/>

Arendt, H. (1997). ¿Qué es la Política?. Trad: Rosa Sala Carbó. España, Barcelona. Editorial Paidós.

Bergalli, R. (1998). ¿De cuál Derecho y de qué control social se habla? Documento del Máster. Mar de Plata, Argentina. Universidad Nacional del Mar de Plata y Eudem.

Bernedo, P. (2004). A tres décadas del golpe:¿ Cómo contribuyó la prensa al quiebre de la democracia chilena? *Cuadernos. info*, (16), 114-124.

Campillo, A. (2014). Animal político. Aristóteles, Arendt y nosotros1 (Political animal. Aristotle, Arendt and us). *Revista de filosofía*, 39(2), 169.

Cuevas, H. (2014). Discurso militar e identidad nacional chilena. *Polis. Revista Latinoamericana*, (38). ISSN: 0718-6568 Recuperado de: <https://journals.openedition.org/polis/10220>

Dallorso, N (2010). Un nuevo escenario para las prácticas de control social. Los programas de transferencias monetarias condicionadas en Latinoamérica. En *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales*, ISSN 0328-0101, N°. 30, 2010, págs. 103-112.

De Gatta Sánchez, D. F., Pablo, M. M. F., et Juan, M. Á. D. B.

(1986). Reforma policial y constitución: algunas claves para su interpretación. *Revista de administración pública*, (109), 373-412.

Díaz, Z. (2007). Racionalidad moral y justicia social de las instituciones políticas. *Frónesis*, 14(1), 86-118. Recuperado de http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682007000100005&lng=es&tlng=es. ISSN 1315-6268.

Dussel, E. (1999). Sobre el sujeto y la intersubjetividad: el agente histórico como actor en los movimientos sociales. *Revista pasos*, 84, 1-18.

Echandía, H. (1946) Evolución de la noción de orden público. *Revista de La Universidad Nacional de Colombia*, Vol 6, pp.251-262. Bogotá. <http://bdigital.unal.edu.co/17837/1/13530-38297-1-PB.pdf>

Fierro, H. (2016) Introducción al derecho procesal policivo. Bogotá, Colombia. Ediciones Doctrina y Ley. ISBN: 978-958-676-653-1

Freixes, T. y Remotti, J. (1995). La configuración constitucional de la seguridad ciudadana, *Revista de Estudios Políticos, Nueva Época*. N° 87.

Freud, S. (1988). Tótem y Tabú-Obras completas de Sigmund Freud. *Volumen XIII*. Madrid, España. Alianza Editorial Madrid.

Frühling, H. (2004). Calles más seguras: Estudios de policía comunitaria en América Latina. IDB.

_____. (2009). *Violencia y policía en América Latina*. Quito, Ecuador. Flacso.

Fusi, J. P. (2001). *Franco: autoritarismo y poder personal*. Madrid, España, Taurus. ISBN: 9788466301855

García, Esther. (2007). El concepto de actor. Reflexiones y propuestas para la ciencia política. *Andamios. Revista de Investigación Social*, 3 (6), 199-216. DOI: <https://doi.org/10.17141/urvio.2.2007.1061>

García, L. V. (2007). Enfoque institucional para la reforma policial y la rendición de cuentas. *URVIO-Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (2), 57-70.

Gramsci, A. (1972). *Cultura y literatura* (Vol. 13). Editorial Península. Madrid, España. ISBN 13: 9788429708646

Hernández, Regina. Historia y significados de la palabra policía en el quehacer político de la ciudad de México. Siglos XVI-XIX, México, Ulua, junio de 2005.

Herrera Gómez, M., & Soriano Miras, Rosa (2004). La teoría de la acción social en Erving Goffman. En *Papers 73*, p 59-79. Recuperado de: <https://www.raco.cat/index.php/papers/article/viewFile/25784/25618>

Hodgson, G. M. (2011). ¿Qué son las instituciones? *Revista CS*, (8), 17-53. Cali, Colombia ISSN 2011- 0324

Huaracallo Chiri, G. (2014). Algunas consideraciones en torno a las categorías de politicidad, inserción territorial y espacio barrial para el estudio de la política en los sectores populares. In *VIII Jornadas de Sociología de la UNLP (La Plata, 2014)*. Recuperado de: <https://www.academica.org/000-099/178.pdf>.

Illera, O., & Ruiz, J. C. (2018). Entre la política y la paz: las Fuerzas Militares tras la firma del Acuerdo de Paz. *Araucaria*, 20(39). Recuperado de: http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/39_2018/9.%20Illera.pdf

Jiménez, W. (2011). Elementos para la constitucionalización del derecho de policía. (Tesis de Maestría). Universidad Nacional

de Colombia, sede Bogotá. Director. Fernando Alexei Pardo Flórez. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/11054383.pdf>.

Jiménez, J., & Zeledón, J. (2016). La violencia en el pensamiento político moderno: Rousseau, El contrato social y los preludios de la violencia revolucionaria. *Praxis: revista del Departamento de Filosofía*, (73), 11-18. Doi: <http://dx.doi.org/10.15359/praxis.73.1>

Landaeta, P., Arias, J. & Espinoza, R., (2015). La función de la policía como debate de libertades. *Eidos*, N° 23 (2015), págs. 93-116. ISSN 2011-7477, DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/eidos.23.183>

Le Clere, M, (1965). Historia breve da policía. Lisboa, Portugal. Verbo.

Legarre, S, (2005). El poder de policía en la historia constitucional estadounidense. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*. N° 1 (2005), págs. 55-78. ISSN 2011-7477, DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/eidos.23.183>

Melucci, A., & Massolo, A. (1991). La acción colectiva como construcción social. *Estudios Sociológicos*, 9(26), 357-364. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/40420123>

Neild, R. (1998), *Temas y Debates en la Reforma de la Seguridad Pública-Policía Comunitaria*. Recuperado de: <https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Citizen%20Security/past/comunidad%20policing%20formatted--sp.pdf>

Nietzsche, F. (2010). *El anticristo*. Ed. Alba. Estados Unidos, Washington D.C.

Olivar, L. (2010), *Aspectos Básicos del Derecho de Policía*. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

Orwell, G, (2010), "1984". Madrid, España. Destino.

Pineda, M. C. M., & Cubides, J. (2012). Sujeto y política: vínculos y modos de subjetivación. *Revista colombiana de educación*, (63), 67-88. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcde/n63/n63a5.pdf>

Puente, J. (2008), *CONTROL SOCIAL*. En Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes. Pampa: Universidad Nacional de Pampa. Recuperado de: http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_puecon623.pdf

Rancière, J. (2000). Política, identificación y subjetivación. *El reverso de la diferencia: identidad y política*, 145-152.

Real Academia Española, (2017). Diccionario de la lengua española. Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>

Rawls, J, (2012). Teoría de la Justicia (Trad. Dolores, M.). México, Fondo de Cultura Económico.

Recasens, A, (1989). Policía y Control Social: Problemas de Construcción y Definición Jurídica y Social (Tesis de Doctorado). Universitat de Barcelona, Cataluña. Director. Roberto Bergalli.

Ridaura Martínez, J. (2014): “La seguridad ciudadana como función del Estado”, *Estudios de Deusto*, 62:2, pp. 319-346. ISSN 0423-4847. DOI: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-62\(2\)-2014pp319-346](http://dx.doi.org/10.18543/ed-62(2)-2014pp319-346).

Saavedra, M. E. (1995). *Participación política, actores colectivos*. México, Universidad Iberoamericana. ISBN 968-856-395-1.

_____, (1997). ¿Es reformable la teoría de los actores colectivos? *Revista mexicana de Sociología*, 55-79. DOI: 10.2307/3541373, <https://www.jstor.org/stable/i28247>

Suarez, J. E. (2009). La ciencia de policía un estado del arte.

Revista Escuela de postgrados “Miguel Antonio Llera Pizarro” Bogotá D.C.

Tapia, L. O. (2015). La idea de la política en Hannah Arendt. *Revista Enfoques*, 6(9), 235-246. ISSN: 0718-0241.

Tassin, E. (2012). De la subjetivación política. Althusser/Rancière/Foucault/Arendt/Deleuze. *Revista de estudios sociales*, (43), 36-49. ISSN 0123-885X. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n43/n43a04.pdf>

Touraine, A., (1987). *El regreso del actor*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

_____, A. (2003). “Del sistema al actor”, *Revista Colombiana de Sociología*, núm. 20, pp. 167-185. DOI: <http://dx.doi.org/10.15446/rsc>

_____, (2006). *Crítica de la Modernidad* (trad., Bixio, A). México, Fondo de cultura económico. (Obra original en 1992)

Vera, D. G. (2002). El reverso del sujeto sociológico. *Estudios sociológicos*, 123-145. ISSN 0329-9147.

Vilas, C. M. (1995). Actores, sujetos, movimientos: ¿dónde quedaron las clases? *Sociológica México*, (28), 61-89. Recuperado de: <http://cmvilas.com.ar/attachments/article/84/2804.pdf>

Zaffaroni, E.; Bergalli, R., Recasens, (2000). Enfoques históricos-ideológicos del Aparato policial. En Recasens, A. En *El poder punitivo del Estado*. (105-119). Rosario, Argentina. Editorial Juris.

GUARDA COMPARTIDA: LA DOCTRINA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CATALUÑA Y SU EVOLUCIÓN*

Gerard Rincón Andreu

© <https://orcid.org/0000-0001-8201-1683>

* Este artículo ha sido publicado en catalán en la Revista Jurídica de Cataluña (ISSN 1575-0078). Referencia: Guarda compartida: la doctrina de les Audiències Provincials de Catalunya i la seva evolució. Revista Jurídica de Catalunya, Vol. 117, N° 4, 2018, pp. 1027-1050.

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido por todos que tanto la actual legislación, como ya anteriormente la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, realizan una apuesta clara y decidida por la custodia compartida –mejor dicho: guarda alternada–. En este trabajo de investigación, no pretendo hacer una exposición dogmática de la denominada guarda compartida, sino centrarme en elaborar un estudio exhaustivo de la doctrina de las Audiencias Provinciales de Cataluña. A partir de aquí, indirectamente me he visto obligado a analizar también cierta jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y del Tribunal Supremo, dado que, como veremos, las propias Audiencias consolidan su doctrina mediante múltiples remisiones a los fundamentos jurídicos alegados por dichas instancias superiores.

Después de una breve aproximación conceptual y exposición del marco jurídico de este sistema de guarda en Cataluña, será básicamente a partir de la jurisprudencia menor que intentaré exponer cómo se lleva a cabo su ejercicio efectivo, ver cómo se desarrollan y aplican los criterios para determinar el régimen de guarda de los

menores, sin eludir –porque es imposible–, el principio del interés superior del menor y su configuración jurisprudencial. Como veremos, la casuística y la discrecionalidad judicial a partir del principio de interés superior del menor serán hechos controvertidos en cada una de las sentencias analizadas, provocando una ardua tarea de construcción e interpretación jurídica.

2. LA GUARDA COMPARTIDA O ALTERNADA: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y MARCO JURÍDICO EN CATALUÑA

En primer lugar, es necesario conocer el concepto de la responsabilidad parental y lo que ello entraña. La antiguamente también denominada patria potestad, no es un derecho subjetivo, sino un conjunto de derechos y obligaciones que la ley atribuye a los padres respecto de sus hijos menores no emancipados o, en su caso, mayores de edad incapacitados, para el cumplimiento de sus funciones y para garantizar la protección integral de éstos y procurar el libre desarrollo de su personalidad –ex. arts. 10.1 y 39.2 Constitución Española (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978) (en adelante CE)–. El menor de edad tiene capacidad de obrar pero de forma limitada. De ahí que estén sujetos a una potestad que, preferentemente es la de los padres (Gete-Alonso et al., 2014, p. 129 y ss.).

Inicio este apartado mencionando la responsabilidad parental, dado que la preferencia del régimen de custodia compartida se justifica en la relevancia, precisamente, del principio de responsabilidad parental por la necesidad de que ambos progenitores intervengan en la vida cotidiana del menor en un plano cercano a la igualdad. En el derecho catalán, se relaciona con las obligaciones generales de los progenitores (arts. 236-17 y 234-7 CCCat).

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, del 5 de agosto de 2010) (en adelante CCCat), con la entrada en vigor en fecha 01/01/2011, insiste en que la responsabilidad

parental debe ejercerse por regla general conjuntamente por ambos progenitores, y en que la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial de los mismos no debe afectar este ejercicio¹. En la misma línea en que, por regla general, se establece que el ejercicio de la potestad debe llevarse a cabo conjuntamente por los dos progenitores, el Libro II opta preferentemente por la guarda compartida o alternada, aunque deja a la voluntad de los progenitores la elección de la modalidad de su ejercicio (art. 233-10.1 CCCat).

El padre y la madre son los titulares de la conocida como patria potestad (art. 236-33 CCCat) –aunque ciertamente el CCCat prescinde de esta denominación–, encontrando su fundamento en la relación jurídica de la filiación. La titularidad dual no implica que el ejercicio y la actividad deban realizarse de forma conjunta. En determinados supuestos es posible la actuación individual válida, y aquí, a su vez, pueden darse dos casos de ejercicio individual de la patria potestad: uno es el de los padres que viven juntos y, otro, el de los padres que viven separados (Gete-Alonso et al., 2014, p. 131).

Las normas del Libro II del Código Civil catalán pretenden, conforme al propósito del legislador, imponer un modelo de relación familiar compartido por ambos progenitores en la guarda, aún producida la ruptura convivencial entre ellos; por lo que la guarda compartida se erige como modelo “preferente” incluso en caso de que no fuera convenida². Así pues, podríamos decir que si hace no

-
- 1 Concretamente, el art. 233-8.1 CCCat sobre la responsabilidad parental dispone que “1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente”.
 - 2 Si bien en la regulación no se utilizan las expresiones de “preferente” o “promoción del sistema”, se puede llegar a la conclusión de que la guarda compartida se dispone como régimen de ejercicio preferente examinando

muchos años, la práctica judicial se basaba, casi en exclusiva, en un régimen de guarda individual a cargo de uno de los progenitores, normalmente la madre, con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del llamado progenitor no custodio, gradualmente las decisiones de los tribunales se han ido decantando hacia un régimen llamado de “custodia compartida” o de “responsabilidad parental compartida” (SAP de Girona, Civil Sec. 1ª, 17.3.2016). A mayor abundamiento, en la actualidad las Audiencias Provinciales de Cataluña, unánimemente dejan claro que la guarda compartida está impuesta por voluntad del legislador como “criterio preponderante”³.

La nueva legislación que dispone esta regulación pro guarda compartida ya viene de aplicación *de facto* antes de su tipificación en el Libro II, pues la doctrina jurisprudencial del TSJC venía realizando una apuesta clara y decidida por la custodia compartida, así como por la adopción de soluciones judiciales similares a las que se vienen propiciando por las legislaciones extranjeras de nuestro entorno (STSJC, 1ª, 3.3.2010). Esta reforma legislativa con entrada en vigor en 2011 va en consonancia con una tendencia comparada favorable a la instauración de la custodia compartida como sistema de guarda en los casos de rupturas familiares, si bien con una serie

las normas del art. 233-10 CCCat en relación con su numeral III del Preámbulo y art. 233-8.1 CCCat, las cuales refuerzan el ejercicio compartido de corresponsabilidad, siendo de inicio la guarda compartida el primer sistema a examinar (Lasarte, 2014, pp. 255-267).

- 3 Véase la SAP Girona, Civil Sec., 1ª, 25.2.2014, que después de una serie de razonamientos concluye que: “Por lo tanto, el legislador claramente parte del criterio preponderante de que la guarda debe ser compartida”. La SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 24.3.2017 manifiesta que “el art. 233-8,3 del mismo cuerpo legal que contempla la guarda compartida como modalidad preferida pues el apartado 1 del mismo precepto dispone que las responsabilidades deben mantener el carácter compartido y en la medida que sea posible deben ejercerse conjuntamente”. En este mismo sentido, SSAP de Barcelona, Civil Sec. 18ª, 21.3.2014; Civil Sec. 18ª, 2.10.2013 y Civil Sec. 18ª, 14.9.2015; entre muchas otras.

de condicionantes, como se ve esencialmente en el Código civil italiano y en el Código civil francés (Lasarte, 2014, pp. 255-267). Véase en cambio el art. 92.8 del Código Civil Español, donde a diferencia que en Cataluña, la guarda compartida opera como excepcionalidad en el sistema de régimen de guarda. Sin embargo, esta tendencia que comentamos en favor de la guarda compartida, incluso ha sido adoptada por el Tribunal Supremo, que viene a interpretar el art. 92.8 Código Civil aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (BOE n° 206, de 25 de julio de 1889) (en adelante CC) en la línea del legislador catalán⁴.

De hecho, he podido comprobar que todas las Audiencias Provinciales en sus pronunciamientos se remiten a jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirmando que incluso el TS, en aplicación del CC –donde no es prevaleciente la guarda compartida–, determina que esta debe ser de aplicación por regla general al ser más beneficiosa para el desarrollo del menor⁵.

4 Haciendo una lectura de la STSJC, 1ª, 31.7.2008, extraemos lo siguiente: (...) no cabe duda de que la llamada “custodia compartida” o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida en que evita la aparición de los “conflictos de lealtades” de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos -tampoco puede afirmarse que las acentúe- y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos (...); aunque lógicamente “reiterando que el parámetro preferente para resolver sobre la atribución de la guarda y custodia de los hijos ha de ser en todo caso el interés superior del menor”. Esta STSJC, 1ª, 31.7.2008 viene citada por la SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 12.9.2013.

5 El Tribunal Supremo ha sentado como doctrina jurisprudencial que “la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso

Adentrándonos en el régimen de la guarda alterna, vayamos a delimitar el ejercicio efectivo del mismo para apreciar la magnitud de su alcance.

3. EL EJERCICIO EFECTIVO DE LA GUARDA COMPARTIDA

Hay que destacar que la guarda compartida no determina solo un régimen tendencialmente igualitario en los tiempos, sino también en la capacidad de decisión y asunción de tareas, obligaciones y responsabilidades de vida ordinaria y cotidiana del menor que no tenga carácter extraordinario o relevante⁶. Por el contrario, la guarda individual supone la atribución no solo de un tiempo mayor sino también de capacidades de decisión e intervención directa en actos cotidianos y ordinarios de los menores⁷. Es importante matizar que

deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”. Por lo tanto, aunque el Tribunal Supremo aplica el Código civil, más restrictivo en esta materia, antes de su modificación, que el Código civil catalán, se aprecia claramente que la regla general debe ser la guarda compartida de ambos progenitores; y solamente cuando el interés de los hijos lo aconseje podrá establecerse un régimen distinto (STS, 1ª, 29.4.2013).

- 6 Esto parte, como enfatiza VILLAGRASA, en el hecho que debemos diferenciar netamente las instituciones de la potestad que los progenitores tienen atribuida legalmente respecto de sus hijos menores de edad, y que se refiere a funciones de representación legal y a decisiones trascendentales que deben tomar en relación al desarrollo integral de los menores (por ejemplo, intervenciones quirúrgicas, disposiciones patrimoniales, o cambios en el proyecto educativo); de la denominada custodia, que en realidad se relaciona con la guarda de hecho, es decir, con la atención cotidiana y las decisiones que hay que tomar en el día a día del menor. En síntesis, que mientras que la potestad sobre los hijos menores de edad se relaciona con la representación legal que corresponde a los progenitores, y que comprende obligaciones y facultados de prestación de alimentos y administración de sus bienes, la guarda se relaciona con la residencia o convivencia y se centra en el cuidado cotidiano y doméstico. (Picontó, 2012).
- 7 Como bien aprecia en forma de crítica (Lasarte, 2014), “de ahí que la postura doctrinal que no diferencia cualitativamente las atribuciones, fa-

en los supuestos de la llamada custodia compartida, en realidad no concurre una cotidianidad en la facultad de guarda, sino una titularidad sucesiva o alterna (Picontó, 2012, p. 84).

De modo didáctico la SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 28.3.2014 afirma que:

Como sea que la “guarda” y la “custodia” son situaciones esencialmente fácticas, su atribución a uno de los progenitores le da más oportunidades de decisión en los pequeños conflictos o en la diaria toma de decisiones, aunque no debe ser así en las decisiones de mayor alcance. La atribución preferente de la “guarda y custodia” sólo otorga una predominancia decisional en el día a día y por razón del mayor tiempo de ejercicio de la vigilancia y seguimiento del hijo y no obliga a contar, para toda decisión, con el parecer del otro progenitor.

Y por otra parte, la SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 11.12.2017 aclara que “guarda compartida no es lo mismo que guarda repartida. La guarda compartida exige ejercicio compartido de las funciones parentales, implicación positiva de ambos progenitores en la crianza y en el desarrollo de los hijos comunes tras la ruptura parental (corresponsabilidad parental o coparentalidad responsable) y no simplemente alternancia en el tiempo de convivencia”.

cultades y obligaciones del progenitor custodio de las del no custodio y erra metodológicamente y se deja llevar por una tendencia decisionista que pretende “aguar” el conflicto diluyendo la atribución de la guarda a un aspecto exclusivamente temporal”. Además, en el caso del derecho catalán, se puede ver la relevancia de diferenciar entre los dos ámbitos ya en el plan de parentalidad, cuando, entre sus extremos, se distingue entre el “momento” en que le corresponde a los progenitores el menor y “las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos” [art. 234-9.2 a) y b) CCCat]. (Gete-Alonso et al., 2014, p. 258).

De hecho, la guarda compartida no tiene porqué ser una guarda igualitaria, ni configurarse por semanas alternas, pudiendo ser aquella que mejor se adapta a todas las circunstancias concurrentes. Así pues, **la guarda compartida no significa la convivencia con cada progenitor por períodos exactos**. En este punto, la jurisprudencia menor de las distintas AP de Cataluña es unánime.

La SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 25.2.2014 dispone que “el sistema de guarda no tiene porqué ser el de semanas alternas, ni tiene porque ser un sistema igualitario, aunque lo normal es que sea así, sino que el sistema de guarda es aquel que se adapte mejor a las circunstancias de cada caso y desde luego el que mejor se adaptaría es el que se ha venido aplicando desde el auto de medidas provisionales”. Otra SAP de Girona del mismo año se manifiesta en esta misma línea en el sentido de que “hay que tener en cuenta, en primer lugar, que identificar el régimen de guarda y custodia con el tiempo que los hijos menores están con uno y el otro progenitor es erróneo, como esta Sala viene diciendo de forma reiterada” (SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 28.2.2014). Además, será imprescindible no apartarnos de la casuística y el juez tendrá que valorar las circunstancias de cada familia⁸.

8 Al respecto del ejercicio efectivo de la guarda alterna, la SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 14.7.2015 manifiesta que “No necesariamente sea igualitario, pues el régimen efectivo de guarda se debe adaptar a las circunstancias de cada familia”. La SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 15.9.2014 también enfatiza que “la guarda denominada compartida no exige un reparto de tiempo de convivencia exactamente igual”. También podemos citar la SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 28.9.2016, o la SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 27.6.2016, las cuales nos hablan de “custodia compartida con distribución de tiempos no iguales”. Interesante es la SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 2.3.2017 que modifica la distribución de tiempos a fin de “evitar el continuo trasiego de los menores”, estableciendo períodos de estancia de dos y cinco días de forma alterna “evitando desplazamientos innecesarios y el asentamiento de rutinas que favorezcan a los progenitores pero esencialmente a los menores”.

Matizando más sobre la cuestión, la SAP Girona, Civil Sec. 1^a, 6.7.2016 argumenta lo siguiente:

El cambio de terminología no necesariamente debe conllevar un cambio radical en la concreción de las estancias de los hijos con sus padres, según la práctica judicial actual. Hablar de guarda y custodia compartida no quiere decir que una semana el hijo esté con un padre y la otra semana con la madre, haciéndose cargo cada progenitor de sus necesidades durante el periodo de estancia. Pues tal solución, además de simplista, no soluciona adecuadamente la situación provocada por la ruptura de la convivencia de los progenitores.

En todo caso, dentro del marco de una guarda compartida siempre es posible su modificación, adaptación o variación de las circunstancias que se vayan produciendo en interés del hijo, salvo que alguno de los dos progenitores incurra en actos o incumpla las funciones que se establezcan en el plan de parentalidad, en cuyo caso no sólo cabrá la supresión del ejercicio de la guarda –cambio hacia la guarda exclusiva-, sino también el establecimiento de un régimen restringido y vigilado de visitas (SAP Girona, Civil Sec. 1^a, 28.2.2014).

4. DOCTRINA SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Analizando la doctrina de las Audiencia Provinciales catalanas, podemos comprobar que ninguna de ellas olvida citar el principio esencial del interés superior del menor. Lo más sorprendente es ver como en su fundamentación jurídica aparece el bienestar del menor y su interés superior hasta la saciedad y para argumentar o fallar en cualquier sentido. Es por esto, que la sensación extraída de este estudio sobre la jurisprudencia menor, es que las AP no tienen bien sentado el marco conceptual de este principio, y menos aún los Juzgados de Primera Instancia, quienes parece que pretenden hallar

cobijo en el interés superior del menor para justificar cualquier parte dispositiva, por descabellada o contradictoria que sea. Por este motivo, he considerado imprescindible aclarar en un epígrafe concreto el concepto y extensión de este principio.

Tal y como ha mantenido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña antes y después de la entrada en vigor del Libro Segundo CCCat, el parámetro preferente para resolver sobre la atribución de la guarda y custodia de los hijos ha de ser, en todo caso, el interés superior del menor⁹. Este principio lo hallamos configurado en múltiple legislación, tal como el art. 10 y 39.2 CE; art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE nº 15, de 17 de enero de 1996); Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 175, de 23 de julio de 2015); Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 180, de 29 de julio de 2015); art. 233-11 CCCat; art. 752-2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero,

9 Porque como ya decía la STSJC, 1ª, 8.3.2010: “La jurisprudència d’aquesta Sala ha declarat -sentències del TSJC, Sec. 1ª, 31.7.2008; Sec. 1ª, 25.6.2009, i Sec. 1ª, 3.3.2010 -que l’interès superior dels fills és el criteri preferent que s’ha d’examinar i resoldre en l’atribució de la guarda i custòdia compartida, i que la seva aplicació ha de ser extremadament curosa i subordinada a la protecció jurídica de la persona i dels drets de personalitat dels menors afectats. S’ha de procurar implantar quan resulta beneficiosa per als menors, de manera que ni la guarda y custodia compartida constitueix una situació excepcional enfront de la custòdia monoparental ni ha de primar una d’elles, en cap cas, enfront de l’altra, ja que el criteri preferent és l’interès del menor” (SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 11.3.2016). Y en el mismo sentido la SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 29.11.2013 –que citando la STS-JC, 1ª, 16.6.2011 –mantiene que “el único principio que hemos declarado preponderante en estos casos es el favor filii, (...) siendo el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida”.

de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000) (en adelante LEC); y art. 5.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE nº 156, de 28 de junio de 2010).

La STSJC, 1ª, 6.2.2012 –con remisiones a las SSTSJC, 1ª, 31.7.2008; Sec. 1ª, 5.9.2008 y Sec. 1ª, 25.6.2009– sintetiza la doctrina sobre esta materia recordando que:

(...) No obstante, ya desde el principio dijimos que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que ‘de lege ferenda’ pudiera construirse como una solución preferencial (STSJC, 1ª, 31.7.2008, FJ5), y más adelante tuvimos ocasión de precisar -siempre bajo la vigencia del CF- que el único criterio a tener en cuenta es el del interés del menor en cada caso¹⁰.

En este sentido, resulta muy ilustrativa la STSJC, 1ª, 16.6.2011, en un supuesto en el que se solicitaba la guarda y custodia compartida, rechazada en las sentencias de primera y segunda instancia. El recurrente alegaba que no se había respetado el principio de igualdad entre los progenitores y las ventajas ineludibles que conlleva este sistema para los menores conforme a reiterada doctrina de la Sala. Y la respuesta a este motivo de recurso es que:

(...) Sin embargo, si analizamos la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al respecto, comprobaremos que el único principio que hemos declarado preponderante en estos casos es el *favor filii*, de modo que, como indica la STSJC, 1ª, 8.3.2010,

10 Interesante es la STSJC, 1ª, 6.2.2012, que sintetiza la doctrina sobre esta materia haciendo remisión a otras sentencias como la STSJC, 1ª, 31.7.2008, a la que siguieron en la misma línea las SSTSJC, Sec. 1ª, 5.9.2008; Sec. 1ª, 25.6.2009; Sec. 1ª, 8.3.2010; Sec. 1ª, 20.12.2010; Sec. 1ª, 16.6.2011. También en este sentido, y reiterando esencialmente esta doctrina del TSJC, la SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 24.10.2014.

con cita de otras anteriores (así la STSJC, 1ª, 31.7.2008; o Sec. 1ª, 3.3.2010 (...)) es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados¹¹.

En conclusión, la norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor¹². Precisamente en aras de asegurar este fin, se impone la obligatoria intervención del Ministerio Fiscal, de conformidad con los artículos 749 y 777 de la LEC, y la habitual de los equipos psicosociales (Picontó, 2012).

Tanto es así, que incluso en el ámbito del derecho de familia, el principio dispositivo, de rogación y de congruencia (arts. 216 y 218.1 de la LEC) quedan un tanto relativizados y atenuados, y también el principio de preclusión en cuanto a las medidas personales relativas a menores de edad, porque los mismos representan el interés más necesitado de protección y todas las cuestiones que les afecten se subordinan a este principio primordial, pudiendo el Tribunal adoptar cuantas decisiones puedan resultar más beneficiosas para el menor,

11 Es jurisprudencia reiterada la que señala que lo que ha de primar a la hora de elegir el sistema adecuado en cada caso concreto, es el interés del menor, y no lo que convenga al interés de sus progenitores, “pues el sistema está concebido en el art. 92 CC como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda” (STS, 1ª, 10.1.2011, y las que en ella se citan).

12 STSJC, 1ª, 6.2.2012 con remisión a la STS, 1ª, 27.9.2011. Ambas citadas por la SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, núm. 504/2014, de 21 de septiembre.

sin que por ello incurra en incongruencia¹³.

El problema que entraña el interés del menor es que al tratarse de un concepto indeterminado y no establecerse en la legislación pautas uniformes y generales, se deberá valorar cada caso en virtud de la prueba practicada en los autos, dando preferencia a los acuerdos de los progenitores siempre que sean respetuosos con el interés de los hijos y atendiendo, a falta de acuerdo, a las relaciones interparentales y valoración de sus capacidades, sin perjuicio de considerar la voluntad del menor cuando contiene suficiente uso de razón.

Consiguientemente, debe atenderse, en esencia, a los mismos parámetros o criterios a los que ahora se refiere detalladamente el art. 233-11 CCCat, destacando nuevamente que, en cualquier caso, el art. 233-8.3 dispone que la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales, ha de atender de forma prioritaria al interés del menor. Ello vendrá siempre determinado por las concretas circunstancias concurrentes en cada supuesto y teniendo presente, como no podía ser de otro modo, que la adopción de esta medida, como todas las demás relativas a los menores, han de inspirarse por el principio del *favor filii*, porque en esta materia rige el principio del superior interés y beneficio del menor, como criterio básico que ha de presidir todas las decisiones que les afecten.

13 SSAP Lleida, Civil Sec. 2ª, núm. 505/2014, de 21 de septiembre; y núm. 504/2014, de 21 de septiembre, esta última con cita a la STSJC, 1ª, 26.7.2012. Aún más reveladora resulta la doctrina del Tribunal Constitucional que en su STC 15.1.2001 recuerda que exigir el cumplimiento de los principios de justicia rogada, congruencia y de preclusión en los procedimientos de familia en los que se encuentran interesados los hijos menores de edad, supone desconocer la naturaleza de estos procedimientos, su carácter no dispositivo y la atenuación de los principios básicos del procedimiento civil con el correspondiente ensanchamiento de las facultades del juez para resolver lo que estime más pertinente para el interés de los menores.

En consecuencia, el criterio preferente sigue siendo el interés superior de los hijos, procurándose la implantación de la guarda y custodia compartida cuando resulte beneficiosa para los menores; de tal modo que, ni la guarda monoparental constituye una situación excepcional frente a la custodia compartida, o que haya de primar una de ellas, en cualquier caso, frente a la otra, pues es el interés del menor el verdadero criterio preferente.

5. EL CONTROL JUDICIAL Y LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ

Será al amparo del principio de interés superior del menor como materia indisponible –expuesto *ut supra*–, que el juez incluso puede intervenir de oficio y en cualquier procedimiento puede adoptar todas las medidas que considere oportunas para proteger al menor, tanto personales como patrimoniales, pudiendo exigir que los padres presten garantía, limitar sus facultades e incluso nombrar un defensor judicial (art. 236-3 CCCat)¹⁴.

Ya el Preámbulo del Libro II CCCat expone que “la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias en cada caso y en función del interés concreto de los hijos”. Este aspecto está tipificado en el art. 233-8.3 del Código Civil de Cataluña, disponiendo que en todo caso la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales haya de atender de forma prioritaria al interés del menor. Del mismo modo, el art. 774 de la LEC faculta a los tribunales para adoptar las medidas que estimen necesarias en interés del menor, incluso si las partes nada hubiesen solicitado al respecto. Por su parte, la STS, 1^a, 7.7.2004 ya había proclamado que “(...) en la adopción de las medidas a tomar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales

14 Este carácter de la norma lo vemos claramente configurado dentro de la potestad discrecional del juez para la toma de decisión sobre otorgar la guarda compartida o la exclusiva. (Gete-Alonso et al., 2014).

o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el art. 158 CC, al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas” (STS, 1ª, 26.11.2014).

Llegados a este punto, cabe recordar la doctrina del Tribunal Supremo, conforme a la cual: “(...) Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en la decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STS, 1ª, 28.9.2009, que lo califica como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional (...)”, compitiendo al juez, en último término, la labor de determinar cuál es el interés del menor en el caso concreto, valorando la situación concurrente.

Por último, es relevante indicar que en caso de que no fuera posible determinar a partir de los factores, criterios y situación, elementos negativos a la instauración del sistema de guarda compartida, el juez estaría obligado a imponerla. Y ello, dado que tiene la carga de probar los mismos el progenitor que no desea su instauración (Lasarte, 2014, pp. 255-267).

6. LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA

En el artículo 233-11 del CCCat se establecen los criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda. Así señala que para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, una serie de criterios y circunstancias ponderados conjuntamente (SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 14.7.2015).

En relación, como no, al interés superior del menor, la STSJC, 1ª, 6.2.2012 menciona también algunos criterios a tener en cuenta

para detectar cuando el interés del menor puede aconsejar o, incluso, exigir, que se adopte el sistema de custodia compartida frente al monoparental considerando aceptable, a título meramente ejemplificativo, algunos de los que el Alto Tribunal se ha permitido extraer del derecho comparado, tales como: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (STS, 1ª, 8.10.2009 y STS, 1ª, 7.7.2011), estableciéndose un listado *numerus apertus*.

De todas formas, nos permitimos advertir que no era necesario ni que se dieran en cada caso todos los criterios, ni tampoco que el tribunal debiera examinar todos ellos ante cada supuesto en concreto, “como si se tratase de un listado de supuestos taxativos y de forzosa y legal observancia, sino que atendido uno o varios de ellos y de forma casuística se deberá proceder a examinar la bondad o no de la guarda y custodia compartida en función de todas las circunstancias concurrentes”¹⁵.

A partir de aquí, vamos a analizar a fondo los criterios más recurrentes por la doctrina de las Audiencias Provinciales de Cataluña, para ver el desarrollo de estos factores y su consolidación.

15 La SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 22.3.2017 ya advierte que la pugna por la custodia de los hijos tiene que dirimirse a partir de la ponderación de circunstancias objetivas que permitan evaluar la idoneidad del sistema en cada caso concreto. También la SAP de Girona, Civil Sec. 1ª, 17.3.2016, en remisión a la STS, 1ª, 6.2.2012.

6.1. Conflictividad entre los progenitores

La guarda compartida exige un alto grado de colaboración entre los padres, lo que implica necesariamente un grado importante de contacto entre ellos, de comunicación y de recíproca información, que para que funcione óptimamente después de la crisis debe haber funcionado ya, en mayor o menor medida, antes de la crisis, lo que no siempre se logra (Navas, 2012, p. 9). Es importante la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

Los enfrentamientos entre los progenitores conllevan multitud de sentencias desfavorables a la guarda compartida. Véase por ejemplo la SAP Barcelona, Civil Sec. 18^a, núm. 129/2013, de 22 de febrero, que deniega la guarda alternada alegando que “hasta que ambos progenitores no adecuen sus respectivas actitudes hacia el otro, priorizando las necesidades de los hijos por encima de las propias, no resulta viable el establecimiento de la responsabilidad parental compartida”.

Como bien aclara la SAP de Girona, Civil Sec. 1^a, 17.3.2016:

En concreto, por lo que se refiere al de la conflictividad y las dificultades de comunicación entre los progenitores, es cierto que en un principio pudo no entenderse correctamente cuando declaramos, apelando a un precedente aislado (STSJC 2/2007), que la custodia compartida debía desecharse “en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos y, al propio tiempo, que no debía descartarse “frente a cualquier grado de conflictividad” (STSJC 29/2008 FJ 5, y en el mismo sentido SSTSJC 24/2009 FJ 2, 9/2010 FJ1 y 10/2010 FJ 2 y 44/2010 FJ 3), de manera que se interpretara bien intencionadamente

como que solo cabía descartar la custodia compartida en aquel supuesto extremo, pero no en los demás¹⁶.

La jurisprudencia ha ido evolucionando y entiende que no cualquier tipo de enfrentamiento o desavenencia entre los padres es motivo automático de excluir la guarda compartida, puesto que después de una ruptura matrimonial o de convivencia lo más normal es que entre los progenitores separados exista una cierta tensión. Por ende, el TS afirma muy acertadamente que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida; solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor” (STS, 1ª, 22.7.2011). Admitiendo, *de facto*, que prácticamente siempre tras la ruptura habrá una cierta conflictividad entre los progenitores, el Tribunal Supremo en su STS, 1ª, 12.12.2013 recuerda que el interés del menor exige, sin duda, un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar¹⁷.

16 También SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 9.4.2014; SAP Sec. 18ª, 14.9.2015; o SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 28.2.2014, que en su FJ 3 manifiesta que “Tampoco la considera adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, (...) sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad”.

17 A tenor de este razonamiento, a pesar de la mala relación de los padres, la SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 16.1.2015 concede la guarda compartida alegando que “Es evidente que una supuesta mala relación o incomunicación de los progenitores es explicable, pero también lo es que su sentido de la responsabilidad y la necesidad de dar solución al problema común de educar y formar a su hijo, unido a los instrumentos de superación de las dificultades existente a su alcance, constituidos por su propia racionalidad y sentido de la responsabilidad, sean suficientes para encontrar las soluciones adecuadas en función de la pacífica y racional solución de los múltiples problemas que su misión de cuidadores de su hijo les impone y les impondrá en el futuro”.

En este sentido, la doctrina de las Audiencias Provinciales catalanas exige pruebas con valor probatorio respecto a la mala relación entre los padres y matiza que para “el sistema de responsabilidad parental compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de las menores, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los ahora recurrentes” (SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 17.3.2016).

Hay que destacar la STSJC, 1ª, 8.3.2010, que viene a establecer lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado –SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 24/2009, de 25 de junio y 9/2010, de 3 de marzo–, que la guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos –SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 24/2009, de 25 de junio–, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas.

A pesar de todo, sorprenden alegaciones como las de la SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 24.10.2014, al decir que “en cuanto a la relación entre los progenitores, ha quedado acreditado que no es fluida. Si bien no es tan conflictiva como el momento en que se dictaron las medidas provisionales, en el que los intercambios se realizaban en un lugar público, lo cierto es que no hay más comunicación entre ellos que la estrictamente necesaria, siendo que el tema de la extraescolar de inglés no es más que un ejemplo que pone de manifiesto la juzgadora para patentizar la relación que existe entre ellos”. En este caso, el tribunal utiliza la alegación de una relación “no fluida” como un argumento más para denegar la guarda compartida, aunque dudo que la no fluidez de las relaciones entre los

progenitores sea calificable de un conflicto grave. Más aún si vamos al otro extremo al que nos lleva la SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 6.7.2016, que incluso fallando sobre un caso de denuncias cruzadas entre los padres opta por la guarda compartida, asegurando respecto las denuncias cruzadas que “pues aunque es cierto que pone de manifiesto que las relaciones de la pareja no son buenas, la levedad del hecho punible permite descartar la existencia de violencia en el ámbito familiar y la sucesión de denuncias mutuas no hace más que reflejar la conflictividad propia de toda separación de pareja”.

Por último, citar la SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 28.2.2014 que a pesar de reconocer una conflictividad existente entre los padres que había influido indudablemente en el desarrollo del menor, acaba optando por el sistema de guarda compartida al destacar como aspecto positivo que ambos progenitores sienten afecto y cariño por la hija –así se desprendió de los informes psicológicos en fase probatoria–, por lo que el hecho que la hija pueda compartir su vida y convivir en similar medida tanto con el padre como con la madre es más beneficioso para el desarrollo del menor.

Y es que ciertamente, aceptar cualquier grado de conflictividad entre los progenitores para denegar una guarda compartida conllevaría no otorgar casi nunca dicho sistema de guarda, puesto que como he dicho anteriormente, al separarse una pareja o matrimonio siempre habrá cierta tensión en sus relaciones, sobre todo a los meses siguientes de la ruptura, por lo que debe apreciarse cierta gravedad en la conflictividad entre ambos y que la misma afectase negativamente al bienestar y desarrollo del hijo para que sea determinante para denegar la guarda alternada.

6.2. Aptitud de los progenitores y la vinculación afectiva con el hijo

Ya en el Preámbulo del Libro II CCCat encontramos la justificación de la adopción del criterio de la vinculación afectiva entre los

hijos y cada uno de los progenitores, así como el tiempo que cada uno había dedicado a su atención antes de la ruptura. Sin ninguna duda, este es uno de los criterios que contiene el art. 233-11 CCCat y uno de los que cobra más fuerza. Las Audiencias Provinciales tienen en gran consideración la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, sin olvidar también las relaciones con las demás personas que en su caso convivan en los respectivos hogares, y la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado de acuerdo con su edad.

Una muestra que el juez toma en consideración la vinculación afectiva de los progenitores con el hijo durante la convivencia marital, es la SAP Barcelona, Civil Sec. 18^a, 24.3.2017, que valora positivamente para la atribución del régimen compartido de guarda que “durante la convivencia había un reparto equitativo del cuidado de la niña entre ambos progenitores y una parentalidad activa por parte de ambos”.

En cuanto a la aptitud, al fin y al cabo, lo que se valorará será la capacidad y habilidades de ambos progenitores para hacerse cargo de la crianza de sus hijos. Asimismo, la SAP Girona, Civil Sec. 1^a, 6.7.2016 dispone que “ambos litigantes han aportado informes elaborados por perito psicólogo coincidentes en sus conclusiones en el sentido de que ambos progenitores tienen capacidad y habilidades para hacerse cargo de la crianza de sus hijos. Si la psicóloga Doña. Emma desaconseja un régimen de guarda compartida no es porque éste resulte perjudicial para los menores, sino porque en ese momento ninguno de los dos progenitores tiene vehículo”. Otra reciente sentencia de la AP Barcelona, Civil Sec. 18^a, 24.3.2017 dispone que “ninguno de los progenitores ha cuestionado la capacidad parental del otro por lo que podemos afirmar que ambos disponen de aptitud para garantizar el bienestar de su hija y para procurarle un entorno adecuado (art. 233-11,1 c) CCC); ambos tienen capacidad de diálogo por lo que debe afirmarse capacidad

o actitud para cooperar a fin de asegurar a su hija la máxima estabilidad y garantizar las relaciones con ambos progenitores”¹⁸.

Por encima de todo, en el momento de decidir la custodia, los tribunales observan el tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar. El razonamiento que aplican sería en el sentido de que si las cosas van bien es mejor no cambiarlas, siendo éste, en mi opinión, un prejuicio que dificulta la implantación del régimen preferente de la guarda alternada. Consiguientemente, la SAP Barcelona, Civil Sec. 18^a, 4.2.2013 considera que “no existe motivo alguno para cambiar la rutina de los menores y lo que ha sido hasta la fecha su modo de vida, es decir, una madre cuidadora frente a un padre más ausente en la cotidianidad, debiendo recordarse además que fueron los propios padres los que configuraron un determinado tipo de familia”¹⁹. Evidentemente, esta retrospectiva en el tiempo también jugará en favor de una guarda compartida, si este modelo ya había sido la situación de hecho²⁰.

6.3. La opinión del menor

El art. 233.11.1.e) CCCat dispone, en relación con los procedimientos de nulidad, separación o divorcio, que para establecer el régimen de guarda y custodia deberá tenerse en

18 Véase por ejemplo la SAP Girona, Civil Sec. 1^a, 25.2.2014 o la SAP Barcelona, Civil Sec. 12^a, 15.3.2017 que atribuye gran importancia a las “buenas capacidades parentales de ambos cónyuges”.

19 Véase también la SAP Barcelona, Civil Sec. 18^a, 2.2.2016, que atribuye una guarda exclusiva porque había sido la madre la que se había venido ocupando de los hijos con una mayor dedicación.

20 En el concreto caso que abarca la SAP Tarragona, Civil Sec. 1^a, 9.3.2015, se determina que “en los últimos años ha existido una situación de hecho de custodia compartida en la que no se han puesto de manifiesto inhabilidades paternas para atender al menor, siendo, por tanto, la custodia compartida beneficiosa para éste”.

cuenta, entre otros criterios, “la opinión expresada por los hijos”, sin precisar su edad, aunque el artículo 211-6.2 ya había establecido que el menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial.

En cualquier caso, la audiencia de los menores en el supuesto de que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de 12 años, viene impuesta por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España; por el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE del año 2000; por el art. 9 de la LO de Protección Jurídica del Menor, por el artículo 770.4 de la LEC; así como por la propia doctrina del TC, que en relación con el art. 24.1 CE ha establecido que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser escuchado en el procedimiento (judicial o administrativo) que le afecte, especialmente cuando se trate de la adopción o modificación de las medidas relativas a su guarda y custodia (SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 25.2.2014). La SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 15.9.2016, en la que el juez *ad quem* tuvo acceso a una carta dirigida por la hija de 12 años al mismo tribunal pidiendo estar más tiempo con su padre, sentenció que “a partir de los 12 años del menor –con los doce inclusive–, el deber de oír al menor por parte del tribunal es imperativa y si se aprecia suficiente juicio del mismo y claridad en sus deseos, tendrá que ser oída su opinión por el tribunal y valorarla, puesto que aunque el tribunal no estará vinculado por la opinión del menor, sí que la deberá valorar y tener en cuenta como un criterio más para valorar la aplicación de un régimen determinado de guarda”.

El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar no significa, sin embargo, que su opinión o su voluntad hayan de ser determinantes en la resolución que se adopte. Su criterio debe tenerse en cuenta, pero no puede

erigirse en elemento decisorio. En otro caso se incurriría en el riesgo de convertir a los menores en sujetos y en objetos de la disputa de sus padres. Así lo determina con claridad el artículo 233-11.1 que obliga a una ponderación conjunta de los criterios contemplados, siendo el único prevalente el del superior interés del menor (211-6.1). De este modo, los tribunales valoraran el contenido de la audiencia del menor conjuntamente con otros factores, ya que en ocasiones la voluntad expresada por los menores no coincide con la voluntad real ni con lo que les resulta más beneficioso.

Sin embargo, para que el deseo del menor con suficiente juicio pueda ser atendido siempre será necesario: a) que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, c) que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.

Analizada la doctrina de las AP de Cataluña, podemos afirmar que en cuanto más avanzada es la edad del menor, más importancia da el juzgador a su opinión. Véase el caso de un menor de 17 años que manifestó que no existían problemas en la situación de guarda actual, y el juez *ad quem* sentenció que “deberá dejarse a su libre elección los días y horas así como el modo, con pernocta o sin, en que quiera relacionarse con su madre, atendiendo a la edad del mismo”²¹.

21 SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 25.2.2014. Así como la SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 13.4.2015, que determina la guarda en favor del padre por la firme determinación de la hija de convivir con él y su edad de 16 años; o la SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 6.3.2017 que considera inviable la guarda compartida dada la voluntad contraria a tal sistema emitida por la hija del matrimonio de 17 años.

6.4. La situación y condición de los domicilios de los progenitores, los horarios laborales y las actividades de los hijos y de los progenitores

Para la atribución de una guarda compartida los tribunales toman en consideración la **proximidad de los domicilios** paternos, para que su lejanía no suponga un obstáculo para compartir la guarda, que el hijo pueda mantener el mismo centro escolar, los mismos amigos, la relación con las respectivas familias, las actividades extraescolares y de ocio. También se valoran los horarios de los trabajos respectivos a efectos que no impidan una guarda normalizada por parte de cada progenitor, respetando las necesidades y conveniencias del desarrollo vital de los menores²².

A modo de ejemplo, es totalmente obvio el pronunciamiento de la AP de Lleida en el sentido de atribuir la guarda exclusiva al padre que se quedaba a vivir en el pueblo natal de los hijos –en pro del interés superior del menor–, mientras que la madre se iba a vivir a Viena con su novio con o sin sus hijos –según declaraciones de la misma en Primera Instancia–, hecho que imposibilitará el ejercicio efectivo de una guarda compartida²³. También la SAP Barcelona, Civil Sec. 18^a, núm. 128/2013, de 22 de febrero, dispone que “viviendo los progenitores en países tan alejados geográficamente

22 En este sentido, la SAP Girona, Civil Sec. 1^a, 14.7.2015, que otorga la guarda compartida tomando en consideración que ni los horarios de trabajo de los padres ni la distancia entre ambos domicilios (padre y madre vivían uno en Llançà y el otro en Figueres, habiendo una distancia de 21 km), que el juez *ad quem* no consideró obstáculo para compartir la guarda. Otra SAP Girona, Civil Sec. 1^a, 6.7.2016, tampoco considera la distancia entre Figueres y L'Escala como un obstáculo insalvable, y toma en consideración que el padre dispone de un vehículo propio para los desplazamientos.

23 SAP Lleida, Civil Sec. 2^a, 21.11.2014. Esta misma Sentencia denegó la guarda exclusiva de los menores a favor de la madre, por ser “claramente perjudicial para los menores, que han residido toda la vida de Agramunt y se verían separados de su padre y de su entorno por un hecho circunstancial de la vida de la madre”.

resulta imposible un planteamiento de custodia compartida”. Otra cuestión distinta es que los progenitores residan en ciudades muy próximas, en cuyo caso, este hecho no supone un obstáculo insalvable para el desarrollo de la guarda compartida, ni justifica *per se* una guarda exclusiva²⁴.

No solo se evaluará la distancia entre domicilios, sino las **condiciones mismas de la vivienda** donde los menores tengan que residir. Véase la SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 21.11.2014, que mantiene como uno de los fundamentos que llevan a tomar la decisión de otorgar una guarda exclusiva en favor de la madre el hecho que “El progenitor residía en les Borges Blanques en una habitación alquilada de pocos metros cuadrados, que no reunía las condiciones adecuadas para la convivencia con los menores, tal y como vino a reconocer el propio demandado en dicho acto, interesando al inicio del mismo, que el régimen de visitas se estableciese sin pernocta durante dicho periodo”²⁵.

Aún en cuanto a la vivienda, en relación a la **atribución del domicilio familiar** cuando se falla en favor de la guarda compartida, destaca la recién STS, 1ª, 10.1.2018 que en este caso, obviamente se establece que el menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de un cónyuge, sino que con una determinada periodicidad habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar indefinida a la menor y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única²⁶.

24 Este es el caso analizado por la SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 25.2.2013.

25 También incide en el criterio de las condiciones de la vivienda del progenitor la SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 11.3.2016.

26 Prosigue el TS exponiendo en su FJ 2º que “En definitiva, la actual corriente doctrinal establece que en los supuestos de una custodia compartida en el que la menor se desplaza al domicilio del progenitor con el cual convive semanalmente ya no se puede hacer adscripción de la vivienda familiar

En cuanto al factor de los **horarios laborales** de los progenitores, es tenido en cuenta como elemento positivo para determinar una guarda compartida cuando la localidad y el horario profesional del padre no le impiden hacerse cargo de los hijos²⁷. Si emergen incompatibilidades por razón del horario laboral, encontramos que varias Sentencias de Audiencias Provinciales aún se decantan por establecer una guarda individual con el padre que tiene mejor disponibilidad y flexibilidad laboral para atender al hijo, disponiendo, eso sí, en la mayoría de los casos de amplios regímenes de visitas en favor del otro que tiene más complicaciones de atender al menor por su trabajo y, en muchos casos, dejan abierta la puerta de pasar a guarda compartida en un futuro si la situación laboral del progenitor desfavorecido cambiara²⁸. En cambio, otras resoluciones, a pesar de las dificultades reconocidas para el cuidado del hijo por razones profesionales, atribuyen igualmente la guarda compartida con reparto de tiempo no igualitario siempre que no se haya probado que dicho horario incida de forma negativa en el cuidado de los niños²⁹.

indefinida a la menor y al padre o madre con quien conviva”.

- 27 Véase la SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 12.9.2014, que falla a favor de una guarda sucesiva con alternancia semanal, dado que el padre dispone de vivienda en localidad próxima y tiene un horario que le permite hacerse cargo de los hijos por las tardes y los fines de semanas que le correspondan.
- 28 En estos términos se pronuncia la SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 28.9.2016, al conceder la guarda exclusiva a la madre por tener un horario de trabajo estable con jornada reducida, frente al padre que tenía un trabajo en el sector de la hostelería en horario diverso, el cual según el juzgador hacía apreciar dificultades sustanciales para el ejercicio de un régimen compartido. Otra sentencia, la SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 19.5.2016, desestima la guarda compartida por “falta de prueba que el padre tenga una organización laboral adecuada para atender a niños de tan corta edad”.
- 29 Es el caso de la SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 19.5.2016, que argumenta que a pesar de que “no son horarios fijos sino que depende del trabajo que haya cada día, por lo que el padre debe trabajar por la mañana o por la tarde y los trabajos por la noche y fines de semana son voluntarios. Tal y como se señala en la sentencia, no se ha probado que los horarios laborales del padre hayan incidido de forma negativa en el cuidado de los niños”.

6.5. Los acuerdos adoptados por los progenitores

Cabe la posibilidad de existencia de acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento. El legislador deja que sean los padres quienes decidan tras la ruptura si mantienen el ejercicio conjunto de la patria potestad o prefieren delegar el ejercicio de la misma en uno de ellos o distribuirse las funciones (art. 236-9.1 CCCat), que no es más que recordar la regla general establecida en el art. 236-8.1 CCCat. Por tanto, parte de la situación jurídica anterior a la crisis matrimonial o convivencial en la que este ejercicio era conjunto y que, después, con la crisis se mantiene. Si no se pusieran de acuerdo, siempre podrán recurrir a la autoridad judicial, la cual deberá tener en cuenta tanto la opinión de los padres como del hijo menor de edad (art. 236-11.4 CCCat) (Navas, 2012, p. 6 y ss.). Sin embargo, esta autonomía de la voluntad de los padres no es absoluta, puesto que los pactos que alcancen –en concreto el plan de parentalidad – deben pasar el control judicial, el cual deberá tener en cuenta si alguno de estos pactos es perjudicial para el menor³⁰.

En definitiva, la circunstancia de que los progenitores pactaran en el convenio regulador la custodia compartida no vincula el Juez.

30 Vemos la funcionalidad y la abrumadora lógica de este control judicial en el caso que dilucida la SAP Barcelona, Civil Sec. 12^a, 1.4.2014, en la que se rechaza el plan de parentalidad de los progenitores en que acordaban de mutuo acuerdo una guarda compartida, debido a la existencia de indicios de un delito de lesiones imputable al padre de la menor (violencia machista), aprobando un régimen exclusivo de guarda en favor de la madre. Otro caso, no tan extremo, en que el juzgador de segunda instancia desestima la guarda compartida pactada por los padres por no constar acreditada la concurrencia de cualidades de coparentalidad, ni especificar en qué beneficiaría a la menor el sistema de guarda compartida por semanas alternas, es la SAP Barcelona, Civil Sec. 18^a, 26.1.2016.

6.6. No separación de los hermanos

El art. 233-11.2 del CCCat establece que no pueden separarse los hermanos salvo que las circunstancias lo justifiquen. Se establece así por ley una presunción –quizás más como recomendación que como criterio– consistente en que cualquier medida que comporte la separación de los hermanos es perjudicial con carácter general para interés del menor, sin perjuicio que circunstancias excepcionales lo justifiquen. Así, el legislador catalán considera que la cohesión familiar deviene un factor importante para garantizar la estabilidad de los menores y para favorecer su normal desarrollo (Viñas, 2012).

La doctrina de las Audiencias Provinciales catalanas viene a confirmar que el redactado del art. 233-11.2 CCCat tiende a impedir, en lo posible, la separación entre hermanos³¹. De esta forma la SAP Barcelona, Civil Sec. 12^a, 11.12.2015 considera que, desde esta perspectiva, una norma que procura la no separación de los hermanos no puede aplicarse sin tomar en consideración el beneficio que pueda reportar para los hijos. En este caso concreto, dicha AP de Barcelona demuestra que la no separación de hermanos no es un criterio absoluto, y concretamente se resolvió en favor de la separación de los hijos razonando que caben excepciones al principio de no separación de hermanos tales como: la desafección entre los hermanos, su diferencia de edad y su falta de relación positiva³².

31 SAP Girona, Civil Sec. 1^a, 14.2.2014. Caso que se decide en favor de una guarda compartida, ante el embarazo de la madre y el futuro hermano que tendría un menor de corta edad.

32 En este caso, se trataba de un hijo que empezaría los estudios de ESO y su hermano ya era mayor de edad. El hijo pequeño puso de manifiesto que no se lleva demasiado bien con su hermano, porque tenían intereses totalmente diversos, se llevaban mucha edad y porque aunque reconoció que él se ha mostrado muy pesado cuando era más pequeño, también afirmaba que su hermano mayor se ha mostrado poco paciente con él y además trató de influirlo sobre lo que era lo mejor para él con motivo de venir al Tribunal.

7. CONCLUSIONES

A partir de este estudio he podido comprobar cómo, a menudo, incluso los tribunales usan impropia­mente el término “guarda compartida”, cuando en realidad a lo que se refieren es a la responsabilidad parental en su conjunto. Si es así, deberían hablar de “régimen de responsabilidad parental compartida” o de “ejercicio de las funciones parentales”, puesto que la guarda es un elemento más dentro de la potestad de los progenitores. Así pues, esta guarda solo supone una predominancia decisional en las obligaciones y responsabilidades cotidianas acerca del menor por el hecho de convivir un determinado período con él. Lo compartido siempre son los deberes intrínsecos de la responsabilidad parental, y debemos tener claro que aunque un progenitor ostente la guarda individual, esto no supone excluir al otro en las decisiones de mayor alcance.

Por otro lado, al hablar exclusivamente de guarda, seguramente sería más acertado hacerlo con el denominativo “períodos de permanencia o de guarda”, y referirnos a “guarda compartida” como “guarda alternada”. La doctrina de las audiencias provinciales catalanas ha dejado bien sentado que el régimen alterno de convivencia debe ser lo más igualitario posible, pero no conlleva que se disponga por periodos idénticos. Con todo, en mi opinión, aunque no exista una estancia igualitaria entre ambos progenitores, siempre debería hablarse de “guarda compartida sucesiva”. Por este motivo, independientemente del tipo de guarda, las responsabilidades parentales no cesan nunca y siempre las deben ejercer conjuntamente ambos progenitores, sin que ninguno de ellos quede relegado en sus deberes y facultades.

Las disfunciones entre distintas sentencias de las AP vienen a tenor del único criterio realmente preponderante para la decisión del régimen de guarda, que es el principio de interés del menor. Esto es debido a que nos encontramos ante un concepto jurídico

indeterminado sobre el cual no se establecen pautas uniformes ni en la legislación ni en la jurisprudencia menor. Por este motivo, hay que valorar cada caso en virtud de la prueba practicada en los autos. Es fundamental determinar el alcance del principio de interés superior del menor, lo cual a mi juicio no se ha logrado. Esto habilita a los jueces a utilizar frecuentemente dicho principio como simple subterfugio para fallar lo que estimen oportuno respecto al régimen de guarda, convirtiéndose el interés superior del menor en un concepto que bien podríamos denominar “utilitarista”. Por dicho motivo, el principio de guarda compartida preferencial que dispone el Libro II del CCCat –donde se plasma de una forma palmaria la voluntad del legislador– puede ser eludido por la discrecionalidad del juzgador, alegando simplemente el interés superior del menor para fundamentar cualquier razonamiento.

Además, a la guarda compartida aún le queda mucho recorrido por hacer, porque sigue siendo un régimen minoritario y he apreciado que las audiencias tienen ciertos temores o reticencias al respecto. Ya es un mal punto de partida considerar un criterio como el de la vinculación afectiva –en cuanto al tiempo que cada progenitor había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura–. En consecuencia, la separación marca siempre un antes y un después, por lo que sopesar hechos pasados solo provoca perpetuar un modelo de vida, que al cambiar las circunstancias cada progenitor, forzosamente, deberá replantearse por completo.

En todo caso, se exigirá probar que la guarda individual sería la más beneficiosa para el menor, porque, si no, por preferencia impuesta por el legislador y también seguida por el propio TS, el régimen preeminente será el de guarda compartida. Sin embargo, sorprendentemente hay pronunciamientos de audiencias provinciales contrarios a esta doctrina. Solo por citar un ejemplo, es el caso de la SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 24.10.2014, que resuelve alegando que “no se ha practicado prueba alguna acreditativa que la custodia compartida sea la mejor opción para el menor”, aplicando

erróneamente la carga de la prueba. En resumen, lo que debe quedar patente es el carácter defectivo de la guarda compartida, considerándose ésta, a priori, más beneficiosa para el desarrollo de la personalidad del menor.

Finalmente, para que el modelo de guarda alterna no quede diluido en la nada, el TS y el TSJC deben establecer una unificación de doctrina en favor de su aplicación. Por ende, es necesario que estos tribunales concreten y delimiten tanto el principio de interés superior del menor, como los criterios a tener en cuenta para determinar cuando este principio debe exigir, no solo aconsejar, que se adopte el sistema de guarda compartida frente al monoparental. Ciertamente, lo único que a la fecha queda claro es que tal y como dispone la legislación actual del Libro II del Código Civil de Cataluña, así como la reciente doctrina de las audiencias, la guarda compartida para nada es una solución única o exclusiva, sino que solamente está dispuesta como criterio preferente.

8. TABLA DE JURISPRUDENCIA

Tribunal, Sala y Fecha	Núm. Sentencia	Magistrado Ponente	Partes
STC 15.1.2001	4/2001	Tomás S. Vives Antón	<i>Mercedes G. M</i>
STS, 1ª, 10.1.2018	7/2018	Francisco Javier Arroyo Fiestas	<i>Artemio c. Inés</i>
STS, 1ª, 26.11.2014	701/2014	Eduardo Baena Ruiz	<i>Jacinta c. Cipriano</i>
STS, 1ª, 12.12.2013	761/2013	José Antonio Seijas Quintana	<i>Casiano c. Agueda</i>
STS, 1ª, 29.4.2013	257/2013	José Antonio Seijas Quintana	<i>Noemi c. Federico</i>
STS, 1ª, 6.2.2012	36/2012	Encarnación Roca Trías	<i>Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid c. Anselmo</i>
STS, 1ª, 27.9.2011	641/2011	Encarnación Roca Trías	<i>Luis María c. Patricia</i>

Tribunal, Sala y Fecha	Núm. Sentencia	Magistrado Ponente	Partes
STS, 1ª, 22.7.2011	579/2011	Encarnación Roca Trías	Cándido c. María Cristina
STS, 1ª, 7.7.2011	496/2011	Encarnación Roca Trías	Pedro Jesús c. Tarsila
STS, 1ª, 10.1.2011	961/2011	Juan Antonio Xiol Ríos	Silvio c. Estibaliz
STS, 1ª, 8.10.2009	623/2009	Encarnación Roca Trías	Argimiro c. Sofía
STS, 1ª, 28.9.2009	614/2009	Encarnación Roca Trías	Casimiro c. Esmeralda
STS, 1ª, 7.7.2004	701/2004	Pedro González Poveda	Cosme c. Inmaculada
STSJC, 1ª, 26.7.2012	48/2012	María Eugenia Alegret Burgues	Emilia c. Horacio
STSJC, 1ª, 6.2.2012	13/2012	Carlos Ramos Rubio	Olegario c. Piedad
STSJC, 1ª, 16.6.2011	27/2011	María Eugenia Alegret Burgues	Camilo c. Gloria
STSJC, 1ª, 20.12.2010	44/2010	José Francisco Valls Gombau	Domingo c. Leonor
STSJC, 1ª, 8.3.2010	10/2010	José Francisco Valls Gombau	Marí Jose c. Imanol
STSJC, 1ª, 3.3.2010	9/2010	Carlos Ramos Rubio	Porfirio c. Elisabeth
STSJC, 1ª, 25.6.2009	24/2009	José Francisco Valls Gombau	Angélica c. Gregorio
STSJC, 1ª, 5.9.2008	31/2008	Enrique Anglada Fors	Baltasar c. Lorenza
STSJC, 1ª, 31.7.2008	29/2008	Carlos Ramos Rubio	Juan Luis c. Bárbara
SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 11.12.2017	1004/2017	Mª José Pérez Tormo	Ángel c. Nicolasa
SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 24.3.2017	265/2017	Mª Dolores Viñas Maestre	Bartolomé c. Otili
SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 22.3.2017	302/2017	José Pascual Ortuño Muñoz	Teresa c. Víctor
SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 15.3.2017	282/2017	Mª Pilar Martín Coscolla	Jesús Manuel c. Remedios
SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 6.3.2017	245/2017	Juan Miguel Jiménez de Praga Gastón	Rosa c. Pedro Antonio

Derechos fundamentales y conflicto

DOI: <https://doi.org/10.35985/9789585583986>

Tribunal, Sala y Fecha	Núm. Sentencia	Magistrado Ponente	Partes
SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 2.3.2017	228/2017	Gonzalo Ferrer Amigo	Ruperto c. Gema
SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 28.9.2016	672/2016	Gonzalo Ferrer Amigo	Eulogio c. María Cristina
SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 15.9.2016	235/2016	Fernando Ferrero Hidalgo	Juan Antonio c. Catalina
SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 6.7.2016	190/2016	Nuria Lefort Ruiz de Aguiar	Carlos Ramón c. Adoración
SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 27.6.2016	300/2016	Antonio Carril Pan	Ángela c. Leovigildo
SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 19.5.2016	384/2016	María Dolores Viñas Maestre	Carmela c. Joaquín
SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 19.5.2016	370/2016	Gonzalo Ferrer Amigo	Adelaida c. Clemente
SAP de Girona, Civil Sec. 1ª, 17.3.2016	64/2016	Fernando Lacaba Sánchez	Loreto c. Evelio
SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 11.3.2016	133/2016	María del Carmen Bernat Álvarez	Amadeo c. Pilar
SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 2.2.2016	77/2016	Margarita Blasa Noblejas Negrillo	Maria c. Marí Trini
SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 11.12.2015	838/2015	Raquel Alastruey Gracia	Rodolfo c. Amelia
SAP de Barcelona, Civil Sec. 18ª, 14.9.2015	618/2015	Francisco Javier Pereda Gámez	Apolonia c. Eduardo
SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 14.7.2015	169/2015	Fernando Lacaba Sánchez	María Angeles c. Carlos Alberto
SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 13.4.2015	239/2015	José Pérez Tormo	Alberto c. Diana
SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 16.1.2015	13/2015	Antonio Carril Pan	Filomena c. Adrián
SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 9.3.2015	89/2015	Manuel Díaz Muyor	Matías c. Daniela
SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 21.11.2014	504/2014	María del Carmen Bernat Álvarez	Juan Ramón c. Marcelina
SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 24.10.2014	455/2014	María del Carmen Bernat Álvarez	Carlos c. Marí José

Tribunal, Sala y Fecha	Núm. Sentencia	Magistrado Ponente	Partes
SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 21.9.2014	504/2014	María del Carmen Bernat Álvarez	Juan Ramón c. Marcelina
SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 21.9.2014	505/2014	María del Carmen Bernat Álvarez	Tatiana c. Joaquín
SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 15.9.2014	597/2014	María Dolores Viñas Maestre	Ildelfonso c. Leandro
SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 12.9.2014	280/2014	María Pilar Aguilar Vallino	María Rosario c. Edmundo
SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 9.4.2014	123/2014	Fernando Lacaba Sánchez	Rosario c. Alexis
SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 28.3.2014	133/2014	Manuel Díaz Muyor	Marta c. Patricio
SAP de Barcelona, Civil Sec. 18ª, 21.3.2014	201/2014	Francisco Javier Pereda Gámez	Flor c. Agustín
SAP Girona, Civil Sec. 1ª, 28.2.2014	66/2014	María Isabel Soler Navarro	Verónica c. José Manuel
SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 28.2.2014	96/2014	Manuel Díaz Muyor	Nicanor c. Constanza
SAP Girona, Civil Sec., 1ª, 25.2.2014	60/2014	María Isabel Soler Navarro	Fátima c. Luis Manuel
SAP Tarragona, Civil Sec. 1ª, 29.11.2013	451/2013	Antonio Carril Pan	Mauricio c. Palmira
SAP de Barcelona, Civil Sec. 18ª, 2.10.2013	578/2013	Francisco Javier Pereda Gámez	Teófilo c. Natividad
SAP Lleida, Civil Sec. 2ª, 12.9.2013	333/2013	Ana Cristina Sainz Pereda	Melisa c. Braulio
SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 4.2.2013	76/2013	Ana Mª García Esquius	Carlos Daniel c. Estela
SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 25.2.2013	108/2013	Myriam Sambola Cabrer	María del Pilar c. Segundo
SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 22.2.2013	129/2013	Ana Mª García Esquius	Pedro Francisco c. Matilde
SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 22.2.2013	128/2013	Ana Mª García Esquius	Tamara c. Álvaro

BIBLIOGRAFÍA

España. “Constitución Española”. Madrid: BOE n° 311, 29 de diciembre de 1978.

España. “Código Civil”. Madrid: BOE n° 206, 25 de julio de 1889.

España. “Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia”. Barcelona: DOGC núm. 5686, del 5 de agosto de 2010).

España. “Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil” Madrid: BOE n° 7, de 8 de enero de 2000.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Madrid: BOE n° 15, de 17 de enero de 1996.

España. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Madrid: BOE n° 175, de 23 de julio de 2015.

España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Madrid: BOE n1 180, de 29 de julio de 2015.

España. Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. Madrid: BOE n° 156, de 28 de junio de 2010.

Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) (2014). *Especialidades en derecho de familia*. Madrid: Dykinson.

Cano, O. (2013). Configuración de la custodia compartida en el Derecho Civil de Cataluña: ¿qué papel juega una relación conflictiva entre los progenitores? Disponible en <https://jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/2013/11/26/configuracion-de-la-custodia-compartida-en-el-derecho-civil-de-cataluna-que-papel-juega-una-relacion-conflictiva-entre-los-progenitores/>

Fernández, J. M. (2013) La guarda y custodia compartida. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), 93-101.

Gete-Alonso, M^a. C. et al. (2014). *Filiación y potestad parental*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Lasarte, C. (Dir.). (2014). *Patria potestad, guarda y custodia*, Congreso Idadfe 2011, (Volumen 1). Madrid: Tecnos.

Navas, S. (2012). *Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)*, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi.

Picontó, T. y Almeda, E. (2012). *La custodia compartida a debate*. Madrid: Dykinson.

Viñas, D. (2012). Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda, *InDret* (3), 1-.55.

BALANCE DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN ECUADOR*

Vicente Solano

© <https://orcid.org/0000-0003-3955-8151>

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de la incorporación de los derechos de participación en la Constitución ecuatoriana del 2008 era la necesidad de establecer una mayor relación entre Estado y sociedad, es decir que el ciudadano sea parte en la toma de decisiones sobre los asuntos de interés público. Específicamente en ese sentido Boaventura de Sousa, plantea que la democracia participativa viene a ser complementaria de la representativa (Santos, 2004). Esto con la finalidad de intentar superar la crisis que sufría el modelo representativo liberal (Santos, 2004). Así, el constituyente ecuatoriano instituyó nuevos derechos, garantías e instituciones con ese propósito. No obstante, a nueve años de esa promesa constituyente, existen muchas críticas, y detractores de esta. En este trabajo, me propongo revisar algunas de estas objeciones, desde una perspectiva analítica y crítica.

Específicamente considerare algunos problemas. En primer lugar, examinaremos el desarrollo normativo de los diferentes derechos, garantías e instituciones, en especial el de tipo legal, encarga-

* El presente trabajo, contiene algunos datos de los resultados del proyecto de investigación “*La participación ciudadana en los gobiernos autónomos descentralizados en la provincia del Azuay (silla vacía, audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios) 2009-2014*”, ganador del XIII Concurso Universitario de Proyectos de Investigación convocado por la Dirección de Investigación de la Universidad de Cuenca (DIUC).

do a la Asamblea Nacional. Además, examinaremos ciertos casos como de los gobiernos autónomos descentralizados. Adicionalmente, determinar si la Corte Constitucional ha emitido algún criterio jurisprudencial. En el siguiente apartado, espero lograr mediante la presentación de varios datos, establecer el nivel de uso de los diferentes mecanismos de participación ciudadana, entre ellos, la revocatoria del mandato, iniciativa popular normativa, silla vacía, observatorios, veedurías, cabildos populares y otros. En tercer lugar, en base a las respuestas y a lo descrito sobre la situación del desarrollo normativo, la eficacia de los derechos, garantías y mecanismos de participación, se delimitará los límites y potencialidades de esta ingeniería constitucional, que permita concluir si la “promesa” constituyente se está cumpliendo o no.

2. ALGUNOS CONCEPTOS

Existen diversas concepciones sobre lo que se entiende como derechos de participación, una de ellas y la que asumiremos para este trabajo es la de Jurgen Habermas. En su concepción, que determina la existencia de un “sistema de derechos”, el mismo contempla cinco tipos de derechos, uno de ellos son los derechos de participación (Habermas, 2010). A su vez, el alemán comprende hacer una distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, los primeros que involucran una noción amplia, a nivel internacional, y los segundos una noción restringida, que implican a los ordenamientos jurídicos internos de orden constitucional (Habermas, 2010). Entonces, los derechos de participación al ser parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en definitiva, se les conciben como derechos fundamentales.

Los derechos, como sabemos en un Estado constitucional de tipo garantista requieren de ciertas técnicas, para efectivizar los mismos, lo que se denominan garantías (Ferrajoli, 2010). Esas garantías que pueden ser de diversos tipos, entre ellas: a) normativas, jurisdiccionales, institucionales. En Ecuador, se establecieron algunas

de las ya enunciadas, y se incorporaron, otras como las de políticas públicas, participación e institucionales (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Arts. 84, 85 y 86).

Adicionalmente, se reconfiguraron y se crearon mecanismos de participación ciudadana, que pueden ser entendidos como: el involucramiento los ciudadanos con sus representantes electos, en la planeación, gestión e implementación de soluciones sobre las cuestiones de interés público, la misma puede ser ejercida en distintos niveles de gobierno o incluso en la administración de las empresas públicas e implica corresponsabilidad (Pérez F., Mendonca C. , & Luiz C., 2010). Considerando estos conceptos básicos, podemos avanzar con el siguiente apartado y delimitar su desarrollo normativo.

3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA: DIMENSIÓN NORMATIVA-JURÍDICA

Un hecho importante en primer lugar es establecer la importancia del desarrollo normativo. Así, las normas jurídicas constitucionales prescriben, que el más alto deber del Estado, es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la constitución (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Art. 11 numeral 9). En esa línea, determina que el contenido de los derechos debe ser desarrollado de forma progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, debiendo el Estado garantizar los medios necesarios para su pleno reconocimiento y ejercicio (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Art. 11 numeral 8). En esa perspectiva, el legislador en especial la Asamblea Nacional que ejerce la Función Legislativa, debe expedir, codificar, reformar y derogar leyes (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Art. 119 numeral 6), con sujeción a la no violación de derechos, y en estricto apego a la no regresividad de derechos, de no ser así esta acción sería inconstitucional (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Art. 11 numeral 8). Entonces, de lo expuesto podemos concluir que

existe una obligación del Estado, y en especial de los órganos que tienen potestad normativa, deben desarrollar mediante la creación de normas el ejercicio de los derechos.

Esta obligación que está dirigida a los órganos con atribuciones legislativas se configura como una garantía normativa, que implica la adecuación de la creación normativa con el respeto a los derechos consignados en la Constitución, los tratados internacionales y los que deriven de la dignidad humana (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Art. 84). Las normas constitucionales también determinan la existencia de otras garantías como las jurisdiccionales (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Art. 86), las de políticas públicas y de participación. Estas últimas son importantes porque prescriben a que, en la formulación, planificación y evaluación de las políticas públicas, se garantice la participación ciudadana (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Art. 85).

Estas garantías son importantes, pero no son las únicas, en ese sentido, se han establecido “la garantía institucional específica que supone la figura del Defensor del Pueblo, cuya principal función reside, precisamente en proteger los derechos fundamentales” (Luño, 2008, pág. 93). Así, entendemos que, bajo esa noción, se puede ampliarla para aplicarla al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), al ser un órgano que debe garantizar los derechos de participación, que no son otra cosa que derechos fundamentales. Cabe señalar que este órgano es parte de la nueva Función de Transparencia y Control Social, que, junto a la Función Electoral, completan el diseño institucional de cinco funciones estatales establecido en la Constitución ecuatoriana vigente.¹

Como hemos mencionado, el desarrollo normativo entendido como una garantía constitucional, permite el pleno ejercicio de los derechos. Entonces, subyace a esta premisa, la exhaustiva obser-

1 Para mayor información véase (Solano, 2018)

vación de la producción normativa de los órganos que tengan atribuciones legislativas con la finalidad de cuantificar y evaluar este elemento. En primer lugar, se debe detallar cuantitativamente la creación de normas por parte de la Asamblea Nacional, en segundo lugar, establecer la producción legislativa, mediante una selección de casos para su estudio, a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.²

Sobre el primer objetivo, se denota que la producción normativa de la Asamblea Nacional sobre los derechos de participación, entre los años 2008- 2017, se podría resumir en la siguiente tabla:

Tipo de norma	Denominación de la norma	Fecha
Ley Orgánica	Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social	22 de 09 septiembre del 2009.
Ley Orgánica	Ley Orgánica de Participación Ciudadana	20 de abril del 2010.
Ley Orgánica	Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social	07 de agosto de 2013
Ley Orgánica	Código de la Democracia	27 de abril del 2009.
Ley Orgánica	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización	19 de octubre del 2010.
Ley Orgánica	Código de la Participación	Presentación del proyecto: 31 de marzo del 2017.

*Figura 1: Normas legales con relación a los derechos de participación
Fuente: Asamblea Nacional Elaboración: Propia*

Se infiere que la producción normativa, más importante se ha definido en la creación de ciertas leyes, como la del Consejo de Participación Ciudadana (2009); la de Participación Ciudadana (2010), la de la Función de Transparencia y Control Social (2013).

2 Cabe mencionar que no se ha revisado la producción de normas del Ejecutivo, y tampoco las iniciativas legislativas, sino únicamente las leyes que han sido expedidas.

Hay que destacar que varias leyes, que han sido aprobadas en los últimos años, han incluido a la participación ciudadana y el control social como un eje transversal. Entre las más importantes de ellas están el Código de la Democracia (2009) y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010), entre otros. Además, es importante señalar que se encuentra en proyecto de ley: el Código de la Participación.

Una conclusión intuitiva, sobre este primer indicador, permite sostener que hay un desarrollo normativo importante, al menos de tipo formal. Por la complejidad de tener un nivel ideal u objetivo, se puede prescindir de esta herramienta, no obstante, podemos describir que la Asamblea Nacional ha producido cuerpos normativos, de tipo orgánico, que tratan en específico sobre la participación ciudadana. De la misma forma, otros que contiene normas que regulan esos derechos. En definitiva, el balance es positivo, aunque se debe tomar en cuenta que no se está valorando el aspecto material o sustantivo de esa creación normativa.

En esta parte, revisaremos la producción legislativa de los gobiernos autónomos descentralizados. Una primera observación, es que la Constitución determina que existen varios tipos de GAD: provinciales, municipales y parroquiales. Esto hace que la pretensión de realizar una exhaustiva investigación, sobre este tema sea compleja. Por ello, se optará por seleccionar algunos casos relevantes, para poder determinar el nivel de producción normativa.

3.1. El caso pichincha

GAD	Implementación de la SV	Legislación propia
Quito	0	0
Mejía	0	1
Cayambe	1	1
San Miguel de los Bancos	0	1
Pedro Vicente Maldonado	1	1

GAD	Implementación de la SV	Legislación propia
Puerto Quito	1	1
Pedro Moncayo	1	1
Rumiñahui	0	1

Figura 2: Implementación de la Silla Vacía

Fuente: La silla vacía y el dilema de la participación ciudadana en el Ecuador.

Elaboración: José Luis Castro-Montero

Un primer caso es la provincia de Pichincha (Castro M., 2015), donde podremos observar que a nivel de seis de los siete cantones: Mejía, Cayambe, San Miguel de los Bancos, Pedro Vicente Maldonado, Puerto Quito, Pedro Moncayo, Rumiñahui, existe normativa propia con respecto a la silla vacía. Esto nos sugiere que los GAD han desarrollado normativamente estos mecanismos, cumpliendo con su obligación constitucional y legal.

3.2. El caso azuay

GAD	Implementación de mecanismos	Legislación propia
Cuenca	1	1
Sigsig	1	1
Gualaceo	1	1
Nabón	1	1
Paute	1	1

Figura 3: Implementación de los mecanismos de participación ciudadana en GADs. Fuente: GADs. Elaboración: Propia

Un segundo caso es la provincia del Azuay, donde podemos observar que existe una ordenanza que regula la participación ciudadana a nivel del GAD provincial. De la misma forma de los cantones bajo estudio se denota que hay normativa que regulan estos mecanismos. En consecuencia, se observa que los gobiernos autónomos descentralizados de la provincia han cumplido con el desarrollo normativo.

En definitiva, de los casos revisados se desprende que de la totalidad de GAD's que se han sido objeto de estudio se puede observar, que en la totalidad existe un cuerpo normativo que regulan los derechos, así como ciertos mecanismos de participación ciudadana. En ese sentido, podemos concluir que los órganos encargados de legislar a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados se han preocupado de este aspecto, esto permite aseverar que es positivo el desarrollo normativo.

Al final de este apartado, podemos concluir que, en cuanto al desarrollo normativo, tanto la Asamblea Nacional, como los órganos encargados de legislar en los GAD's han cumplido un papel importante y positivo en la regulación de los derechos de participación. Eso lleva consigo que la insuficiencia de normas infra-constitucionales no sería un factor que determine el uso o desuso de las garantías o de los mecanismos de participación ciudadana. En el siguiente apartado, bajo las consideraciones explicitadas analizaremos, algunos casos en concreto sobre el uso de ciertos mecanismos de participación ciudadana.

4. A 9 AÑOS DE MONTECRISTI: CIFRAS DE LA PARTICIPACIÓN

Este apartado, se enfocará en, por un lado, establecer el uso de mecanismos de participación ciudadana, como la iniciativa popular normativa, u otros de similares características. Mientras, por otro lado, se enfocará en el uso de los mecanismos de participación ciudadana a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados participación ciudadana como: audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y la silla vacía, dentro de lo observado el caso de las provincias de Pichincha y Azuay.

La iniciativa popular normativa, configurada como la permisión de que la ciudadanía pueda presentar proyectos de ley ante la

Asamblea Nacional, es un mecanismo que comprende un proceso de mayor democratización al procedimiento legislativo. En esa línea, existen escasos estudios sobre su utilización,³ así según Noguera y Navas, en el período 2008-2012 se encuentra que según el Consejo Nacional Electoral se presentaron veinte y cinco propuestas de IPN, mientras con respecto a la Asamblea Nacional estos serían únicamente tres, que fueron calificada por el CAL. Entonces, al igual que Noguera y Navas asumiendo los datos que señala la Asamblea Nacional, se puede denotar que existe una baja utilización (Noguera F. & Navas A., 2016).⁴

Sobre la revocatoria del mandato se explicita, que la Constitución lo determina, por un lado, como un derecho de participación, pero a su vez como una institución de la democracia directa. En ese sentido, para este trabajo optaremos por configurarlo como un mecanismo de participación ciudadana. Igualmente, existe una deficiente información sobre el ejercicio de la revocatoria del mandato. Así, Noguera y Navas realizan un estudio del periodo 2010-2013, donde encontramos que hay 770 solicitudes que se dividen de la siguiente forma:

Categoría	Número	Ámbito	Observaciones
Solicitudes de RM que presentaron firmas y se realizaron elecciones	78	Local GAD	Resueltas por el pleno del CNE entre 2010 y abril 2011
Solicitudes de formularios de RM que vencieron el plazo de entrega de 180 días	238	Local GAD	S/O
Solicitudes de RM devueltas al proponente	1	Local GAD	Abril del 2011.

3 Para mayor información véase Ospina (2013) y Ramirez G., Le Quang, & Bastidas (2013).

4 Se resalta también que existe un proceso de iniciativa a reforma de la Constitución.

Categoría	Número	Ámbito	Observaciones
Solicitudes de formularios de RM que no cumplieron formalidades	69	Local y nacional	Hubo una solicitud nacional fue para revocar el mandato al presidente de la república s/f.
Solicitudes de RM que se presentaron de conformidad a la resolución del CNE del 17 de mayo del 2011 y fueron resueltas	98	Nacional (asambleístas) local autoridades GAD	8 solicitudes corresponden a asambleístas, las demás autoridades de los GADs. Solamente 3 fueron admitidas.
Solicitudes de RM que debían presentar firmas conforme a la reforma de la ley	286	Nacional (asambleístas) local GAD	Una solicitud corresponde a un asambleísta electo por la circunscripción de Europa, Asia y Oceanía. Se entendería que se encuentran en trámite.

Figura 4: Revocatoria del mandato. Fuente: Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales. Elaboración: Noguera y Navas

De estos datos se infiere que las autoridades a las que más se les solicitó la revocatoria, fue a las de tipo seccional, es decir: alcaldes, miembros de juntas parroquiales. De la misma forma según los autores, desde al año 2011 denota una baja de la calificación, de las solicitudes, en especial por las regulaciones legales, que no logran ser cumplidas por los solicitantes, en definitiva, por una excesiva formalización del proceso. Eso no omite, que, aunque restringido es uno de los mecanismos más dinámicos, pero probablemente con límites inadecuados. En conclusión, de este primer parte del apartado, podemos señalar que, tanto en la Iniciativa Popular Normativa como en la revocatoria del mandato,⁵ se denota una baja utilización de estos mecanismos, lo que sería una implicación de la probable

5 Especialmente desde la reforma del año 2011

fuerte limitación legal de los mismos. Eso nos llevaría a sostener que, aunque hay un desarrollo normativo formal importante, su contenido limitaría el uso, o el ejercicio.

En esta segunda parte, examinaremos algunos datos sobre los mecanismos de participación ciudadana: audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y la silla vacía. En un primer momento analizaremos, la provincia de Pichincha, y más adelante la provincia del Azuay. En ese sentido, sobre la provincia de Pichincha las cifras corresponden únicamente a la silla vacía, dentro del período 2009 - 2015:

GAD	Implementación de la SV	Solicitudes ciudadanas
Quito	0	1
Mejía	0	0
Cayambe	1	1
San Miguel de los Bancos	0	0
Pedro Vicente Maldonado	1	1
Puerto Quito	1	1
Pedro Moncayo	1	1
Rumiñahui	0	1

Figura 5: Implementación de la Silla Vacía

Fuente: La silla vacía y el dilema de la participación ciudadana en el Ecuador.

Elaboración: José Luis Castro-Montero

De la información presentada se observa que, en los cantones de la provincia de Pichincha, entre ellos: Quito, Cayambe, Pedro Vicente Maldonado, Puerto Quito, Pedro Moncayo, Rumiñahui, la utilización de la silla vacía se reduce a una sola solicitud ciudadana. Por otro lado, en los cantones Mejía, San Miguel de los Bancos no hay ninguna solicitud. En definitiva, podemos denotar que no hay una utilización moderada o al menos regular, sino una baja utilización de la silla vacía.

En el caso del Azuay, se estudian los cantones Cuenca y Paute. En esa perspectiva, se extrae datos sobre todos los mecanismos ya enunciados en el periodo 2009-2015:

Mecanismos de participación ciudadana							
Cantón	Silla Vacía	Audiencias Públicas	Veedurías	Asambleas	Cabildos populares	Consejos consultivos	Observatorios
Cuenca	45	4	9	12	0	0	0
Paute	0	0	0	0	0	0	0

*Figura 6: Implementación de los mecanismos de participación ciudadana
Fuente: GADs. Elaboración: Propia*

En el caso de Cuenca se puede evidenciar que el mecanismo más utilizado es la silla vacía, mientras las audiencias públicas, veedurías, asambleas apenas han sido utilizados. Los cabildos populares y consejos consultivos no han sido utilizados ni una sola vez. El caso de Paute puede ser más preocupante al no haberse utilizado ni una sola vez estos mecanismos. Lo antedicho en consecuencia comprende una baja utilización.

En conclusión, la iniciativa popular normativa, la revocatoria del mandato y los mecanismos de participación ciudadana en los GADs, denotan en algunos casos una baja, y en otros, una nula activación. En esa perspectiva la escasa utilización, implica una debilidad en la efectividad de los derechos de participación. Lo que a su vez podría sugerir un alejamiento del ciudadano de la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas.

5. ¿PROMESA CUMPLIDA?

Desde la expedición de la actual Constitución en el año 2008, esto constituyó en un hito para la tendencia participacionista en el Ecuador. Aunque en 1998 se había incorporado algunos mecanismos como la revocatoria del mandato, o se había creado la

Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Eso no implicaba un mayor desarrollo normativo en los derechos políticos. Esta situación nos hace necesario realizar un balance, donde se pueda destacar algunos de los aspectos claves que se pueden definir como fortalezas y debilidades de los derechos de participación. A continuación, se evaluará de manera sintética algunos de los aspectos antes mencionados, con el fin de establecer ciertas conclusiones sobre los derechos de participación en el Ecuador.

El desarrollo normativo: en esta parte la discusión se centrará en el fortalecimiento o debilitamiento de los derechos, garantías y mecanismos de participación ciudadana. Como vemos desde la expedición de la Constitución, existe una producción normativa infraconstitucional. En primer lugar, en los casos sub examine podemos evidenciar que los órganos que tienen atribuciones legislativas han cumplido con el desarrollo normativo. Así, la Asamblea Nacional ha creado varios cuerpos normativos de carácter legal con el fin de lograr la eficacia de los derechos de participación. Los gobiernos autónomos descentralizados bajo análisis de igual forma han cumplido con la tarea legislativa conforme a sus competencias. Esto nos permite señalar que al menos en un sentido formal, se ha cumplido con este primer elemento. Ello supone una fortaleza para el reconocimiento y pleno ejercicio de estos derechos.

Por otro lado, desde el sentido material de la creación normativa debería permitir ampliar el umbral de ejercicio de los derechos, es mucho más complejo saber si esto se ha cumplido. Ahora, las normas que han sido expedidas por parte de los órganos con atribuciones legislativas no podrían restringir el contenido de los derechos. De ser así los ciudadanos podrían presentar las acciones constitucionales necesarias. En ese sentido, desde el año 2009 se han presentado cuatro acciones públicas de inconstitucionalidad con el fin de revisar la constitucionalidad de algunas normas pertenecientes a las normas

infraconstitucionales en materia de derechos de participación.⁶ No obstante, en la mitad de los casos la Corte Constitucional aceptó estas acciones –garantías-. Sin embargo, Navas y Noguera señalaron posibles limitaciones para el uso o ejercicio (Noguera F. & Navas A., 2016), obviamente estas son interpretaciones de tipo doctrinal que no concuerdan con lo explicitado por la Corte Constitucional, salvo en algún caso. En síntesis, podemos señalar que del control constitucional realizado por el máximo órgano de interpretación se desprende que no existe esa restricción o limitación del contenido de los derechos. Esto implicaría una fortaleza para los derechos de participación, tanto para su configuración como para su aplicabilidad. En definitiva, el desarrollo normativo ha sido cumplido por parte de los órganos con capacidad legislativa.

La efectividad: si bien pudimos observar se ha logrado un buen desarrollo normativo de los derechos de participación. Es de igual importancia saber si los ciudadanos están utilizando los mecanismos de participación ciudadana, o si hay una especie de espejismo normativo que no se traduce en ese ejercicio efectivo de los derechos. En ese sentido, hemos podido observar en primer lugar, sobre los mecanismos como la iniciativa popular normativa y la revocatoria de mandato, que las cifras son bajas en cuanto a su uso. Esto denota que los ciudadanos –por diversas razones- por un lado, se han inhibido de su utilización, y por otro, el organismo encargado de dar trámite ha negado esa posibilidad. Se infiere entonces que, al no posibilitarse un mayor uso de estos mecanismos, esta es una debilidad de los derechos de participación.

Por otra parte, cuando examinamos la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana, revisamos las cifras correspon-

6 Se han encontrado apenas cuatro acciones públicas de inconstitucionalidad admitidas, de las cuales en dos casos fueron aceptadas (Sentencias: 043-16-SIN-CC, 007-14-SIN-CC) y en otros dos fueron negadas (Sentencias: 019-15-SIN-CC, 034-15-SIN-CC).

dientes a los casos de Pichincha y Azuay. De lo expuesto se colige que hay una baja utilización, en el caso de Pichincha, en específico sobre el análisis de la silla vacía, se explicita que los ciudadanos la han utilizado escasamente. Del mismo modo en el caso de Azuay se puede ver que el mecanismo más utilizado es la silla vacía, en especial en la ciudad de Cuenca, pero igualmente es una baja utilización, si consideramos el número de sesiones del Concejo Cantonal. De los otros mecanismos igualmente se infiere una baja utilización o nula. Esto implica una debilidad en el ejercicio efectivo de los derechos de participación.

6. CONCLUSIONES

Los derechos de participación como derechos fundamentales en la constitución ecuatoriana del 2008 fueron inspirados en la posibilidad de una ciudadanía más empoderada en la toma de decisiones sobre lo estatal. El constituyente ecuatoriano se preocupó de reconfigurar los derechos políticos de la constitución anterior, dotándoles además de nuevas garantías y mecanismos. La promesa del constituyente se centraría en la implementación de la democracia participativa, como elemento disruptivo que involucra la complementariedad a la democracia representativa.

El desarrollo normativo, como un mecanismo que permite garantizar y ampliar el umbral de ejercicio de los derechos, ha sido una fortaleza dentro de estos nueve años de vigencia de la Constitución ecuatoriana. Los órganos con atribuciones legislativas han generado una producción normativa importante. Esta producción al parecer en su mayoría no ha limitado o restringido los derechos. Esto implica el cumplimiento de mandatos constitucionales que prescriben la prohibición de regresividad y la progresividad.

Encontramos un panorama distinto cuando nos referimos a la utilización de los mecanismos de participación ciudadana, donde apenas se puede evidenciar el acceso de los ciudadanos a los mis-

Derechos fundamentales y conflicto

DOI: <https://doi.org/10.35985/9789585583986>

mos. La baja utilización es una constante, que indica una debilidad importante en la consecución del reconocimiento y pleno ejercicio de los derechos de participación.

Entonces el importante desarrollo normativo como fortaleza, contrasta con una lacónica utilidad, que denota una debilidad en la efectividad de los derechos. La promesa constituyente de la participación ciudadana, como elemento nuevo y superador de la crisis de la democracia representativa, parece aún por concretizar. La reconexión participacionista estado-sociedad, se ve limitada en su acción y su utilidad, conllevando a que los derechos de participación se mantengan como nominativos y esperando aun por su efectividad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Pérez F., F., Mendonca C., C., & Luiz C., A. (abril de 2010). *Participación ampliada y reforma del Estado: mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia, Ecuador y Venezuela*. OSAL, Observatorio social de América Latina (27), 73-95.

Luño, E. P. (2008). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

Castro M., J. L. (17 de noviembre de 2015). La silla vacía y el dilema de la participación ciudadana en el Ecuador. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 4, 299-330.

Ospina, P. (2013). La participación ciudadana en Ecuador (2009-2012). En G. Benavides, & G. Chávez, *Horizonte de los derechos humanos Ecuador 2012* (págs. 147-161). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Programa Andino de Derechos Humanos, PADH.

Ramírez G., F., Le Quang, M., & Bastidas, C. (2013). *NUDA política: participación, democracia y conflictos Ecuador 2009-2012*. Quito: Friedrich Ebert Stiftung, ILDIS, FLACSO Ecuador, Perfiles de Opinión.

Noguera F., A., & Navas A., M. (2016). *Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales?* Valencia: Tirant lo blanch.

Santos, B. d. (2004). *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. México: Fondo de Cultura Económica.

Solano, V. (2018). *Democracia participativa y meritocracia*. Cuenca: Universidad Andina Simón Bolívar/Universidad de Cuenca

Fuentes normativas

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008, Quito, Ecuador.

Código Orgánico de Organización Territorial, Registro Oficial Suplemento 303 de 19-oct.-2010, Quito, Ecuador.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial Suplemento 175 de 20-abr.-2010, Quito, Ecuador.

Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, Registro Oficial Suplemento 305 de 06-ago.-2014, Quito, Ecuador.

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Registro Oficial Suplemento 22 de 09-sep.-2009, Quito, Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008, Quito, Ecuador.

Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, Registro Oficial Suplemento 53 de 07-ago.-2013, Quito, Ecuador.

Ley Orgánica Electoral, Registró Oficial Suplemento 578 de 27-abr.-2009, Quito, Ecuador

Fuentes jurisprudenciales

Corte Constitucional del Ecuador. (10 de agosto de 2016) Sentencia 043-16-SIN-CC.

Corte Constitucional del Ecuador. (22 de octubre de 2014) Sentencia 007-14-SIN-CC.

Corte Constitucional del Ecuador. (24 de junio de 2015) Sentencia 019-15-SIN-CC.

Corte Constitucional del Ecuador. (26 de agosto del 2015) Sentencia 034-15-SIN-CC.

LOS DELITOS POLÍTICOS Y SU DIFERENCIACIÓN DE LOS DELITOS COMUNES RELACIONADOS CON LA PERTENENCIA, PROMOCIÓN Y FINANCIACIÓN DE GRUPOS ARMADOS ILEGALES*

Diego Fernando Tarapués Sandino

© <https://orcid.org/0000-0003-0048-655X>

1. INTRODUCCIÓN

El establecimiento de categorías delictivas generales representa un problema político-criminal y dogmático muy notorio a la hora de implementar y aplicar disposiciones normativas abstractas para brindar prerrogativas o para restringir el ejercicio de derechos. Esta es una problemática que justamente ha experimentado la categoría jurídica denominada como delito político, ya que tradicionalmente el ordenamiento constitucional ha dotado al delito político de unas prerrogativas que permiten afirmar la existencia de un tratamiento diferenciado frente al tratamiento ordinario que se le da al delito común.

La doctrina y jurisprudencia colombianas han intentado darle contenido a la definición concreta del concepto de delito político frente al silencio legislativo constante que ha caracterizado la regulación en la materia. Sin embargo, el fenómeno de criminalización de conductas asociadas a estructuras delincuenciales sofisticadas

* Parte de este texto es resultado de la contribución individual al proyecto de investigación del CEDPAL encaminado a publicar una ley comentada de la Ley 1820 de 2016 y del escrito que se presentó en nombre propio en el marco del proceso de constitucionalidad que derivó en la sentencia C-577 de 2014.

que reproducen prácticas similares o análogas a la de los grupos reconocidos como rebeldes y sediciosos, sumado a la relatividad de las posturas político-criminales para reconocer en momentos y situaciones particulares al adversario político armado o, por el contrario, desconocerlo y calificarlo como actor delincencial común que simplemente realiza conductas ilícitas, genera un escenario complejo de definición y aplicación jurídica.

Partiendo de ese contexto, se debe indicar que los delitos políticos han sido confundidos con categorías genéricas de la delincuencia común, como por ejemplo con los denominados delitos de pertenencia, promoción y financiación de grupos armados ilegales. En un país donde el derecho ha tenido que experimentar constantes adaptaciones a la convergencia de normas pensadas para un escenario ordinario de paz, pero a la vez caracterizado por la existencia de un conflicto armado que rompe la cotidianidad, la incorporación de disposiciones normativas que aparentemente se contradicen puede estar latente y exige mayores esfuerzos de delimitación y precisión jurídica.

Justamente ese es el problema que atañe a este escrito, el cual busca revisar la aparente regulación convergente sobre agrupaciones vinculadas al conflicto armado que pueden ser, por una parte, consideradas como delincuentes políticos titulares de prerrogativas jurídicas que emanan del mismo texto constitucional en virtud de facilitar procesos de negociación conducentes a un escenario de paz y de convivencia nacional, o, por otra parte, catalogarse como grupos armados ilegales pertenecientes a la delincuencia común que merecen un tratamiento más punitivo producto del rechazo social a la estructuración sofisticada de empresas criminales.

La necesidad imperiosa de fijar linderos jurídicos claros entre uno y otro género de conductas delictivas es una tarea necesaria tanto en términos académicos como prácticos, más aún que las normativas constitucionales que han introducido uno y otro

concepto obedecen a lógicas, contextos y finalidades divergentes. Esa convivencia normativa de prohibiciones y prerrogativas, por una parte, de delitos comunes relacionados con la pertenencia, promoción y financiación de grupos armados ilegales y, por otra parte, de delitos políticos, obedece principalmente a dos reformas constitucionales que en los últimos años avivaron el análisis de los límites y alcances de ambas categorías de delitos. Se trata de las reformas constitucionales introducidas por los Actos Legislativos 01 de 2009 y 01 de 2012.

2. CONTEXTO Y TRASFONDO DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS 01 DE 2009 Y 01 DE 2012

En 2009, el Congreso aprobó una reforma constitucional mediante el Acto Legislativo 01, en el cual adoptó medidas contundentes dirigidas a contener, prohibir y sancionar la vinculación de partidos y movimientos políticos con grupos armados ilegales o el favorecimiento por parte de estos. Dentro de las diversas disposiciones modificadas se deben resaltar los artículos 107¹,

1 El art. 107 constitucional, referente a los partidos y movimientos políticos, introdujo, entre otras cosas, la siguiente cláusula: “Los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como también por avalar candidatos elegidos en cargos o Corporaciones Públicas de elección popular, quienes hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

Los partidos o movimientos políticos también responderán por avalar a candidatos no elegidos para cargos o Corporaciones Públicas de Elección Popular, si estos hubieran sido o fueren condenados durante el período del cargo público al cual se candidatizó, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente”.

122² y 134³ de la Constitución, donde expresamente se incorporó

2 El inc. 1° del art. 12 constitucional, referente a la función pública, quedó en los siguientes términos: “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”.

3 El art. 134 constitucional, concerniente a los miembros de corporaciones públicas de elección popular, estableció sendas prohibiciones y sanciones en los siguientes términos: “Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de investidura, condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a las relacionadas con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el Parágrafo Transitorio 1° del artículo 107 de la Constitución Política.

En tales casos, el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

Como consecuencia de la regla general establecida en el presente artículo, no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad. La sentencia condenatoria producirá como efecto la pérdida definitiva de la curul, para el partido al que pertenezca el miembro de la Corporación Pública.

(...) La renuncia de un miembro de corporación pública de elección popular, cuando se le haya iniciado vinculación formal por delitos cometidos en Colombia o en el exterior, relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos

la categoría jurídica denominada como “delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales”. Esta reforma constitucional obedeció al escándalo más grave en la historia colombiana de cooptación de miembros del Congreso de la República, de corporaciones públicas departamentales y municipales y de mandatarios locales y regionales por parte de grupos armados ilegales (Romero, 2007). Gracias a las investigaciones judiciales y a las condenas penales se logró comprobar la participación activa de organizaciones delincuenciales estructuradas y vinculadas al paramilitarismo y al narcotráfico en los procesos electorales regionales e incluso nacionales, lo cual implicó dismantelar acuerdos secretos de políticos con estas estructuras criminales, procesos de financiación, apoyo logístico, constreñimiento al electorado, entre otra serie de conductas que condujeron a la victoria de aquellos servidores públicos de elección popular.

Frente a los avances judiciales y a la presión mediática y social, este escándalo sin precedentes gestó la iniciativa de la mencionada reforma constitucional que buscó desmembrar ese vínculo entre actores armados ilegales, propios de la delincuencia común, y políticos elegidos para ejercer elevados cargos públicos. En el desarrollo de esta iniciativa en el Congreso de la República siempre se enfatizó en que esta reforma constitucional buscaba cerrarle las puertas a la influencia e intervención de los grupos armados ilegales a las corporaciones públicas y al ejercicio de la función pública y que ello no representaba un desmonte de la prerrogativa y finalidad asociada al delito político de posibilitar la participación en política a los responsables de este tipo de conductas⁴.

contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, generará la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal o edil, y no producirá como efecto el ingreso de quien corresponda en la lista. Las faltas temporales no darán lugar a reemplazos”.

4 Ver informes de ponencia y de los diferentes debates que surtió el trámite del Acto Legislativo 01 de 2009 en Senado y Cámara, en Gaceta del

En los debates de aquel acto legislativo se trajo a colación la necesidad de fijar normativamente esta precisión jurídica. Incluso en el tercer debate, dado en la Comisión Primera Constitucional del Senado, se llegó a aprobar la incorporación de una expresión que aclaraba que aquella inhabilidad no aplicaría para delitos políticos⁵. Sin embargo, el temor de que eventuales reformas legales permitieran la ampliación del concepto tradicional de delincuente político, asociado con el levantamiento en armas en contra del régimen constitucional y legal vigentes, y a partir de la experiencia dada con la Ley 975 de 2005 que, por propuesta gubernamental (Restrepo, 2007), había decidido crear un inciso en el tipo penal de sedición que daba vida jurídica a la categoría de “Sedición Paramilitar”⁶, en la plenaria del Senado se decidió excluir nuevamente dicha expresión aprobada por la Comisión⁷.

En suma, tanto el contexto político, el trasfondo normativo, como en sí el acto legislativo expedido fueron claros en que estas prohibiciones y restricciones no iban dirigidas a desmontar la cláusula que posibilita la participación en política que el constituyente del noventa y uno estableció a favor del delito político y que ni ésta ni ninguna otra reforma constitucional ha derogado o modificado en absoluto.

Congreso, disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/antecedentes-deacto-legislativo/23-antecedentes-de-acto-legislativo/279-acto-legislativo-1-del-2009>

5 Ver informe de primer debate en Comisión del Senado 828/2008.

6 El art. 71 de la Ley 975 de 2005 contemplaba la siguiente adenda al artículo 468 del Código Penal: “También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión”. Esa disposición que creaba un nuevo inciso en el tipo penal que describe el delito de sedición y permitía tomar como delincuentes políticos a los miembros de grupos armados ilegales paramilitares fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006.

7 Ver informe de aprobación en plenaria del Senado 223/2009.

Por otra parte, tres años después de la expedición de la mencionada reforma constitucional de 2009, el Congreso expediría el Acto Legislativo 01 de 2012, por medio del cual incorporó a la Constitución dos artículos sobre temáticas divergentes pero complementarias debido a la coyuntura y apuestas que para la época gestaba el Gobierno Nacional: el proceso de negociación de paz con la guerrilla de las FARC-EP. Mediante el art. transitorio 66 de la Constitución se plantearon las bases para blindar constitucionalmente la justicia transicional como estrategia integral dirigida a resolver la situación jurídico-penal de los desmovilizados, sin desatender el enfoque restaurativo a favor de las víctimas⁸.

8 Esta disposición del MJP incorporó a la Constitución cinco grandes contribuciones a la implementación de una estrategia integral de justicia transicional: “(i) Constitucionalizó la justicia transicional para alcanzar la paz, pues el MJP colocó a la paz como “finalidad prevalente” de todos los instrumentos derivados de la justicia transicional, en los siguientes términos: “Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos”. (ii) Elevó a rango constitucional los derechos de las víctimas al determinar que se “garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. (iii) Desjudicializó los intentos de satisfacer verdad, justicia y reparación, al permitir crear mecanismos de carácter extra-judicial no solo para la investigación, sino también para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas; en tal sentido obliga a que estos dos últimos sean mediante mecanismos extrajudiciales, mientras el cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar podrá adelantarse por mecanismos tanto judiciales como extrajudiciales, al indicar explícitamente: “Mediante una Ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extra-judicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso, se aplicarán mecanismos de carácter extra-judicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”. (iv) Obliga por primera vez en la historia colombiana, a la creación de una Comisión de la Verdad: “Una Ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección”. (v) Introdujo la crea-

En cuanto al art. transitorio 67, esta disposición constitucional fijaría las bases para facilitar la reintegración civil y política de los desmovilizados de grupos rebeldes que suscribieran un acuerdo de paz y resolvieran su situación jurídica. Esta regulación constitucional que enfatizaría en la posibilidad de participación en política a través de la figura jurídica del delito político fue reglada de la siguiente forma:

Una Ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos (Acto Legislativo 01, 2012, Art. 3).

Aquella disposición fue en su momento controvertida por una demanda de inconstitucionalidad que se centraba en el supuesto de que el art. transitorio 67 de la Constitución, al facultar al legislador para que mediante una ley estatutaria fijara “los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política”, creaba aparentemente una “excepción”⁹ a

ción de criterios de priorización y de selección, como mecanismos judiciales para concentrar los recursos y la capacidad estatal de persecución penal del Estado en los máximos responsables de los crímenes internacionales, al señalar: “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional”. (Tarapué, 2017, p. 172).

9 Propiamente en la demanda se sostiene: “El acto legislativo 01 de 2012 a través del art. transitorio 67 abre la posibilidad para que mediante una ley estatutaria se determine los delitos conexos con el delito político con el propósito de permitir la participación de delinquentes como candidatos a cargos de elección popular y tener la posibilidad de ser servidores públicos. *El Congreso con la aprobación de la norma pretende establecer una excepción al art. 122 de la Constitución dentro de los instrumentos de justicia transicional que se quieren implementar para conseguir una paz estable y*

la regla contenida en algunas disposiciones constitucionales, según las cuales aquellos “condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales” no pueden ser avalados por partidos y movimientos políticos (art. 107 de la Constitución), no pueden ejercer función pública, ni ser candidatos a cargos de elección popular (art. 122 de la Constitución), como tampoco pertenecer a corporaciones públicas (art. 134 de la Constitución) (Demanda de inconstitucionalidad, pp. 29-31).

De igual forma, el demandante aludía al vínculo que ostentaba la dignidad humana y la protección de los derechos humanos con el modelo democrático y participativo que se desprende de nuestro marco jurídico democrático¹⁰, con la finalidad de asociar delincuencia política con violencia y violaciones a los derechos humanos y así descartar cualquier posibilidad de participación en política de delincuentes políticos desde una visión maximalista de delito conexo¹¹. Además, en la acción pública de inconstitucionalidad

duradera”. (Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos transitorios 66 y 67 de la Constitución del ciudadano Rafael Guarín, p. 24).

10 La demanda señala: “Con base en lo anterior se puede afirmar que democracia, participación y prevalencia de los derechos humanos se articulan en el respeto a la dignidad humana, sobre la que se funda el Estado colombiano y son elementos esenciales, invariables e indisociables del ‘marco jurídico democrático’ adoptado por la Constitución. Si uno de los tres elementos arriba mencionados fuera inobservado por una reforma constitucional aprobada por el Congreso, desaparecería el ‘marco jurídico democrático’ y con ello un elemento esencial de la identidad de la Carta política” (Demanda de inconstitucionalidad, p. 28).

11 En la Demanda de inconstitucionalidad, entre otras cosas, se señala: “Si bien en los procesos de paz quienes enfrentan al Estado se convierten en fuerzas políticas que en democracia disputan el poder a través del sistema electoral, también lo es que respecto a los responsables de atrocidades automáticamente no se puede considerar que el ejercicio de la violencia los habilite para gozar del derecho a la participación política como candidatos” (p. 24); “No sólo hay un rompimiento con pilares de la Constitución, sino que el acto legislativo termina siendo un mecanismo que legitima el empleo de la violencia y el crimen contra la propia constitución” (p. 26).

impetrada en contra de esta disposición, se aludía a que el contenido de las normas que supuestamente restringen esa participación política (arts. 107, 122 y 134 de la Constitución) está refrendado por el pueblo soberano como poder constituyente primario.

Al respecto, hay que resaltar que aquella argumentación se caracterizaba por una instrumentalización desmedida del Referendo de 2004 que modificó el art. 122 de la Constitución solo para casos de “condenados por delitos que afecten el patrimonio del Estado” (Acto Legislativo 01 de 2009, art. 1). El demandante intentaba extender los efectos de este “refrendamiento popular” de 2004 a la reforma política de 2009 adelantada por el Congreso¹², con la finalidad de fijar una prohibición según la cual, a aquel órgano, como constituyente derivado, no le es permitido reformar el art. 122 constitucional, lo que paradójicamente ya había modificado

12 Esta postura se ve en diversos acápites de la demanda: “(...) el pueblo directamente mediante referendo constitucional en 2004 ratificó la prohibición general, la cual fue ampliada mediante el acto legislativo 01 de 2009 hasta configurar el actual art. 122 de la Carta Política”; “Al aprobar el pueblo directamente con su voto la pregunta número 1 del referendo constitucional de 2004, con el título ‘Pérdida de derechos políticos’, subrayó la regla general expuesta en esta demanda. Es un mandato claro al conjunto de las instituciones del Estado: No pueden ser candidatos a cargos de elección popular, (...) quienes hayan sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, a lo cual se agregaron consecuentemente aquellos delitos que revisten gravedad por estar relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, crímenes de lesa humanidad y narcotráfico; entre los que se enmarcan los delitos transnacionales y los actos de terrorismo”; “La voluntad del pueblo, en la cual reside el poder constituyente, en el referendo celebrado en 2004 es la de ratificar el ‘marco jurídico democrático’ entre cuyos elementos esenciales está que la participación política debe efectuarse en el marco de la Constitución y que se debe proscribir la posibilidad de ser candidato a cargos de elección popular a quienes hayan sido condenados por sentencia judicial. El universo fijado por el pueblo a través de referendo constitucional se refiere a la lucha contra la corrupción, la que se amplió posteriormente con la expresión “delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales (...)” (Demanda de inconstitucionalidad, p. 30).

con anterioridad mediante el mencionado Acto Legislativo 01 de 2009.

Lo anterior se planteaba a partir de una interpretación errada de que la participación política para delincuentes políticos dejó de existir con la ya mencionada reforma constitucional de 2009 que incorporó una “regla general” (Demanda de inconstitucionalidad, p. 30) según la cual: “La calidad de delito político cuando se trata de delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de los mismos no tiene el alcance anterior a la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2009, esto es, no habilita para que las personas que han sido condenadas por tales delitos puedan ser candidatas a cargos de elección popular o ser servidores públicos” (Demanda de inconstitucionalidad, p. 37).

Este caso concreto generó una controversia preliminar que propició el análisis de una y otra categoría de delitos, sin embargo, el esclarecimiento de las fronteras entre delitos políticos y delitos comunes relacionados con la pertenencia, promoción y financiación de grupos armados ilegales no solo se fundamenta en razón de la posibilidad o no de participación en política de los hallados responsables de estas dos tipologías de delitos, sino que además su relevancia trasciende a otros escenarios de valoración jurídico-penal. Por lo anterior, resulta pertinente explorar ambas categorías delictivas a la luz del derecho penal colombiano, con el propósito de comprender qué tipo de conductas son las que clasifican en uno y otro grupo de delitos a que refieren las normas constitucionales ya citadas.

3. LOS DELITOS CONTRA EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL COMO DELITOS POLÍTICOS

En la jurisprudencia constitucional y penal, en la doctrina e incluso en recientes disposiciones legales, como en la Ley 1820 de

2016 (Art. 15), hay consenso en que los tipos penales que integran el Capítulo Único del Título XVIII del Código Penal representan los denominados delitos políticos puros, cuyo objeto de protección radica en el bien jurídico supraindividual definido como la existencia del régimen constitucional y legal. La definición de este bien jurídico tutelado, al ser un bien de naturaleza colectiva, resulta una tarea compleja por la amplitud del objeto de protección y por la proximidad con otros bienes jurídicos supraindividuales similares¹³. Sin embargo, la doctrina colombiana se ha encargado de darle un contenido diferenciador a este bien jurídico, entendiéndolo como el espacio de protección de todo el ordenamiento institucional, político y jurídico (Manzano/Ortiz, 2011, p. 570), el cual funda la existencia legal y legítima del Estado. Esto incluye la vigencia de valores y principios constitucionales que sustentan la estructura y organización del Estado colombiano, tales como la democracia, el Estado de derecho, la separación de poderes, el estado unitario descentralizado, etc. (Posada, 2010, pp. 51-52; Manzano/Ortiz, 2011, p. 570).

En ese sentido, se han configurado cinco tipos penales para la protección efectiva y directa de este bien jurídico tutelado, independientemente de los que como conexos reconozca la ley y la jurisprudencia. Estos tipos penales incluyen las tres conductas clásicas que a la luz de la jurisprudencia y doctrina colombianas constituyen los delitos políticos desde una visión objetiva e histórica, es decir, los delitos de “rebelión”, “sedición” y “asonada”, a los cuales se le suman otros dos tipos penales incluidos en este mismo título: “conspiración” y “seducción, usurpación y retención ilegal de mando”, los cuales no son autónomos, sino que giran en torno a los rasgos típicos de los delitos de rebelión y sedición.

13 Por ejemplo: Delitos contra la seguridad pública (Título XII CP), Delitos contra mecanismos de participación democrática (Título XIV CP), Delitos contra la administración pública (Título XV CP) y Delitos contra la existencia y seguridad del Estado (Título XVII CP).

El delito político de rebelión

En primer lugar, sobre la rebelión se debe resaltar que ha sido el tipo penal de base en el derecho penal colombiano para adecuar la conducta del insurgente como delito político¹⁴. Esta posición también la asume la Ley 1820 de 2016, al establecer el nexo de cualquier conducta con el delito político mediante un vínculo directo o indirecto con la rebelión. En este orden de ideas, el inc. 3° del art. 8 de dicha ley sostiene: “También serán amnistiables los delitos conexos con el delito político que describan conductas relacionadas específicamente con el desarrollo de la rebelión y cometidos con ocasión del conflicto armado, así como las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión”.

Para conocer el significado jurídico-penal de la rebelión, ineludiblemente hay que acudir al art. 467 del Código Penal que la describe en los siguientes términos: “[l]os que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente (...)”. Del contenido normativo de este tipo penal se desprende que es un delito plurisubjetivo que no admite autoría individual¹⁵. Asimismo, es un

14 Desde el Código del Estado soberano de Cundinamarca de 1859, pasando por el Código Penal de 1980, que fue el que más prerrogativas le dio al delito político, hasta llegar al actual Código Penal, Ley 599 de 2000, el tipo penal de rebelión ha estado presente en la legislación penal colombiana y se le ha tomado como el delito político madre. Al respecto véase: Manzano/Ortiz, 2011, pág. 567-568. De igual forma lo reconoce la jurisprudencia constitucional que en una de sus decisiones más recientes sobre delito político, reafirmó la tradición jurídica constitucional colombiana de esta figura vinculada especialmente al delito de rebelión, (Corte Constitucional, 2013, sentencia C-579, num. 6.1).

15 Manzano y Ortiz señalan que esto implica: “por un lado que la acción de uno de los coautores se le puede imputar a los demás y, por otro, que la rebelión requiere la existencia de una agrupación de personas que están de acuerdo en adelantar ciertas acciones armadas con un mismo objetivo” (Manzano/Ortiz, 2011, p. 571).

delito doloso donde debe existir un plan conjunto del colectivo de personas que se rebelan con al menos una de las tres finalidades contenidas en este tipo penal: “derrocar al Gobierno Nacional”, “suprimir el régimen constitucional o legal” o “querer modificarlo”. El intento de llevar a cabo cualquiera de estas tres finalidades debe hacerse por la vía armada, pues tal como lo indica el art. 467, la conducta prevé que se levanten en contra del *statu quo* “mediante el empleo de las armas”, lo cual implica a la vez que es un delito de ejecución permanente que se está realizando constantemente hasta el momento en que la organización rebelde deponga las armas (Posada, 2010, pp. 52-53). Se debe aclarar que, para cometer el delito de rebelión, no se exige que cada autor porte armas, sino que también se reconoce como delincuente político a aquellos que realizan otras tareas relevantes dentro de la organización rebelde¹⁶. Otra característica importante radica en que es un delito que se consuma con la mera conducta, sin que ello implique el éxito definitivo de la rebelión, tal como lo describe el propio tipo con el verbo “pretender”, que equivale a colocar en riesgo o en peligro (abstracto) el bien jurídico tutelado (Posada, 2010, p. 52; Manzano/Ortiz, 2011, p. 571).

El delito político de sedición

Junto con la rebelión, la sedición cuenta con una larga historia en el ordenamiento jurídico colombiano¹⁷. El Código Penal en su

16 Así lo ha sostenido la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 12.08.1993, e7504; sentencia del 09.03.2000, e13435; sentencia del 21.02.2001, e18065. Al igual que la doctrina (Posada, 2010, p. 54; Manzano/Ortiz, 2011, p. 571).

17 La sedición fue el primer delito político en aparecer expresamente en un texto constitucional colombiano. El núm. 8 del art. 5 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1830 señalaba: “La República garantiza a todos los granadinos: [...] 8° El derecho de reunirse pública o privadamente, sin armas; [...] Pero cualquiera reunión de ciudadanos que, al hacer sus peticiones, o al emitir su opinión sobre cualesquiera negocios, se arrogue el nombre o la voz del pueblo, o pretenda imponer a las auto-

art. 468 la describe de la siguiente manera: “[l]os que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes (...)”. Se trata de una conducta muy similar a la rebelión, ya que el sujeto activo (“los que”), el elemento objetivo que describe el medio para lo comisión del tipo (“el empleo de las armas”) y en parte el objeto directo de protección (“el régimen constitucional o legal vigentes”), coinciden en ambos tipos penales. No obstante, el verbo rector es diferente y la puesta en riesgo o peligro del bien jurídico tutelado es de menor nivel, ya que los actos de sedición no buscan “derrocar, modificar o suprimir”, sino solamente “impedir transitoriamente el libre funcionamiento”. Además, no se protege al “Gobierno Nacional” como sí lo hace el tipo penal de rebelión al penalizar el intento de derrocamiento gubernamental (Manzano/Ortiz, 2011, p. 572), sino que la sedición se centra en proteger la continuidad, garantizando el funcionamiento del régimen constitucional y legal.

El delito político de asonada

Con relación a la asonada, el Código Penal en su art. 469 la tipifica de la siguiente forma: “[l]os que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones (...)”. Esta es la menos lesiva de las tres conductas principales contenidas en el Título XVIII del Código Penal, razón por la cual su inclusión como delito ha sido polémica. Por un lado, es posible entender la asonada como la criminalización de actos de protesta que a lo sumo deberían ser contravenciones (Durán, 2003, p. 76-80). Por otra parte, también se puede afirmar que no debe ser considerada como delito político por no atacar contra el régimen constitucional y legal, sino más bien contra otros bienes jurídicos supraindividuales, tales como la administración pública, la

ridades su voluntad como la voluntad del pueblo, es sediciosa; y los individuos que la compongan serán perseguidos como culpables de sedición [...]” (Tarapués, 2011, p. 386).

seguridad pública o incluso el orden público¹⁸.

En todo caso, la Corte Constitucional ha indicado que esta conducta sí debe ser penalizada y que además por sus elementos contenidos en el tipo sí constituye un delito político, puesto que no hay cabida para actos de asonada en un Estado que garantiza la democracia y la participación ciudadana institucionalizada (Corte Constitucional, 1995, sentencia C-009). Vale aclarar que esta conducta punible no contempla el uso de las armas, ni se devela en ella un plan conjunto que haya sido previamente concertado o que exista si quiera una finalidad común anteriormente establecida, como sí sucede en la descripción de los tipos penales de rebelión y sedición. Se trata más de una especie de constreñimiento tumultuario, violento y espontáneo o accidental¹⁹ sobre funcionarios o autoridades públicas, con el fin de forzar la realización o no de una actuación propia de su cargo.

Los delitos políticos de conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando

Por último, se encuentran los delitos de “conspiración” y “seducción, usurpación y retención ilegal de mando”, los cuales constituyen dos tipos penales subordinados o complementarios de la descripción normativa de los delitos de rebelión y sedición. El primero de ellos, de acuerdo con el Código Penal en su art. 471, penaliza el mero hecho de ponerse “de acuerdo para cometer delito de rebelión o de sedición” (Manzano/Ortiz, 2011, p. 577), razón por la cual se afirma que “es un tipo materialmente condicional o subsidiario como acto preparatorio previo” (Posada, 2010, p. 63) a estas dos conductas.

18 Véase a Posada (2010, p. 61) quien cita las posturas de Carrasquilla y Arenas.

19 Ricardo Posada manifiesta que “es un delito colectivo aunque de concurrencia accidental (no es un delito de organización)” (Posada, 2010, p. 61).

Mientras que el segundo tipo penal, según lo establecido en el art. 472 del Código Penal, consiste en persuadir a personal de las fuerzas armadas, o en usurpar mando militar o policial, o en retener ilegalmente mando político, militar o policial con la única finalidad de llevar a cabo actos de rebelión o sedición. Se trata de un tipo penal compuesto que describe varios comportamientos diferenciables, ya que por un lado criminaliza la persuasión de miembros de la fuerza pública que además de ser un delito de peligro, es de mera conducta y llega a ser acto preparatorio de la comisión de una rebelión o sedición agitada desde el interior de las fuerzas armadas (Manzano/Ortiz, 2011, p. 579). Por otra parte, tipifica en el mismo texto las conductas de usurpación y de retención de mando, las cuales implican necesariamente la lesión al bien jurídico tutelado y además se caracterizan por ser delitos de resultado (Manzano/Ortiz, 2011, pp. 579-580), donde se busca aprovecharse ilícitamente a través de actos de usurpación o de retención (ilegal) de la investidura que ostentan los cargos propios de las fuerzas de seguridad y orden públicas.

4. INDEFINICIÓN NORMATIVA DE LOS DELITOS DE PERTENENCIA, CONFORMACIÓN Y FINANCIACIÓN DE GRUPOS ARMADOS ILEGALES

Con relación a esta tipología de delitos, formalizada normativamente a partir del Acto Legislativo 01 de 2009, no existen expresiones legales que definan explícitamente las conductas calificables en este grupo de delitos. Ni siquiera la ley penal vigente establece un título que expresamente advierta de este tipo de delitos, como tampoco hay una remisión normativa legal o constitucional que permita llenarle de contenido. Solo por deducción contextual de la norma que motivó la incorporación de esta categoría de delitos en la Constitución (Acto Legislativo 01 de 2009) y por algunos planteamientos jurisprudenciales se pueden llegar a tomar algunas conductas y tipos penales como referentes de esta categoría jurídica.

Pues bien, del contexto de expedición normativa, de la exposición de motivos y de la discusión originada en la reforma constitucional que prohibió constitucionalmente la participación en política de los condenados por los delitos de pertenencia, conformación y financiación de grupos armados ilegales se extrae que se trata de delitos asociados con el bien jurídico tutelado de la seguridad pública, cuyas conductas se agrupan en el Título XII del Código Penal. En especial, en lo referente a los tipos penales contenidos en su primer capítulo como, por ejemplo, los delitos de concierto para delinquir, terrorismo, amenazas e instigación.

Por su parte, la jurisprudencia, tanto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como también de la Corte Constitucional, ha adecuado las conductas de los miembros de grupos armados ilegales no rebeldes a través del tipo penal de concierto para delinquir, distinguiendo enfáticamente dichas conductas de los denominados delitos políticos. En criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: “El delito político se presenta en sociedades que tienen altos grados de conflictividad social y tiende a desaparecer en comunidades que logran elevados niveles de consenso” (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad. 26945, de 11.07.2007), mientras que “el concierto para delinquir es un fenómeno delincuencial que depende fundamentalmente de los fines egoístas que persiguen sus miembros y no se conoce sociedad que esté exenta del mismo” (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad. 26945, de 11.07.2007). En cuanto a la Corte Constitucional, esta corporación ha sostenido que el Estado “no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política. El fin que persigue la delincuencia común organizada, particularmente a través de la violencia narcoterrorista, es el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil, bajo la amenaza de padecer males irreparables, si se opone a sus proditorios designios” (Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, citando la sentencia C-171 de 1993), además puntualiza en que la actividad “delictiva de la criminalidad común no se dirige

contra el Estado como tal, ni contra el sistema político vigente, buscando sustituirlo por otro distinto, ni persigue finalidades altruistas, sino que se dirige contra los asociados, que se constituyen así en víctimas indiscriminadas de esa delincuencia” (Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, citando la sentencia C-171 de 1993). Apunta además que las atrocidades que ejecutan este tipo de organizaciones delincuenciales asociadas con el narcoterrorismo “son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delitos de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos” (Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, citando la sentencia C-171 de 1993).

En este sentido, las conductas que suelen ejecutar estas organizaciones criminales enmarcadas dentro de la delincuencia común son tipo penales que no se subsumen ni se toman como conexas de la rebelión y sedición, por ser delitos cometidos no para derrocar el régimen constitucional y legal, sino que se asocian con la pertenencia, promoción y financiación de grupos armados ilegales dirigidos a intereses concretos, bien sean económicos o de cualquier otra índole, pero siempre motivados por razones individuales o a favor de un tercero.

Por lo tanto, tipos penales en los que incurrn este tipo de organizaciones ilegales como concierto para delinquir²⁰ (incluyendo

20 Inc. 1° del art. 340 del Código Penal: “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta (...)”.

sus variantes agravadas²¹), terrorismo²², la financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada²³ o incitación a la comisión de delitos militares²⁴, entre otros, nunca podrán ser tomados como delitos políticos mientras no reúnan los elementos que caracterizan a la delincuencia política, especialmente las finalidades que persigue las conductas rebeldes

21 Inc. 2º, 3º y 4º del art. 340 del Código Penal: “Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas”

“(…) para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados”.

22 Art. 343 del Código Penal: “El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos (...)

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo (...).”

23 Art. 345 del Código Penal: “El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas (...).”

24 Art. 349 del Código Penal: “El que en beneficio de actividades terroristas incite al personal de la Fuerza Pública u organismos de seguridad del Estado a desertar, abandonar el puesto o el servicio, o ponga en práctica cualquier medio para este fin (...).”

de “derrocar al Gobierno Nacional”, “suprimir el régimen constitucional o legal” o “querer modificarlo”, o la finalidad sediciosa de “impedir transitoriamente el libre funcionamiento” del régimen constitucional o legal.

Asimismo, otros delitos que atentan contra la seguridad pública y que son necesarios para la ejecución de uno u otro grupo de delitos (comunes o políticos), como por ejemplo la utilización ilegal de uniformes e insignias²⁵ o la fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones²⁶ (incluyendo cuando de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos²⁷), no pueden considerarse como conductas conexas al delito político sin que se compruebe que su comisión ha estado determinada por las mismas finalidades que caracterizan a los delitos contra el régimen constitucional y legal.

5. ARGUMENTOS ESBOZADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional en la sentencia C-986 de 2010 ha rechazado firmemente cualquier equiparación de los delitos comunes relacionados con la pertenencia, promoción y financiación

25 Art. 346 del Código Penal: “El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice prendas, uniformes, insignias o medios de identificación reales, similares o semejantes a los de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado (...).

26 Art. 365 del Código Penal: “El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones (...).”

27 Art. 366 del Código Penal: “El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre, porte o tenga en un lugar armas o sus partes esenciales, accesorios esenciales, municiones de uso privado de las Fuerzas Armadas o explosivos (...).”

de grupos armados ilegales con la figura del delito político, lo anterior a partir de la definición de los alcances de la cláusula prohibitiva de participación en política contenida en la reforma constitucional de 2009. En aquella oportunidad, la Corte descartó cualquier pronunciamiento de fondo sobre el juicio de sustitución que se planteaba en la demanda de inconstitucionalidad al Acto Legislativo 01 de 2009, al inhibirse frente al cargo formulado en contra del art. 4 en el que se acusaba la expresión: “o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales”.

Aquel fallo inhibitorio –en virtud de la ineptitud sustantiva de la demanda– se basó en que en “la premisa que subyace a dicha acusación consiste en considerar que los delitos de pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales son categorías que equivalen al delito político” (Corte Constitucional, 2010, sentencia C-986). Dicha equivalencia es tomada por el demandante como “cierta y natural”, lo cual para la Corte constituye una “falencia” que “conlleva el incumplimiento del requisito de suficiencia” (Corte Constitucional, 2010, sentencia C-986). Asimismo, la Corte manifiesta que con ello se incumple el requisito de certeza, “puesto que concurren distintas razones que obligan a concluir que el aparte acusado no tiene por objeto regular el régimen de inhabilidades de los responsables de delitos políticos, sino la de un grupo específico de delitos comunes” (Corte Constitucional, 2010, sentencia C-986). A esta conclusión llega la Corte luego de esbozar tres argumentos. En primer lugar, alude a un argumento de distinción conceptual. En segundo lugar, trata un argumento relacionado con aspectos históricos y contextuales. Finalmente, se plantea un argumento relacionado con la interpretación sistemática de la norma acusada de cara a otros artículos de la Constitución (Corte Constitucional, sentencia C-986 de 2010).

Argumento de distinción conceptual

Con relación a la diferenciación conceptual y típica entre esta clase de delitos que ha sido promovida por el propio legislador y refrendada de manera reiterada por la jurisprudencia, la Corte nos recuerda que por delitos políticos se entiende tradicionalmente los delitos de rebelión, sedición y asonada (arts. 467-469 del Código Penal) junto a otros tipos penales considerados como conexos por parte del legislador, “siempre y cuando se cumplan con condiciones de razonabilidad y proporcionalidad aunadas al cumplimiento de los deberes estatales de juzgamiento, sanción y satisfacción de los derechos de las víctimas”²⁸. Mientras que los delitos que atentan contra la seguridad pública, como el concierto para delinquir, el entrenamiento para actividades ilícitas, el terrorismo y su financiación (arts. 340-345 del Código Penal) son delitos comunes y, *prima facie*, no pueden ser considerados como delitos políticos. En concreto, dice la Corte: “no resulta acertada la conclusión que equipara o subsume a los delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales a los delitos políticos, en tanto el legislador, adoptando la doctrina jurídica tradicional sobre la materia, ha distinguido entre las dos modalidades de conductas punibles”²⁹.

28 Razón por la cual se excluyen delitos atroces, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, graves infracciones al derecho internacional humanitario o a los derechos humanos (Corte Constitucional, 2010, sentencia C-986).

29 De igual forma señala: “Es bajo esta lógica que el legislador distingue entre los delitos políticos y las conductas que pudieren considerarse válidamente como conexos o subsumidos a estos, de otros tipos autónomos, entre ellos a los que refiere la norma acusada, que se encuadran *prima facie* dentro de la categoría de delitos comunes” (Corte Constitucional, 2010, sentencia C-986).

Argumento histórico y contextual

En cuanto al argumento derivado de los debates que tuvieron lugar en la elaboración del Acto Legislativo 01 de 2009, la Corte cita múltiples apartados de los debates para corroborar que “el legislador no tenía por objeto disponer con dicha norma una inhabilidad para el ejercicio de la función pública para las personas condenadas por delitos políticos” (Corte Constitucional, sentencia C-986 de 2010). Por el contrario, dicha inhabilidad fue pensada solo “para los responsables de la pertenencia, conformación o financiación de grupos armados ilegales, en tanto punibles por delitos comunes, en especial aquellos relacionados con crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, graves infracciones al derecho internacional humanitario o a los derechos humanos” (Corte Constitucional, sentencia C-986 de 2010). En ese sentido, la Corte asumió que la prohibición que quiso formular el constituyente derivado fue solo para delitos comunes y que aquél no consideró necesario introducir una exclusión expresa para los delitos políticos, simplemente porque la materia ya estaba contemplada en otra disposición constitucional (num. 1° del art. 179 de la Constitución)³⁰.

30 En suma, frente a este argumento la Corte indica: “De los distintos debates que precedieron a la aprobación de la norma acusada, la Sala advierte que, contrario a como lo sostienen los demandantes, el Congreso no concluyó, e incluso se opuso de forma manifiesta, a que los delitos de pertenencia, conformación o financiación de grupos armados ilegales, fueran asimilados a delitos políticos. Antes bien, las cámaras legislativas debatieron distintas fórmulas de redacción de la norma, tendientes a que esa diferenciación resultara lo suficiente clara y, a su vez, no pudiera interpretarse como un mecanismo para desvirtuar las finalidades esenciales de la Reforma Política de 2009, en especial impedir el acceso de candidatos promocionados por grupos armados ilegales a los órganos de representación popular. Fruto de esos intensos debates parlamentarios es la disposición objeto de reproche de constitucionalidad” (Corte Constitucional, sentencia C-986 de 2010).

Argumento sistemático y teleológico

Por último, acerca del argumento que plantea la necesidad de la interpretación sistemática con otras disposiciones constitucionales, la Corte descarta cualquier “antinomia constitucional” entre la disposición demandada (la inhabilidad para el ejercicio de la función pública contenida en el art. 122 de la Constitución) y el tratamiento especial para los delitos políticos frente a la no suspensión de derechos políticos (arts. 179, 232, 299 y art. transitorio 18 de la Constitución)³¹. Al respecto, advierte que: “Si se aceptara la tesis de los demandantes, en el sentido que los delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales se subsumen en la categoría de delito político, se llegaría a la forzosa conclusión que dichos delincuentes políticos estarían inhabilitados, entre otros asuntos, para ser inscritos como candidatos a elección popular, o ser elegidos o designados como servidores públicos” (Corte Constitucional, sentencia C-986 de 2010). Por consiguiente, frente a la interpretación de esta norma (art. 122 de la Constitución), la Corte insta a una lectura sistemática concatenada a otras disposiciones de la Constitución que refieren a las inhabilidades de los condenados por delitos políticos, lo cual en el caso de la sentencia C-986 de 2010 sirvió para aportar una razón más que demostró la falta de certeza del cargo propuesto (Corte Constitucional, sentencia C-986 de 2010).

31 En este punto sostiene la Corte: “la Constitución dispone varias normas tendientes a prodigar un tratamiento diferenciado, más benévolo, a favor de los responsables de delitos políticos respecto de los condenados por delitos comunes. Para el presente caso interesa centrarse en las reglas superiores que exceptúan al delincuente político del régimen de inhabilidades para el ejercicio de modalidades de función pública” (Corte Constitucional, sentencia C-986 de 2010).

6. CONCLUSIÓN

En Colombia existen sólidos desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinales que orientan la determinación de cuáles conductas pueden ser tomadas como delitos políticos y sobre todo cuáles no. Esto coadyuva a que el operador judicial encargado de determinar en casos concretos si una conducta puede ser considerada como delito político conexo o no, ejerza una labor orientada por criterios jurídicos que garanticen legalmente que la aplicación efectiva de prerrogativas constitucionales sea dada a quien teleológicamente corresponde.

En nuestro contexto se reconoce la existencia de delitos políticos puros y delitos políticos relativos, entre los cuales se destaca la categoría del delito político conexo (Tarapués, 2011, p. 241; Pérez, 1978, p. 136, pp. 160-161; Jiménez de Asúa, 1992, pp. 207 y ss.; Durán, 2003 pp. 81-83; Montoro, 2000, p. 142; Del Villar, 2009, pp. 154-160). Mediante esta figura se apela al reconocimiento de delitos comunes que son conexos a los objetivamente políticos, con el propósito de extender un eventual tratamiento privilegiado del delincuente político, no solo a sus acciones dirigidas contra el Estado, sino también a aquellas acciones que constituyen delitos comunes, pero que son cometidas como extensión de la comisión de un delito político, bien sea por factores ideológicos o porque se ejecutan para consumar, confirmar u ocultar un delito político puro³².

Aunque los delitos que pueden llegar a ser considerados como conexos son conductas que también suelen ser perpetradas por miembros de grupos armados ilegales no rebeldes ni sediciosos, toda conducta que se lleve a cabo en torno a la pertenencia, pro-

32 La conexidad ideológica refiere a la comisión de “un delito o varios delitos para cometer otro delito, esto significa que se cometen delitos con una motivación política con la firme intención de concretar un delito político puro” (Tarapués, 2011, p. 240).

moción y financiación de estas organizaciones, que no amenazan ni atacan el régimen constitucional y legal, deben ser consideradas como delitos comunes.

Además, la jurisprudencia nacional ha sido reiterativa en excluir delitos atroces, delitos de lesa humanidad, secuestro, genocidio, tortura, desaparición forzada, entre otros delitos, de conductas que puedan ser tomadas por conexidad como delitos políticos, independientemente de quién sea el autor, de la motivación que funda su comisión o de la finalidad que persigan (Corte Constitucional: sentencias C-127 de 1993, C-214 de 1993, C-069 de 1994, C-456 de 1997, C-695 de 2002, C-370 de 2006, C-537 de 2008). Es decir, existen límites jurídicos claros establecidos por la jurisprudencia constitucional que le prohíben al legislador y a los jueces tomar ciertas conductas como delitos conexos a los tipos penales de rebelión, sedición y asonada. En este orden de ideas, la Corte ha establecido que si bien el legislador tiene la capacidad de establecer ciertos tipos penales como delitos políticos conexos, para ello debe cumplir con “la acreditación de condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, aunadas a la satisfacción de los deberes estatales de juzgamiento, sanción y satisfacción de los derechos de las víctimas de, entre otros, los denominados delitos atroces, al igual que de las conductas constitutivas de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y graves infracciones al derecho internacional humanitario o a los derechos humanos” (Corte Constitucional, sentencia C-986 de 2010).

En efecto así lo ha hecho la Ley 1820 de 2016 mediante su artículo 23, el cual retoma las contribuciones jurisprudenciales y doctrinarias que se han desarrollado en las últimas dos décadas en el derecho colombiano. En esta disposición legal se han fijado las conductas que quedan de plano excluidas de la subsunción como delitos políticos conexos. Además, se han establecido criterios normativos orientadores que, en convergencia con los criterios excluyentes, descartan la posibilidad de tomar como delitos políticos

Derechos fundamentales y conflicto

DOI: <https://doi.org/10.35985/9789585583986>

a aquellas conductas asociadas con la pertenencia, promoción y financiación de grupos armados ilegales que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Del Villar, Fernando. (2009). *Delito político y su excusa absoluta*. México D.F.: Porrúa.

Durán, Julián. (2003). *El delito político: desnaturalización jurídica y conflicto interno*. Bogotá: Leyer.

Jiménez de Asúa, Luis. (1992). *Tratado de Derecho Penal* (5 Ed., V. 3). Buenos Aires: Losada.

Manzano, Andrea / Ortiz, Ernesto: Delitos contra el régimen constitucional y legal, in Castro, Carlos. (Coord.), *Manual de derecho penal parte especial*, T. 2. Bogotá: Temis.

Montoro, Alberto. (2000). En torno a la idea de delito político. Notas para una ontología de los actos contrarios a derecho. *Anales de Derecho*, 18, 131-156. Disponible en: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57601/55481>

Pérez, Luis. (1968). *Tratado de Derecho Penal*, T. 3. Bogotá: Temis.

Posada, Ricardo. (2010). Aproximación al concepto jurídico del delito político. Posada, Ricardo. (Ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Restrepo, Luis. (2007) Fundamentación de la propuesta gubernamental. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/sne/2007/julio/27/-fundamentacion.pdf>

Romero, Mauricio (ed.). (2007). *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá: CEREC-Corporación Nuevo Arco Iris.

Tarapués, Diego. (2011a). El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz. *Papel Político*, 16, 2.

Tarapués, D. (2011b). Un recuento teórico e histórico del delito político y de su rol actual en Colombia. En Grupo Gicpoderi *Memorias de Investigación*. Cali, Colombia: Universidad Santiago de Cali.

Tarapués, Diego. (2017). El sistema integral de justicia transicional y sus mecanismos para satisfacer el derecho a la justicia de cara al deber estatal de investigar, juzgar y sancionar. Tarapués, Diego (Coord.). *Justicia Transicional, Reforma Constitucional y Paz: Reflexiones sobre la Estrategia Integral de Justicia Transicional en Colombia*. Medellín: Díké/Editorial USC.

PARES EVALUADORES

Ricardo Tapía

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2750-1828>

Evaluador Internacional

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México y Coordinador Editorial de el Colegio de Morelos, México.

Clara Mercedes Blanco Ospina

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8640-8175>

Unicatólica

Nelson Contreras Coronel

Investigador Junior (IJ)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2264-8225>

Universidad Tecnológica de Pereira

Hoover Albeiro Valencia Sánchez

Investigador Asociado (I)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9193-2089>

Universidad Tecnológica de Pereira

Ricardo Antonio Torres Palma

Investigador Senior (IS)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4583-9849>

Universidad de Antioquia, Medellín.

Luis Alfredo González Monroy

Investigador Junior (IJ)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7249-4677>

Universidad del Magdalena

Esta obra fue editada por Editorial Diké S.A.S.
se terminó de imprimir en septiembre de 2020