



Derecho y Realidad



Uptc[®]
Universidad Pedagógica y
Tecnológica de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales



Derecho y Realidad

Revista Derecho y Realidad

ISSN Impreso 1692-3936 / ISSN-L en línea 2619-5607

Volumen 19 / Número 37 Enero - Junio 2021 (10-227)

Revista Arbitrada y Seriada

Revista sociojurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Revista Derecho y Realidad

ISSN Impreso 1692-3936 / ISSN-L en línea 2619-5607

Volumen 19 / Número 37 Enero - Junio 2021 (10-227)

Revista Arbitrada y Seriada

Derecho y Realidad es una publicación semestral dirigida a la comunidad científica y académica interesada en el desarrollo de las Ciencias sociales y humanas, con énfasis en derecho y derechos humanos.

Dirección y Organización Administrativa de la Revista

Editor

Luis Bernardo Díaz Gamboa

Coordinador Editorial

Federico Sánchez Riaño

Corrección de Estilo

María del Pilar López Patiño

Fotografía de Carátula

Federico Sánchez Riaño

Diseño y Diagramación

Diana Abril Villamizar

Correspondencia Revista

Centro de Investigación y Extensión CIEDE - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Correo electrónico: derechoyrealidad@uptc.edu.co

Teléfono: 7405626 Ext.: 2518

Tunja, Boyacá-Colombia

Canje: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

BIBLIOTECA CENTRAL

Avenida Central del Norte

Tunja, Boyacá - Colombia

derechoyrealidad@uptc.edu.co

publicaciones@uptc.edu.co

La revista es editada y financiada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC

Las opiniones expresadas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Derecho y Realidad - ISSN 1692-3936
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, 2021
Publicaciones Seriadas y Arbitradas - Semestral
CDD 340

Derecho y Realidad no cobra a los autores por la presentación o la publicación de sus artículos

La revista está autorizada por una licencia Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Esta revista proporciona un acceso abierto inmediato a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global de conocimiento.



CUERPO DIRECTIVO - UPTC

Rector

Oscar Hernán Ramírez

Vicerrector Académico

Manuel Humberto Restrepo Domínguez

**Decano Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales**

Leonel Antonio Vega Pérez

Vicerrector de Investigaciones y Extensión

Enrique Vera López

**Director Centro de Investigación
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales -
CIEDE**

Edgar Fernando Cervantes Díaz

Director Escuela de Derecho

Jair Fonseca



Uptc[®]

Universidad Pedagógica y
Tecnológica de Colombia

Comité Editorial

Pedro López, Phd, Universidad Complutense, España
Felipe Gómez Isa, Phd, Universidad de Deusto - Bilbao, España
Ramón Ruiz, Phd, Universidad de Jaén
Juana María Gil Ruiz, Universidad de Granada, España
Pedro Alfonso Sánchez Cubides, UPTC
Dídima Rico Chavarro, Phd, UPTC

Comité Científico

Pablo Manuel Guadarrama Gonzalez, Phd, Universidad de Leipzig
Evandro Vieira Ouriques, Phd, Universidad Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)
Omar Heffes, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Eladio Craia, Phd, Universidad Católica de Paraná - Brasil
Víctor Andrés Olarte, Phd, U. La Sorbona, Paris
Jorge Carvajal, Phd, U. Gran Colombia
María Stella García, Phd, UPTC
Jorge Enrique Patiño Rojas, Mg, UPTC
Gloria Cuartas, Mg, INPAZ

Proceso de evaluación por pares

Los artículos son revisados por el editor, los comités Editorial y Científico, evaluados por un par (modalidad ciego), quien, en su condición de experto, determina la originalidad, la calidad, la pertinencia del contenido y emite el dictamen.

Presentación

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC se honra en presentar la Revista Derecho y Realidad, con artículos variados, pero fruto de profundas reflexiones y productos de investigaciones juiciosas quemarcan un derrotero en nuestro ejercicio bibliográfico. Esta revista arbitrada y en proceso de indexación recoge trascendentales exposiciones que han sido presentadas en diversos escenarios. La profundidad de sus conceptos, lo crítico de su pensamiento, lo acertado de sus apreciaciones, las reflexiones originales que enmarcan sus ópticas, lo oportuno del enfoque, nos permiten expresar sin lugar a duda que estamos en presencia de una experiencia académica de la más alta calidad que va a servir de insumo permanente en todas las exploraciones académicas de los lectores interesados.

Expresamos nuestros agradecimientos más sinceros a todos los autores que con sus luces siguen nutriendo nuestra Revista e invitar a los interesados a participar en Derecho y Realidad con sus valiosos aportes.

Leonel Antonio Vega Pérez
Decano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC



Editorial	10
Pueblos indígenas y el derecho a ir y venir: Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos <i>Luyse Vilaverde Abascal Munhós</i> <i>Marco Antônio Rodrigues</i> <i>Antonio Hilário Aguilera Urquiza</i>	19
Empresas transnacionales y derechos humanos: La tortuosa búsqueda de responsabilidades en una globalización injusta e insostenible <i>José Elías Esteve Moltó</i>	33
Gobernanza política multilateral: Un perfil programático <i>Pío García</i>	53
El sistema de frenos y contrapesos en Colombia y la sátira política <i>Daniel Ospina Celis</i>	75
Efectividad de la participación de las víctimas del conflicto armado en el diseño, ejecución y control de las políticas públicas <i>Mauricio Umbarila Romero</i> <i>Angie Steffany Guzmán Gómez</i>	89
Líderes sociales y defensores de derechos humanos: Una perspectiva político-institucional, 2019 <i>Ángela Daniela Rey Vargas</i> <i>Ángela Patricia González Valencia</i> <i>Emmanuel Bolívar Torres</i>	113
El fenómeno del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por grupos armados organizados ilegales - caso Colombia - <i>Víctor Hugo Mendoza Tovar</i>	127

Sistema penitenciario en Colombia, derechos humanos y resocialización de la mujer en la cárcel de El Buen Pastor

María Angélica Rodríguez Moreno

Doris Gómez Silva

Emmanuel Bolívar Torres143

Protección y reconocimiento institucional y jurisprudencial del derecho humano a la salud en el establecimiento penitenciario de Tunja

Nicolás David Rodríguez Forero161

La imputación normativa en la responsabilidad civil extracontractual

Luis Daniel Trejos Teherán195

Paradoja transgénero: Alteraciones emocionales más frecuentes durante la transición

Marian Sofía Basante Ballesteros

Jenny Patricia Ortiz Quevedo211

Trump y su salida por la puerta de atrás

Luis Bernardo Díaz

“Me siento automáticamente atraído a las mujeres hermosas: simplemente quiero comenzar a besarlas”, –dijo Donald Trump, con el micrófono abierto, a Billy Bush, presentador de la NBC, en medio del debate nacional que estaba desarrollándose acerca del acoso sexual–. “Es como un imán, simplemente las beso. Ni siquiera me espero. Y, cuando eres una estrella, te permiten hacerlo. Puedes hacer cualquier cosa... Agarrarles el coño. Puedes hacer lo que sea”. Donald Trump en “Fuego y Furia”, de Michael Wolff.

Lo que ha ocurrido con el presidente Trump podría ser una fábula rocambolesca, pero no es así. Lo que ha ocurrido es sumamente grave y representa, o por lo menos se aproxima, a lo que Levitsky y Ziblatt han denominado “la muerte de las democracias”. Una amiga que milita en una secta evangelista me decía después del triunfo de Biden que ella tenía información fidedigna de que Trump no accedería a entregar el poder a su sucesor, realizando toda suerte de maniobras legales o fácticas para permanecer en la Casa Blanca. Tenía razón, pues por las redes los movimientos supremacistas blancos son una verdadera tendencia con características neonazis, que recuerdan perfectamente el ascenso de Hitler en la Alemania de la segunda preguerra. Movimientos como QAnon, Proud Boys, Evangelistas fanáticos, corresponden a estos grupos, que como el disfrazado de bisonte penetraron al Capitolio de los Estados Unidos, el 6 de enero de 2021, para perturbar la sesión del Congreso que realizaba una labor de mero trámite de validación de los resultados de los colegios electorales que le daban el triunfo contundente al candidato demócrata, principalmente por medio de los votos por correo, que subieron ostensiblemente por el miedo al contagio. Allí exhibieron la fuerza en lo que Sergio Muñoz Bata denominó “la rebelión de los deplorables” (El Tiempo, 12 de enero de 2021, pp. 1-13). Allí se exhibió la bandera confederada –que yo pensaba superada desde Lincoln– y se le dio razón a Hitler por parte de Mary Miller, representante republicana de Illinois. QAnon dice que los demócratas responden a una camarilla ladrona que adora a Satán. Delirante.

Hagamos historia. El fenómeno Trump superó al Tea Party. Trump perdió las elecciones en 2016, pero ganó la Presidencia, merced a un sistema electoral caduco que hace que un voto no represente lo mismo en cada Estado de la Unión Americana. El manejo de las posverdades le catapultó al triunfo, derrotando en las primarias a sus rivales republicanos y luego a Hillary Clinton, a quien sin más ni más y de forma calumniosa tildó de “ladrona”. Ya venía diciendo que Barack Obama era musulmán –por lo cual, supuestamente, era amigo de Al Qaeda– y no había nacido en Estados Unidos, lo cual era por lo menos risible, pero no tanto: un grueso de la población creyó eso, como creyó que tomar hidroxiclороquina curaba el Covid, como Trump lo dijo. En consecuencia, varias personas murieron por ese anuncio. Esas posverdades impactaron el Brexit en el Reino Unido y la derrota del sí en el plebiscito por la paz en Colombia. Tanto así, que el diccionario de la Universidad de Oxford la incorporó como una nueva dicción, que tiene que ver con la apelación a las emociones más primarias, alejándose de la verdad real. Se relacionan con las *fake news*. “Había que emberrar al pueblo” dijo el Gerente del No, Juan Carlos Vélez Uribe, en la campaña contra el plebiscito por la paz en Colombia, utilizando temas como que Colombia se volvería otra Venezuela con el ascenso de Timochenko al poder; situación que

jamás se daría –menos ahora con el fraccionamiento del Partido de la Rosa que tiene tres vertientes, incluyendo una alzada en armas nuevamente, encabezada por Iván Márquez–.

Con Bolsonaro a la cabeza, a nivel internacional se generó una tesis negacionista que afirmaba que la pandemia, era una “gripiña” sin importancia. El presidente de Brasil expresa sin pudor que “... corresponde a las Fuerzas Armadas decir si hay democracia o dictadura, en clara coherencia con su apoyo al golpe de estado en su país”. A abril de 2021 los Estados Unidos reportaba 400.000 muertos y 25 millones de contagiados; Brasil, por su parte, pasa por mitad de esa escalofriante cifra en muertos y 8 millones de contagiados. Los mandatarios de Filipinas, Turquía, Rusia, Hungría, Polonia, Colombia, Brasil, entre otros, cerraron línea en torno a Trump y se la jugaron en estas elecciones en una peligrosa apuesta, que desde luego perdieron. También las líneas neonazis europeas como Le Pen y otros que veían al gringo con simpatía y compartían sus tesis. El grupo de Lima se alineó con él para derrocar a Maduro, con acciones a favor de Guaidó e intenciones militaristas fracasadas.

Una vez Trump se posesionó, su política populista impactó en temas como: la construcción del muro con México, la separación de los niños inmigrantes de sus padres, el manejo autoritario del poder, el enfrentamiento contra la prensa, la entrega de beneficios a la plutocracia y el abandono de los valores democráticos –por lo menos los clásicos liberales–.

El primer *impeachment* adelantado contra Trump por el *affaire* de Ucrania, terminó en impunidad por la postura de los republicanos en el Senado. No alteraron su popularidad ni las denuncias de Michael Cohen, su abogado de confianza, que lo tildó de racista, misógeno, xenófobo, mitómano, narcisista, demagogo; ni el pésimo manejo de la pandemia. Las represiones brutales contra el movimiento *Black Lives Matter* a raíz del asesinato de George Floyd y otros afrodescendientes por parte de policías blancos tampoco lo tocaron de manera contundente. Negó el calentamiento global, afectando la temperatura del planeta y generando huracanes y cataclismos. Se salió de la OMS y solicitó la detención de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, por investigar a ciudadanos norteamericanos. Negó un escándalo de la prostituta prepago. Tampoco lo tocó sustancialmente la denuncia hecha en los debates televisivos por el entonces candidato Joe Biden, sobre evasión fiscal. También se caracteriza por ser mal amigo de sus amigos, puesto que terminaba sacándolos si no le funcionaban, como fue el caso de John Bolton.

Otros hechos internacionales relevantes fueron la muerte de Soleimani en Irán –por lo cual tiene orden de captura–; la instalación de la Embajada de Estados Unidos en Jerusalén, afectando el sentimiento palestino; los bombardeos en Siria, como el de Shayrat, el 7 de abril de 2017, ordenado por él directamente –lo que desmiente a quienes juran que Trump nunca participó en maniobras militares en el exterior–; la presión indebida que ejerció frente al Secretario de Estado de Georgia, para que cambiara allí el resultado electoral en su favor, lo cual es un delito; su gobierno defendió el *fracking* (lesivo para el medio ambiente) y la venta de armas (como hizo con Arabia Saudí) y como si fuera poco, exhibió la grosería y falta de argumentación en los debates televisados contra su adversario.

Los demócratas esperaban que la ventaja de Joe Biden hubiera sido aplastante, pero craso error: ¡Trump obtuvo 74 millones de votos! (47% del electorado). Sorprendente. Con todos esos antecedentes, ¿qué hizo que 74 millones le votaran, incluyendo hispanos en Florida? Biden sólo le ganó por 7 millones de votos. Trump aumentó su votación en 11 millones, un incremento del 18%. Para Obama en sus memorias el país está dividido peligrosamente. Por eso el discurso de posesión de Biden se centró en la unidad de la Nación. ¿Acaso son hoy los Estados desunidos de América?

Creo que la educación básica y media en Estados Unidos no es la mejor, si bien es potencia en la educación universitaria, pero a altísimos costos, inaccesible para las capas populares. La deuda de las familias por educación es enorme. La calidad es mediocre. Recordemos que enseñaban en

geografía a los niños que Colombia hacía parte de su país. Hay un farmer americano que no se instruye, no lee, sino que se dedica a ver fútbol, ver películas de baja calidad y a comer. Para muchos norteamericanos Trump manejó bien la economía, a pesar de tener un altísimo endeudamiento y un déficit fiscal preocupante, un desempleo alto y un sistema de salud, educativo y de servicios sociales totalmente precarizado y elitista. Basta leer los estudios de Joseph Stiglitz sobre la concentración de la riqueza en este país norteamericano. La mayor parte de la votación de Trump, además de La Florida, estuvo en los sectores rurales y en el “cinturón oxidado” que es la consecuencia de la deslocalización de la industria estadounidense en otros países, como Indonesia, Vietnam o Singapur.

¿Podríamos hablar de la emergencia del lumpen-capitalismo, como sector social? El tema es muy delicado, como quiera que Trump anunció que su movimiento “apenas comienza” (por eso la trascendencia de avanzar en el *impeachment* en el Senado que tiene votación calificada). Y si observamos los gestos de autoritarismo con la *coronadictadura* en Colombia y otros países, con un hiperpresidencialismo exacerbante, podemos ver que los nubarrones no están lejos. La autoritaria reforma rusa de Putin, que lo envalentonó intentando envenenar al líder opositor Alexey Navalny, que tildó de ladrón al Presidente, por lo cual fue detenido, millones se concentraron en protesta en 90 ciudades y sufrieron la represión del Kremlin. China reprimió a los habitantes de Hong Kong que imploraban libertades.

La toma del Capitolio el 6 de enero tenía el precedente de que Trump denunció, sin pruebas fehacientes, haber sido víctima de un fraude electoral, lo cual ningún tribunal avaló. Fue oscureciendo el panorama de credibilidad de sus votantes más radicales, que a pie juntillas le creyeron y movilizaron todos sus recursos para concentrarse en el Capitolio el 6 de enero, atendiendo el llamado que por Twitter hiciera su jefe y se saldó con cinco muertos. Son hordas de fanáticos de la ultraderecha que en miles siguen a un caudillo, como en Colombia ha ocurrido con el expresidente Álvaro Uribe. Es el ejercicio del fanatismo irracional. Se asimila al poder del pastor de la congregación, muy en la vieja línea puritana-luterana reaccionaria. Se habla de una movilización de 15.000 personas, muy bien financiadas a Washington, algunas armadas, pues en Estados Unidos ha sido imposible que se prohíba la tenencia de armas por parte de civiles por la fuerte presión de la Asociación Americana del Rifle. Ello ha generado múltiples tragedias de enfermos mentales que disparan sobre multitudes. Este tema se complica con la presencia de personas irracionales que en colectivo pueden llegar a cometer una matanza de supremacistas blancos, como no se veía desde la época del Ku Klux Klan. Es claro que la movilización al Capitolio tuvo financiación de *Joy in Liberty* y otros grupos. Hay 940 grupos supremacistas blancos en ese país, neonazis. La bandera confederada no se enarbolaba desde 1860 en la Guerra Civil, defendiendo el esclavismo del Sur.

La toma del Capitolio, que tampoco se veía desde 1812 en la Guerra contra Inglaterra, estuvo revestida de ejercicios ridículos que francamente sorprenden en la autodenominada “democracia ejemplar” del globo y que señala parámetros de conducta para los Estados. Un hombre semidesnudo disfrazado de bisonte, presidiendo el hemiciclo; otro colocando sus extremidades inferiores sobre el escritorio de la reelegida presidenta de la Cámara de Representantes, Nancy Pelosi, y robando documentos y desordenando el archivo; otros tomando fotos de documentos secretos y toda una serie de delitos por los cuales están siendo juzgados. Por fortuna, los legisladores lograron salir a tiempo por un túnel secreto construido a raíz del derribo de las Torres Gemelas.

Los dueños de Twitter y de Youtube suspendieron las cuentas de Trump y de 70.000 de sus seguidores –de un total de 90 millones–, lo cual obviamente generó la incertidumbre frente a la libertad de expresión y que no haya sido un juez sino los dueños de los monopolios los que

silencien a estos sujetos. El control de esas plataformas debería estar en cabeza de los Estados y no de particulares que pasan a erigirse en uno de los factores de poder más importantes del mundo que en la globalización neoliberal buscan esencialmente réditos económicos.

La pobreza mental se expresa en que existan personas que en menos de 280 caracteres definan su vida política. Sólo puedo recordar la frase del gran jurista italiano Norberto Bobbio: "A mí no me preocupa que haya ganado Berlusconi, me preocupa el pueblo italiano que le votó". ¿Hay comportamientos nihilistas aquí? ¿Hay identidades vacías? Ashli Babbitt, la mujer asesinada en el Capitolio, estuvo 14 años en el Ejército. ¿Cuáles eran sus pensamientos? Ella se desempeñaba fabricando y vendiendo piscinas.

De otra parte, el tratamiento de la Policía que resguardaba el Capitolio dejó mucho que desear, frente a la asimetría realizada contra las protestas de *Black Lives Matter* y otros por los crímenes racistas.

Para la posesión de Biden se movilizaron 25.000 efectivos de las distintas fuerzas para no ser sorprendidos, Washington era una ciudad realmente sitiada. Colocaron banderas en lugar de personas. Se sabe que los mafiosos tienen rifles de alto alcance. Temían lo peor. Movieron más Ejército que las tropas enviadas a Afganistán e Irak. Hay vulnerabilidad desde las Torres Gemelas. Pero claro, el 40% de los republicanos apoyaron la toma del Capitolio y un nutrido grupo de congresistas republicanos no deja solo a su líder, como el senador Ted Cruz, vergonzosamente de origen hispano. Se pueden estar adelantando conspiraciones secretas y peligrosas.

Después de la asonada, Nancy Pelosi llamó al General Mark Milley, Presidente del Estado Mayor Conjunto, para preguntarle la suerte del maletín con los botones nucleares. Él le dio un parte de tranquilidad. Eso indica el grado de locura de este sujeto y la profunda desconfianza del establecimiento gringo. Obviamente que hay culpabilidad en el Partido Republicano, pues Pence ha debido apoyar la Enmienda 25 y destituir a Trump, para sacarlo del juego político. Ahora empieza el juicio que tuvo mayoría significativa en Cámara y pasa al Senado, retomado por los demócratas, por medio del voto de la Vicepresidenta Kamala Harris, luego de haber ganado las dos curules en Georgia. Por menos acaban de renunciar el Primer Ministro de Países Bajos (por un problema en unas subvenciones) y un Militar de alto rango en España (el Jefe del Estado Mayor, por haberse vacunado antes de lo previsto contra el Covid).

Según Gallup, la popularidad de Trump cayó al 34% luego del intento insurgente, pero aún tiene energía. Trump deshonró el juramento presidencial de cumplir la Constitución. No asistió, además, a la posesión de su sucesor, lo cual es un desaire que no se veía desde hace muchos años. Para despedirse, el último día de su mandato indultó a 140 personas, muchos amigos y allegados a su familia, como Steve Bannon, un personaje corrupto.

Para ellos es importante reescribir la historia, como lo hace el Centro de Memoria Histórica uribista en Colombia. Trump creó el Proyecto 1776 de historia, Biden lo acaba de derogar. Los demócratas se inclinan más por el Proyecto 1619 del New York Times, que pone el origen en el conflicto racial y esclavista (Ver la obra de Howard Zinn, "La otra historia de los Estados Unidos").

Leyendo la obra de Michael Wolff, "Fuego y furia", que describe los intrínquilos de la Casa Blanca en la era Trump, piensa uno que estamos ante un enajenado mental, que lo único que desea es el poder de manera megalómana (no abandonarlo nunca, como Uribe). ¿Estamos en presencia de nuevos enfermos mentales que tienen millones de seguidores que los siguen

ciegamente? ¿Hasta cuándo? La contrarreforma constitucional regresiva de Putin tuvo una gran base electoral y muchas rusas consideraban a Putin "sexí". Las conducciones de los pueblos por enajenados nos pueden llevar a la catástrofe ocurrida en la II Guerra Mundial. El profesor Jhnonny Uribe, sin embargo, manifiesta que los uribistas son conscientes de lo que hacen y no se les puede declarar "incapaces mentales" por sus ejercicios al votar a un inepto e irresponsable como Duque. La pregunta sería si en el caso de Trump, sus seguidores deben también responsabilizarse por sus acciones pasadas y futuras. No son inimputables políticos.

La lección se repite: un magnate multimillonario que por capricho desea ser Presidente de la principal potencia del mundo, donde lo que le interesan son sus negocios, y no le importa mentir con tal de conseguir el poder (Maquiavelo, crisis ética). Es como si en persona Luis Carlos Sarmiento se lanzara a la Presidencia. Generalmente los plutócratas pagan para que terceros vayan y defiendan sus intereses, al rey del dinero no se le expone en manifestaciones o mítines, se le blindan. Igual sigue mandando, llegue el que llegue, siempre que no lo toquen. ¿Seguirán los potentados ese ejemplo? Ya Piñera lo hizo en Chile, por ejemplo, pero le ha ido también muy mal. Zapatero a tus zapatos, podría ser el eslogan.

En conclusión, como me dijo el Juez de la Corte Internacional de Justicia Antonio Cancado Trindade, se avecinan tremendos tiempos donde el equilibrio internacional se pone en peligro por la asunción de actitudes caprichosas y personalistas por encima de los tratados internacionales, que ponen límite al poder de los poderosos. La situación es dramática, y como dicen Levitsky y Ziblatt, las democracias (liberales) corren peligro de morir y nadie sabe qué vendrá. Por lo pronto, Trump escribió una página de infamia y salió por la puerta de atrás....

Tampoco podemos creer que un hombre del establecimiento gringo haga grandes cambios. No olvidemos que Biden en 1999 autorizó bombardear Yugoslavia, en 2002 autorizó invadir Irak bajo el pretexto de que Sadam tenía armas de destrucción masiva, lo cual era falso. Apoyó igualmente las intervenciones en Siria y Libia. Como Vicepresidente de Obama, no cerró Guantánamo. La política hegemónica internacional de EEUU es evidente, como manifiesta Chomsky.

¿Qué le espera a Colombia con Biden? Ya el Embajador norteamericano manifestó que van a apoyar el proceso de paz con las FARC, pues ha habido recursos de cooperación para ese efecto. Ello coloca al gobierno Duque en una encrucijada, pues ni siquiera fue invitado a la posesión del actual presidente de los Estados Unidos, dado que de manera descarada y errática apoyó a Trump, en peligrosa apuesta que perdió y donde rompió la tradición política de haber jugado con los dos partidos para mantener una relación estable. En cambio, sí invitó al expresidente Juan Manuel Santos, Premio Nobel de Paz, su archienemigo. Lo primero que tendría que hacer Duque es cambiar al Embajador Francisco Santos, funcionario mediocre que ha cometido todo tipo de errores diplomáticos y carente de un mínimo sentido de racionalidad. Las grabaciones de los diálogos con la Canciller eran motivo de remoción, pero el Gobierno lo mantuvo, para mover votación para Trump en la Florida y otros Estados. Eso le va a costar muy caro al gobierno Duque y se verá en las relaciones bilaterales. Confiamos que la bancada demócrata y Biden, por lo menos, coloquen en cintura al gobierno Duque para que cese la matanza de líderes sociales y excombatientes de las FARC (280 masacres hubo en 2020), que desde la fecha de suscripción del Acuerdo de Paz del Teatro Colón, asciende a la escalofriante suma de 1651 homicidios. Ese por lo menos sería un avance importante. Por lo demás, el nombramiento del colombiano Juan González como asesor de la Casa Blanca para asuntos del Hemisferio Occidental es fiel ejemplo de un cambio de tercio, pues le hablará al oído al Presidente. El Embajador también mencionó como estrategia del nuevo gobierno Biden, combatir el cambio climático (volverá al Acuerdo de París), volver a la OMS,

combatir el narcotráfico e intervenir frente al tema de Venezuela. ¿Cómo? Amanecerá y veremos. Se alaba la suspensión del infame muro en México, la regularización de 11 millones de indocumentados, política que no es gratuita, sino que obedece al impacto del trabajo migrante en la economía nacional y sus aportes a la seguridad social y al PIB, siguiendo el ejemplo de otras potencias que ya lo vienen haciendo, incorporando mano de obra de otras latitudes en labores que los nacionales no realizan. Hay un cambio de tercio en la Casa Blanca, luego de que Trump –reitero– saliera por la puerta trasera.

Referencias

Ayerbe, Luis Fernando. Los Estados Unidos y la América Latina. La construcción de la hegemonía. Bogotá, Imprenta Nacional, 2001.

Chomsky, Noam. Hegemonía o supervivencia. La estrategia imperialista de EEUU". Barcelona, Ediciones B., 2004.

Chomsky, Noam. Porque lo decimos nosotros. Ideal democrático, estrategias de poder y manipulación en el siglo XXI. Barcelona, Paidós, 2017.

Chomsky, Noam. Cooperación o extinción. Bogotá, Penguin, 2020.

Díaz Arenas, Pedro. Relaciones Internacionales de dominación. Fases y facetas. Bogotá, U. Nacional, 1998.

Guenther, Roppel. Estados Unidos. Intervenciones del poder material en cuarenta países del mundo. Bogotá, Aurora, 2005.

Kennedy, Paul. Auge y caída de las grandes potencias. Madrid, Debolsillo, 2017.

Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel. Cómo mueren las democracias. Barcelona, Planeta, 2018.

Obama, Barack. Una tierra prometida. Barcelona, Debate, 2020.

Stiglitz, Joseph. Capitalismo progresista. La respuesta a la era del malestar. Barcelona; Penguin, 2020.

Wolff, Michael. "Fuego y furia. En las entrañas de la Casa Blanca de Trump". Barcelona, Planeta, 2018.

Zinn, Howard. La otra historia de los EEUU. Bilbao, Lizarra, 2011.



Artículos / Articles

Pueblos indígenas y el derecho a ir y venir: Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos

Indigenous peoples and the right to go and to come: Towards an Intercultural Conception of Human Rights

Autores: Luyse Vilaverde Abascal Munhós, Marco Antônio Rodrigues
y Antonio Hilário Aguilera Urquiza

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.12145>

Para citar este artículo:

Munhós Abascal, L. V., Rodrigues, M. A., y Aguilera Urquiza, A. H. (2021).
Pueblos indígenas y el derecho a ir y venir: Hacia una concepción intercultural
de los derechos humanos. *Derecho y Realidad*, 19 (37),19-32.



PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DERECHO A IR Y VENIR: HACIA UNA CONCEPCIÓN INTERCULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*

INDIGENOUS PEOPLES AND THE RIGHT TO GO AND TO COME: Towards an Intercultural Conception of Human Rights

Luyse Vilaverde Abascal Munhós, MSc^a

munhosluyse@gmail.com

Antonio Hilário Aguilera Urquiza, Phd^b

hilarioaguilera@gmail.com

Marco Antônio Rodrigues, MSc^c

marcorod.adv@gmail.com

Recepción: Agosto 28 de 2020

Aceptación: Septiembre 4 de 2020

RESUMEN

Este artículo pretende investigar el derecho a ir y venir a la luz del principio de la ancestralidad del territorio, consecuencia de la práctica de la movilidad espacial entre fronteras por los pueblos indígenas.

La cuestión que se plantea es de qué modo el derecho a ir y venir, que se traduce en la libre movilidad, puede ser garantizado en su dimensión cultural y legal, para que se asegure el desplazamiento transfronterizo

* Texto elaborado a partir de proyecto de investigación con financiación del CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico).

a. Estudiante de maestría del Programa de Maestría en Derechos Humanos de la UFMS. Licenciada en Derecho por la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul. Participó en el proyecto de investigación "Fronteras étnico-culturales-Análisis de la trata y migración de personas en las fronteras de Mato Grosso do Sul", coordinado por el profesor Antonio Hilario Aguilera Urquiza, centrado en justicia social, movilidad y pluralismo. Fue becaria del CNPq, PIBIC 2015/2016 y PIVIC 2017/2018. Participó en el grupo de investigación: Derechos, libertades y garantías fundamentales en perspectiva comparada, coordinado por el profesor Luis Fernando Sgarbossa. Trabajó en conjunto con el Núcleo de Práctica Jurídica de la UFMS en su proyecto de extensión en el ámbito del Derecho Laboral y la Ley de Seguridad Social. Realizó una pasantía en la Defensoría Pública del Estado de Mato Grosso do Sul, en el Centro de Atención a la Salud, Personas con Discapacidad y Ancianos, así como en el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos de la Mujer. Conoce los temas de derechos humanos, pueblos tradicionales, frontera, migración y género. <https://orcid.org/0000-0001-8663-4669>

b. Profesor asociado de la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul, asesor de investigación. Tiene un doctorado en Antropología de la Universidad de Salamanca, España Actualmente es profesor en la carrera de Ciencias Sociales, en el Programa de Postgrado en Derechos Humanos de la UFMS y en el Programa de Postgrado en Antropología Social (UFMS) y profesor colaborador en el Programa de Postgrado en Educación (UCDB). Becario CNPq (PQ2). <https://orcid.org/0000-0002-3375-8630>

c. Abogado. Máster en Derecho por la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul (2019). Especialista en Teoría y Filosofía del Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (2015). Licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul (2017). Licenciada en Física por la Universidad Federal de Río de Janeiro (2002). Fue voluntario de PIBIC CNPq 2014/15 y 2015/16. Miembro del Grupo de Investigación Científica del CNPq titulado Antropología, Derechos Humanos y Pueblos Tradicionales y del Grupo de Investigación Científica titulado Flujos Migratorios Internacionales. Investigador de la Fundación de Apoyo al Desarrollo de la Educación, la Investigación y la Tecnología en el Estado de Mato Grosso do Sul (FUNDECT). <https://orcid.org/0000-0003-0858-2183>

y la autonomía de esos pueblos. En este sentido, el análisis de la movilidad indígena en el contexto de la formación de las fronteras nacionales y la exclusión de los pueblos originarios y sus perspectivas jurídicas propias lleva a un panorama de inseguridad jurídica que ha impactado la manera de vivir y la dignidad de los pueblos originarios. A partir de la investigación se concluye que la concepción y la eficacia legal de los derechos humanos tiene que llevar en cuenta diferentes percepciones de la realidad, de modo a contemplar prácticas culturales que ya existían antes de la división política de las fronteras nacionales, posibilitando que el tema sea ampliado acerca del análisis de la eficacia de tratados y convenciones internacionales en favor de los pueblos indígenas. A través del método deductivo y del análisis bibliográfico, documental y antropológico, el artículo buscará llegar al resultado deseado.

PALABRAS CLAVES

Diálogo intercultural; pueblos indígenas; movilidad territorial; fronteras nacionales.

ABSTRACT

This article aims to investigate the right to come and go in the light of the principle of the ancestry of territory, a consequence of the practice of spatial mobility across borders by indigenous peoples. The question posed is how the right to come and go, which translates into free mobility, can be guaranteed in its cultural and legal dimension, in order to ensure the cross-border movement and autonomy of these peoples. In this sense, the analysis of indigenous mobility in the context of the formation of national borders and the exclusion of native peoples and their own legal perspectives leads to a panorama of legal insecurity that has impacted the way of life and dignity of native peoples. From the research it is concluded that the conception and legal effectiveness of human rights has to take into account different perceptions of reality, so as to contemplate cultural practices that already existed before the political division of national borders, making

it possible for the theme to be expanded on the analysis of the effectiveness of international treaties and conventions in favor of indigenous peoples. Through the deductive method and the bibliographic, documentary and anthropological analysis, the article will seek to reach the desired result.

KEYWORDS

Intercultural dialogue; Indigenous peoples; Territorial mobility; National borders.

INTRODUCCIÓN

El concepto de derechos humanos se encuentra asentado en un conjunto de presupuestos típicamente occidentales, no se puede olvidar el universalismo característico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que no llevó en consideración las perspectivas de los demás pueblos que no comparten de la misma matriz político-jurídica puesta en el marco internacional.

Por eso, se resalta la necesidad de una definición descolonizada de los derechos humanos, que supere el monismo y procure reconocer el derecho de cada pueblo en elaborar sus propias necesidades básicas, a partir de su particular concepción de dignidad humana.

La práctica de la movilidad territorial por los pueblos indígenas, verdadero ejercicio del derecho humano de ir y venir, representa un fenómeno de circulación entre fronteras que tienen como escenario el territorio ancestral, siendo concebido por la propia organización social y tradicional de los Guaraní y Kaiowá, como manifestación del derecho a la autodeterminación de los pueblos, previsto en la Constitución Federal de 1988¹.

Respecto a la investigación, los Guaraní y Kaiowá fronterizos del Estado de Mato Grosso del Sur, representan la población indígena

1. La Constitución Federal de 1988, en el artículo 4º, inciso III, presenta que uno de los principios que rigen la República Federativa de Brasil es la autodeterminación de los pueblos.

más numerosa y, conforme a la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), sumaban aproximadamente 51 mil individuos en 2019, siendo la etnia que más ha sufrido los impactos de las políticas expansionistas emprendidas por el Estado brasileño en la región.

Es importante observar que la movilidad territorial es un elemento multifacético intrínsecamente relacionado al modo de ser “caminante”, característico de la cosmología Guaraní y Kaiowá, o sea, de la cosmovisión que estructura el imaginario y la filosofía de vida de esos pueblos, siendo esencial para la manutención de su cultura, de su identidad y, consecuentemente, para la garantía de una vida digna².

La problemática enfrentada por el estudio reside en la deficiencia de producción de normas jurídicas que garanticen el ejercicio de la movilidad territorial indígena, fenómeno decurrente del derecho humano de ir y venir, y de la autonomía de esos pueblos. Por eso, la hipótesis de investigación reside en la posibilidad de asegurar ese derecho a la luz del carácter milenar de la movilidad territorial, anterior a la delimitación de las fronteras nacionales.

El objetivo de la investigación es analizar la libre movilidad indígena por intermedio de la concepción intercultural de los derechos humanos, teniendo en cuenta que la propuesta intercultural critica el imperialismo jurídico y propone alternativas para promover la efectiva protección de la diversidad cultural y de las prácticas marginalizadas por el monoculturalismo³.

2. Conforme Melià (2016), los territorios indígenas son parte de su identidad, y remite para su modo de ser. El territorio es el espacio en el cual las relaciones de parentesco, con sus complejas redes de comunicación, se reproducen. Por eso, bajo la óptica indígena, las fronteras políticas y geográficas son relativizadas –en determinados casos– como consecuencia de matrimonios o de alianzas. En el presente estas redes siguen en pleno vigor, constituyendo y desconstituyendo fronteras entendidas como dinámicas y no fijas, conforme las comprendemos.

3. Cuando trata del tema, Raimon Panikkar (1996, p. 13) entiende el monoculturalismo como la aceptación del modelo occidental como punto de partida, de forma que, a pesar de aceptar la existencia de diversas culturas, no se admite la posibilidad de diálogo como medio de

Según Morin (2011, p. 13), la complejidad representa todo un tejido de acontecimientos, acciones, interacciones, determinaciones y casos que constituyen el mundo fenoménico.

Así, por tratarse de una compleja temática, el estudio parte de la evolución en la tutela de los derechos humanos, de las concepciones universalista y relativista cultural, en el escenario internacional, mediante el establecimiento del diálogo intercultural, sin desconsiderar las diversidades culturales existentes.

En seguida se aborda el reconocimiento de la dignidad de los indígenas a partir de un diálogo intercultural, en vista de la necesidad de la reconfiguración de la concepción de derechos humanos a partir de una racionalidad intercultural que se vuelve hacia otras matrices sociales, políticas y culturales, abandonando la visión estricta de los dogmas universalizantes modernos⁴.

Al final, el texto tratará la expresión del *derecho de ir y venir* de los pueblos indígenas a partir de la práctica de la movilidad transfronteriza, fruto de una realidad social y cultural no abarcada por las nociones de territorio, migración y dignidad humana tradicionalmente generadas por la concepción moderna.

Con el fin de alcanzar sus objetivos, la investigación está fundamentada en bases descriptivas exploratorias, aliadas al método deductivo, y posibilitadas por el análisis bibliográfico y documental, a partir de libros, artículos, declaraciones y convenciones internacionales.

Acerca de los resultados, la investigación demuestra que el derecho de ir y venir en una perspectiva intercultural del derecho humano, representado por la plática del desplazamiento transfronterizo de los pueblos

encontrar un denominador común entre ellas.

4. En la comprensión de Lévi-Strauss (1976, p. 335), las grandes declaraciones de los derechos del hombre tienen su fuerza y su debilidad al enunciar un ideal que raramente se atenta para el hecho de que el hombre no realiza su naturaleza en una humanidad abstracta, pero en culturas tradicionales.

Guaraní y Kaiowá, está relacionado a procesos de construcción de identidad, memoria colectiva y lazos sociales y comunitarios. Desconsiderar estos factores ha llevado a un panorama de descrédito y afronta los derechos previstos en la Constitución Federal de 1988 de Brasil, mostrando la necesidad de una mayor profundización del debate en el contexto académico acerca de la actual situación vivida por los pueblos indígenas de nuestro país.

1. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS CONCEPCIONES UNIVERSALISTA Y RELATIVISTA

El proceso de internacionalización y universalización de los derechos humanos tuvo como marco el contexto de la posguerra, promoviendo la construcción de un escenario internacional de protección de esos derechos, conquistado por medio de incesantes luchas históricas y consubstanciada en innumerables documentos internacionales.

Aunque la noción de derechos humanos como derechos universales no fue una invención directa del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, ya previsto en las declaraciones del siglo XVIII de matriz iusnaturalista y del iluminismo kantiano, no hay cómo negar que el reconocimiento formal, universal y expreso de tales derechos en la posguerra, inauguró una nueva etapa para las relaciones internacionales y para la afirmación de límites substanciales a las soberanías nacionales (Lucas, 2008, p. 115).

Así, los derechos humanos pasan a representar un límite material para la acción política estatal, en respuesta a las atrocidades cometidas durante la guerra, así como una subordinación directa de la autodeterminación de los Estados a una pauta de reciprocidades y obligaciones mutuas que deben orientar sus relaciones externas e internas, ya que la protección de tales derechos pasó a constituir una de las principales preocupaciones del escenario internacional (Lucas, 2008, p.115).

La Carta de las Naciones Unidas fue la pionera en la universalización de los derechos de la persona humana, puesto que reconoce el tema como de legítimo interés internacional, no más restricto a la jurisdicción interna de cada Estado (Mazzuoli, 2015, p. 86). Si tomamos en consideración la ausencia de definición de derechos humanos y libertades fundamentales, las propias Naciones Unidas proclamaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 2020) para corregir tal fragilidad presentada en la Carta.

La Declaración Universal de 1948 (ONU, 2020) representa el documento definidor del elenco de los derechos humanos y libertades fundamentales, siendo responsable, también, por la fijación de un código ético universal en la defensa y protección de los derechos humanos, rellenando los huecos de la Carta de las Naciones Unidas, complementándola y dándole nuevo vigor en lo que respecta a la obligación jurídica de protección de esos derechos (Mazzuoli, 2015, p. 87).

La concepción contemporánea de derechos humanos, según Flávia Piovesan (2013, p. 208), es demarcada por la idea de que estos son universales, decurrentes de la dignidad humana y no derivados de las peculiaridades sociales y culturales de determinada sociedad. Ocurre que algunos países aceptaron renuientemente la interpretación conferida por la Declaración, adeptos del relativismo cultural argumentaron que los derechos consagrados ignoraron las diversidades culturales de las diferentes sociedades, por definir una moral universal y tomar como punto de partida el pensamiento occidental (Calixto; Carvalho, 2017, p. 364).

Mientras los instrumentos internacionales de derechos humanos son claramente universalistas, para los relativistas la noción de derecho está estrictamente relacionada al sistema político, económico, cultural, social y moral vigente en determinada sociedad (Piovesan, 2013, p. 211), de modo que cada cultura posee una interpretación propia acerca de las circunstancias sociales y de los derechos fundamentales de los individuos, relacionado con las concepciones propias

de dignidad humana, siendo necesario, por lo tanto, el respeto de esas diferencias culturales.

Para Krohling (2008, pp. 158-159) existen dos extremos, el del universalismo, impuesto por una visión occidental que justifica el ejercicio de poder económico y político sobre países del mundo subdesarrollado a partir de la tesis de la protección y tutela de los derechos humanos, y del relativismo absoluto de los derechos humanos, que defiende la imposibilidad de diálogo y encuentro de equivalencias existentes entre los pueblos y culturas.

Ante una perspectiva crítica del modelo universalizante de los derechos humanos, propuesta por Aloísio Krohling y Heleno Florindo da Silva (2016), se entiende que la Declaración Universal de 1948 (ONU, 2020) se construyó a partir de la noción de modernidad, vista como elemento necesario para la construcción de una perspectiva universal de los derechos humanos.

La formación moderna de una estética del ser, tuvo como nacedero el momento en que el Hombre europeo asume un verdadero paradigma (Silva, 2014, p. 39) llevando a la formación del pensamiento moderno y de ideas de superioridad política, social y cultural de la Europa en relación con los demás pueblos, proceso del cual resultó el encubrimiento de aquellos que no se encuadraron dentro de la estética creada (Herrera Flores, 2009, p. 85).

Según Herrera Flores (2009), los conceptos de universalismo de partida y universalismo de llegada, se comprende el carácter universalizante de los derechos humanos, sobre todo a partir de la Declaración Universal de 1948 (ONU, 2020), que por considerarlos universales termina por alejar la posibilidad de diálogo con los pueblos que no comulgan de la misma matriz teórico-política y filosófica que fundamenta y sustenta la referida Declaración. En este sentido, la idea de universalismo de llegada dice respeto a la necesidad de transformación de la visión universalizante de inicio en un camino rumbo al diálogo

intercultural, posibilitando a todos los pueblos la participación en la creación de la Declaración, de discutir a partir de sus propias bases teórico-filosóficas, sociales y políticas, las cuales identifican como derechos humanos (Krohling; Silva, 2016, p. 1215).

A la luz del embate entre universalistas y relativistas, surge en el escenario global la propuesta del establecimiento de un diálogo intercultural entre diferentes culturas y pueblos, propiciando caminos para una protección de los derechos humanos considerando las diversidades culturales existentes e incluyendo la aceptación respeto de la incompletitud de las culturas.

Así, se defiende el alejamiento de los extremos y al rechazo tanto de la universalidad apriorística de lógica exclusiva en nombre de los derechos innatos escritos en la naturaleza humana, cuanto del relativismo superficial que tan solo mira las diferencias, como si las culturas fueran una isla cerrada sin comunicación con otras islas y el continente (Krohling, 2008, p. 161).

Una sociedad de significativa diversidad cultural como la contemporánea necesita aprender a dialogar a partir de una base común de valores humanos que garanticen la dignidad del ser humano como tal y, en la misma dirección, el derecho de vivir la diferencia en los límites de la no-negación de la igualdad, presente en los hombres en razón de su humanidad (Lucas, 2008, p. 34).

Justo dentro de este contexto surge la propuesta de re significación de los derechos humanos a partir de una matriz intercultural, que será abordada en el tópico siguiente, en la cual se defiende la posibilidad de establecer un punto de partida común en la dirección del diálogo y del encuentro de equivalencias existentes entre los pueblos y culturas.

2. DIÁLOGO INTERCULTURAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD INDÍGENA

Cuando se encuentra con gran parte de los documentos internacionales acerca de los derechos humanos, sobrevienen cuestionamientos y problemáticas acerca de los presupuestos adoptados por los instrumentos y sistemas internacionales de protección a esos derechos, teniendo presente la estipulación de un estándar mínimo civilizatorio, aplicable en sede mundial.

Es la concepción universalista acerca de los derechos humanos, cuyas repercusiones impactan en la sobrevivencia física y cultural de los pueblos indígenas, colectividades distantes de la matriz político-filosófica occidental que buscan mantener su cosmología y modo de vida a pesar de la estructura de dominación e imposición vigente.

Según Calixto y Carvalho (2017, p. 370), el concepto de derechos humanos se encuentran asentado en un conjunto de presupuestos típicamente occidentales que no necesariamente están en conformidad con concepciones de dignidad humana amparadas por otras culturas, motivo por el cual, en la perspectiva de Sousa Santos (2003), el concepto actual de derechos humanos es fruto de un discurso dominante, sobre todo ante el hecho de predicar el universalismo occidental y de concebir como superior aquella de otras realidades.

En este mismo sentido, en su teoría crítica, Herrera Flores (2009, p. 12) entiende que los derechos humanos son productos culturales que facilitan la construcción de las actitudes y aptitudes que permitan hacer de las vidas de los individuos el máximo de dignidad. Así, la universalización que buscan los derechos humanos representa más un movimiento de la racionalidad homogeneizante y uniformizante de la modernidad colonizadora europea, racionalizada como padrón de civilización para todo el restante del mundo.

A partir de este punto, es necesaria una reconstrucción racional de los derechos humanos, pautada por una matriz intercultural, que sea capaz de

visualizar estos derechos bajo un prisma de emancipación para que se reintroduzca políticamente el poder de acción de agentes históricamente marginalizados, con base en el sesgo interpretativo de la pluralidad de fuentes de legitimación.

Con el fin de superar el embate entre universalismo y relativismo cultural, se vislumbra una propuesta intercultural ante las experiencias latinoamericanas de construcción social, en que comunidades étnicas y grupos sociales se reconocen en sus diferencias, buscando mutua comprensión y valorización a partir de la interculturalidad, representante de la pretensión normativa y prescriptiva que dice respeto a la exigencia de tratamiento igualitario a las culturas.

La interculturalidad remite a la noción de reciprocidad, interface y articulación colectiva entre diferentes culturas (Krohling, 2008). En faz de las reformas constitucionales latinoamericanas, en especial en lo que dice respecto a las Constituciones de Bolivia y Ecuador, se percibe la incorporación de elementos de interculturalidad en la producción del Derecho y el reconocimiento de mecanismos institucionales de plena eficacia para aplicación de ese derecho descentralizado y plural (Acunha, 2019, p. 75).

Es el caso, por ejemplo, de los nuevos principios de organización del poder en Bolivia, que, fundamentados en la interculturalidad y en la igual dignidad de los pueblos, hace posible la existencia de una jurisdicción indígena, con competencias privativas, bien como de instituciones oficiales plurinacionales, como el Tribunal Constitucional Plurinacional y la Asamblea Legislativa Plurinacional, capaces de garantizar la real dignidad de los pueblos indígenas con fundamento en sus cosmovisiones propias.

Conforme estudios de Panikkar (2004, p. 215), la interculturalidad no se confunde con el multiculturalismo, pues este se refiere al síndrome occidental que consiste en creer que existe una súper cultura, superior a todas, capaz de ofrecer una benigna y

condescendiente hospitalidad; por otro lado, la interculturalidad se caracteriza por la exigencia de abertura al otro y por lo incompleto de las culturas.

De esa forma, se infiere que la interculturalidad actúa en conformidad con los conceptos garantistas de los derechos culturales de los pueblos indígenas, al criticar el imperialismo jurídico y proponer alternativas que promuevan efectiva protección de la diversidad cultural. Es necesario, entonces, el establecimiento del diálogo intercultural capaz de aproximar las diferencias y de reconocerlas en su perspectiva histórica, no implicando la homogeneización de las prácticas culturales, pero sí la comprensión de los atributos humanos comunes que pasan por todas las existencias individuales (Lucas, 2008).

Así, conforme Krohling (2008, p. 161), al paso que el matiz multicultural instituye las nociones de respeto y tolerancia para con las diferencias presentes en la sociedad, la interculturalidad apunta para la comunicación e interacción entre las culturas. Por lo tanto, para asegurar la protección de la singularidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, garantizando su real dignidad, es necesario que se ultrapase la concepción de mera coexistencia fáctica entre distintas culturas en un mismo espacio, hecho que demuestra, en verdad, la ideología semicolonialista que consagra la cultura occidental dominante como especie de meta cultura que benévolamente concede algunos espacios a otras (Damázio, 2008, p. 77).

La búsqueda por una concepción intercultural de los derechos humanos es esencial para el que Herrera Flores (2009) llamó universalismo de llegada, pues a través de ella se originarán energías nómadas, migratorias, móviles, capaces de permitir el reconocimiento de los diferentes puntos de vista y nociones de dignidad, sin la pretensión, o el poder, de negar validez a cualquiera de ellos, concretando la posibilidad de lucha por la dignidad, reconocimiento y respeto a toda humanidad (Krohling; Silva, 2016, p. 1222).

Por lo tanto, inseridos en la sociedad multicultural, la protección de la singularidad étnica y cultural de los pueblos indígenas presupone no solo la cuestión del reconocimiento de las diferencias, pero también la búsqueda por soluciones institucionales para problemas institucionales, como es el caso de la perspectiva de la interculturalidad, que promueve espacios de diálogo entre culturas proyectadas de forma paritaria.

El abordaje intercultural posibilita el reconocimiento de la práctica de la movilidad transfronteriza como un ejercicio cultural indígena del derecho de ir y venir, conforme tratado en el último tópico del presente artículo, teniendo en vista que está relacionada a procesos de construcción de identidad, memoria colectiva y lazos sociales por parte de las comunidades Guaraní y Kaiowá.

3. DERECHO DE IR Y VENIR Y LA MOVILIDAD TERRITORIAL GUARANÍ

El derecho de ir y venir se insiere en la primera dimensión de derechos humanos, cual sea, de las libertades individuales, cuyo marco está en las revoluciones liberales europeas y americanas del siglo XVIII que pretendían restringir el poder absoluto del monarca y consagrar derechos negativos como el derecho a la libertad, a la igualdad ante la ley, entre otros.

Mientras tanto, hay que estar atentos al ejercicio del derecho de ir y venir bajo la óptica indígena, en nada relacionado a la matriz política-filosófica de los derechos de primera dimensión, pues fundada en la estructura social y en el carácter colectivo de organización comunitaria indígenas, elementos incompatibles con la noción de derechos individuales de matriz esencialmente negativo y liberal.

Por eso la relevancia de los estudios respecto de la concepción intercultural de derechos, teniendo en cuenta que la real dignidad de los pueblos indígenas tan solo puede ser garantizada mediante el reconocimiento de la historicidad de sujetos

singulares y colectivos, de su dignidad e identidad y del reconocimiento a la diferencia.

La presencia de los pueblos indígenas como actores sociales e identidades diferenciadas siempre fue una realidad social negada, una vez que el Estado rechaza prácticas culturales que puedan representar riesgos a la unidad e integralidad impuesta por su proyecto de identidad nacional, concebido a partir de un proceso civilizatorio traumático (Dantas, 2017, p. 221).

Es el caso de la práctica de la movilidad territorial guaraní, para representar un fenómeno de circulación que tiene como escenario el territorio ancestral concebido por la propia organización social y tradicional de los Guaraní y Kaiowá, componiendo una manifestación del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, como del modo de ser “caminante” característico de su cosmología, esto es, de la cosmovisión que estructura el imaginario y la filosofía de vida de esos pueblos, siendo esencial para la manutención de su cultura, de su identidad y, consecuentemente, para la garantía de una vida digna.

La población guaraní es una de las más numerosas en Brasil, y el pueblo Kaiowá se refiere a los representantes de ese subgrupo pertenecientes al tronco Tupi, de la familia lingüística Tupi-guaraní, que en Brasil engloba los Kaiowá, los Ñandeva y los Mby'a (Pereira, 1999, p. 14). Conforme Rosa Colman (2015), el pueblo Kaiowá tiene por tradición cultural la práctica de la movilidad espacial, basada en la práctica milenaria y muy conocida entre los pueblos indígenas como *Oguata Guasu*.

Conforme afirma Cavararo Rodrigues (2019, p. 106), además de ser una manifestación cultural, la práctica del *Oguata Guasu* está directamente relacionada al derecho de las futuras generaciones de los Guaraní y Kaiowá, pues es transmitida de generación en generación con base en las costumbres y prácticas inmemoriales. Motivo por el cual es posible afirmar que la movilidad espacial de los pueblos indígenas

se diferencia de la migración humana propiamente dicha y, en general, entendida por el Estado como decurrente de factores económicos y por la búsqueda de trabajo (Rodrigues; Colman; Aguilera Urquiza, 2019, p. 53).

No hay cómo negar que la movilidad transfronteriza de los Guaraní y Kaiowá, por ser practicada en la extensión del territorio ancestral, coincidiendo, muchas veces, con el territorio de más de un país, acaba por producir consecuencias factuales y jurídicas que ultrapasan las fronteras internas del Estado, motivo por el cual la violación de los derechos humanos de esos pueblos representa un problema común insostenible de ser tratado por una única orden jurídica estatal.

En relación con la atención dada por Brasil a las reivindicaciones indígenas, se identifica la ineficacia de los derechos de esos pueblos, no teniendo armonía entre texto y práctica constitucionales, como se vislumbra por el veto presidencial al párrafo 2° del art. 1° de la Ley de Migración (Brasil, 2017), que inicialmente consideraba el derecho a la libre circulación en tierras tradicionalmente ocupadas. Cuando no reconoce la libre circulación de los pueblos indígenas entre fronteras, el veto presidencial acaba por someter la realidad cultural indígena a la clandestinidad, a pesar de ser una práctica milenaria desempeñada desde antes de la formación artificial de las fronteras nacionales.

La Ley nº 13.445/2017, en su art. 1º, párrafo 2º, garantiza los derechos originarios de los pueblos indígenas a la libre circulación en tierras tradicionalmente ocupadas.

El Mensaje de Veto nº 163/2017 (Brasil, 2017) suprime ese derecho con fundamento en el inciso I del artículo 1º (soberanía) y párrafo 2º del artículo 20 (considera las tierras indígenas como tierras desocupadas), y artículo 231 de la Constitución de la República, que impone la defensa del territorio nacional como elemento de soberanía, por la vía de la actuación de las instituciones brasileñas en los puntos de

frontera, en el control de la entrada y salida de indios y no indios, y por la competencia de la Unión de demarcar las tierras tradicionalmente ocupadas, proteger y hacer respetar los bienes de los indios brasileños.

Para los Guaraní y Kaiowá, el desplazamiento transfronterizo presupone una idea de pertenecimiento identitario y relaciones de parentesco, siendo indisoluble de la cuestión de la territorialidad. Es posible percibir la disonancia entre los preceptos indígenas y los mandamientos estatales, una vez que el territorio representa uno de los elementos estructurales clásicos del concepto tradicional de Estado, mientras que, bajo la óptica guaraní, el territorio es el espacio en el cual las relaciones de parentesco se reproducen, con sus complejas redes de comunicación, formando un territorio transnacional entre los países en que las comunidades se instalan y por donde circulan.

La delimitación de fronteras nacionales, impuestas por el Estado a fin de instituir límites al poder soberanamente ejercido, acaba por ignorar la realidad concreta de las fronteras étnico-culturales reconocidas por los pueblos indígenas, las cuales son definidas y redefinidas a partir de relaciones sociales de reciprocidad y parentesco, de perfil dinámico y marcadas por la persistencia transfronteriza de sus redes de relacionamiento dentro del territorio ancestral.

Por representar una expresión cultural, y llevando en consideración el mandamiento constitucional presente en el artículo 231 de la Constitución Federal, el libre tránsito de los pueblos originarios en la frontera no es susceptible de veto, pero podría ser reglamentado en la medida que se establecen parámetros para su circulación, de forma que no afecten la soberanía estatal ni la autonomía de esos pueblos (Marco, 2019, p. 65).

En este sentido, Wolkmer (2009, p. 187) recuerda que innumerables doctrinas pueden ser identificadas en el pluralismo de matiz antropológico, filosófico o político,

el pluralismo jurídico no deja por menos, pues comprende muchas tendencias y caracterizaciones singulares, envolviendo un conjunto de fenómenos autónomos y elementos heterogéneos, que no se reducen entre sí.

Ante ese escenario, se puede afirmar que si el Estado nacional protege las manifestaciones culturales y la identidad étnica de los pueblos indígenas, en la forma, en el caso brasileño, del artículo 231 de la Constitución Federal, el único camino para sí mantener en la constitucionalidad será garantizando la concepción intercultural de derechos humanos, de forma a evitar la sobre posición de los intereses dominantes, demostrada en el mensaje de veto nº 163/2017 (Brasil, 2017), que negó reconocimiento de la dinámica transfronteriza de los pueblos indígenas adoptando la tesis de la soberanía nacional.

Conforme Silva; Silva (2017) la Constitución que pretende regular una sociedad compleja y heterogénea marcada por una formación étnica-cultural diversificada, como el caso brasileño, para lograr fuerza normativa, necesita articular en su contenido pretensiones de inclusión jurídica de las colectividades diferenciadas, a partir de arreglos que busquen solucionar conflictos estructurales de sobre posición de intereses.

Así, tan solo a partir de la perspectiva de los pueblos indígenas involucrados sería capaz de solucionar tales demandas de modo a garantizar dignidad a los pueblos indígenas, asegurando una *praxis* constitucional verdaderamente democrática, capaz de promover inclusión y participación política de minorías nacionales de proyección internacional, resguardando la fuerza normativa de la Constitución brasileña, correspondiendo a las necesidades de la sociedad heterogénea que regula (Silva; Silva, 2017).

Wolkmer (2006) recuerda la necesidad de un diálogo intercultural como forma alternativa de fundamentación jurídica, o de un pluralismo jurídico de tipo progresista,

o de los derechos humanos como proceso intercultural, aliado a la praxis participativa de sujetos insurgentes diferenciados y al reconocimiento de la satisfacción de sus necesidades, entre las cuales, la vida humana con dignidad y con respeto a la diversidad.

Para tanto, la Constitución necesita incorporar diferentes percepciones de dignidad y de significado de derechos fundamentales, el que, necesariamente, implica un diálogo de aprendizaje entre el orden jurídico nacional y el orden normativo local indígena (Silva; Silva, 2017, p. 185).

Así, una nueva concepción de derechos humanos es demandada para solucionar la problemática, con base en el diálogo intercultural, una vez que la actual percepción de derechos humanos posea matiz occidental y europeizada, no contemplando diversas otras formas de vida y de estar en el mundo. De esa forma, se busca construir un nuevo proceso social y cultural capaz de contemplar las potencialidades humanas a partir de una visión crítica y emancipadora de derechos humanos.

Conforme Friedrich; Leite (2019, p. 19), el reconocimiento de los derechos culturales encartados en el caput del artículo 231 de la Constitución de 1988, de nada serviría si fuera mantenida a la atávica concepción del Estatuto del Indio de que la cultura debe ser integrada e incorporada a la sociedad dominante. El reconocimiento cultural se torna efectivo cuando el Estado, al desarrollar e implementar políticas públicas, lleva en consideración la necesidad de protección de esos valores. En este sentido, ante el vacío normativo, la Convención n° 169/OIT (ONU, 2020a) puede rellenar una brecha notable, apuntando directrices para el respeto a la cultura de los pueblos indígenas. No solo asignando derechos en el campo de la salud, de la educación y de la seguridad social, la Convención n° 169 también reglamenta el derecho de elegir prioridades en el desarrollo económicos y social (artigo 7°) y el respeto a los costumbres y derecho consuetudinario (artículos 8° e 9°).

Por lo tanto, si el artículo 231 de la Constitución Federal de 1988 prevé a los pueblos indígenas el ejercicio de derechos culturales, superando a la ley anterior, el Estatuto del Indio⁵ (Brasil, 1973), la Convención n°169 ofrece un importante fundamento normativo para su realización y efectivo respeto. También se destacan la posible aplicación de la Convención n° 169 de la OIT en relación con la disciplina jurídico-constitucional de las tierras indígenas. La Constitución Federal de 1988, en los párrafos 1° a 7° del artículo 231, prevé el derecho de los indios a las tierras tradicionalmente ocupadas y encuentra similitud con el que prevé la Convención en sus artículos 13 a 17.

La Constitución Federal de 1988 garantiza a los pueblos indígenas el derecho de buscar y rescatar sus derechos originarios como ciudadanos étnicamente diferenciados, mostrando la posibilidad de existencia de un Estado pluriétnico, pero la letra de la Constitución no garantiza de forma plena, hasta el momento, la inclusión de las comunidades étnicas en un proceso de participación en las políticas públicas de desarrollo que permitan a esas comunidades vivir con dignidad.

CONCLUSIÓN

Ante la incursión teórica recorrida, se observó que el derecho de ir y venir, cuando asociado al principio de la ancestralidad del territorio y la cosmología guaraní, resulta en prácticas sociales de intensos intercambios y flujos poblacionales entre comunidades distribuidas a lo largo de un territorio transnacional desfigurado por las fronteras de los países latinoamericanos.

Fue constatado que la delimitación de las fronteras nacionales no consideró la

5. El Estatuto del Indio, dispuesto por la Ley n 6001, de 19 de diciembre de 1973, siguió un principio establecido por el viejo Código Civil brasileño (de 1916): de que los indios, siendo "relativamente incapaces", deberían ser tutelados por un órgano indigenista estatal (de 1910 a 1967, el Servicio de Protección al Indio -SPI; actualmente, la Fundación Nacional del Indio-Funai) hasta que ellos estén "integrados a la comunión nacional", o sea, a la sociedad brasileña.

presencia de los pueblos indígenas y sus costumbres de movilidad, teniendo en vista que las comunidades guaraníes no están aisladas, mas interconectadas por extensa red de parentesco y reciprocidad.

La cuestión principal que trata el artículo dice respeto a la expresión propia del derecho de ir y venir de los pueblos Guaraní y Kaiowá, concebida para más allá de la lógica de los derechos de primera dimensión y relacionada a conceptos como territorialidad y vida digna. Así, se percibe que la concepción actual de derechos humanos excluye percepciones indígenas de dignidad humana, debido a su nítido carácter monocultural y de su matriz moderno-occidental, motivo por el cual es necesaria la ruptura de esa concepción universalizante y homogeneizante a través de una perspectiva intercultural de derechos humanos.

Para responder a la problemática, es posible asegurar el derecho de ir y venir de los pueblos indígenas a partir de una construcción intercultural de los derechos humanos, capaz de romper con el universalismo de partida, así como de promover la percepción de un universalismo de llegada. Es el caso sucedido en las tendencias constitucionales más recientes en la América Latina, que actúan como instrumentos contra hegemónicos,

insurgentes y que, contruidos a partir del Sur global, fueron capaces de transformar la realidad a partir de lucha indígena y del reconocimiento de sus percepciones de vida.

Trazado el objetivo, la búsqueda por la interculturalidad como modelo de racionalización de los derechos humanos es propuesta mediante una transformación de sentidos y puntos de referencia, llevando en consideración el respeto, a la diversidad y al pluralismo, propiciando una puesta en escena de pueblos que fueron encubiertos y violentados en su cultura.

De esa forma, el orden constitucional que desea regular una sociedad de formación cultural y étnica diversificada necesita articular espacios de inclusión jurídica que introduzcan nociones de interculturalidad, a partir de arreglos que busquen incorporar el diálogo intercultural y agregar distintas percepciones de dignidad y de significado de derechos básicos para la vida digna.

Así, la perspectiva intercultural es la más comprometida con la búsqueda de alternativas y prácticas de convivencia entre culturas, pues designa procesos de interacción entre culturas y abandonan nociones etnocéntricas al establecer espacios de diálogo de aprendizaje mutuo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Acunha, Fernando José Gonçalves. (2019). *Constitucionalismo, Autoritarismo e Democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum.
- » Brasil. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro (1973). *Estatuto do Índio*. Brasília: Imprensa Nacional.
- » Brasil. Constituição Federal. (1988). *Constituição de República Federativa do Brasil*. Brasília: Imprensa Nacional.
- » Brasil. Mensagem de Veto nº 163 (2017). *Dispõe sobre vetos à Lei nº 13.445/2017*. Brasília: Imprensa Nacional.
- » Calixto, Angela J., Carvalho, Luciani Coimbra. (2017). *O Papel da Alteridade no Âmbito da Teoria do Transconstitucionalismo: O Respeito à Identidade Cultural como Forma de Estabelecimento de uma Cooperação em Matéria de Direitos Humanos*. Revista Argumentum, 18 (2), 363-385.

- » Cavararo Rodrigues, Andréa Lúcia. (2019). *Kaiowá-Pa'i Tavyterã: onde estamos e aonde vamos? Um estudo antropológico do Oguata na fronteira Brasil/Paraguai*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil.
- » Colman, Rosa Sebastiana. (2015). *Guarani Retã e a Mobilidade Espacial Guarani: belas caminhadas e processos de expulsão no território guarani*. Tese de doutorado, UNICAMP, São Paulo, Brasil.
- » Damázio, Eloise da Silveira Petter. (2008). *Multiculturalismo versus Interculturalismo: por uma proposta intercultural da filosofia e do direito*. Revista Desenvolvimento em Questão, 6, 63-86.
- » Dantas, Fernando Antônio de Carvalho. (2017). *Entre a nação imaginada e o estado plurinacional: o reconhecimento dos direitos indígenas no novo constitucionalismo latino-americano*. En Avritzer, Leonardo, Gomes, Lilian Cristina Bernardo (Ed.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate* (pp. 213-230), Belo Horizonte: Autêntica.
- » Friedrich, Tatyana S., Leite, Rafael Soares. *Entre Compromissos Constitucionais e Vazios Normativos: Uma Análise da Incorporação da Convenção nº 169 da OIT no Direito Brasileiro e Proteção dos Povos Indígenas e Tribais*. Recuperado em 24/08/2020 de <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b5d62aa6024ab6a6>.
- » Herrera Flores, Joaquín. (2009). *Teoría crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- » Krohling, Aloísio. (2008). *Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, 3, pp. 155-182.
- » Krohling, Aloísio, Silva, Heleno Florindo. (2016). *A interculturalidade dos direitos humanos e o novo constitucionalismo latino-americano: do universalismo de partida ao universalismo de chegada*. Revista Quaestio Iuris, 9, pp. 1212-1237.
- » Lévi-strauss, Claude. (1976). *Antropologia estrutural dois*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro.
- » Lucas, Douglas Cesar. (2008). *Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Tese de doutorado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil.
- » Marco Rodrigues, Antônio. (2019). *A Dinâmica Migratória dos Povos Tradicionais Fronteiriços no Estado do Mato Grosso do Sul e os Reflexos da Mensagem de Veto nº 163/2017*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil.
- » Mazzuoli, Valerio de Oliveira. (2015). *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- » Melià, Bartomeu. (2016). *Camino guaraní: de lejos veninos, hacia más lejos caminamos*. Asunción: Centro de Estudios Paraguayos.
- » Morin, Edgar. (2011). *Introdução ao Pensamento Complexo*. Porto Alegre: Sulina.
- » ONU. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. (1989)*. Recuperado em 24/08/2020a de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm.
- » ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. (1948). Recuperado em

24/08/2020 de <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>.

- » Panikkar, Raimon (1996). *Religi3n, Filosofia y Cultura*. 'Ilu. Revista De Ciencias De Las Religiones, 125 (1). Recuperado en 24/08/2020 de <https://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/ILUR9696110125A>.
- » Panikkar, Raimon (2004). *Seria a no3o3o de direitos humanos um conceito ocidental?* En Baldi, C3sar Augusto (Ed.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita* (pp. 205-238). Rio de Janeiro: Renovar.
- » Pereira, Levi Marques. (1999). *Parentesco e organiza3o3o social Kaiow3*. Disserta3o3o de mestrado em Antropologia, Universidade Estadual de Campinas, SP, Brasil.
- » Piovesan, Fl3via. (2013). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. S3o Paulo: Saraiva.
- » Rodrigues, A. L. C., Colman, R. S., Aguilera Urquiza, A. H. (2019). *Caminhar, lutar e bem viver: O Significado do Oguata Guasu para o Povo Guarani-Kaiow3*. Revista de Estudos sobre Migra3o3es, 3 (1), pp. 38-57.
- » Santos, Boaventura de Sousa. (2003). *Por uma concep3o3o multicultural de direitos humanos*. En Santos, Boaventura de Sousa (Ed). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural* (pp. 427-462). Rio de Janeiro: Civiliza3o3o Brasileira.
- » Silva, Heleno Florindo da. (2014). *Teoria do estado plurinacional: novo constitucionalismo latino-americano e os direitos humanos*. Curitiba: Juru3
- » Silva, Julianne Holder da C.; Silva, M. R. F. (2017). *Entre Tup3 e o Leviat3: O transconstitucionalismo e as Ordens Locais ind3genas*. Revista Jur3dica da UFERSA REJUR, 1, pp. 165-187.
- » Wolkmer, Antonio Carlos. (2006). *Pluralismo jur3dico, direitos humanos e interculturalidade*. Revista Sequ3ncia, pp. 113-128.
- » Wolkmer, Antonio Carlos. (2009). *Introdu3o3o ao pensamento jur3dico cr3tico*. S3o Paulo: Saraiva.

Empresas transnacionales y derechos humanos: La tortuosa búsqueda de responsabilidades en una globalización injusta e insostenible

Transnational Corporations and Human Rights: The Tortuous Search for Responsibility in an Unfair and Unsustainable Globalization

Autor: José Elías Esteve Moltó

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.13008>

Para citar este artículo:

Esteve Molto, J.E. (2021). Empresas transnacionales y derechos humanos: La tortuosa búsqueda de responsabilidades en una globalización injusta e insostenible. *Derecho y Realidad*, 19 (37), 33-51.



EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS: LA TORTUOSA BÚSQUEDA DE RESPONSABILIDADES EN UNA GLOBALIZACIÓN INJUSTA E INSOSTENIBLE

Transnational Corporations and Human Rights: The Tortuous Search for Responsibility in an Unfair and Unsustainable Globalization

José Elías Esteve Moltó

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Director del Máster de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional
Universitat de València, España
j.elias.esteve@uv.es

Recepción: Noviembre 26 de 2020

Aceptación: Abril 19 de 2021

RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto examinar de una manera crítica las evidentes lagunas que presenta el derecho internacional en materia de exigencia de responsabilidades a las corporaciones transnacionales por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. Ante el gran reto que presenta la sistemática impunidad de estas personas jurídicas, la única respuesta puede ser la regulación de sus actividades. Siendo así, por un lado, este breve análisis plantea que la exigencia de responsabilidades a las empresas debe provenir tanto del orden internacional (y no sólo a través de mecanismos propios del *soft-law* como los Principios Rectores de la ONU, sino mediante normas vinculantes derivadas de un tratado internacional), como del interno, a través de leyes nacionales. Y junto a esa nueva normativa que va emergiendo en algunos Estados, se requiere de un ejercicio judicial audaz tanto por parte de los

tribunales nacionales, como por un Tribunal Penal Internacional cuyo Estatuto merecería ser reformado.

PALABRAS CLAVES

Empresas transnacionales; responsabilidad corporativa; principios rectores; Planes de Acción nacional; Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos.

ABSTRACT

The purpose of this article is to critically examine the obvious gaps in international law in terms of holding transnational corporations accountable for the commission of serious human rights violations. Faced with the great challenge presented by the systematic impunity of these legal entities, the only answer may be to regulate their activities. This being the case, on the one

* Artículo de reflexión

hand, this brief analysis proposes that the requirement of responsibilities to companies must come both from the international order (and not only through soft-law mechanisms such as the UN Guiding Principles, but through binding norms derived from an international treaty), as well as from the internal one, through national laws. And together with this new regulation that is emerging in some States, a bold judicial exercise is required both by national courts and by an International Criminal Court whose Statute deserves to be reformed.

KEYWORDS

Transnational companies; corporate responsibility; guiding principles; National Action Plans; Working Group on Business and Human Rights.

INTRODUCCIÓN

Desde hace décadas, organizaciones internacionales como la ONU o la OCDE han lanzado varias iniciativas para tratar de ajustar los negocios de las empresas transnacionales a unos parámetros aceptables en materia de derechos humanos. Con todo, la realidad muestra que la tarea de regular las actuaciones de las personas jurídicas se presenta impostergable y compleja, ya que de forma inherente se debe reformar un sistema comercial global, injusto y desleal. De entre los diversos instrumentos destacan los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"; iniciativa que ha sido de forma generalizada apoyada por los Estados y las empresas, y criticada por las algunas organizaciones de derechos humanos. Estos principios se han tratado de llevar a la práctica a través del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU y de los llamados Planes de Acción Nacional. Con todo, estos mecanismos autorregulatorios se vislumbran como insuficientes, de ahí que a nivel internacional se esté negociando un tratado sobre la materia; y, a nivel nacional, algunos países están empezando a legislar la cuestión empresarial. Se trata pues de exigir

responsabilidades penales y civiles a nivel nacional e internacional a estos actores no estatales, cuyos privilegios y derechos no se corresponden con sus más que exiguas obligaciones.

El estado de la cuestión: las empresas transnacionales como ganadoras de una injusta e insostenible globalización

Desde hace décadas el crecimiento económico desmesurado de las empresas transnacionales –cuyos ingresos han rebasado el PIB de numerosos Estados¹– y sus acreditados y reconocidos efectos perversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente² han escapado al control del derecho internacional y de las legislaciones nacionales. El comportamiento de estos actores no estatales, que ha sido calificado de psicótico (Bakan, 2004), les ha generado el título de ser los grandes ganadores de la globalización económica y comercial (Stiglitz, 2007, pp. 3–60). Pero no únicamente han amasado un gran poder económico a cualquier precio, sino que sus interferencias en los asuntos públicos han sido notorias y relevantes hasta llegar a variar el destino de los pueblos. Baste recordar los golpes de Estado, entre otros, contra los gobiernos de

1. Entre otras pueden consultarse las estadísticas comparativas en distintas fuentes bibliográficas, donde por reseñar algunos ejemplos, los ingresos de la General Motors superan el PIB conjunto de Dinamarca y Tailandia o los de la empresa japonesa Toyota que rebasan el PIB aunado de Portugal y Malasia (ver, Wells, C. y Elias, J.).

2. Numerosas obras interdisciplinarias, hacen referencia al actual sistema que favorece el enriquecimiento a cualquier precio de estas empresas, entre las que se pueden citar, Hernández Zubizarreta, J.: *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa*. Ed Egoa, Vitoria. 2009. Teitelbaum, A.: *Al margen de la ley: sociedades transnacionales y derechos humanos*, Corporación colectiva de abogados José Alvear Restrepo, ILSA, Observatorio Social de Empresas Transnacionales, Bogotá, 2007. Ziegler, Jean: *El poder de la vergüenza*, Editorial Taurus, 2006. Stiglitz, J.: *La Guerra de los tres billones de dólares*, Taurus, Madrid, 2008. Napoleoni, Loretta: *La economía canalla*, Editorial Paidós, 2008. Artus, P. y Virard, M. P.: *Globalización. Lo peor está por llegar*, editorial Icaria, 2009. Klein, Naomi: *La doctrina del shock*, ed. Paidós, 2010 y de la misma autora, No logo. *El poder de las marcas*, ed. Paidós, 2007. George, Susan: *Sus crisis, nuestras soluciones*. ed. Icaria, Intermón Oxfam, 2010. Kingsnorth, Paul: *Un no, muchos síes*, Ediciones del Bronce, Planeta, 2004.

Mossadegh en Irán (1953), de Jacobo Arbenz en Guatemala (1954) y Salvador Allende en Chile (1973) que no hubieran sido posibles sin la complicidad respectivamente de empresas transnacionales, tales como la *Anglo-Iranian Oil Company*, la *United Fruit Company* y la *International Telephone and Telegraph* que se opusieron en dichos países a la nacionalización del petróleo, a la reforma agraria y a la gestión pública del servicio de telefonía³.

Ahora bien, el fenómeno de la proliferación de estos agentes económicos se ha desarrollado de forma exponencial desde la progresiva retirada de los aranceles comerciales que ha provocado la masiva deslocalización empresarial. En efecto se ha ido trasladando la producción de los países occidentales a los más desfavorecidos a través de distintas fórmulas jurídicas, como las sucursales, filiales, por ejemplo. Gracias a estos intrincados ejercicios de ingeniería jurídica, las empresas matrices han sido capaces de retener el beneficio económico, mientras han deslocalizado las responsabilidades a países terceros. Y con ello, han podido además externalizar la polución ambiental (Lutz, 1988, pp. 629-677) y la precariedad laboral, en ocasiones evadiendo las leyes y en otras aprovechándose del limbo legal internacional en la materia.

A título ilustrativo, han sido víctimas y testigos directos de esta impunidad en relevantes procesos judiciales, los supervivientes de la India por la catástrofe industrial de la *Union Carbide* en Bhopal (Baxi, 2010, pp. 23-44, p. 39), los indígenas de la Amazonía de Ecuador, perjudicados por los indiscriminados vertidos de petróleo de la *Chevron-Texaco* (Pigrau, 2014, pp. 1-43), (Kimerling, 2006, pp. 445 y ss.), (Kenney, 2009, pp. 857 y ss.), o el oprimido pueblo Ogoni en el Delta del Níger por el mismo tipo de vertidos de la *Shell* en Nigeria. Como

es bien sabido, este último asunto ha dado lugar a uno de los litigios más relevantes, que ha venido a cuestionar el avance judicial de las víctimas ante los tribunales norteamericanos, amparando la más manifiesta ausencia de responsabilidades de las empresas transnacionales, que de nuevo quedó palmariamente manifestada en la controvertida sentencia de su Tribunal Supremo en el asunto *Kiobel* (Zamora, 2016, pp. 149-166), (Marullo & Zamora, 2016), (Grear & Weston, 2015, pp. 21-44).

En la actualidad al imparable avance corporativo se van sumando otras desafiantes realidades para el derecho internacional. El desenfrenado fenómeno del acaparamiento de tierras (Zamora, 2013), que recorre distintas regiones ricas en recursos y que se asientan en los enclaves donde la población queda más desprotegida, como en África (Nseeuw, 2013, pp. 159-177). El saqueo de recursos, al que se han unido el voraz apetito de las empresas de la nueva potencia emergente, China (Zolin y Braggion, s.f.). Grandes avances se deben realizar en un breve lapso para que los tan cacareados Objetivos para el supuesto Desarrollo Sostenible no sean otro papel mojado para las Naciones Unidas. Y es que estos principios no pasarán de la retórica mientras no se actúe para tratar de atajar (entre otros muchos frentes), los perniciosos efectos de la cadena de suministros de estos conglomerados empresariales, que se vislumbran, por ejemplo, en los monocultivos de algodón en India o Uzbekistán o de la palma para la extracción de aceite en Malasia o Indonesia.

Asimismo, urge poner un mínimo control en el negocio de las semillas transgénicas y sus respectivos pesticidas, cuyas amenazas parecen agrandarse tras la adquisición de Monsanto por la alemana Bayer. Igualmente, impensables progresos legales se deben dar para evitar la impunidad de las empresas transnacionales (Zamora, 2012, pp. 194-207), como *Trafigura* (registrada en Londres) la cual fletó un buque de pabellón panameño, el *Probo Koala*, para depositar residuos tóxicos en las playas de la capital de Costa de Marfil, Abiyán, diezmando a parte de la población, y cuyos efectos han sido calificados de crimen

3. Véase la sustanciosa monografía del representante de la Asociación Americana de Juristas en Ginebra, Teitelbaum, A.: *El papel de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo. Documento de trabajo para el seminario de sociedades transnacionales*, Ed. CETIM/AAJ, Ginebra, mayo 2001, pp.10-13.

contra la humanidad (Manirabona, 2011, pp. 535-576); o cómo limitar y sancionar con eficacia el extractivismo rampante y contaminante de las transnacionales mineras con independencia del país donde se encuentren registradas, ya se trate de empresas privadas como las canadienses o incluso con participación pública como las chinas, las cuales empiezan a asentarse en países latinoamericanos para explotar los recursos de territorios indígenas, ya sean los del pueblo Shuar –en la cordillera del Cóndor en Ecuador– o los que habitan distintas regiones nicaragüenses y cuyas tierras están siendo expropiadas para construir el megaproyecto de canal que pretende unir –por segunda vez– los dos grandes océanos a través del lago Nicaragua.

La tarea de regular las actuaciones de las empresas transnacionales se presenta titánica, ya que de forma inherente se debe reformar un sistema comercial injusto y desleal (Moon, 2013, pp. 1-41). Se trata pues de exigir responsabilidades penales y civiles a nivel nacional e internacional a estos actores no estatales, cuyos privilegios y derechos no se corresponden con sus nulas obligaciones. Resulta impostergable poner límites, por ejemplo a una industria textil que en Bangladesh provocó el derrumbe del edificio Rana Plaza en el que murieron 1.135 personas⁴ o que más recientemente en Myanmar han comenzado a explotar a su paupérrima población desprotegida en las llamadas Zonas Económicas Especiales⁵, y que durante un largo periodo se han lucrado, gracias al mantenimiento en el poder de dirigentes corruptos y dictatoriales (Dale, 2011), (Burna, 2008), que no han dudado

en cometer un genocidio contra la minoría Rohingya, al sur del país.

Las Naciones Unidas y sus planes autorregulatorios, ante la creciente impunidad de las corporaciones transnacionales

Ante el desafío corporativo mencionado, desde la década de los 70 han proliferado las iniciativas de Naciones Unidas y otras privadas, recomendando la fijación de límites a las empresas. Una de estas primeras propuestas vino impulsada por el Consejo Económico y Social por medio de la creación, tanto de la Comisión de Sociedades Transnacionales como del Centro de Sociedades Transnacionales. A estos organismos se les encomendó la misión de elaborar un código de conducta para estos actores no estatales. Ahora bien, la ausencia de consenso respecto a la primera versión del proyecto del código de conducta de la Comisión de Sociedades Transnacionales⁶ (Ver Fikentscher, 1982, pp. 577-604), al margen de impedir su aprobación, por la imposibilidad de reconciliar las posturas enfrentadas respecto a su carácter vinculante, acabó por provocar en 1993 la transformación de este organismo en una oficina subordinada a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo.

Pocos años después el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, lanzaba su propia iniciativa el 31 de enero de 1999 presentando en el Foro Económico Mundial en Davos el llamado *Global Compact* (Pacto Global). Esta plataforma de las Naciones Unidas ha sido justamente criticada, en primer lugar, por agrupar como socios, no sólo a Estados y ONG's, sino a las mismas empresas transnacionales, las cuales financian gran parte de este mecanismo. Además, su contenido, agrupado en diez principios genéricos y difusos⁷, pretende

4. Tragedia criminal que trata de exigir responsabilidades alguno de los mandos de la empresa ("Acusan a 38 personas de asesinato por el derrumbe del edificio Rana Plaza en Bangladesh", eldiario.es, 19 julio 2016 en http://www.eldiario.es/desalambre/Acusan-asesinato-Rana-Plaza-Bangladesh_0_538946139.html), pero que en todo caso la legislación nacional y la laguna jurídica internacional en la materia, siempre acaban avalando la impunidad de las empresas matrices localizadas en países occidentales, cfr. S. Labowitz y D. Baumann-Pauly: *Beyond the tip of the iceberg: Bangladesh's forgotten apparel workers*, Nyu Stern, Center for Business and Human Rights, New York, diciembre 2015.

5. International Commission of Jurists: *Special economic zones in Myanmar and the State duty to protect human rights*, ICJ, Ginebra, 2017.

6. La primera versión del código de conducta data de 1982, E/C.10/1982/6.

7. "Los Diez Principios del Pacto Mundial están basados en Declaraciones y Convenciones Universales aplicadas

que sea asumido de buena fe y de forma voluntaria por las empresas. A ese carácter no vinculante del acuerdo se le añade que el único mecanismo para verificar el cumplimiento de esos estándares en materia de derechos humanos, laborales y medioambientales, queda en manos de las propias empresas que se convierten en juez y parte de sus actividades. Circunstancia que no ha pasado inadvertida a la misma Dependencia Común de Inspección de las Naciones Unidas quien en su informe de evaluación del Pacto Global, sin ningún tipo de ambigüedades ha considerado que esta estrategia ha contribuido “a legitimar el compromiso de la organización con el sector privado durante años. Con todo la carencia de un mandato claro y articulado ha dado lugar a un enfoque y un impacto confusos: la ausencia de criterios de ingreso adecuados y de un sistema de vigilancia eficaz para medir la puesta en práctica real de los principios ha despertado críticas y creado un riesgo para la reputación de la Organización”⁸.

Ante la falta de credibilidad del Pacto Global, en julio de 2005 el Secretario General siguiendo las instrucciones de la Comisión de Derechos Humanos designó a John Ruggie como *Representante Especial para los Derechos Humanos y las empresas transnacionales* con un mandato preciso. Tras seis años de investigación y redacción de propuestas, finalmente el 6 de julio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobaba una serie de principios⁹ que pretendían ordenar los efectos de las actuaciones de las empresas transnacionales sobre los derechos humanos. Estas directrices han llegado a calificarse por

la misma organización como “un paso sin precedentes”, ya que se argumenta que ha creado un marco global con el propósito de prevenir y afrontar los negativos impactos derivados de la actividad económica de estos nuevos y poderosos agentes de la globalización¹⁰.

Así pues, con esta resolución, el Consejo hizo suyo el informe del Representante Especial del Secretario General que contiene los “*Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*”¹¹, considerando que esta estrategia ofrece una nueva orientación que contribuye al objetivo de una “globalización socialmente sostenible”. Para ello se diseñaron tres grandes pilares de actuación en este nuevo Marco, como anunció Ruggie en su planteamiento en el informe del 2008, los cuales se desglosan, en primer lugar, en un deber de los estados de proteger los derechos humanos, en segundo lugar se dispone de la responsabilidad de las empresas de respeto de los mismos, para finalizar en tercer lugar, con la reparación de los daños causados por la trasgresión de tales derechos.

Ahora bien más allá del pulcro ejercicio retórico de la iniciativa, su eficacia queda cuestionada desde sus inicios. El punto 14 de la misma Introducción ya viene a precisar que los Principios Rectores no entrañan una aportación normativa de la que se desprenda la asunción de nuevas obligaciones en materia de derechos humanos¹²; advertencia

en cuatro áreas: Derechos Humanos, Medio Ambiente, Estándares Laborales y Anticorrupción. en http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html.

8. Informe de la Dependencia Común de Inspección de las Naciones Unidas, *United Nations corporate partnerships. The role and functioning of the Global Compact*, JIU/REP/2010/9. El documento concluye apuntando que: “Diez años después de su creación, a pesar de la actividad intensa realizada por el Global Compact y de los recursos cada vez mayores que ha recibido, los resultados son ambiguos y los riesgos no han disminuido”.

9. Resolución del Consejo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2011, A/HRC/RES/17/4, 17º período de sesiones.

10. UN Press release OHCHR (Office of the High Commissioner for Human Rights): *New guiding principles on business and Human Rights endorsed by the UN Human Rights Council* en <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11164&LangID=E>.

11. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. A/HRC/17/31 de 21 de marzo de 2011.

12. “La aportación normativa de los Principios Rectores no radica en la creación de nuevas obligaciones de derecho internacional, sino en precisar las implicaciones de las normas y métodos actuales para los Estados y las empresas; en integrarlas en un modelo único lógicamente

que se ratifica en los párrafos preliminares del anexo que contiene los principios y que declara que: “En ningún caso debe interpretarse que estos Principios Rectores establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos”¹³.

Asimismo, se preocupa el Informe de establecer de forma extensa la “debida diligencia” de las empresas en la prevención, mitigación y reparación de las infracciones de los derechos humanos. A este fin deberían llevar a cabo las siguientes actuaciones: “evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas”¹⁴. Lo llamativo de estos procesos internos de prevención, reside en el hecho que en ningún momento se hace mención sobre la posibilidad de establecer mecanismos externos por la propia ONU para verificar si esa debida diligencia es un hecho o una quimera. Únicamente se hace referencia a la voluntaria potestad de las empresas para someterse a indicadores cualitativos y cuantitativos, inspecciones y auditorías; claro está sin precisarse quién debe proceder a efectuar esas evaluaciones, dejando así todo la “diligencia debida” en la misma e hipotética empresa infractora o en una consultora contratada por ella misma a título individual. Como colofón de la responsabilidad de respetar los derechos humanos por parte de las empresas, el informe recomienda un principio operativo de dudosa reparación, ya que ésta únicamente puede surgir si las empresas determinan ellas mismas que han violado

los derechos humanos, y que además dicho quebrantamiento ha causado un daño.

Habida cuenta no sólo del carácter voluntario de los Principios, sino de su peculiar sistema de autorregulación, no resulta extraño que fundamentadas críticas hayan sembrado dudas sobre el proyecto, ya que “*voluntary measures are typically unevenly applied, not sufficiently independent, transparent and unbiased, may be used strategically to thwart agency by communities struggling to protect values of importance to them, and cannot compel sanction or remedy*”¹⁵.

Ahora bien, una vez enunciados los Principios, debían los mismos hacerse efectivos, y para ello el Consejo de Derechos Humanos impulsó la creación de un Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU. Precisamente los expertos independientes de este mecanismo extraconvencional no han dejado de insistir desde sus inicios que los Estados deben aplicar a nivel interno los Principios a través de los llamados *Planes de Acción Nacional* (PAN). Para facilitar esta tarea, en noviembre del 2016 el Grupo de Trabajo publicaba una Guía Práctica (UN Working Group on Business and Human Rights, 2016) en el que de forma sucinta describía en cinco fases el proceso que debían seguir los Estados para implementar los Principios Rectores, al mismo tiempo que remarcaba los principios

15. *Having the Ruggie Pulled Out From Under Us: From “Sanction and Remedy” to non-judicial grievance mechanisms “Non-Judicial Grievance Mechanisms”* en <http://www.miningwatch.ca/article/having-ruggie-pulled-out-under-us-sanction-and-remedy-non-judicial-grievance-mechanisms>. Opinión de la organización Mining Watch Canada, en la que en su informe sobre los Principios Rectores proporciona ejemplos reales de la ineficiencia de estos mecanismos de control: “*We have two non-judicial grievance mechanisms in Canada that are relevant to the activities of Canadian extractive companies operating overseas. The National Contact Point for the OECD Guidelines on Multinational Enterprises and the Canadian CSR Counsellor for the extractive sector, created in 2009 under the Government of Canada’s new CSR Policy for the extractive sector called “Building the Canadian Advantage.” Neither will investigate complaints; neither will make determinations of fact about whether the guidelines they are meant to uphold were actually breached, neither will provide sanction and both can only provide remedy if the corporation against which a complaint has been made decides to provide some form of remedy*”.

coherente e inclusivo; y en reconocer los puntos débiles del actual sistema y las mejoras posibles.”, A/HRC/17/31, punto 14 de la Introducción de los Principios Rectores.

13. A/HRC/17/31, op. cit. p. 7.

14. A/HRC/17/31, op. cit. p. 18.

y medidas que debían ejecutarse para dar cabal efecto a los mismos.

Con todo, esta política de promoción de PAN's curiosamente no surgió de este mecanismo de la ONU, sino de la Unión Europea (Márquez, 2017, pp. 21-47). Pocos meses después de la aprobación de los Principios de Ruggie, la Comisión en su *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas* instaba a los Estados a llevar a cabo sus propios planes nacionales¹⁶. Y del mismo modo el Consejo de la UE ha hecho lo propio en las distintas ediciones de su *Marco Estratégico y Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia*¹⁷. Por otra parte, las organizaciones regionales con competencias en derechos humanos también se han hecho eco de los llamamientos del Grupo de Trabajo de la ONU. Asimismo, en suelo europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, tras una primera Declaración de 2013 alentando a los Estados parte a adoptar los PAN, emitió en marzo de 2016 una *Recomendación sobre Derechos Humanos y Empresas*¹⁸. De manera similar, la Asamblea General de la OEA ha hecho lo propio y en dos resoluciones de 2014 y 2016, tras recordar los compromisos derivados de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible¹⁹ y de los Principios Rectores, ha interpelado a los Estados miembros a ir desarrollando esos planes nacionales²⁰. Es más, la última

resolución efectúa un encargo a la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que apoye el desarrollo de los planes y efectúe "un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos"²¹. En esta misma línea, la Unión Africana está dedicando esfuerzos a impulsar los Principios Rectores, pero en este caso con el apoyo de la UE, y en marzo de 2017 acabó por confeccionar un borrador de Proyecto de la Unión Africana de una Política Marco sobre Empresas y Derechos Humanos. Como elemento principal de este plan se apunta a la vital importancia geoestratégica de los países africanos por su riqueza en recursos minerales y la urgente necesidad de frenar el alarmante fenómeno del acaparamiento de tierras (Adeola, R., 2017). Incluso en la región del Sudeste Asiático hasta la irrelevante y cuestionada Comisión de Derechos Humanos de la ASEAN ha dedicado alguna de sus sesiones a esta cuestión (ASEAN, 2017).

En todo caso, más allá del impulso y publicación de distintos PAN's, la pregunta que debe plantearse es si estos nuevos instrumentos derivados de los Principios de Ruggie pueden abrir cauces procedimentales a las víctimas para poder exigir responsabilidades (penales y civiles) a las empresas.

Finalmente, a los mencionados proyectos de la ONU deben añadirse con similares efectos, las voluntarias *Directrices de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) para empresas multinacionales* (OCDE, 2013) o a los mecanismos de la *Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales*

16. COM/2011/681/FINAL, Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, 25 de octubre de 2011.

17. Consejo de la Unión Europea 11855/12, Marco Estratégico y Plan de Acción 2012-2014 sobre Derechos Humanos y Democracia de la UE de 25 de junio de 2012; Plan de Acción para los derechos humanos y la democracia (2015-2019) 10897/15, «Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE» en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10897-2015-INIT/es/pdf>. Véanse las tres medidas del punto 18, "avanzar en lo relativo al comercio y los derechos humanos" y el punto 25 "política de comercio e inversión".

18. Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business (Adopted by the Committee of Ministers on 2 March 2016 at the 1249th meeting of the Ministers' Deputies).

19. Sobre esta cuestión, véase el estudio de Díaz Barrado.

20. AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el ámbito empresarial (Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4

de junio de 2014); AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) Promoción y Protección de Derechos Humanos (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016).

21. "4. Solicitar a la CIDH que para el último semestre de 2016 realice un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos a partir de un análisis de las convenciones, jurisprudencia e informes emanados del sistema interamericano, lo que podrá servir de insumo para los esfuerzos realizados por los Estados Miembros en varias iniciativas nacionales e internacionales en la esfera de empresas y derechos humanos.", en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf.

y la política social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (OIT, 2001), que no regulan un procedimiento de denuncias. Más bien insisten en el establecimiento de códigos externos de conductas, que una vez más han sido tachados de albergar una “eficacia prácticamente nula y una efectividad básicamente retórica” (Diller, 2000). Finalmente desde esta misma perspectiva y con una cuestionada eficacia se ha extendido la aplicación de la debida diligencia a la cadena de suministro responsable de explotación de minerales en zonas de conflictos (Martin-Ortega, 2013, pp. 15 y ss.), en especial en la región de los Grandes Lagos (Cervera, 2016) y a la industria textil (OCDE, 2017).

¿Será posible un tratado internacional que atribuya responsabilidades a las empresas transnacionales?

Con independencia del *soft law* (Sánchez, 2016) referido en el epígrafe anterior, desde la ONU también se han lanzado propuestas para articular obligaciones de carácter vinculante para las empresas. En este sentido debe traerse a colación la labor desarrollada en su día por la Subcomisión sobre la prevención de la discriminación y protección de las minorías que creó a su vez en 1998 un Grupo de Trabajo²². Entre las misiones asignadas figuraban de una vez más la elaboración de un nuevo código de conducta. Sin embargo, tras distintos proyectos y deliberaciones acabó por presentarse a la rebautizada Subcomisión sobre la promoción y protección de los derechos humanos, las llamadas *Normas de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos*²³, las cuales fueron sometidas a un proceso de consultas por parte de la Oficina del Alto Comisionado, tal y como recomendó la anterior Comisión de Derechos Humanos. En este nuevo

documento se identificaron y concretaron una serie de obligaciones a las cuales de forma imperativa debían ajustarse las empresas, como la no utilización de trabajos forzados, la prohibición del trabajo infantil o el no recurrir al soborno para beneficiar a sus propios negocios; incluso se hace mención expresa a la práctica degenerativa de corromper candidatos a cargos públicos de cualquier tipo de proceso electoral (Jägers, 2002, pp. 124-128), (Hillemanns, 2003, pp. 1065-1080), (Wallace y Martin-Ortega, pp. 304-319). De la misma forma para evitar que las normas cayeran en una mera declaración de intenciones se contemplaron mecanismos para que las empresas incorporasen de forma efectiva esas obligaciones. Todo ello venía reforzado tanto por procedimientos de verificación independiente por parte de las Naciones Unidas del grado de cumplimiento de los deberes enunciados, como por la creación a nivel nacional de procedimientos para dar curso a las denuncias de los trabajadores por posibles violaciones de las normas (Weissbrodt y Kruger, 2003, pp. 901-922). Por todo ello, no resulta extraño, que finalizadas las consultas sobre estas Normas de la ONU por parte de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, y constatadas las vehementes reacciones críticas del sector empresarial y de numerosos Estados, la Comisión de Derechos Humanos acabara por abandonar el documento remarcando su carácter de proyecto no vinculante²⁴.

Justo una década más tarde y ante las expectativas frustradas de los Principios Rectores, algunos Estados han decidido retomar la estrategia de consensuar un instrumento internacional vinculante. En efecto un atisbo de esperanza parece haber vuelto a asomarse, con ocasión del 26º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos. El 25 de junio de 2014, a iniciativa de Bolivia, Cuba, Ecuador, Sudáfrica y Venezuela se presentó un proyecto de resolución para la “elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas

22. Resolución de la Subcomisión sobre la prevención de la discriminación y protección de las minorías de 20 de agosto de 1998, E/CN.4/Sub.2/Res/1998/8.

23. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 de 26 de agosto de 2003.

24. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, de 20 de abril de 2004, E/CN.4/Res/2004/116.

transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”²⁵. De esta forma se ha establecido un Grupo Intergubernamental de Trabajo, que tiene como misión el tratar de negociar un tratado internacional.

El mencionado Grupo Intergubernamental de Trabajo ya ha celebrado en octubre de 2020, su Sexta Sesión Anual en Ginebra con la participación de representantes estatales y de la sociedad civil, y las numerosas contribuciones aportadas que instan a los Estados a que el borrador final integre desde una perspectiva holística distintos enfoques en el tratamiento de esta problemática, como son: género, igualdad y raza (Patel & Nyembe. 2017). Queda por ver el resultado de este Grupo en el que las contundentes demandas de las ONG’s chocan frontalmente con la tibieza de algunos Estados, de la Unión Europea e incluso de un sector de los llamados expertos.

Sea como fuere, este instrumento internacional debiera ser la respuesta a las violaciones de los derechos humanos de las empresas a través de una doble vía: creando un mecanismo o tribunal internacional de rendición de cuentas, y al mismo tiempo, habilitando a los Estados ratificantes a implementar a nivel interno una serie de medidas que refuerzan la acción internacional.

En efecto, en primer lugar, se propone a nivel internacional en el segundo borrador revisado de 6 de agosto de 2020 a un posible Comité independiente internacional de expertos de supervisión para el cumplimiento del tratado (artículo 15 del borrador revisado) y un Fondo Internacional para las víctimas (artículo 15.7 del borrador revisado). Precisamente a este Comité de supervisión se le atribuyen toda una serie de potestades que van desde la formulación de observaciones generales y recomendaciones a los Estados, hasta

la presentación de un informe anual a la Asamblea General de la ONU. Y como sucede, con este tipo de mecanismos convencionales onusianos, un Protocolo Adicional se habilita para que se pueda habilitar la competencia de este hipotético Comité para poder examinar denuncias individuales o grupales de víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas como consecuencia de una actividad empresarial. Este control internacional propuesto en este borrador de tratado se aleja claramente de las pretensiones más ambiciosas iniciales, que hacían referencia, bien a la creación de un nuevo tribunal penal internacional para empresas transnacionales, bien a la reforma del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional para poder perseguir a estas personas jurídicas.

Junto a esta exigencia de responsabilidades en el orden internacional, los Estados según indica el artículo cuarto del borrador y bajo la perspectiva del principio de complementariedad, deben garantizar a nivel interno a víctimas y familiares de dichos abusos empresariales, el acceso justo, no discriminatorio y efectivo a la justicia (artículo 4.2.c del borrador revisado). Siendo así, los Estados estarían obligados tanto a aprobar leyes nacionales para facilitar tanto el acceso a las víctimas a la justicia, como la competencia jurisdiccional de los tribunales para este tipo de casos (artículo 7.2 del borrador de tratado). Es más, se contempla la obligación de los tribunales nacionales donde radica el domicilio de la empresa que deben ejercer su jurisdicción con independencia de la nacionalidad de las víctimas, desestimando así desde un inicio el acudir al manido argumento del *forum non conveniens* para desestimar este tipo de casos. En este sentido, resulta relevante destacar que el borrador revisado de tratado prevé asimismo en su artículo 12 la obligación de cooperación judicial internacional y la asistencia legal mutua entre los Estados en la investigación abierta de procedimientos civiles, administrativos y penales.

En definitiva, de aprobarse dicho tratado se estarían instaurando obligaciones para las empresas y un sistema de rendición de

25. Consejo de Derechos Humanos, 26^a período de sesiones, A/HRC/26/L22/Rev.1, 25 junio de 2014, “Elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”.

cuentas y exigencia de responsabilidades a nivel internacional e interno, apuntando directamente a estos conglomerados económicos y comerciales como nuevos sujetos de derecho internacional.

La vía de la exigencia de responsabilidades a través de leyes nacionales

Al margen del proyecto de tratado internacional, otras iniciativas de carácter vinculante para las empresas se están gestando a nivel interno de los Estados. En efecto los Principios Rectores aunque desde la perspectiva internacional dejan sin resolver la posible extensión de la responsabilidad de proteger del Estado respecto a las actividades de las empresas filiales que operan fuera del territorio donde radica la empresa matriz –un pormenorizado estudio del contenido de estos informes anuales del Representante Especial se puede consultar en Weilert (2010, pp. 445-506 y pp. 491-504)–. La implementación de los mismos a través de sus planes nacionales de acción (Márquez, 2015, pp. 55-87), pudiera derivar en obligaciones internas para estos actores no estatales.

Animados por el impulso de la Eurocámara de Bruselas, a través de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países²⁶, en Francia por ejemplo el 21 de febrero de 2017 la Asamblea Nacional acabó de aprobar una ley de diligencia debida que pretende controlar a las empresas matrices, aunque el Consejo Constitucional ha cuestionado alguna de sus disposiciones (Debouzy, 2017). A pesar de ello, esta ley francesa ha comenzado a desplegar sus efectos judiciales. En efecto, en el contexto de la guerra de Siria la empresa

filial francesa en este país, la cementera Lafarge Cement Syria, ha sido acusada ante los tribunales de París de acciones cómplices en la comisión de crímenes de guerra y financiación del terrorismo, entre otros delitos, supuestamente cometidos en Jalabiya (noreste Siria). En este caso la justicia francesa ya ha admitido a trámite la querrela y está investigando cómo la empresa Lafarge continuó en la zona ocupada por el ISIS y les compraba petróleo, y materias primas; cómo continuó trabajando en la zona, contribuyendo al pago revolucionario de tasas a los terroristas; por qué repatrió a empleados occidentales, pero obligó a empleados sirios a continuar trabajando, algunos incluso durmiendo en la cementera; y cuál es su responsabilidad respecto a los empleados sirios desaparecidos mientras iban al lugar de trabajo, en cuya ruta debían atravesar diariamente los *checkpoints* del ISIS (ECCHR, 2016).

Los mismos debates parlamentarios se están produciendo en los Países Bajos a propósito del trabajo infantil, y en Suiza donde se va a celebrar un referéndum sobre esta cuestión a finales de noviembre de 2020, y que afecta a las empresas transnacionales o en los países nórdicos, como Dinamarca, Finlandia y Suecia, que han aprobado ya sus respectivos planes de acción. En el Reino Unido por su parte ya ha promulgado su plan de acción nacional²⁷, junto a la *Modern Slavery Act*²⁸; ley pionera y cuyo marco regulador se debate asimismo en Australia. Sea como fuere, los primeros efectos de la ley británica ya han tenido eco ante sus tribunales con una primera sentencia condenatoria de enero de 2018 (Thomson Reuters Foundation, 2018).

Igualmente la novedosa creación en Canadá de la figura de un Defensor del Pueblo para la Responsabilidad de las Empresas (CORE, *Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise*) y de un órgano consultivo en el que la sociedad civil a través

26. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (2015/2315(INI)), en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0405+0+DOC+XML+V0//ES>.

27. El Reino Unido ya ha publicado su Plan Nacional; vid. en <http://www.business-humanrights.org/UNGuidingPrinciplesPortal/ToolsHub/Governments/UKNationalActionPlan>

28. Modern Slavery Act 2015 en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>.

de esta nueva institución podrá advertir al ejecutivo y al nuevo Ombudsperson de violaciones a los derechos humanos cometidas por empresas canadienses en terceros países, supone un paso más, aunque un tanto tibio, para poder facilitar la reclamación de daños por parte de las víctimas (Business and Human Rights Resource Centre, 2018).

En este sentido, aunque con sus limitaciones, pudieran ser también fuente de inspiración los avances legislativos, tales como las que se han llevado a cabo en los Estados Unidos con la *Dodd-Frank Financial Reform Act, Section 1502*, con la que el presidente Obama pretendía dar los primeros pasos para regular las actuaciones de Wall Street. Con esta disposición se obligaba a las empresas a controlar la procedencia de los minerales (tungsteno, wolframio y tantalio) utilizados para la fabricación de aparatos electrónicos (Martin-Ortega, pp. 75-95), cuyo origen proviniera de los territorios en conflictos de la región de los Grandes Lagos, en especial de la República Democrática del Congo. Asimismo, se publicaba la sección 1504 donde en un ejercicio de transparencia sin precedentes se exigía a las empresas energéticas norteamericanas a que publicaran los pagos efectuados a gobiernos que autorizaban dichas extracciones. Lamentablemente la presidencia de Trump y el nombramiento de un alto ejecutivo de la petrolera Exxon Mobile como Secretario de Estado, acabaron por derogar estas disposiciones en una votación de 24 de mayo de 2018, que incluso contó con el apoyo de una minoría de senadores demócratas. Veremos si la nueva administración Biden rescata estas leyes de la administración antecesora demócrata de Obama. Con todo en los Estados Unidos sigue vigente la *California Transparency in Supply Chains Act* de 2010, que obliga a remitir al Fiscal General del Estado las declaraciones publicadas por las empresas respecto a este tipo de situaciones, el cual puede tomar todo tipo de medidas incardinadas bajo el principio de rendición de cuentas.

Todas estas loables iniciativas legislativas a nivel nacional suponen un considerable

avance, aunque queda por analizar en un futuro próximo su eficaz implementación y las consecuencias judiciales en caso de grave incumplimiento. Con todo, debe permanecer alerta ya que resulta inquietantemente contradictorio que desde estos países se proceda al impulso normativo interno y al mismo tiempo se combata de forma radical y vehemente el proyecto de tratado internacional. Si el propósito común es idéntico, y un mecanismo complementa y refuerza el otro en esta lucha contra la impunidad ante los graves abusos de las empresas

transnacionales, ¿cómo explicar el airado rechazo a unas obligaciones internacionales cuya finalidad coincide con los proyectos normativos nacionales? ¿Por qué ese temor gubernamental al *Alien Tort Statute*, cuando de forma inminente de nuevo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos debe decidir definitivamente en el caso *Jerner vs. Arab Bank PLC.*, el devenir de la exigencia de responsabilidades civiles a las corporaciones (Bernaz, 2017)? ¿A qué obedece la posición beligerante, no ya sólo de los Estados Unidos, sino de la Unión Europea, al proyecto de tratado tanto en el Grupo Intergubernamental de Trabajo, como en las deliberaciones y votaciones en el Consejo de Derechos Humanos (Artens & Seitz, 2016)? Sin ningún género de dudas la respuesta a la retórica pregunta apunta a la alargada sombra de los lobbies corporativos instalados en Washington y Bruselas (Esteve Moltó, 2015, pp. 89-100).

Conclusiones. La necesidad de rescatar el legado de Núremberg

En la actualidad la mayoría de los abusos ambientales y de derechos humanos de las empresas transnacionales continúan sin tener atribuida una responsabilidad. Aparecen avances a nivel nacional pero con un carácter limitado. Mientras en el plano internacional contrasta la proliferación de directrices, con los malogrados proyectos hasta la fecha de normas vinculantes. Siendo así, los hechos muestran que los códigos de conducta voluntarios y autorregulatorios no

han sido, ni serán capaces de frenar el avance de la impunidad.

Es por ello, por lo que se requiere de medidas más audaces, y en este sentido la sociedad civil presiona a través del mencionado Grupo Intergubernamental de Trabajo en Naciones Unidas para que el control sobre estos actores no estatales sea una realidad a través de un tratado internacional. Incluso en esta línea se ha venido proponiendo la creación de un tribunal penal internacional especial para las empresas transnacionales (Rigaux, 2002, pp. 128-142). Pero claro está, en esta búsqueda de responsabilidades penales (Kaeb, 2013, pp. 43-77), (Kyriakakis, sf., pp. 221-240), (Magraw, 2009, pp. 458-497) y (Vilt, H. Van Der, 2013, pp. 43-77), para los casos de las más graves violaciones empresariales, no sólo está en debate una cuestión aislada relativa a esta laguna existente y persistente en el derecho internacional. El dar debida respuesta a este gran agujero en la justicia obliga a enfrentar retos que parecen insalvables, como el de si es posible humanizar la globalización económica (Deva, 2012).

En definitiva, el curso del proceso de humanización del derecho internacional²⁹ puede verse truncado y el ser humano no podrá desplegar todas sus plenas facultades como sujeto pleno de derecho internacional hasta que estas empresas transnacionales no tengan atribuidas internacionalmente unas obligaciones claras, precisas y exigibles ante una jurisdicción accesible a las víctimas. Es más, las aún no surgidas obligaciones destinadas a estos actores no estatales debieran ya emerger, y no únicamente por cubrir una laguna jurídica en el marco regulatorio internacional apelando a una conciencia jurídica universal. Incluso desde

29. En este contexto son fuente de inspiración los escritos y los fallos suscritos por el juez brasileño Cançado Trindade en los que de forma reiterada apela al espíritu del derecho de gentes. Por citar alguna de sus obras, cfr. Cançado Trindade, A. A., "The emancipation of the individual from his own State- The historical recovery of the human person as subject of the law of nations", en *Human rights, democracy and the Rule of Law-Liber Amicorum Luzius Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser et alij), Dike/Nomos, Zürich/Baden-Baden, 2007, pp. 151-171.

una perspectiva meramente economicista son evidentes también sus ventajas con el objeto de evitar indeseadas competencias desleales. Y todo ello sin mencionar las mas elementales razones éticas, e incluso de supervivencia del propio planeta en el que los efectos del cambio climático resultan impredecibles, mientras las irrefrenables ansias extractivistas de las corporaciones no pueden ser atajadas por los Estados. Únicamente el solidario compromiso de la sociedad civil puede revertir este proceso suicida, cuya insostenible globalización parece haber secuestrado por parte de las corporaciones el contrato social universal; y mientras tanto los Estados, ya sean los occidentales capitalistas o economías socialistas de mercado, como China, quedan supeditados a los grandes intereses corporativos y a los grandes fondos de inversión, ignorando todos ellos, los valores que de manera hipócrita predicán, tanto unos como otros.

En todo caso, el exigir responsabilidades internacionales a las corporaciones, no es una cuestión novedosa propia de un activismo radical de grupos de derechos humanos, a la que se quieren sumar algunos países del Sur, y que pretenden alterar e incluso dinamitar el derecho internacional al convertir a las personas jurídicas en sujetos de derecho en la esfera internacional. Esta exigencia de responsabilidades no es más que la continuación del nuevo orden internacional que se estableció tras la II Guerra Mundial. Estamos ante la continuidad del legado de Núremberg, y en cuyos juicios llegaron a la manifiesta evidencia que, a la hora de poner fin a la impunidad, no era suficiente con atribuir responsabilidades penales a los individuos. Siendo así, si el derecho penal internacional entre sus objetivos consta el sentar las bases de una paz duradera, y necesariamente para poder deshacer la madeja de las causas de los conflictos, de forma inevitable habrá que desenmarañar la compleja red de intereses económicos.

Desde hace décadas resulta tan manifiesto que los perpetradores de los crímenes de guerra pueden ser tanto individuos, como personas jurídicas, que

negar dicha evidencia resulta insultante para las víctimas. Por ejemplo, en Núremberg fueron condenados dos empresarios de la empresa Zyklon B, que suministraban los gases químicos utilizados en los campos de exterminio. Décadas después el empresario holandés Van Anraat fue condenado por los tribunales nacionales por la venta de agentes químicos al gobierno de Iraq para utilizarlos contra la población kurda. De la misma forma la mera adquisición empresarial de una empresa alemana de una compañía francesa confiscada por el III Reich fue considerado un crimen de guerra. Obviamente el pillaje debe tener una conexión con el conflicto, pero como en el caso sirio comentado, las empresas que operan en una zona de conflicto pueden tener esos nexos de conexión, y la jurisprudencia no requiere de una participación o política directa en las hostilidades.

Si bien es cierto que la jurisprudencia de Núremberg condenó únicamente a personas físicas y no jurídicas, lo relevante es que apuntaron a la complicidad criminal de la industria alemana en el holocausto. Esto es, los crímenes internacionales podían ser cometidos por una amplia "organización criminal"; término "empleado en los juicios de Núremberg para tratar la criminalidad masiva, organizada, voluntaria e intencionada (...)", y cuya interpretación extensiva puede que "alcance a personas jurídicas que tiene como objetivo obtener beneficios privados" y que debe devenir en una ampliación de la competencia *rationae personae* de la Corte Penal Internacional" (Arenal, 2020, pp. 13-41).

En esta misma línea el Tribunal penal para Ruanda, también condenó a los agentes comerciales de una radio local por incitar a la comisión del genocidio y crímenes de guerra y el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el veredicto de la apelación del caso Tadic no dudó en acudir a la figura de la empresa criminal conjunta. Con posterioridad, el Tribunal Especial para Sierra Leona siguió contemplando el pillaje de recursos naturales como crímenes de guerra. Es por ello que las Convenciones de Ginebra de 1949 prohibieron el pillaje de recursos,

tal y como ya contemplaba el art. 6.b del Estatuto de Núremberg, que por cierto, en cierta medida ya estaba contemplado en el DIH desde la normativa de La Haya de 1907 que prohibía de una población o lugar" en el transcurso de la guerra. Así pues, nos encontramos ante una norma y costumbre internacional, aplicable tanto a conflicto armados internacionales, como internos, tal y como dispone el art. 4.2.g del Protocolo Adicional II.

Décadas después el Tribunal Penal Internacional sigue con esta misma laguna, a pesar de la tentativa de avance que supuso la primera sentencia del caso Bemba que ha sido finalmente revocada. Y es por ello, que las críticas a este órgano de practicar un neocolonialismo jurídico en África, resulta difícil de combatir. Si fuera de otro modo, de forma decidida en las distintas investigaciones abiertas se hubiera podido tirar del hilo de la complicidad criminal, y junto a militares y mandatarios africanos irían apareciendo las actuaciones de distintas transnacionales o sus filiales que con avidez acaparan tierras y explotan recursos naturales, valiéndose de la violencia. Es por ello, que el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos, en su sección penal habilita la persecución de violaciones cometidas por empresas africanas (filiales) o extranjeras que operan en África, e incluye el crimen explotación ilegal de recursos naturales (art. 28ª y 46C). Es más, se prevé que para activar la competencia de este tribunal regional bastaría hacer constar que la violación afecte a un interés de un Estado Parte. Lamentablemente el Protocolo de Malabo aún no ha podido reunir las quince ratificaciones que exige su artículo 11 para poder entrar en vigor. De igual manera esa misma carga de profundidad pretende ostentar el Tribunal Penal Extraordinario para Liberia que pretende enjuiciar también a personas jurídicas.

Ahora bien, un cambio de paradigma en las leyes y tribunales nacionales es y debe ser posible. El caso Lafarge y Amesys en Francia, el caso Rabobank ante tribunales holandeses, los asuntos de la minera Argor Hereaus o Nestlé ante la justicia suiza, el de la petrolera

Unocal ante tribunales californianos y la exigencia judicial de responsabilidades civiles a las corporaciones ante la justicia estadounidense, con sus avances y retrocesos (Marullo & Zamora, 2016), (Zamora Cabot, 2005, pp.1381-1394), (Pigrau Solé, 2009, pp.

113-130), han ido abriendo las primeras vías de lucha contra la impunidad en este ámbito. La lucha contra la impunidad parece titánica, el derecho internacional en este ámbito parece herido de muerte, pero sea como fuere, la resistencia continúa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Adeola, R. (2017). "Why the African Union must press ahead with a business and human rights policy", *The conversation*, 8 mayo, en <http://theconversation.com/why-the-african-union-must-press-ahead-with-a-business-and-human-rights-policy-75712>.
- » Arenal Lora, L. (2020). "La comisión de crímenes contra la humanidad por empresas transnacionales y la ampliación de la competencia rationae personae de la Corte Penal Internacional", *Deusto Journal of Human Rights*, n^o 6, pp. 13-41.
- » Artens, J. & Seitz, K. (2016). *The Struggle for a UN Treaty. Towards global regulation on human rights and business*. Global Policy Forum/Rosa Luxemburg Stiftung, Berlin, Bonn, New York, disponible en https://www.globalpolicy.org/images/pdfs/UN_Treaty_online.pdf.
- » ASEAN. (2017). ASEAN conduct training on the linkages between business activities and human rights", Bangkok, 21 noviembre. Recuperado de: <http://aichr.org/press-release/asean-conduct-training-on-the-linkages-between-business-activities-and-human-rights/>.
- » Bakan, Joel. (2004). *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*. New York: Free Press.
- » Baxi, U., (2010). "Writing about impunity and environment: the 'silver jubilee' of the Bhopal catastrophe", *Journal of Human Rights and Environment*, vol. 1, n^o 1, pp. 23-44, p. 39, disponible en <http://www.elgaronline.com/view/journals/jhre/1-1/jhre.2010.01.02.xml>.
- » Burma Campaign, UK. (2008). *Dirty list*, Londres. Recuperado de www.burmacampaign.org.uk/dirty_list/dirty_list_details.html.
- » Bernaz, N. (2017) The Moment of Truth Has Come – US Supreme Court to Decide whether the Alien Tort Statute "Categorically Forecloses Corporate Liability", *Rights as Usual*, 3 abril, recuperado de: <http://rightsasusual.com/?p=1140>.
- » Business and Human Rights Resource Centre. (2018). "Canada creates independent Ombudsperson & multi-stakeholder advisory body to strengthen responsible business conduct abroad", 25 enero. Recuperado de: <https://business-human-rights.org/en/canada-creates-independent-ombudsperson-multi-stakeholder-advisory-body-to-strengthen-responsible-business-conduct-abroad>.
- » Dale, John. (2011). *Free Burma: Transnational legal action and corporate accountability*, University of Minnesota Press.
- » Cervera Vallterra, M. (2016). "La fragilidad de la República Democrática del Congo: Problemas y soluciones a la posesión de recursos minerales", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N^o. 31.
- » Debouzy, A. (2017). "Censure partielle, mais sévère, par le Conseil Constitu-

tionnel, de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre", *Lexology*, 24 marzo.

» Deva, S. (2012). *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Routledge, London/New York,

» Díaz Barrado, C.M. (2016). "Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, pp. 9-48.

» Diller, J. (2000). "Social conduct in transnational enterprise operations: the role of the International Labour Organization", en Blanpain (ed.), *Multinational Enterprises and the Social Challenges of the XXIst Century. Bulletin of Comparative Labour Relations*, 37. Kluwer Law International, The Hague, London, Boston.

» ECCHR. (2016). *Case report. Lafarge in Syria: accusations of complicity in war crimes and crimes against humanity*, noviembre.

» Esteve Moltó, J.E. (2015). "La 'gobernanza' y control de las corporaciones transnacionales sobre los valores, objetivos y principios de la Unión Europea y sus ciudadanos", en García Sáez, J.A. & Vañó Vicedo, R., *Educación la mirada: documentales para una enseñanza crítica de los Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 89-100. (978-84-9086-634-4).

» Jiménez Sánchez, J. J. (2006). "Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales: las directrices de la OCDE", en *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

» Grear, A. & Weston, B.H. (2015). "The Betrayal of Human Rights and the Urgency of Universal Corporate Accountability: Reflections on a Post-Kiobel Landscape", *Human Rights Law Review*, vol. 15, pp. 21-44.

» Fikentscher, W. (1982). "United Nations code of conduct: new paths in International Law", *American Journal of Comparative Law*, 30, 4, pp. 577-604.

» Hillemanns, C. (2003). "UN Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights", *German Law Journal* 4, pp. 1065-1080.

» Jägers, Nicola M.C.P. (2002). *Corporate Human Rights obligations: in search of accountability*, ed. Intersentia, School of Human Rights Research Series, volume 17, Antwerpen, pp. 124-128.

» Kaeb, C. (2016). "The Shifting Sands of Corporate Liability under International Criminal Law", *The George Washington International Law Review Vol 49*, pp. 351-403.

» Kenney, C. (2009). "Disaster in the Amazon: Dodging "Boomerang Suits" Transnational Human Rights Litigation", *California Law Review* 97, pp. 857 y ss.

» Kimerling, J. (2006). "Transnational Operations, Bi-National Injustice: Chevron Texaco and Indigenous Huaorani and Kichwa in the Amazon Rainforest in Ecuador", *American Indian Law Review* 31, pp. 445 y ss.

» Kyriakakis, J. (s,f.) "Corporations before International Criminal Courts: Implications for the International Criminal Justice Project", *Leiden Journal of International Law*, 30 (1), pp. 221-240.

» Lutz, R.E. (1988). "The export of danger: a view from the developed world",

New York University Journal of International Law and Politics 20, pp. 629-677.

- » Magraw, K. (2009). "Universally Liable? Corporate-Complicity Under the Principle of Universal Jurisdiction", *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, pp. 458-497.
- » Manirabona, A. M. (2011). "L'affaire Trafigura: vers la répression de graves atteintes environnementales en tant que crimes contre l'humanité", *Revue de droit internationale et de droit comparé*, Vol. 88, n^o. 4, pp. 535-576.
- » Márquez Carrasco, M.C. (2017). "Elementos claves de la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos en la Unión Europea" en Márquez Carrasco y Vivas Tesón (coord.), *La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus estados miembros*, Thomson Reuters-Aranzadi : Ministerio de Economía y Competitividad, pp. 21-47.
- » Márquez Carrasco, M.C. (2015). "La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por medio de los planes nacionales de acción", *Revista de responsabilidad social de la empresa*, n^o 20, pp. 55-87.
- » Martín-Ortega, O. (2013). "La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad", *Papeles El Tiempo de los Derechos*, pp. 15 y ss.
- » Martín-Ortega, O. (s.f.) "Public procurement as a tool for the protection and promotion of Human Rights: a study of collaboration, due diligence and leverage in the electronics industry", *Business and Human Rights Journal*, Vol. 3, issue 1, pp. 75-95.
- » Marullo, M.C. & Zamora Cabot, F.J. (2016). "Transnational Human Rights litigations. Kiobel's touch and concern: a test under construction", *Papeles El Tiempo de los derechos n^o 1*, disponible en <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2015/01/wp-1-16.pdf>.
- » Moon, G. (2013). "Trading in Good Faith? Importing States' Economic Human Rights Obligations into the WTO's Doha Round Negotiations", *Human Rights Law Review*, pp. 1-41.
- » Nseeuw, W. (2013). "The Rush for Land in Africa: Resource Grabbing or Green Revolution?", *South African Journal of International Affairs*, vol. 20, pp. 159-177.
- » OCDE. (2013). Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>
- » OCDE. (2017). *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*, en <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-Garment-Footwear.pdf>.
- » Organización Internacional del Trabajo -OIT-. (2001). Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, Oficina Internacional del Trabajo, recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_emp/documents/publication/wcms_124924.pdf.
- » Patel, K. & N. Nyembe. (2017). "Hacia un tratado vinculante", *Por la paz n^o 30*, *Empresas y Derechos Humanos*, febrero.
- » Pigrau Solé, A. (2014). "The Texaco-Chevron case in Ecuador: law and justice in the age of globalization", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. V, n^o 1, pp. 1-43, disponible en <http://www.rcda.cat/index.php/rcda/article/view/491>.

- » Pigrau Solé, A. (2009). “La Responsabilidad Civil de las Empresas Transnacionales a Través de la *Alien Tort Claims Act* por su Participación en Violaciones de Derechos Humanos”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, n^o 25, pp. 113-130.
- » Rigaux, F. (2002). “Toward an international criminal tribunal to adjudicate upon corporate wrongs”, *Transnational Associations* 53, 2, pp. 128-142. Del mismo autor, “¿Un tribunal (penal) internacional para las sociedades transnacionales?”, *Informe del seminario, Les activités transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique*, Centre Europe-Tiers Monde y Asociación Americana de Juristas, Cetim /AAJ, Geneve, 2001 en <http://www.cetim.ch/es/documents/espart1.pdf>.
- » Sánchez Patrón, J.M: “Responsabilidad ambiental y derechos humanos: Los deberes de las empresas en el Derecho Internacional”, *REEL*, n^o 32, diciembre 2016.
- » Stiglitz, Joseph E (2007). “Multinational Corporations: Balancing Rights and Responsibilities.” *Proceedings of the American Society of International Law* 101, pp. 3-60.
- » Thomson Reuters Foundation. (2018). “UK: Traffickers of Vietnamese women for UK nail salon serve prison time; case is the first successful prosecution under the Modern Slavery Act”, 3 de enero. Recuperado de: <https://business-human-rights.org/en/uk-traffickers-who-enslaved-vietnamese-girls-for-nail-salon-jailed-under-the-modern-slavery-act#c166563>
- » UN Working Group on Business and Human Rights, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, Ginebra, noviembre 2016, disponible en http://ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf.
- » Vilt, H. Van Der: “Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, 2013, pp. 43-77.
- » Wallace, R.M.M. y Martin-Ortega, O.: “The UN Norms: a first step to universal regulation of transnational corporations’ responsibilities for human rights?”, *Dublin University Law Journal* 26, pp. 304-319.
- » Weilert, Katarina: “Taming the untamable? Transnational corporations in United Nations law and practice”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 14, 2010, pp. 445-506, en concreto ver, pp. 491-504.
- » Weissbrodt, D. y Kruger, M. (2003). “Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights”, *American Journal of International Law* 97, 4, pp. 901-922.
- » Wells, C. y Elias, J. (2005). “Catching the conscience of the king: corporate players on the international stage”, en Alston, P. (ed.): *Non-state actors and human rights*, Oxford University Press, Oxford, pp. 141-175, p. 148.
- » Zamora Cabot, F.J. (2016). “Kiobel vs. Royal Dutch Corp. y los litigios transnacionales sobre derechos humanos”, *Derechos humanos y políticas públicas europeas*, coord. por Daniel Innerarity Grau, Ignacio Aymerich Ojea, Paidós, pp. 149-166.
- » Zamora Cabot, F.J. (2013). “Acaparamiento de Tierras (Land Grabbing) y Empresas Multinacionales: El Caso Mubende-Neumann”, en *Papeles El Tiempo de los Derechos*.
- » Zamora Cabot, F.J. (2012). “La Responsabilidad de las Empresas Multinacionales por Violaciones de los Derechos Humanos: Práctica Reciente”, *Anuario de los*

Cursos de Derechos Humanos de Donostia- San Sebastián, vol. 12, pp. 194-207.

» Zamora Cabot, F. J. (2005). “Una Luz en el Corazón de las Tinieblas: *El Alien Tort Claims Act of 1789* (ATCA) de los Estados Unidos” en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Homenaje al Prof. J.A. Carrillo Salcedo*, Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, pp.1381-1394.

» Zolin, M. B., y Braggion, M. (s.f.). “Land Grabbing, Food Security and Energy Security in Asia: The Cases of China and India”, en <http://www.wbiworldconpro.com/uploads/malaysia-conference-2013/economics/220-Maris.pdf>

Gobernanza política multilateral: Un perfil programático

Multilateral political governance: A programmatic profile

Autor: Pío García

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.12131>

Para citar este artículo:

García, P. (2021). Gobernanza política multilateral: Un perfil programático. *Revista Derecho y Realidad*, 19 (37), 53-73.



Gobernanza política multilateral: Un perfil programático*

Multilateral political governance: A programmatic profile

Pío García^a

pio.garcia@uexternado.edu.co

Recepción: Octubre 12 de 2020

Aceptación: Noviembre 2 de 2020

RESUMEN

El objetivo de este artículo es aplicar un esquema analítico triádico al estudio de la gobernanza del sistema internacional, como alternativa a los enfoques unidimensionales y dicotómicos. Estos últimos dan lugar a valoraciones reduccionistas, en cuanto no revelan el dinamismo y complejidad de la realidad social global. La apuesta metodológica es de índole cualitativa, aprovechada para analizar el sistema internacional y establecer el diagnóstico del juego de fuerzas a las que debe su impulso, como recurso que ha de validar la hipótesis del cambio potencial de la gobernanza global económica. Sobre la base del diagnóstico o interpretación, se procede al ejercicio heurístico de buscar alternativas a la gobernanza actual del sistema internacional. Los principales hallazgos son: i) el predominio del poder económico y financiero sobre el poder político y cultural en la globalización contemporánea, que le imprime una gobernanza entrópica al sistema internacional; ii) la posibilidad de establecer correcciones al curso entrópico por medio del empoderamiento de la

gobernanza multilateral; iii) la necesidad de reformar y robustecer la Organización de las Naciones Unidas, como entidad rectora de la gobernanza política multilateral. Estas orientaciones normativas sirven de criterio para el diseño de la política exterior.

PALABRAS CLAVES

Gobernanza; globalización; sistema internacional; multilateralismo.

ABSTRACT

The aim of this article is to apply a triadic analytical scheme to the study of the governance of the international system, as an alternative to unidimensional and dichotomous approaches. The latter give rise to reductionist assessments, as they do not reveal the dynamism and complexity of the global social reality. The methodological approach is of a qualitative nature, used to analyse the international system and establish the diagnosis of the play of forces

* Artículo de reflexión

a. Doctor en filosofía, especialista en estudios asiáticos. Docente e investigador de la Universidad Externado de Colombia. Universidad Externado de Colombia. <https://orcid.org/0000-0003-1270-5131>

to which it owes its impetus, as a resource to validate the hypothesis of potential change in global economic governance. On the basis of the diagnosis or interpretation, we proceed to the heuristic exercise of seeking alternatives to the current governance of the international system. The main findings are: i) the predominance of economic and financial power over political and cultural power in contemporary globalisation, which imbues the international system with entropic governance; ii) the possibility of establishing corrections to the entropic course through the empowerment of multilateral governance; iii) the need to reform and strengthen the United Nations as the governing entity of multilateral political governance. These normative orientations serve as criteria for the design of foreign policy.

KEYWORDS

Governance; globalization; international system; multilateralism.

INTRODUCCIÓN

La gobernanza global es un tópico controversial, con posiciones teóricas múltiples y un tanto vagas. Por su importancia, se ha convertido en objeto de estudio de diversas disciplinas que le imprimen significados particulares hasta llegar a proveerle un carácter polisémico (Underhill, 2004; Villamar, 2017). Es plausible conjeturar que la ambigüedad conceptual guarde relación con las limitaciones tanto en la lectura de los hechos como en las propuestas para resolver los problemas contemporáneos. Algunos de ellos son la ola de inconformidad social en numerosos países, las intervenciones militares unilaterales, las crisis humanitarias causadas por las migraciones masivas, la intolerancia y el racismo persistentes, la guerra comercial o el cataclismo ambiental. Se advierte con facilidad que el sistema internacional, conformado por los actores estatales y no estatales (Weiss, Seyle & Coolidge, 2013), presenta inestabilidad y dificultad para operar de acuerdo con las normas convenidas en el pasado. No

resulta extraño hablar de una crisis del sistema internacional agravada por el tipo de globalización imperante, situación que da lugar a la necesidad de una gobernanza no solo efectiva y legítima (Clarke & Edwards, 2004, p. 256), sino viable en el largo plazo.

Hace falta recabar en los presupuestos desde los cuales se establecen las propuestas de la administración de los asuntos de interés mundial, en cuanto que las soluciones de mayor duración dependen de la lectura y explicación objetiva de los hechos. Esto es que la transformación del sistema internacional está ligada al fundamento epistemológico orientador del diagnóstico, no menos que al ejercicio heurístico que lleva a establecer las mejores alternativas en pro de las soluciones óptimas. Es requisito, entonces, sopesar las variantes en el análisis y la previsión del fenómeno social desde un horizonte triádico, que permita dejar a la vista el reduccionismo propio de las aproximaciones monádicas y diádicas (de Gregori, 2011; Glăveanu, 2015), cuya limitación impacta las respectivas propuestas de gobernanza.

El presente artículo toma en cuenta las tres fuerzas sociales en tensión y cooperación permanente, identificadas por de Gregori (2002a): oficial, antioficial y oscilante. Se trata de una lectura dialéctica¹, con el propósito de justificar soportar la gobernanza global sobre el arreglo político de las partes, en sustitución de la hegemonía del poder económico, que aun prevalece en la rectoría del sistema internacional. En términos generales, la gobernanza política global comprende la práctica de autoridad más allá de las fronteras nacionales, con normas y reglas consentidas por las partes, para atender los bienes públicos de la humanidad y los problemas transnacionales (Zürn, 2018). Sin duda, los

1. Más allá de los axiomas de identidad y dialécticas de la lógica formal, las disciplinas han explorado la complejidad para incorporar tres factores. Así, en el psicoanálisis Freud distinguió ego-super ego e id, Lacan el orden real-simbólico-imaginario, en psicología el niño atraído-no atraído-e indiferenciado de Ichazo (1982), en filosofía antigua conocimiento-espacio-identidad (Jörg et al., 2016) o el espacio percibido-concebido-vivido (Lefebvre, 1991) y la geografía posmoderna de Soja está descompuesta en espacialidad-historicidad-sociabilidad (1996).

marcos normativos suelen operar a todos los niveles de la actividad humana (Rosenau, 1995, p. 2); pero, el sistema internacional, a diferencia de las facultades de los Estados, carece todavía de tribunales multilaterales de última instancia en ciertos subsistemas, entre los que descuella el financiero. De ahí la importancia de construir sobre el eje político una gobernanza global renovada.

El concepto de sistema internacional hace referencia a la red de intercambios que tejen las instituciones y las personas en el contexto global, cuyo dinamismo lo explica el mecanismo de *feedback* o retroalimentación de la información. Por el procesamiento de los datos internos y externos los seres vivos o los instrumentos automáticos establecen un equilibrio relativo u homeóstasis. Los equilibrios a nivel superior de complejidad se dirigen hacia la neguentropía, y hacia el desensamblaje o entropía, en sentido contrario (Bertalanffy, 2015; Wiener, 1948).

Este artículo plantea que la gobernanza global sostenida sobre la estructura institucional multilateral es parcial hoy en día y enfrenta el desafío de la globalización económica y su propensión a ordenar los recursos a su alcance según la prioridad dada a la eficiencia y rentabilidad privada, con lo cual acelera los efectos indeseables de injusticia social, discriminación cultural y destrucción del ecosistema. Lograr empoderar el eje político multilateral, al supeditar bajo su control el dictado de la acumulación ilimitada del capital, viene a ser hoy el mayor reto civilizatorio, en cuanto opción que reconduzca el sistema internacional hacia la neguentropía².

Una vez discutido el reduccionismo en los análisis y propuestas de gobernanza global (1), se ofrece un diagnóstico alternativo del sistema internacional (2), que justifique la regencia política multilateral en la era global contemporánea (3).

2. En física, la entropía es la magnitud termodinámica que indica el grado de desorden molecular de un sistema; en informática, es la medida de la incertidumbre en la información. La neguentropía significa, lo contrario: mayor orden, certidumbre y estabilidad del sistema.

1. LOS ENFOQUES MONÁDICOS Y DIÁDICOS ESTIPULAN DIAGNÓSTICOS LIMITADOS DEL SISTEMA INTERNACIONAL

Como estructura compleja, el sistema internacional congrega tres dimensiones o tres culturas, a saber, la intelectual o científica, la productiva y la valorativa. Ellas ponen de manifiesto las tres inteligencias colectivas de explicación, transformación y disfrute del mundo. A su vez, estas dimensiones están incardinadas a los tres grandes poderes mundiales: el político, el económico y el cultural-religioso. Tal triplicidad no es ni un capricho del investigador ni mera casualidad; al contrario, la realidad es triádica. Las estructuras mentales y sociales triádicas guardan relación con la triplicidad de la energía, según los descubrimientos de la física cuántica³. Bajo el mismo principio de la energía triple, los nucleótidos del ADN también se estructuran en una doble hélice unidas por un segmento que le da forma de escalera y el cerebro humano alberga el triple estrato reptiliano, mamífero y del neocórtex (MacLean, 1973) o cerebro triádico (de Gregori, 2002b).

Cuando en la observación del acontecer social no se detectan las tres fuerzas, ocurren insuficiencias epistemológicas. El reduccionismo en las ciencias sociales atañe a los presupuestos monádicos y diádicos, según sea su meta, el establecimiento de un principio desencadenador de los procesos o el hecho de postular dos elementos en posición antagónica insoluble. El monadismo establece la unicidad, tan propia de la herencia cartesiana, a partir de un yo único incontrovertible, que fue rebatida en diferentes momentos por el método dialéctico y su aplicación al análisis de las clases sociales, el sicoanálisis, la crítica al racionalismo y los proyectos posmodernos,

3. Gell-Mann (1994) comprobó que la existencia de la complejidad fijada sobre esta plataforma triple no es más que la proyección de la energía universal en el despliegue de las partículas subatómica en tripletas que forman enlaces discretos, en posiciones inciertas; de ahí el indeterminismo cuántico.

por Marx, Freud, Marcuse y Lyotard, entre otros autores.

Al contrario del monadismo, que es unilineal, las observaciones dialécticas del complejo internacional proceden por la progresión binaria entre dominadores-dominados, poderosos-subalternos, élites-bases populares, Estado-economía, sujeto-objeto, centro-periferia, mente-cuerpo, poder político-poder popular o bipolaridad-multipolaridad. Los marcos referenciales diádicos patentizan la famosa tensión hegeliana del amo y el esclavo, dos entidades excluyentes y, a la vez, dependientes la una de la otra, cuya oposición o síntesis se resuelve temporalmente en el mutuo reconocimiento de la posición que cada parte ocupa en la relación, síntesis de la que ha de partir una nueva bifurcación y confrontación. El problema con esta perspectiva analítica es que las series binarias dejan por fuera el elemento objeto de la tensión y, asimismo, integrador de las oposiciones, el tercero ausente (Bobbio, 1997), que precisa de ser incluido (de Gregori, sf).

Cuando en la gobernanza se plantea la dupla político-económica, ello sugiere un arreglo entre ambas dimensiones que abandonan su mutuo recelo para dar lugar a una solución colaborativa. El acuerdo opera según los intereses de las partes, y da lugar a la espontánea disposición de los mecanismos y normas de la esfera política desde la interdependencia con la esfera económica. El sistema no acoge ya la anarquía sino reglas innumerables, muchas de ellas ambiguas o contradictorias. En los estudios internacionales más representativos, el arreglo político suele pasar a ser subsidiario de las relaciones económicas, por el principio que el aprovechamiento máximo de los factores se logra por las decisiones racionales de los individuos. Así, mientras en dicha esfera política complementaria realistas y neorrealistas hallan la anarquía, los liberales encuentran un orden resguardado por las instituciones; con defectos, pero salvable siempre por los imperativos humanos de la cooperación internacional (Rosenau, 1995; Nye & Donahue, 2000).

El neorrealismo opone el orden y la seguridad que los ciudadanos disfrutaban en el dominio doméstico de los Estados a la ausencia de autoridad y, por ende, de seguridad en el espacio interestatal. Además, la anarquía externa es contraria también a la jerarquía del ámbito interno de los Estados. No hay opción de una seguridad internacional convenida sino la contención mutua activada por el perfeccionamiento en los medios disuasivos. No hay otro imperativo mayor para el Estado que la preservación por la autoayuda, de forma tal que es inevitable el escalamiento en la capacidad de defensa y ataque, elevada a su máxima expresión en la destrucción mutua asegurada. La producción de bienes y servicios es favorecida por esta competencia por la sobrevivencia y el poder; por ende, los arreglos y la cooperación en los asuntos económicos tienen una función estratégica en manos de los Estados (Waltz, 1979).

Al contrario, allí donde el realismo lee una situación anárquica, los liberales encuentran innumerables acuerdos entre los Estados, en estructuras superiores a ellos en forma de instituciones colectivas, que afirman la tendencia colaborativa sobre la disputa permanente. Para esta línea de pensamiento, sí es posible un orden mundial coordinado, donde los Estados ceden parte de su autonomía para establecer sistemas normativos y estructuras institucionales, a cuya regulación se someten. Esta teoría defiende la primacía de las relaciones de interdependencia compleja (Keohane, 1984), gracias a la cual no hace falta una autoridad política global. Si para los realistas el gobierno mundial es impensable, para los liberales es redundante, porque los acuerdos en un sistema transnacional ya son vinculantes.

La progresión binaria del orden económico, por un lado, y lo político, por el otro, avanza por la tensión entre el orden y la contradicción, el cambio y la continuidad, el crecimiento y la decadencia, las fronteras fijas y las variables, las normas viejas y las nuevas (Rosenau, 1995). Así, ambas escuelas –en referencia al realismo y el liberalismo– operan marcos interpretativos dualistas,

con diferencias sobre la función del Estado en la sociedad, pero donde la estructura económica y su dominio económico no es objeto de cuestionamiento. Los liberales abrigan el *laissez-faire*, la doctrina económica neoclásica de aduanas mermadas o eliminadas, en tanto los neorrealistas optan por el mercantilismo, sin que ninguno contraríe el fundamento valorativo primordial de la economía globalizada.

Esta separación de lo económico y lo político despejó el espacio para instalar el discurso monádico idealizador de la globalización comercial como el modelo de organización de la sociedad mundial. Tal perspectiva sostiene que el movimiento de todas las partes bajo la lógica absoluta del mercado asegura el mejor aprovechamiento del recurso natural y el recurso humano, debido a la competencia entre los actores. Las mediaciones son innecesarias, ya que una superestructura de instituciones alimentaría los intereses burocráticos, elevando los costos de los bienes y servicios.

Los enfoques uni y bidimensionales resultan problemáticos para el constructivismo. Contrario al materialismo realista y el subjetivismo metodológico de los liberales, este paradigma entiende el orden social nacional y el sistema internacional como complejidades plasmadas por las relaciones intersubjetivas, por parte de agentes con sistemas de valores particulares. Los principios, valores, gustos y demás motivaciones constituyen la dimensión ideacional o causa generadora del orden o desorden, la anarquía o la armonía en una realidad en constante transformación; por lo tanto, no cabe preguntar por las causas de las acciones, sino por las razones de los hechos (Ruggie, 1998).

El Estado mismo no es más que un constructo ideal sobre los intercambios sociales, donde los individuos y los grupos establecen relaciones funcionales cuando descubren necesidades e intereses que trascienden las fronteras existentes. Pueden ocurrir, por tanto, percepciones de mutuo interés de tipo transnacional que llevan a regulaciones y relaciones institucionalizadas

entre los grupos; asimismo, las deficiencias de los Estados nacionales en sus respuestas a los cambios alienta la aparición de nuevos actores en el sistema global (Karns & Mingst, 2009). En consecuencia, la gobernanza global está precedida por el contenido ideacional –constituido por la identidad y la cultura–, proyectado de forma individual y colectiva sobre la doble dimensión normativa e instrumental, según el contexto.

El constructivismo da una comprensión más amplia de cómo las instituciones internacionales ayudan a erigir actores, intereses y propósitos sociales, gracias a que destaca la relación intersubjetiva en cualquier esquema de gobernanza global. Más aún, de no ser por esta preocupación teórica, no hubiera entrado en la escena el tercero ausente que reclamamos atrás: la cultura. Tal paradigma supera tanto la dicotomía como el mecanicismo, y establece relaciones orgánicas entre las partes. Las estructuras son primero ideacionales antes de convertirse en relaciones fácticas. Lo real viene a ser la forma como la gente y las instituciones responden a los cambios por medio de la regulación de las prácticas que contribuyen a esos cambios (Lipschutz, 1996, p. 365). Ahora bien, su solución aparece incompleta al privarse de completar la crítica a los paradigmas y los respectivos diagnósticos sociales. Resulta ser entonces un desenlace oscilante, en donde hay tantos diagnósticos de la realidad según los diversos enfoques, pero no se avanza en la discusión de las derivaciones éticas de los marcos interpretativos. El relativismo epistemológico puede conducir así al relativismo moral. Y, si no se logra invalidar la gobernanza económica unidimensional, se pierde la oportunidad de postular la gobernanza global desde el multilateralismo político.

La gobernanza remite al triple desafío teórico que debe resolver la lectura de los hechos, su justa evaluación y la apertura hacia escenarios modificados, según cierta escala valorativa en la que la solidaridad humana futura esté asentada tanto en el reconocimiento del otro como de las nuevas generaciones responsables de extender la

gesta del *homo sapiens* de manera indefinida. Por tanto, es del caso seguir preguntando si estamos ante un sistema internacional tan plano (Friedman, 2006), o hay jerarquías en él, puntos altos y bajos, estructuras concretas de poder. ¿Se trata de un sistema transparente o qué juegos esconde en guerras por agentes supérstites? ¿Cómo se relaciona el triple poder político, económico y cultural a escala global en la edad contemporánea?

2. LA ECONOCRACIA COMO EL DESAFÍO A LA DEMOCRATIZACIÓN DEL SISTEMA INTERNACIONAL

El pensamiento antioficial insufla el examen acucioso de las relaciones de dominio globales. Aparece en su análisis el conflicto histórico entre las clases sociales, las estructuras administrativas y los esquemas ideológicos que amparan el ejercicio del poder. A la luz de la teoría de sistemas, la esfera internacional se aprecia como el conjunto de Estados, instituciones, normas y gestiones mundiales ahora globalizadas, en relaciones de cooperación y conflicto, y en alteración incesante.

En lo sistémico, la transformación procede de las relaciones mutuas, de acuerdo con ciertas reglas, convirtiendo en un nuevo producto la energía de entrada (*input*), que da lugar al efecto de salida: *output*. Determinar la interacción de los agentes o actores, las reglas de juego abiertas o veladas que producen determinados resultados, tendría que ser la meta de un diagnóstico objetivo del sistema internacional actual. Los presupuestos desde los cuales analizar y valorar el sistema corresponden a la triple cultura cognitiva, operativa y emotiva señalada en la sección anterior, base del triple poder político, económico y cultural.

Para determinar el predominio capitalista, importa aclarar cómo desde el comienzo logró disolver los marcos conceptuales opuestos. La apología de la acumulación con la promesa de la recompensa celestial abrazada por el calvinismo potenció el despliegue universal del comercio inglés (Weber, 2010). La ética protestante desplazó

al catolicismo feudal y sus imperios aliados del Mediterráneo. La acumulación privada inglesa sentó así las bases de la revolución industrial y el ascenso del imperio anglosajón. La tregua en la disputa durante el siglo XIX (Gellner, 1983), no fue sino la fase de decantación de las rivalidades imperiales hasta su nueva eclosión en las dos guerras mundiales del siglo XX. En medio de ellas ocurrió la *Gran Transformación*: la mercantilización de todos los bienes y las personas, bajo el imperativo liberal del mercado autorregulado (Polanyi, 2001). La hecatombe europea de 1945 le allanó el camino a la supremacía estadounidense.

Antes de ello, la regulación estatal soviética, en 1917, había contradicho la ley de Say, según la cual toda oferta de trabajo crea su propia demanda. En la posguerra, como medida para contrarrestar el posible entusiasmo colectivo con el comunismo, eje euroestadounidense introdujo las reformas sociales propias del Estado intervencionista. Florecieron los derechos de los trabajadores, el sindicalismo y el derecho de huelga; el Estado tomó la responsabilidad de la educación pública y la atención universal en salud, y se forjó un sistema pensional, sostenido todo ello por políticas de tributación progresiva. El capitalismo se reinventó a sí mismo con las políticas keynesianas y el Estado de bienestar.

Hasta Japón y los Tigres asiáticos lograron su milagro industrial con base en dicho marco conceptual. Sin embargo, el giro político de los años setenta puso en marcha una versión renovada del liberalismo inglés clásico de Smith que incitó la desregulación de los mercados. La revisión teórica de Milton Friedman y la Escuela de Chicago alegó como medida para reactivar la tendencia decreciente de la tasa de ganancia la posibilidad de acrecentar las inversiones con una política fiscal contractiva. Chile y Gran Bretaña fueron los primeros en ensayar desregulaciones sustanciales, una medida extendida pronto a numerosos países, de mano de la banca multilateral. El arraigo neoliberal se aceleró con la disolución soviética, que servía de contrapeso al capitalismo.

Al final del experimento, la globalización, prescrita como inevitable por el neoliberalismo y por la tercera vía del inglés Tony Blair, dejó a individuos y a sociedades enteras incapacitados para controlar una parte importante de su propio destino. Los efectos de la liberalización de los mercados de capitales fueron particularmente desastrosos, porque si un candidato presidencial en un país emergente no era del agrado de Wall Street había suficientes motivos para emprender la estampida del capital extranjero. En la práctica, los votantes tenían que escoger entre complacer la inversión externa o sumirse en una crisis financiera. Aún en los países centrales, se atacan todavía las campañas a favor de la tributación progresiva, la protección social, la salud y la educación pública o el mejoramiento de salarios bajo el argumento de la pérdida de competitividad y caída del empleo (Rodrik, 2011; Stiglitz, 2019).

La crítica al neoliberalismo explica las afinidades y discrepancias entre el capital, el Estado y el trabajo que, en tiempos recientes, evolucionó hacia formas novedosas de apreciación del capital por el aprovechamiento de las capacidades cognitivas o el trabajo intelectual y las oportunidades especulativas que da la era digital. En su versión más reciente, el capitalismo devino ejercicio *financiarizado*, gracias al mecanismo de autopropulsión a partir de la comercialización de los derivados financieros.

El sistema financiero surgió como mediador entre el empresario y el trabajador, facilitando el salario futuro irrigador de la economía por la ampliación del consumo. Dejado a su libre criterio, tomó la vía del abuso. Primero, al generar ganancias desde la información que él mismo produce, sin conexión con los factores productivos reales; segundo, por el mercadeo de seguros, certificados, obligaciones bancarias y derivados financieros segmentados en sus componentes elementales, innovación que convirtió la suma de pequeñas obligaciones en un mercado global de liquidez. Por más prudencia que un gobierno tenga hoy en la regulación de la tasa de interés, sus

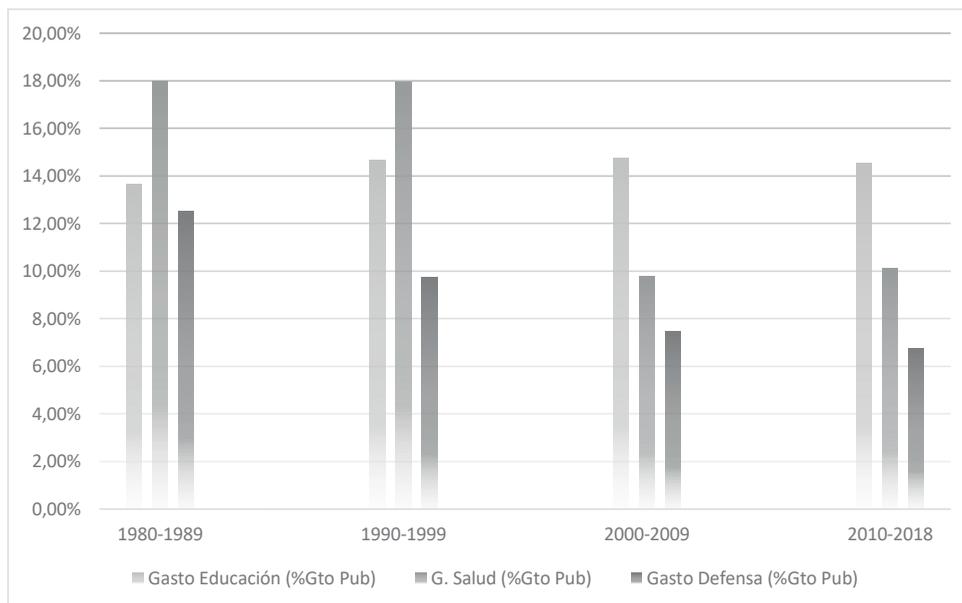
recortes o sus incrementos no se reflejan necesariamente en los créditos privados, que pueden desconocerlos o destruirlos con el propósito de elevar sus respectivas tasas. Estas innovaciones financieras ahogan la capacidad de control monetario doméstico. Y los gobiernos se ven obligados a elevar las tasas de interés para atraer las inversiones, con lo que elevan a su vez sus propias obligaciones crediticias y marchitan la irrigación de crédito al sector productivo, ya que resulta más atractiva la inversión en acciones, propiedad raíz, construcción o tierra. Por el mismo motivo, los gobiernos disminuyen el gasto social, resquebrajando la cohesión social y su propia legitimidad (Aglietta, 1988, pp. 67-85). La gráfica 1 muestra el recorte drástico en salud entre 1990 y 2018.

Pero, la desregulación completa es un sofisma de sus teóricos. El propósito final de la acumulación capitalista requiere la regulación. En la práctica, lo que ocurre es la pérdida de control y soberanía del Estado, que se somete a normas económicas. En el orden doméstico, cada Estado tiene cierta capacidad de organizar el mercado financiero para proteger los derechos de los acreedores y los deudores, con el propósito que los costos de las transacciones, las tasas de interés, plazos y solución de controversias se ejecuten de tal modo que se preserve la vida social. En el orden externo, de manera creciente los gobiernos comprometen los recursos públicos para garantizar la rentabilidad del capital extranjero y garantizar su ingreso en las diversas modalidades de inversión disponibles: acciones, títulos, proyectos productivos y demás.

Se trata de los acuerdos de promoción y protección de inversiones. Son suscritos bajo el *Marco legal para el tratamiento de la inversión extranjera* del Banco Mundial, disponible desde 1992. Asimismo, desde 1995, bajo los lineamientos del GATT – predecesor de la OMC–, los Estados suscriben los acuerdos TRIM⁴ para atraer inversiones hacia sus proyectos industriales. Contemplan

4. Trade-Related Investment Measures.

Gráfica 1. Mercado financiero respecto a PIB mundial, 1990-2018



Elaboración propia. Fuente: Banco Mundial

ellas los contenidos de insumo local en los productos y las reglas sobre comercio, con el objeto de ampliar el desempeño de las empresas extranjeras y facilitar el funcionamiento de las cadenas de producción global. En su más reciente modalidad, los BITS⁵ están incorporados en los tratados con provisiones sobre la inversión, TIPS⁶. Estos acuerdos suelen incluir cláusulas de solución de disputas bajo los auspicios del Centro de solución de disputas del Banco Mundial.

Es lógico que los acuerdos internacionales de promoción y protección de inversiones creen tensiones legales entre la soberanía del Estado y los intereses privados externos (Guinard, 2017, p. 115). Al final de cuentas, el regimen vinculante de la protección legal y la promoción de la inversión externa se impone por encima de los Estados para facilitar el libre movimiento del capital (Schneiderman (2004).

Más allá de las garantías a la obtención de la rentabilidad esperada, los inversionistas internos y externos son premiados con las exenciones impositivas. En la medida que el capital se mueve por el mundo, se hace más difícil aplicarle impuestos. Los gobiernos tienen que recurrir al drenaje de sectores cautivos como el consumo y el trabajo. De hecho, la tributación corporativa ha descendido en todas las economías avanzadas a la mitad desde los años ochenta. No es diferente en el caso de las economías en desarrollo. Por esa razón, la carga impositiva sobre el trabajo y los cargos para la seguridad se mantiene constante, mientras el IVA aumentó en todas partes (Rodrik, 2011).

Disminuidos los ingresos aduaneros y la imposición al capital privado, al día de hoy, la bola de nieve de las acreencias internacionales y domésticas es causada en gran medida por los Estados que financian con títulos sus deficits presupuestales. En cuanto recurren al crédito público y privado extranjero, quedan supeditados a

5. Bilateral investment treaties.

6. Treaties with investment provisions.

las reglas financieras universales. Allí, se encuentran los proveedores multilaterales, donde sobresalen el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, con sus respectivas condicionalidades, y la banca privada y estatal que adquiere los bonos gubernamentales. La coordinación monetaria multiestatal está a cargo del Comité de Basilea⁷, constituido por los bancos centrales de sesenta países. También tiene funciones crediticias, con el fin de sostener la estabilidad financiera global.

Existe, por lo tanto, una doble contradicción en la narrativa de libertad bajo el neoliberalismo. Por una parte, la desregulación financiera y comercial lleva a la pérdida de soberanía del Estado y a su sometimiento al reglamento financiero público y privado internacional. Por otra parte, el resentimiento y movilización popular por la pérdida de beneficios insta al robustecimiento de los medios de represión y control social. De hecho, los presupuestos en inteligencia y control social se multiplican. En vez de encogerse, el Estado trastoca su orientación previa de agente de bienestar por el rol represivo; pasa de Estado benefactor a Estado policivo. El sacrificio del programa social del Estado, como financiador de la educación pública, la salud, sistemas de transporte y otros bienes públicos contrasta ahora con la extensión de funciones de seguimiento y control ciudadano con el uso intensivo de nuevas tecnologías y el incremento en la inversión en defensa.

Bajo tales condiciones arreceja la tendencia del poder económico a presidir el intercambio global. Esta econocracia (de Gregori, 2015) maniobra el sistema internacional y dispone sus diversos componentes hacia el objetivo final de la acumulación infinita. Neutralizados por el poder financiero, el poder político y el poder cultural terminan doblegados. En el orden político, los Estados que no se prestan a la desregulación interna, que significa sometimiento a los caprichos de los inversionistas extranjeros, van a la

ruina y al descrédito. Las decisiones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) no sobrepasan, con frecuencia, el nivel declarativo. En la esfera cultural, los reparos éticos al arribo avasallador ecológico y social de los megaproyectos o a la extorsión al Estado se los descalifica por retrógrados y hasta terroristas.

Esta capacidad de sometimiento del poder político y cultural por parte del poder financiero viene a ser la versión nueva del imperialismo (Karatani, 2014). Es la estructura emergente en el corazón de la globalización, cuyo carácter autorreferencial no puede ser reducido a la suma de las transacciones, sino que es la evolución de su propia capacidad transformadora (Willke, 2007). El poder mundial financiero revela, entonces, el carácter econocrático del sistema internacional contemporáneo (de Gregori, 2015). Redireccionarlo desde el poder político global viene a ser el desafío de fondo de la edad presente.

3. HACIA UN ORDEN GLOBAL CON EMPODERAMIENTO POLÍTICO MULTILATERAL

Tanto desde la perspectiva ambiental como de la social, son cada vez más desesperados los llamados a corregir la implosión del sistema internacional. La entropía se acelera en contravía a una mejor vida para todos. El marginamiento de países y comunidades completas dentro de ciertos países es un fenómeno derivado del modelo productivo y distributivo que rige al mundo. Un tipo de explotación política, económica y cultural que reclama el máximo rendimiento privado, con la mínima –cuando no nula– responsabilidad por los efectos secundarios. Hay tanta insensibilidad como torpeza en esta cosmovisión.

El inmenso contraste en la apropiación por parte de una ínfima minoría de personas de los bienes y servicios que producimos colectivamente se apuntaló en un tiempo muy breve a ojos vista, ante una comunidad internacional impasible. Un sistema tan injusto, donde los superricos pagan menos

7. BCBS: Basel Committee on Banking Supervision.

impuestos que sus secretarías lleva a Saez y Zucman (2019) a preguntar en qué momento sucedió todo esto y dónde estaban los dirigentes políticos que permitieron semejante situación. Después de tan penoso tránsito hacia unas reglas de inclusión social, de respeto de los derechos humanos y cuidado del medio ambiente, haber arribado a un estado de postración de miles de millones de personas es una verdadera vergüenza mundial.

El desafío implica hacer más efectivas las instituciones existentes y crear nuevas estructuras, según los requerimientos de la gobernanza global (Beeson, 2019). Hace falta, por tanto, un trabajo mancomunado de liderazgo institucional multilateral, de las instancias regionales, los Estados y las organizaciones de la sociedad civil. Estas últimas de manera consistente llaman la atención sobre las acciones a poner en marcha, sin suficiente eco. Cualquier esfuerzo por cambiar el mundo a favor de lo deseable, tiene que tomar en cuenta esa realidad política.

En lo básico, tres principales barreras interfieren las acciones contra la entropía internacional. Ellas guardan relación con la manera de explicar el mundo, los mecanismos de administración y control, y la baja oferta de alternativas fácticas de convivencia humana. En primer término, hallamos el triple efecto del conflicto de las interpretaciones en un ejercicio de deliberación incipiente. Por un lado, en años recientes, la búsqueda de consensos sobre los cuales se han de tomar las mejores decisiones y los compromisos vinculantes (Eriksen, 2007) ha sido obstruida y sabotada por el *negacionismo*,⁸ sustentador del populismo nacionalista. Dicha visión regresiva adopta una posición cínica para no reconocer que la exacción presente del trabajo y el recurso natural no garantiza la producción de

riqueza a mediano y largo plazo. Por el otro, aparece que la subordinación a los intereses particulares de las élites rentistas va en contravía de la democracia y la dignidad de las personas, a quienes les resultan bloqueados sus planes de realización humana integral. Asimismo, está la insolencia oficial, porque es una aberración moral sacrificar las condiciones favorables de autorrealización de las generaciones futuras para satisfacer el apetito desmesurado de las generaciones actuales.

La segunda barrera tiene que ver con el déficit institucional y su dispersión global. Es que los mecanismos de rendición de cuentas sobre las responsabilidades mundiales son precarios o inexistentes. De igual manera, las entidades multilaterales se refugian en estancos, sin la coordinación y concatenación necesaria como parte de una estructura multilateral legitimada y eficiente. Para empezar, es preciso enjuiciar de manera más decidida a gobernantes y empresarios responsables de la especulación y la extorsión financiera, la corrupción internacional y los crímenes ambientales, del mismo modo como se pudo poner en marcha el Estatuto de Roma contra los genocidios, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra y agresión.

El debate que favorece los principios de la tolerancia, el respeto a los derechos humanos, la justicia universal y las libertades de pensamiento y expresión ha de continuar, pero requiere la presión social a través de la protesta colectiva y la movilización. Sin lugar a dudas, un papel activo de la sociedad civil en la democratización de la estructura multilateral (Aksu & Camilleri, 2002; Cooper, et al, 2002) es imprescindible.

En tercer término, las asociaciones locales, las organizaciones de productores orgánicos, las entidades ocupadas en el arreglo pacífico de las controversias, la vida campesina organizada y todas las iniciativas de empoderamiento popular –orientado a la defensa de la vida comunitaria y al uso óptimo de los recursos naturales– suelen carecer de financiación, apoyo político y visibilidad. El poder arrollador de las corporaciones y sus

8. Actitud de desconocer de manera sistemática eventos comprobados por la ciencia respecto a la alteración de clima, los efectos del *fracking* en la salud humana y el medio ambiente, las consecuencias negativas de la dieta industrial sobre la salud humana, la existencia de conflictos en ciertas sociedades y otros tópicos característicos de la vida contemporánea.

cadena global de producción hacen cada vez más obsoletas las formas tradicionales de producción alimentaria, vestido, vivienda y equipamiento.

Ahora bien, es cierto que existe una apreciación monádica del mundo que se apega al pasado con nostalgia. Otra abraza el conformismo, según el cual la humanidad ha sufrido tantas guerras y catástrofes que esta no será la última y, así como superó grandes retos en el pasado, del mismo modo sorteará las adversidades presentes. A su entender, el mundo seguirá adelante en medio de las dificultades. Es este un consuelo pragmático, pero el conformismo sería el primer paso de la derrota.

Entre la nostalgia y el cinismo se encuentra la alternativa antioficial positiva, que evalúa la situación presente y ofrece alternativas hacia el futuro. Opera con los criterios de la solidaridad y la fraternidad, de donde parten los objetivos de eliminar la afectación a la riqueza natural y establecer las condiciones más favorables para la realización de la comunidad humana actual y futura. En vez de destruir o privatizar, importa, más bien, ampliar la base de bienes comunes y públicos globales⁹. Solo bajo esa inspiración, el sistema internacional tendría la posibilidad de recobrar la trayectoria neguentrópica de humanización plena del *homo sapiens*.

Hay varias líneas de propuestas de cambios en el sistema internacional sobre la mesa. Un primer grupo prevé corregir el malestar social por medio del empoderamiento de las instituciones económicas multilaterales, con medidas vinculantes y de forzosa aplicación en los países. Es un capitalismo remozado que parte de acuerdos comerciales legitimadores de la economía mundial ante la opinión pública, en vez de complacer solo los

intereses corporativos. De este modo, se puede priorizar la tributación corporativa por encima de la política de protección de patentes, atender el mejoramiento de los estándares laborales más que los tribunales a favor de los inversionistas y elevar la regulación en vez de disminuir los controles en frontera. No es buscar menos globalización sino distribuir mejor las pérdidas y ganancias entre los países, y procurar, así, una globalización sostenible, en la medida que ha de estar soportada sobre el consenso social (Rodrik, 2017). De ese modo, no sería demasiado tarde para crear un capitalismo progresista, que restablezca la prosperidad, con base en la innovación, sin el poder del monopolio y la explotación excesiva del trabajo (Stiglitz, 2019).

Dicha propuesta porta una solución parcial, propia del subgrupo oscilante. Primero, se detiene en reglamentar una de las caras del capital internacional; aquel vinculado a la industria y al comercio, sin ubicar y modificar el comportamiento del capital financiero en su conjunto; segundo, no establece las reglas para el empoderamiento político de gobiernos y ciudadanos en una globalización con sentido humano y ambiental, bajo la función limitada de la banca multilateral y privada.

Una segunda línea de soluciones reconoce el recogimiento de la figura estatal y realza la integración regional. La gobernanza global corresponde a acuerdos entre los bloques regionales. La estructura multilateral la han de tejer las organizaciones regionales, por lo cual salta a la vista la importancia de fortalecer la integración europea, en espera que la competencia entre Estados Unidos y China, afectada por la defensa de sus soberanías, transite hacia una etapa más colaborativa de ambos con las instituciones globales. Por lo tanto, Europa tendría que ahondar su compromiso de ofrecer medidas más efectivas al cambio climático, las epidemias, los Estados fallidos y la proliferación nuclear, asuntos medulares que requieren la atención mundial (Saxer, 2009). La gobernanza global estaría dada por los acuerdos interregionales, a partir de procesos de integración sólidos.

9. Bienes comunes: figura intermedia entre los bienes públicos y los bienes privados. Cuando el Estado interviene la propiedad privada suele haber indemnización, lo que no ocurre con los bienes comunes o públicos; cuando la autoridad pública traslada al sector privado los bienes de propiedad colectiva se los privatiza (Mattei, 2011).

Es innegable que la Unión Europea sobresale en el ámbito internacional por haber llevado a cabo, hasta ahora, la integración regional más profunda. Como en ningún otro lado, allí fueron eliminadas las fronteras al capital, los bienes y el trabajo; los ciudadanos participan en las elecciones de sus representantes en el espacio político común y se impusieron estándares de vanguardia en libertades públicas y respeto de los derechos humanos. En estos aspectos, la Unión cumple una función pionera de concertación entre los Estados y la construcción del multilateralismo. Al mismo tiempo, sus limitaciones no se deben pasar por alto. Los principales retos que tiene la Unión hacia el futuro se concentran en la autonomía y la identidad política, por el enorme contraste entre la integración comercial, industrial y financiera y la fragmentación política que hizo inviable ratificar la constitución comunitaria, en Maastricht, en 2005.

Al déficit de integración política se suma la recortada independencia económica y estratégica. Este espacio, aunque unificado no es autónomo. Ocurren las anulaciones de gestión por parte de entidades globales en las medidas de rescate de ciertos países. Tal fue el caso de la reestructuración convenida por Grecia con el Fondo Monetario Internacional, que marginó al Banco Central Europeo. Los mecanismos de toma de decisiones y la representación de los países pequeños en la dirección del Banco o en su Consejo Asesor están lejos de las prácticas democráticas y la transparencia. Y en el dominio de la defensa, sobrevive la alianza de la guerra fría en la OTAN¹⁰, de manera que la injerencia de Estados Unidos es constante. En la práctica, la seguridad europea sigue condicionada a los intereses estratégicos de Washington.

Una tercera línea programática de la gobernanza global también toma en cuenta las falencias de los Estados nacionales, pero se aleja de las estructuras regionales y vislumbra, en cambio, la composición de una

federación mundial. Aquí el énfasis se pone en la calidad democrática de un gobierno que ha de reunir las voces y los intereses de la comunidad internacional a través, en primera instancia, de los Estados nacionales y, en segundo término, de las organizaciones internacionales de la sociedad civil. Se plantea, así, el establecimiento de una república federativa mundial sobre la base normativa que acuerden los Estados y los poderes públicos, con participación popular y con plena sujeción al respeto a derechos humanos (Höffe, 2015).

Ahora bien, estas propuestas posmodernas diluyen tanto la figura del Estado que este pierde su función estructural de mediador entre los asuntos globales y los locales y su papel asociativo en las organizaciones de la integración regional. Patético, también, es este razonamiento en Karatani (2008), quien elimina los intermediarios de las relaciones directas y de reciprocidad entre productores y consumidores, en forma de *república* mundial regentada por la ONU, que sustituye a la triada capitalismo-nación-Estado.

Una cuarta línea, la aquí referida, plantea la necesidad de renovar la estructura multilateral o el soporte institucional del sistema internacional. Anticipa una estructura normativa y administrativa universal que agencie el acuerdo interregional e interestatal, con protagonismo de los actores no estatales. Esto es que la administración global funge como fijadora de los principios universales de la cooperación humana y como recurso de última instancia a los asuntos de gobernanza no resueltos en la esfera local o regional.

Se trata de un reposicionamiento y no de una innovación total que pretenda partir de cero. La familia humana ha trasegado tragedias de las que aprendió lecciones portentosas. Las más importantes fueron las disputas por el dominio mundial que condujeron a las dos grandes conflagraciones del siglo XX. La prueba terrible de las dos guerras dio lugar a la concertación entre las potencias y a la creación de la Liga de las Naciones en 1918 y la ONU, en 1945.

10. Organización del Tratado del Atlántico Norte. Fundada en 1954, la integran 29 miembros de ambos lados del Atlántico.

La segunda gran conflagración del siglo XX dejó el legado de la ONU, creada con el propósito de extirpar la maldición de la guerra. En efecto, el enfrentamiento directo entre las superpotencias se detuvo, lo cual no significó el fin de las guerras, ya que, de una parte, el enfrentamiento continuó con las guerras *proxis*, por medio de las cuales se utilizaron agentes, países y escenarios remotos en la disputa. Ello ocurrió durante la Guerra Fría y por los medios convencionales. Por otra parte, la carrera armamentista siguió su curso, y sólo la capacidad atómica se interpuso como inhibidor principal de la guerra entre ciertos países. Asimismo, los objetivos de su agenda más reciente, como lo es la ambiental, no se cumplen, porque continúan sin freno la destrucción de la biodiversidad terrestre y marítima, y la polución.

En medio de estas dificultades, no se debe olvidar que los principios fundadores de la Organización siguen vigentes: i) mantener la paz y la seguridad internacionales, suprimir los actos de agresión y propender por la solución pacífica de los conflictos; ii) propiciar la amistad, mediante el respeto a la igualdad de derechos y la libre autodeterminación de los pueblos; iii) animar la cooperación internacional económica, social, cultural y humanitaria, “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Ellos son su razón de ser y la razón suficiente para insistir en un *multilateralismo robusto* (Narlikar, 2020).

Respecto a su misión, la ONU ha cumplido con la preservación de la paz en algunos lugares puntuales, a donde ha desplazado las misiones aprobadas por el Consejo de Seguridad. Su agenda asumió la problemática social mundial y el liderazgo de la defensa de los derechos humanos. En su fase más reciente enarboló la bandera ambiental; sin embargo, sus capacidades para administrar la crisis creada por la globalización económica siguen estancadas, con solicitudes de la Asamblea General a tomar medidas de protección a los países vulnerables que no tienen efecto alguno sobre las entidades financieras y sobre las decisiones de tribunales en los países

centrales. El caso de la deuda externa de los países en desarrollo por décadas aunó las voces de esos países en el G 77, donde se promovió la resolución 70/1 con nuevos principios de restructuración de la deuda externa: soberanía, buena fe, transparencia, imparcialidad, trato equitativo, inmunidad soberana, legitimidad, sostenibilidad, restructuración mayoritaria¹¹. Pero, no hay una fórmula práctica que vincule a los acreedores.

Queda al descubierto, así, el núcleo del asunto. Es que el problema de fondo es el diseño de la ONU, dado que el sistema internacional de posguerra fue instaurado como una estructura bicéfala y contradictoria. En efecto, la dimensión política fue construida por las potencias ganadoras de la guerra y albergó los intereses de los dos bloques capitalista y comunista; pero, el componente económico quedó al margen de la negociación y fue impuesto por Estados Unidos, bajo las condiciones que facilitarían su ejercicio hegemónico militar, económico y político sobre gran parte del mundo. No fue un orden ratificado por todos los Estados independientes del momento; pero, de ahí a considerar la ONU irrelevante y obsoleta es un disparate. Sobrevivir, en medio de sus defectos y limitaciones, es de por sí un logro, y representa la base sobre la cual se han de seguir los acuerdos de la comunidad mundial.

El poder político contradice la econocracia. El sistema financiero-productivo unidimensional no es sostenible en el largo plazo. Llevado por su propio impulso compromete sin reservas el capital público global y los bienes comunes planetarios, en la proyección hacia la maximización de la renta en plazos cada vez más cortos. La orientación política y cultural de la humanidad, en cambio, se dirige al mediano y largo plazo; la apreciación arrea el tiempo de retorno para obtener el rendimiento en cuestión de segundos; el horizonte de la preservación de la vida en

11. Se refiere a que si en un arreglo, la mayoría de los países acreedores lo aprueba, no pueda ser impedida su aplicación por el voto de la minoría de esos acreedores.

el planeta y los valores de la convivencia humana se proyectan siglos adelante. En virtud del pronóstico contradictorio, en la valoración favorable del largo plazo encontramos un primer elemento a favor de la regulación económica global desde el multilateralismo político.

En este sentido, el empoderamiento de la ONU significa avanzar en el control del poder

económico mundial, para tener la capacidad de administrar la riqueza global, empezando por el capital financiero. No proyecta un gobierno unilateral, ni es una réplica del ejecutivo estatal; el nivel multilateral hace referencia a la estructura colectiva abarcadora de los arreglos bilaterales y regionales, conformada por los Estados y la vocería de la sociedad civil y religiosa. Constituye ella la dimensión reguladora de la

Gráfica 2. Propuesta de reforma de ONU



Fuente: Elaboración propia.

seguridad política y los derechos humanos, de los derechos económicos-ambientales y los derechos culturales y religiosos.

De conformidad con sus principios, la ONU amerita una reingeniería que moldee su estructura como institución determinante de la gobernanza global. En primer lugar, la legitimidad la sigue aportando la Asamblea General, foro deliberativo por excelencia

de la comunidad internacional, con la participación de los gobiernos, las ONG, los gremios y la sociedad civil (Ver Gráfica 2).

En segundo lugar, su eficacia, eficiencia y legitimidad han de provenir del establecimiento del triple cuerpo ejecutivo constituido por los tres consejos: Paz y Desarme, Económico, Social y Ambiental, y Cultural y Ecuménico.

A. El Consejo de Paz y Desarme comporta, entre otras, las responsabilidades siguientes:

1) Administrar la coexistencia pacífica entre los Estados. Este objetivo está recogido en los cinco principios, suscritos por China e India, en 1954, con el ánimo de calmar su contienda fronteriza, fueron adoptados por el Movimiento de los Países no Alineados y son piedra angular de la paz mundial. Ellos consignan: i) el respeto mutuo a la integridad y la soberanía del otro, ii) no agresión mutua, iii) no interferencia mutua en los asuntos internos del otro, iv) igualdad y mutuo beneficio, v) coexistencia pacífica.

2) Administrar el Plan de Eliminación del Armamento Atómico y la Prohibición de Ensayos Nucleares Militares. Los países solo tendrán derecho a armamento defensivo convencional mínimo durante la fase de transición hacia el desarme completo. Se llevará a cabo el registro de los arsenales, en coordinación con las organizaciones de cooperación e integración regional.

3) Intervenir, mediante misiones de paz en las zonas de conflicto armado entre los Estados, donde las acciones de las organizaciones regionales han sido insuficientes.

4) Establecer planes de reconstrucción institucional de los países que han sufrido guerras intestinas, en concordancia con las estrategias aplicadas por las organizaciones regionales. Preservar la transparencia administrativa y el libre ejercicio de los derechos ciudadanos

5) Lo anterior en acción mancomunada con las organizaciones regionales y las ONG de cobertura mundial.

6) Preservar las condiciones del cosmopolitismo universal, las libertades ciudadanas y la información veraz.

B. Consejo Económico, Social y Ambiental:

1) Establecer, en conjunto con las organizaciones regionales, la seguridad alimentaria mundial, salud y educación universales.

2) Coordinar la investigación científica en asuntos de salud humana, producción y rescate y preservación ambiental.

3) Establecer los parámetros laborales mundiales.

4) Establecer los parámetros y vigilar la tributación universal progresiva, en conjunto con las organizaciones regionales. Implica la transparencia en las transacciones financieras y el levantamiento del secreto bancario de los paraísos fiscales.

5) Establecer el Plan de Solución de la Deuda de los Estados.

6) Establecer con las organizaciones regionales y los Estados los planes de recuperación y restauración ecosistémica. Administrar la transición a la economía de emisiones cero.

7) Supervisar con las organizaciones regionales el ingreso básico universal.

8) Garantizar la libertad económica, mediante políticas contra el monopolio y el oligopolio.

9) Establecer el Plan Mundial de Control de los Estupefacientes.

10) Preservar las condiciones de la equidad universal.

C. Consejo Cultural y Ecuménico:

1) Supervisar los planes regionales y estatales para la promoción de las actividades artísticas y lúdicas.

2) Establecer y supervisar los planes regionales y estatales para la preservación de la diversidad de lenguas y manifestaciones de identidad de las

minorías. El Consejo integra para tal fin a Unesco y su red de oficinas y programas.

- 3) Identificar y apoyar la preservación de los lugares, monumentos y agentes valorados como patrimonio cultural de la humanidad.
- 4) Dirigir el Foro Ecuménico Mundial.
- 5) Orientar los programas de felicidad mundial.
- 6) Preservar las condiciones de la fraternidad universal

En tercer lugar, las cortes internacionales corresponden al órgano judicial mundial. Son los jueces de última instancia. Estos tribunales dirimen los conflictos entre los Estados y juzgan los incumplimientos de los mandatos de los Consejos internacionales. En el orden político, de seguridad y desarme se hallan en vigor la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional. Hace falta crear la Corte Internacional de Desarme que resuelva los conflictos en la agenda de desmonte del arsenal atómico y convencional ofensivo. Cada país tiene derecho a la posesión de un arsenal mínimo, ya que el resto de su seguridad depende de las fuerzas regionales y la ONU.

La Corte Económica Internacional juzga las actividades de oligopolio, monopolio y el ocultamiento de fortunas en los paraísos fiscales, así como la corrupción internacional, cuando no alcanzan a ser resueltas por las instancias nacionales y regionales, o especializadas como el Tribunal Administrativo de la OECD, el Banco Internacional de Pagos y el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea¹². La Corte Internacional Ambiental juzga gobiernos, empresas o individuos responsables de crímenes contra el ecosistema; y, la Social juzga los responsables de la acumulación extrema de riqueza y pobreza.

12. Organización económica para la cooperación y el desarrollo fue creada en 1961, tiene 29 países miembros; El BIS (por su nombre en inglés) fue fundado en 1930 y reúne a 60 bancos centrales. El BCBS, por su sigla en inglés, se inauguró en 1960; cuenta con 45 miembros.

La Corte Cultural y Ecuménica Internacional juzga las políticas y medidas públicas y privadas de contravención a la tolerancia religiosa, y dirime los conflictos sobre la soberanía de los bienes culturales, cuando no hallan solución en las organizaciones regionales.

En cuarto lugar, las organizaciones regionales y subregionales cumplen la función mediadora que articula los Estados con los parámetros universales y alienta los consensos parciales hacia los grandes acuerdos de interés mundial aprobados en la ONU. Queda establecida, de este modo, una estructura de gobernanza global piramidal pero no elitista ni autoritaria. En la base opera la comunidad mundial; en el nivel intermedio, los Estados, las organizaciones regionales y otras entidades especializadas; en el nivel superior la triada ejecutiva, legislativa y judicial multilateral.

Tomando la teoría constructivista en su sentido más positivo, nada de las reformas se lograrán sin la presión y presencia de la sociedad mundial. A la luz de dicho enfoque, la política internacional queda forjada por ideas persuasivas, valores compartidos, cultura e identidades sociales; es decir, las estructuras cognitivas plasmadas en una realidad que construyen y a la cual le dan sentido (Adler, 1997). Pero, la deliberación que conduce a los consensos va en el doble sentido ascendente desde las organizaciones locales, estatales, regionales y globales y descendente desde el nivel multilateral hasta las comunidades locales.

CONCLUSIONES

La gobernanza global se refiere a la conducción concertada del sistema internacional por parte de sus múltiples componentes. De la diversidad de fuerzas en juego, aquellas relativas al conocimiento, la creación de riqueza y las representaciones espirituales tienen significación especial, por cuanto alrededor de ellas se han estructurado los poderes más relevantes. En las civilizaciones antiguas, un ordenamiento religioso y metafísico ideal impuso las condiciones a la organización política y la

gestión transformadora de la naturaleza. Con el advenimiento del capitalismo, el nuevo afán de ganancia y acumulación tomó el direccionamiento de las sociedades hacia el beneficio privado; esto es, puso a su servicio la institucionalidad política, la geopolítica y el sistema de valores. La resistencia mundial a la econocracia o dominio económico es una de las facetas más sugestivas para en el estudio de la edad global presente.

Las movilizaciones sociales que arrieron desde la llegada del siglo XXI dan cuenta de la crisis del sistema internacional. Exclusión, discriminación, destrucción generalizada del ecosistema son sus manifestaciones más apremiantes; sin embargo, los diagnósticos corrientes suelen desconocer toda la incidencia de la estrategia productiva en el sistema, que empeora cada día su carrera entrópica.

Las limitaciones de los enfoques valorativos monádicos y diádicos en el diagnóstico afectan, al mismo tiempo, el marco de las soluciones posibles. Un panorama completo derivado del enfoque triádico no solo explica el entrelazamiento del triple poder económico, político y cultural, sino que despeja de mejor manera el horizonte programático. El ordenamiento global a sustituir está presidido por el poder económico, como oficial negativo; el poder

cultural es el antioficial y el poder político el oscilante.

La perspectiva triádica justica el empoderamiento de las instituciones políticas multilaterales como subgrupo oficial positivo. La reforma en la gobernanza global no es una tarea inédita, sino la necesidad de terminar de construir el esfuerzo vertido desde 1945 en la creación de acuerdos vinculantes alrededor de la ONU. Su rediseño comprende la administración de las decisiones de la Asamblea General en los tres consejos de Paz y Desarme, de Asuntos Económicos, Sociales y Ambientales, y el Consejo Cultural y Ecuménico. La Asamblea encarna el legislativo mundial, los consejos al ejecutivo; en tanto los tribunales o cortes internacionales componen el Poder Judicial. Se advierte con facilidad la importancia de instrumentos coercitivos globales como jueces de última instancia en los asuntos económicos, ambientales y culturales.

El empoderamiento político multilateral conecta el poder popular en escala ascendente a través de los Estados y las organizaciones regionales como instancias mediadoras con las políticas globales. A su vez, son las cadenas de transmisión para la aplicación de la normatividad universal provista por los acuerdos en la esfera multilateral.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Adler, E. (1997). "Seizing the middle ground". *European Journal of International Relations* 3, pp. 319-363.
- » Aglietta, M. (1998). "Capitalism at the turn of the century: Regulation theory and the challenge of social change". *New Left Review* 232, pp. 41-90.
- » Aksu, E. & J. Camilleri (2002). *Democratizing Global Governance*. London: Palgrave Macmillan.
- » Beeson, M. (28 de mayo de 2019). Global Governance in the Twenty First Century. Obtenido de <https://www.macmillanihe.com/blog/post/global-governance-mark-beeson/>
- » Bertalanffy, L. V. (2015). *Teoría general de los sistemas. Fundamentos, desarrollo y aplicaciones*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- » Bobbio, N. (1997). *El tercero ausente*. Madrid: Cátedra.
- » Clarke, J. & G. Edwards (eds). (2004). *Global Governance in the Twenty-first Century*. London: Palgrave Macmillan.

- » Cooper, A., A. English & R. Thakur (eds). (2002). *Enhancing Global Governance: Towards a New Diplomacy?* Tokyo: United Nations University Press.
- » Cox, R. (1981). "Global Governance from the Bottom Up". *Millennium 10* (2), pp. 136-155.
- » Eriksen, T. (2007). *Globalization. The Key Concepts*. Oxford: Berg.
- » Friedman, T. (2006). *The world is flat: a brief history of the twenty-first century*. New York: Farrar, Strauss & Giroux.
- » Gell-Mann, M. (1994). *The Quark and the Jaguar. Adventures in the Simple and the Complex*. New York: H. W. Freeman.
- » Gellner, E. (1983). *Nations and Nationalism*. Oxford: Blackwell.
- » Glăveanu, V. P. (2015). "The Status of the Social in Creativity Studies and the Pitfalls of Dichotomic Thinking". *Creativity 2* (1), pp. 102-119.
- » de Gregori, W. (2002a). *Capital intelectual. Administración sistémica. Manual de juegos de cooperación y competencia*. Bogotá: McGraw Hill.
- » de Gregori, W. (2002b). *Construcción familiar-escolar de los 3 cerebros*. Bogotá: Kimpres.
- » de Gregori, W. (2005). Proportionality. Manifiesto for the Triune Reality Show of the World. Obtenido de https://books.google.com.co/books?id=4b5ODwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- » de Gregori, W. (2011). *Manifiesto de la proporcionalidad con democracia directa*. Raleigh, N. C.: Lulu Enterprises.
- » de Gregori, W. (2015). Gramática del dinero para principiantes. De la economía monádica al oficialismo judeo-anglo-americano. Obtenido de https://books.google.com.co/books?id=nFweCwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- » de Gregori, W. (sf). Neuroeducación para el éxito. Obtenido de https://kupdf.net/queue/neuroeducaci-oacute-n-para-el-eacute-xito-gr-eacute-gori_58f52cc7dc0d605b34da984f_pdf?queue_id=-1&x=1579613779&z=MTg2LjE1NC4xMTkuNTk=
- » Höffe, O. (2015). *Justicia. Una introducción filosófica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- » Ichazo, Ó. (1982). *Between metaphysics and protoanalysis: a theory for analyzing the human psyche*. New York: Arica Institute.
- » Jörg, K., K. Hofmann, R. Bernbeck, L. Grodzdanova, F. Longo, U. Peter, S. Schreiber & F. Wiedemann (2016). "The Triangles of Knowledge, Space and Identity in Ancient Civilizations and in the Study of Antiquity". *ETopoi 6*, pp. 349-388.
- » Karatani, K. (2008). "Beyond Capital-Nation-State". *Rethinking Marxism. A Journal of Economics, Culture & Society 20* (4), pp. 569-595.
- » Karatani, K. (2014). *The Structure of World History: From Modes of Production to Modes of Exchange*. Durham: Duke University Press.
- » Karns, M. & K. Mingst. (2009). *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*. Boulder, Co: Lynne-Rienner Publishers.
- » Keohane, R. (1984). *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Poli-*

tical Economy. Princeton: Princeton University Press.

- » Lefebvre, H. (1991). *The production of space*. Oxford: Blackwell.
- » Lipschutz, R. &. (1996). *Global Civil Society and Global Environmental Governance: The Politics of Nature from Place to Planet*. New York: SUNY University Press.
- » MacLean, P. (1973). "A triune concept of the brain and behavior". En Boag T. & D. Campbell. *The Hincks Memorial Lectures* (pp. 6-66). Toronto: University of Toronto Press.
- » Mattei, U. (Diciembre de 2011). "Una constitución de los bienes comunes". *Le Monde Diplomatique. Le Dipló*, 10-11.
- » Narlikar, A. (23 de enero de 2020). The malaise of multilateralism and how to manage it. Obtenido de <https://www.orfonline.org/expert-speak/the-malaise-of-multilateralism-and-how-to-manage-it/>
- » Nye Joseph y J. D. Donahue (eds). (2000). *Governance in a Globalizing World*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press.
- » Polanyi, K. ((1944) 2001). *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*. Boston: Beacon Press.
- » Rodrik, D. (2011). *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*. New York: W. W. Norton & Company.
- » Rodrik, D. (12 de diciembre de 2017). The Great Globalisation Lie. Obtenido de <https://www.prospectmagazine.co.uk/magazine/the-great-globalisation-lie-economics-finance-trump-brexit>
- » Rosenau, J. (1995). "Governance in the Twenty-first Century". *Global Governance* 1 (1), pp. 13-43.
- » Ruggie, J. (1998). *Constructing the World Polity. Essays on International Institutionalism*. New York: Routledge.
- » Saez, E. & G. Zucman (2019). *The Triumph of Injustice: How the Rich Dodge Taxes and How to Make Them Pay*. New York: W W Norton.
- » Saxer, M. (2009). "The Comeback of Global Governance. Ways out of the crisis of multilateral structures". *FES Briefing Paper, No. 4*, pp. 1-11.
- » Schneiderman, D. (2004). "Globalisation, Governance, and Investment Rules" . En Clarke, J. & G. Edwards (eds), *Global Governance in the Twenty-first Century* (67-91). London: Palgrave Macmillan.
- » Soja, E. (1996). *Thirdspace: Journeys to Los Angeles and Other Real-and-Imagined Places*. Oxford: Blackwell.
- » Stiglitz, J. (2019). *People, Power, and Profits: Progressive Capitalism for an Age of Discontent*. London: Penguin.
- » Underhill, G. (2004). "Global Governance and Political Economy: Public, Private and Political Authority in the Twenty-first Century". En Clarke, J. & G. Edwards, *Global Governance in the Twenty-first Century* (pp. 112-138). London: Palgrave Macmillan.
- » Villamar, Z. (2017). "Gobernanza Global y (su propio) desarrollo". *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 127, pp. 135-149.
- » Waltz, K. (1979). *Theory of International Politics*. New York: Addison-Wesley.

- » Weber, M. (2010). *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. New York: Oxford University Press.
- » Weiss, T., C. Seyle & K. Coolidge (2013). The Rise of Non-State Actors in Global Governance Opportunities and Limitations. Obtenido de <https://acuns.org/wp-content/uploads/2013/11/gg-weiss.pdf>
- » Wiener, N. (1948). "Cybernetics". *Scientific American* 179 (5), pp. 14-19.
- » Willke, H. (2007). *Smart Governance: Governing the Global Knowledge Society*. Frankfurt/M: Campus.
- » Zürn, M. (2018). *A Theory of Global Governance. Authority, Legitimacy and Contestation*. Oxford: Oxford University Press.

El sistema de frenos y contrapesos en Colombia y la sátira política

The system of checks and balances in Colombia and political satire

Autor: Daniel Ospina Celis

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.13009>

Para citar este artículo:

Ospina Celis, D. (2021). El sistema de frenos y contrapesos en Colombia y la sátira política. *Derecho y Realidad*, 19 (37), 75-88.



EL SISTEMA DE FRENO Y CONTRAPESOS EN COLOMBIA Y LA SÁTIRA POLÍTICA

The system of checks and balances in Colombia and political satire

Daniel Ospina Celis

Abogado de la Universidad de los Andes e investigador de Dejusticia.
df.ospina11@uniandes.edu.co
dospina@dejusticia.org

“ La sátira es la forma más directa de entender la verdad de las cosas, es desnudar el poder para poder leerlo mejor.”
Dario Fo

Recepción: Diciembre 2 de 2020

Aceptación: Abril 6 de 2021

RESUMEN

Es común referirse al derecho a la libertad de expresión como base o sustento de la democracia; sin embargo, pocas veces se analizan las implicaciones en la teoría constitucional de esta afirmación. Este artículo sostiene que la protección constitucional de la sátira política es fundamental para el Estado y la democracia, ya que fortalece el mecanismo de frenos y contrapesos, y el equilibrio de poderes, que en naciones como Colombia no se ha consolidado. En este sentido, partiendo de la formulación clásica de la doctrina de la división de poderes y su aplicación en Latinoamérica, se analizará la incidencia de la sátira política en el Estado moderno.

PALABRAS CLAVES

División de poderes; frenos y contrapesos; sátira política; libertad de expresión.

ABSTRACT

It is common to refer to the right to freedom of expression as the basis or underpinning of democracy; however, the implications of this assertion in constitutional theory are rarely analysed. This article argues that the constitutional protection of political satire is fundamental for the state and democracy, as it strengthens the mechanism of checks and balances, and the balance of powers, which in nations such as Colombia has not been consolidated.

* Artículo de reflexión

In this sense, starting from the classic formulation of the doctrine of the division of powers and its application in Latin America, the impact of political satire in the modern state will be analysed..

KEYWORDS

Division of Powers; checks and balances; political satire; freedom of expression.

INTRODUCCIÓN

La sátira es una herramienta utilizada por artistas, periodistas y literatos para criticar una realidad determinada a través del humor. Su objetivo principal, más que hacer reír, es denunciar una situación que se desaprueba. Por lo general, la sátira ha sido usada para difundir mensajes políticos a través de la risa. Hay quienes dicen, también, que la sátira política hace uso inadecuado de la libertad de expresión y que no todas las manifestaciones satíricas son aceptables (por ejemplo, las realizadas por Charlie Hebdo que desencadenaron el atentado terrorista del 7 de enero de 2015).

El presente artículo no pretende discutir si la sátira política debe ser limitada, si atenta contra el buen nombre o si resulta ofensiva; todo lo contrario, reconociendo sus peligros, busca engrandecer el papel de este tipo de manifestaciones en un Estado moderno y, de ahí, identificar su importancia como complemento del sistema de división de poderes.

Aunque el texto se nutre de alguna jurisprudencia sobre el derecho a la libertad de expresión, su foco se encuentra en la teoría constitucional sobre división de poderes y no en un análisis de la sátira política a la luz de los estándares nacionales e internacionales sobre la libertad de expresión. En primer lugar, se presentará un marco teórico sobre la división de poderes y los frenos y contrapesos que permitirá entender cómo estos principios son acoplados inadecuadamente en las constituciones latinoamericanas. Posteriormente, se mostrará que en Colombia el equilibrio de poderes no es una realidad, dado que

la Constitución de 1991 todavía le da preponderancia al Poder Ejecutivo. Así, se defenderá que la sátira política en un entorno en el que los medios de comunicación y las redes sociales dominan, la opinión pública es un contra-poder eficiente, capaz de limitar sus abusos. Su influencia en el mecanismo de frenos y contrapesos hace que sea importante tomarla en serio y fomentarla, más allá de la protección clásica derivada de la libertad de expresión.

1. DIVISIÓN DE PODERES Y FRENOS Y CONTRAPESOS

Una de las mayores preocupaciones de la filosofía política ha sido limitar los poderes del soberano porque, para muchos, el poder corrompe la voluntad de quien lo detenta y hace más posible su abuso¹. Es común afirmar que el primer gran paso hacia la limitación de los poderes del Estado lo dio John Locke en 1690 al declarar que un sistema de gobierno en el que los poderes no estén separados “es incompatible con la sociedad civil y excluye todo tipo de gobierno civil” (Locke, 2010, p. 89). Su teoría expone que si un mismo individuo tiene la capacidad de dictar sus leyes (Poder Legislativo) y de hacerlas cumplir (Poder Ejecutivo), este permanece en un estado de naturaleza y no hace parte de la sociedad civil. Por esto, un rasgo fundamental de la sociedad política en la teoría lockeana es la existencia de un juez imparcial “con autoridad terrenal para decidir todas las controversias” (Locke, 2010, p. 89).

Aun cuando los avances realizados por Locke son significativos, algunos teóricos consideran a Montesquieu (Díaz, 2012, p. 255) como el que verdaderamente dio origen al principio de separación de poderes (Castaño, 1997, p. 101). Efectivamente, en *Del Espíritu de las Leyes* de 1735, Montesquieu establece que “cuando el Poder Legislativo está unido al Poder Ejecutivo

1. Al respecto, es importante notar que Locke, Montesquieu y Madison, Hamilton y Jay coinciden en que los hombres no son perfectos y el poder los puede llevar a abusar del mismo.

en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente” (Montesquieu, 2007, p. 175). De la misma manera, afirma que “tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo ni del Ejecutivo” (2007, p. 175).

Montesquieu, entonces, expone que el principio de separación de poderes exige que los tres poderes del Estado moderno (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) se encuentren en manos de distintas personas. Para él “todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes” (2007, p. 176).

Si bien Locke y Montesquieu se consideran como los autores que dieron origen al principio de separación de poderes, existen textos de autores que vivieron antes que ellos que ponen en duda la originalidad de la idea. Por ejemplo, Marsilio de Padua, en el siglo XIV, fue el primero en plantear el principio de división de poderes al afirmar que “el legislador sólo puede ser el pueblo” (de Padua, 1996, p. 166), quien también es la causa eficiente y primaria de la ley y no, como se creía en ese entonces, el soberano. Así las cosas, Marsilio trazó una “distinción entre el legislador y el gobernante” (Vile, 2007, p. 30); distinción que sería revolucionaria para su tiempo, pero no tan clara como lo harían Locke o Montesquieu posteriormente². Por su parte, según Vile, está claro que las ideas que planteó Montesquieu en *Del espíritu de las leyes* estaban influenciadas por los escritos de Bodin y de Locke (Vile, 2007, pp. 85-90). De esta manera, Bonilla-Maldonado recoge los argumentos de Vile y afirma que Juan Bodin y Marsilio de Padua sentaron las bases del principio de separación de poderes (Bonilla-Maldonado, 2015, p. 235).

2. Es importante notar que Marsilio de Padua diferencia entre la función legislativa y ejecutiva, pero mantiene una concepción absolutista del Estado, lo cual debilita su planteamiento teórico. Para un análisis del pensamiento de Marsilio de Padua y su influencia posterior (Ver Touchard, 1996, pp. 165-167).

Ahora bien, sean Locke y Montesquieu o Bodin y Marsilio de Padua quienes idearan la separación de poderes, este principio no es suficiente per se para evitar que se haga un uso inadecuado del poder. Como lo reconoce el mismo Montesquieu, “para que no se pueda abusar del poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder frente³ al poder” Montesquieu (2007, p. 174). La idea de crear un sistema de frenos y contrapesos que permita al poder frenarse a sí mismo sería recogida por Hamilton, Madison y Jay, quienes son, para muchos⁴, los primeros en exponer el principio de frenos y contrapesos. El abuso del poder, aun estando limitado, es lo que preocupa a estos constitucionalistas estadounidenses quienes creían que el “poder tiende a extenderse y que se le debe refrenar eficazmente para que no pase de los límites que se le asignan” (Hamilton, Madison y Jay, 1994, p. 210).

Dado que “la sola determinación en un pergamino de los límites constitucionales de los varios departamentos no es suficiente salvaguardia contra las usurpaciones que conducen a la concentración tiránica de todos los poderes gubernamentales en las mismas manos” (1994, p. 213), se requiere idear un sistema de control. Para esto, se debe crear una estructura constitucional interna que permita a las distintas partes del Estado, a través de relaciones mutuas, mantenerse en su sitio y evitar las usurpaciones (1994, p. 219). Así, Hamilton, Madison y Jay idearon el principio de frenos y contrapesos, según el cual es necesario “dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir de las invasiones de los demás” (1994, p. 220).

3. En otras traducciones, la palabra *frente* aparece como *contenga* o como *frene*, de ahí que se crea que el término frenos y contrapesos tenga sus inicios en el texto de Montesquieu. Al respecto, Barreto afirma que “la expresión ‘frenos’ evoca la célebre frase de Charles de Montesquieu conforme a la cual para evitar que el ejecutivo y el legislativo se entrometan en sus propias funciones deben ser concebidos como un poder que ‘frena’ el poder” (Ver Barreto-Rozo, 2011, p. 218).

4. Por ejemplo, Díaz considera que los frenos y contrapesos nacieron con El Federalista (Ver Díaz, 2012).

Desde su enunciación paradigmática en el siglo XVIII, ambos principios (separación de poderes y frenos y contrapesos) han sido las bases del constitucionalismo liberal, influyendo incluso a filósofos como Kant, quien afirma que la constitución política de todos los Estados debe seguir el principio de separación de poderes y que los tres poderes deben estar tanto coordinados como subordinados entre sí (Kant, 1989, p. 146).

Vale la pena mencionar, por último, que el concepto moderno de la división de poderes no ha cambiado mucho desde su enunciación en el siglo XVIII. En 2015, Bonilla-Maldonado afirmó que este principio gira en torno a cuatro elementos: “división tripartita del poder público [la idea de Montesquieu], división funcional entre las tres ramas del Estado, sistema de frenos y contrapesos [expuesto en *El Federalista*] y colaboración armónica entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial [lo que Kant (1989, p. 146), define como la coordinación entre ellos como personas morales]”. Como dice Hoffmann-Riem, juez del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, “la división de poderes, a fin de cuentas, es la expresión de la desconfianza por un posible abuso de poder y equivale a la búsqueda de un remedio para evitar ese abuso”.

Esto, sin embargo, es en la teoría. La práctica de diseño constitucional ha resultado ser más compleja, por lo que los sistemas de frenos y contrapesos diseñados en el papel no siempre resultan eficientes. La historia constitucional de América Latina es un ejemplo de esta situación. La siguiente sección desarrollará las constituciones latinoamericanas aplican incorrectamente el principio de frenos y contrapesos y perpetúan, especialmente en Colombia, una disparidad entre los poderes.

2. FRENOS Y CONTRAPESOS EN COLOMBIA

Las constituciones latinoamericanas tienen una fuerte influencia del proceso constitucional estadounidense. Si bien la independencia de Estados Unidos se da en condiciones distintas a la causa

independentista de las naciones de América Latina, los juristas criollos vieron en la constitución americana (y en la discusión jurídica que la rodeó) una fuente de inspiración (Gargarella, 2016, p. 157). Su admiración por el modelo estadounidense llevó a que el sistema de división de poderes y, ante todo, el principio de frenos y contrapesos (*checks and balances*) que incorpora la Constitución de 1787, fueran replicados por los constitucionalistas latinoamericanos en sus constituciones propias (Crespo, 2013, p. 112).

Si bien el sistema de frenos y contrapesos puro, que sería “la creación más importante del constitucionalismo estadounidense” (Gargarella, 2016, p. 162) es tomado por los juristas latinoamericanos como la base de las nuevas constituciones, su aplicación del modelo no es exacta y genera un desequilibrio entre los poderes. Esto causa que las constituciones latinoamericanas, desde su origen, no tengan un efectivo equilibrio de poderes.

El sistema de frenos y contrapesos de la Constitución estadounidense de 1787 concebía al legislativo como el órgano estatal más fuerte y riesgoso, haciendo de su control una necesidad urgente. Por este motivo, daba a los otros poderes mecanismos eficientes para frenar su actuar. Para los constitucionalistas estadounidenses, el ejecutivo y el judicial “vienen a quedar en una situación de dependencia [del legislativo] que facilita aún más las usurpaciones” (Hamilton, Madison y Jay, 1994, p. 211). Esta situación supone que el sistema de frenos y contrapesos concebido para Estados Unidos sólo es viable en América Latina si el legislativo tiene la misma fuerza que en el sistema original.

No obstante, en su intento por aplicar el modelo presidencialista estadounidense y satisfacer tanto a los políticos liberales como a los conservadores, los juristas latinoamericanos “distorsionaron el diseño y dieron lugar a un presidencialismo con características regionales propias” (Spada, 2013, p. 16). Los conservadores querían fortalecer la figura del presidente y, en

general, darle fuerza a la Rama Ejecutiva, mientras que los liberales buscaban la aplicación estricta del principio de separación de poderes. De satisfacer ambos deseos, aparentemente contrarios, nacieron constituciones que contemplan el principio de separación de poderes y el equilibrio mutuo (al menos en teoría), pero que le dan mayores prerrogativas al ejecutivo. La concentración de poderes en el Ejecutivo y no en legislativo (Pérez, 2010, p. 164), el fortalecimiento de la Rama Ejecutiva, la amplitud del poder ejecutivo para legislar por decreto y la disfuncionalidad del legislativo (Landau, 2010, p. 337) distorsionaron el modelo madisoniano de frenos y contrapesos en las constituciones latinoamericanas.

El sistema estadounidense concebía al Legislativo como el poder más fuerte y, por ende, el que debía tener sus facultades restringidas. Contrario a esto, los sistemas latinoamericanos, concibieron al ejecutivo como el poder más fuerte, pero mantuvieron las restricciones al legislativo. Por lo que “las nuevas constituciones establecieron sistemas de ‘frenos y contrapesos’ desbalanceados a favor del ejecutivo” (Gargarella, p. 173). Esta situación ha dado pie a que se considere que en Latinoamérica las constituciones fomentan una tradición de “hiperpresidencialismo” (Pérez-Liñán, 2003, p. 151). Otros académicos han denominado este fenómeno como “ultrapresidencialismo”, el cual entienden como “el exceso reiterado del poder presidencial que altera en su favor el equilibrio de poderes o debilita el ejercicio legítimo de la oposición política” (Velásquez, Gómez y Pineda, 2011, p. 170).

Mejor dicho, el modelo clásico de división de poderes y de frenos y contrapesos fue modificado por las constituciones latinoamericanas, al otorgarle al Ejecutivo más facultades sin crear un esquema de control adecuado (Serrafero, 1998, pp. 165-186).

Esto generó una disparidad entre los poderes del Estado que, aun hoy se mantiene y, para algunos, pone en duda la existencia de la democracia en América Latina (Carpizo, 2007, p. 255). Más aún, no es posible hablar

de un verdadero equilibrio de poderes ya que la armonía y el equilibrio entre los poderes no se ha conseguido y el Poder Ejecutivo ejerce un predominio claro sobre los otros dos (Duverger, 1980, p. 606).

La tradición constitucional de Colombia no es ajena a la realidad latinoamericana. Desde la Constitución de Cúcuta de 1821, los sistemas constitucionales colombianos han otorgado al ejecutivo amplios poderes que suponen el desbalance del modelo clásico de frenos y contrapesos (Tuiran, 2010, p. 164). Desde aquella constitución Colombia asumió un régimen presidencialista que reconocía el principio de separación de poderes, pero que, aun así, tenía un fuerte predominio del Ejecutivo (Fernández, 2003, p. 122). Durante la vigencia de la Constitución de 1886 (la Constitución de mayor duración en la historia del país) el ejecutivo no tuvo, prácticamente, control alguno. La amplitud del artículo 121⁵ de la constitución y la falta de un adecuado control permitieron que el país viviera más de treinta años bajo estado de sitio (García, 2008). El fracaso del modelo de frenos y contrapesos en la Constitución de 1886 se evidencia en que “el estado de excepción se convirtió, por lo menos hasta 1991, en un instrumento ordinario de la política gubernamental” (García, 2008), lo cual denota los amplios poderes dados al Ejecutivo⁶. Aunque la Constitución de 1991 redujo los poderes del ejecutivo (por ejemplo,

5. “Artículo 121. En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros. El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias”.

6. Para una revisión histórica de la figura del estado de sitio durante la vigencia de la Constitución de 1886 y de los debates sobre su modificación en la Constitución de 1991 (Ver Barreto, 2011).

al limitar de mejor manera la declaratoria de Estado de excepción y al dotar a la Corte Constitucional de un mecanismo de control sobre dichos decretos), el equilibrio de poderes no es, todavía, una realidad en Colombia.

La historia política reciente trae algunos ejemplos de situaciones que, o bien deterioran aún más el modelo de frenos y contrapesos, o bien muestran sus deficiencias. La concesión presidencial, directa o indirectamente, de privilegios a miembros del legislativo con el fin de la aprobación de una determinada norma jurídica; la reforma a la Constitución de 1991 para permitir la reelección presidencial, sin tener en cuenta los mecanismos de control y el impacto que esto tendría en el sistema de frenos y contrapesos; la elaboración de una terna de candidatos, siendo evidente que se prefiere sólo a uno de los candidatos y que los otros “son un simple relleno” (Velásquez, Gómez y Pineda, p. 169) son medidas que demuestran que en Colombia el equilibrio de poderes es ilusorio.

Es verdad, además, que el esquema de frenos y contrapesos que trae la Constitución de 1991 se aleja del modelo madisoniano al incluir en su artículo 113⁷ órganos de control (Garín, 2009, p. 245) distintos a los tres poderes clásicos (Barreto-Rozo, 2011, pp. 217-218) que, de cierta forma, deben trabajar armónicamente con las ramas del poder mientras que las controlan (Moreno, 2016, p.126). Este sistema, en teoría, debió lograr el equilibrio de poderes inexistente en el constitucionalismo colombiano, pero hasta ahora no lo ha logrado. Más allá de los sistemas de control existentes tanto en la Constitución de 1886, en la que el control se dejaba en manos únicamente de las tres ramas, como en la Constitución de 1991, en la cual los órganos de control hacen su parte, lo cierto es que el esquema de frenos

7. “Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

y contrapesos en Colombia todavía no es eficiente. Como explica Barreto-Rozo sobre la construcción de un sistema de frenos y contrapesos eficaz que logre un equilibrio de poderes: “sería desacertado concluir que este proyecto, en la realidad colombiana, constituye una meta superada” (Barreto-Rozo, 2011, pp. 254).

Ante el fracaso del esquema actual de frenos y contrapesos en lograr equilibrar los poderes, resulta importante preguntarse si hay algún ente o institución, distinto a los tres poderes clásicos y a los órganos de control creados en la Constitución de 1991, que pueda actuar como contrapeso y alcanzar el equilibrio de poderes. Propongo que este control hasta ahora inexistente se puede encontrar en la sátira política. Sin embargo, primero es necesario tomársela en serio, fomentarla, protegerla y valorarla como lo que es: la pieza faltante en el rompecabezas del sistema de frenos y contrapesos colombiano.

3. LA PRENSA COMO CONTRA-PODER

En el siglo XIX, mientras en América Latina se vivían los primeros años de independencia y se reconocían las virtudes de la autodeterminación, en Europa se pensaban fórmulas para evitar la tiranía y los absolutismos del pasado. Aunque el principio de división de poderes y su control mutuo era una realidad, algunos creían que existía otra vía para controlar al Estado: la información (Rodríguez, 2012, p. 404). Fue Edmund Burke el que llamaría por primera vez a los periodistas como el Cuarto Poder (Carlyle, 1985, p. 211), dando inicio a una metáfora que hoy todavía se usa. Se creía que el libre flujo de información reduciría los abusos del poder: el conocimiento popular de una injusticia haría que o bien las personas se rebelaran ante sus gobernantes corruptos o bien no los volvieran a elegir. Y es que, efectivamente, en el siglo XIX se consideraba a la imprenta equivalente a la democracia (Carlyle, 1985, p. 211). Tanto así que autores como Condorcet, Bentham (1821) y Kant consideraban a la prensa como un límite a la arbitrariedad política (Hidalgo, 2005, p. 96).

Mill, por su parte, reconoció que la libertad de opinión es necesaria para el bien intelectual de la humanidad (Mill, 1994, p. 119) y que es un mecanismo efectivo contra los gobiernos tiránicos (Valenzuela, 2012, p. 5). Incluso Carl Schmitt, a comienzos del siglo XX, afirmó su convicción en el cuarto poder al decir que “un único periódico libre es capaz de acabar con el tirano más poderoso” (Schmitt, 1990, p. 49).

La metáfora del cuarto poder, sin embargo, ha decaído y hoy son pocos los que conciben al periodismo como una fuerza capaz de afectar positivamente el equilibrio de poderes. La idea de que la prensa es el cuarto poder, dicen, es una metáfora que no se compadece con la realidad (Soria, 1990, p. 201). El contexto económico de los medios de comunicación y su concentración en pocas manos (Arias, 2009, p. 46), impide considerar al periodismo como una fuerza de control. Como diría Owen Fiss, la prensa de propiedad privada “se halla constreñida por la estructura económica en la que está inserta, (...) [y busca] maximizar los ingresos y minimizar los costos”. Así las cosas, los intereses del mercado hacen que la prensa “sea tímida en su crítica al gobierno” (1999, p. 73).

De esta manera, los intereses económicos de los medios de comunicación y su pertenencia a grupos de poder ponen en entre dicho su objetividad e independencia (Sánchez, 2015, p. 35). La libertad de prensa, siguiendo este planteamiento, no es más que la “libertad de constitución de empresas periodísticas” (Soria, 2015, p. 205). Aún más, hay quienes afirman que la concentración de medios en América Latina “ha sido adversa a la democracia” (Sosa, 2016, p. 17).

Desde este punto de vista, la existencia de medios de comunicación masivos representa un peligro equivalente a la nacionalización de la prensa. Por un lado, los intereses económicos de los medios de comunicación no permiten una crítica independiente y, por el otro, la crítica es inexistente. Si bien la tradición jurídica protectora de la libertad de expresión siempre ha temido a un Estado totalitario que impulse la censura a través

del ejecutivo (Fiss, 2013, p. 24), la discusión teórica moderna reconoce “la necesidad de un Estado activista” (Fiss, 1987, p. 783) que permita el movimiento de información (Fiss, 1992, p. 19), por fuera de los medios de comunicación centrados en el mercado.

Es cierto que la vinculación de los medios de comunicación a grupos económicos afecta negativamente la circulación de información crítica, pero esto no quiere decir que el periodismo y especialmente la sátira política, no tengan aún un gran poder. Controlar la información en la sociedad moderna es un poder excepcional (Desantes, 1976, p. 151), que especialmente a través de la sátira política, puede generar cierto control estatal.

Por eso, tanto a nivel nacional como internacional se ha reconocido el valor fundamental que tiene la libertad de expresión y de prensa en la sociedad. Su importancia se deriva, principalmente, de su *triple función* en el sistema democrático⁸. En primer lugar, se trata de un derecho humano indispensable para el desarrollo de las personas. Además, tiene una relación estructural con la democracia. Por último, es un medio idóneo para la garantía de otros derechos fundamentales.

Vale la pena analizar con más detalle su segunda función. Es común afirmar que la libertad de expresión cumple un rol fundamental en el mantenimiento de la democracia. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el objetivo de la libertad de expresión y de prensa es el fortalecimiento del “funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole”⁹. Asimismo, la Corte IDH ha establecido que la libertad de expresión

8. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p. 2.

9. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p. 3.

sirve como piedra angular en la existencia de una sociedad democrática en tanto la circulación de ideas e información garantiza el pluralismo y la tolerancia¹⁰. En el ámbito nacional, la Corte Constitucional ha indicado que la libertad de información ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano en tanto “constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa”¹¹. Todas estas justificaciones implican, de cierta forma, que la libertad de expresión y de prensa tiene cierta relación con el sistema de frenos y contrapesos.

Explicitar el rol de la sátira política en el sistema de equilibrio de poderes desde una perspectiva teórica es, precisamente, el objetivo de este artículo. Dado que llamarla cuarto poder sería erróneo porque supondría que hace parte de la institucionalidad, la prensa y la divulgación sí pueden considerarse como un contra-poder (Zegers, p. 319), pero sólo si la información que circula es de gran impacto. La sátira puede ser una fuerza que ayude al esquema de frenos y contrapesos (p. 336) y que supla las deficiencias del modelo colombiano; una “fuerza de ocupación” (Shaeffer, 1979, p. 35), que, lejos de preocuparse por la censura o por la dinámica mercantil, se interese por lograr un equilibrio de poderes.

Como se verá a continuación, la sátira política tiene características únicas que la hacen más apta que otro tipo de expresiones para reequilibrar el esquema de frenos y contrapesos y servir como un mecanismo que, al realizar crítica, evite el abuso del poder.

4. SÁTIRA POLÍTICA: UNA PIEZA DEL EQUILIBRIO DE PODERES

Dentro de las múltiples manifestaciones artísticas¹², la sátira política resulta una de

las más efectivas para generar denuncia y crítica social (Valero, 2014, p. 87), pues pone en evidencia, a través de la ridiculización, los abusos del poder. Ya en la antigua Grecia, la sátira era utilizada para atacar a los políticos que abusaban de su poder (García, 2013, p. 67). Y es que el poder de la sátira política no debe ser menospreciado. En la Italia de 1945, por ejemplo, el periódico satírico *L’Uomo Qualunque* logró convertirse en el principal medio de comunicación escrito de su época (Cocco, 2012, p. 2). La empresa fue tan exitosa que, gracias al impacto de sus críticas satíricas, dio vida al partido político fascista llamado *Fronte dell’Uomo Qualunque* (Tarchi, 2003, p. 96). En Colombia, de manera similar, uno de los mayores contradictores y opositores políticos de Gustavo Rojas Pinilla en la década de 1960 fue, no un político, sino un caricaturista: Hernando Turriago “Chapete” (Acevedo y Pinto, 2015, p. 299). El poder de la sátira es tal, que se cree que una caricatura de Honoré Daumier fue el motor que impulsó la caída del rey Luis Felipe en Francia (p. 302).

La efectividad de la sátira política radica en su facilidad de generar control social. Un funcionario que abusa de su poder podrá hacer caso omiso de las acusaciones en su contra y, probablemente, usará la presunción de inocencia en su favor. Hasta que no exista una condena en su contra, tal vez, el funcionario seguirá ocupando su cargo y el abuso continuará. Ahora bien, representarlo como un cerdo (como haría Orwell en *Rebelión en la Granja*¹³) puede ser más efectivo que informar de lo sucedido. Esto se da debido a que la sátira política permite generar “control social por medio del ridículo” (Romero, 2005, p. 88). La

por el hecho de serlo y por su relación con el derecho a la libertad de expresión. Sobre este punto vale la pena revisar las sentencias T-104 de 1996, T-296 de 2013, T-015 de 2015, SU-626 de 2015 y T-628 de 2017 de la Corte Constitucional.

13. De hecho, *Rebelión en la Granja* fue rechazado por cuatro editores antes de su publicación en 1945. En un ensayo titulado *La libertad de prensa*, Orwell muestra cómo uno de aquellos editores afirmó que “[*Rebelión en la Granja*] sería menos ofensiva si la casta dominante que aparece en la fábula no fuera la de los cerdos. Creo que la elección de estos animales puede ser ofensiva y de modo especial para quienes sean un poco susceptibles, como es el caso de los rusos” (Ver Orwell, 1998, p. 30).

10. Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 105.

11. Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

12. El presente texto no desconoce la especial protección constitucional que tienen las manifestaciones artísticas

ridiculización y burla características de la sátira suelen atentar contra el imaginario propio de buen nombre, haciendo deseable no ser ridiculizados públicamente. Es, precisamente, el miedo al ridículo, a la crítica y a la posible destrucción del buen nombre a través de la burla, lo que genera control.

En otras palabras, el humor político puede ser una herramienta contra las arbitrariedades y atropellos del poder (Romero, 2005, p. 94), si logra de manera similar a las teorías de prevención general negativa, convencer a los funcionarios de que es más deseable acatar las normas que ser objeto de burlas. Un uso adecuado de la sátira política puede, en una nación en la que los esquemas de control previstos en el diseño institucional de frenos y contrapesos han fallado, frenar a los poderes. La realización de un juicio paralelo basado en el humor, de cierta forma, puede ser más efectivo que los controles institucionales existentes.

Por otro lado, gracias a su impacto excepcional, la sátira política es capaz de superar una de las grandes limitaciones que tiene el periodismo para ser reconocido como un cuarto poder o como un contrapoder: la mercantilización de los medios. En un entorno digital en el que la información circula libremente, la sátira política puede prescindir de los medios de comunicación tradicionales para transmitir su mensaje pues tiene mayor impacto que otro tipo de información. Esto se debe, principalmente, a que las redes sociales han revolucionado la manera en la que fluye la información en la sociedad y, también, el impacto que la misma puede tener. Hace unos años, cualquier manifestación ciudadana debía pasar por los medios de comunicación tradicionales si quería resultar masiva. Hoy en día, redes sociales como Facebook y Twitter permiten que, sin interacción alguna de medios de comunicación, las personas difundan y conozcan (casi en un mismo clic) una idea. Como la creación de contenido digital no depende de los intereses económicos de los medios, estos pasan a un segundo plano y se supera una de las mayores críticas al cuarto poder: la limitación de su crítica amparada en ideales mercantiles propios.

En todo caso, el poder de las redes sociales no debe ser sobrevalorado en tanto la sobreexposición y el flujo de más información no necesariamente llevan a que mejore la comunicación (Han, 2013, p. 23).

Aunque las redes sociales permiten superar la barrera impuesta por el mercado a la libre circulación de ideas, se debe tener en cuenta que no toda la información tiene el mismo impacto mediático. Para la sátira política es más fácil circular porque su componente humorístico y la simplicidad de sus mensajes le permiten llegar a todo tipo de público. La risa facilita su circulación. Esta es un ejercicio altamente valorado por la audiencia porque pone a las figuras públicas al mismo nivel que el lector, derrumbando las jerarquías sociales y empoderando a grupos sociales marginados al ofrecer a las personas la oportunidad de reírse de sus políticos. La familiaridad que siente el lector con el contenido de la sátira le permite a esta ser reproducida y compartida más fácilmente en redes sociales que cualquier otro tipo de contenido. Por este motivo algunos periodistas satíricos, sin abandonar por completo los medios tradicionales, ahora difunden sus posturas críticas a través de internet¹⁴. De la capacidad que tiene la sátira política para superar las barreras creadas por la concentración y mercantilización de medios de comunicación, se debe gran parte su fuerza como contra-poder.

La importancia y el rol de la sátira como contra-poder no se ha reconocido adecuadamente en Colombia. A pesar de que en nuestra cultura el juego y el humor son elementos básicos de las relaciones sociales, esta característica no se ha adoptado en el modelo constitucional. La sátira política cuenta con protección constitucional por tratarse de una expresión artística y política amparada por el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, al referirse a ella rara vez se muestra su potencial de generar control institucional y su carácter de contra-poder.

14. Tómese, por ejemplo, el caso de Daniel Samper Ospina y su canal de YouTube "#HolaSoyDanny".

Es paradójico, sin duda, que mientras la sátira critique al Estado o a un miembro del mismo sea este quien deba protegerla; pero ese es el fundamento de las democracias modernas: la protección de las minorías y de la libertad de expresión. Si queremos que la sátira sea un medio adecuado de control político, una parte más del sistema de frenos y contrapesos, es inevitable resaltar su importancia e intentar pensar caminos posibles para ennoblecere su función. Y es que el poder de la sátira política no podrá ser explorado a cabalidad hasta que los humoristas y comediógrafos no tengan certeza de que sus comentarios no los llevarán al encierro, al retracto o a la muerte.

Ahora, la sátira política tiene un poder constructivo y uno destructivo. Así como puede ayudar a construir nación al servir como contra-poder y mecanismo de equilibrio, también puede destruir el buen nombre y atentar contra el honor y la dignidad personal. De hecho, el poder constructivo de la sátira política se deriva de su poder destructivo, o al menos de la amenaza que representa su poder destructivo. La ridiculización y el control social a través de la burla sólo es posible porque se atenta, de cierta manera, contra el buen nombre de los implicados. Es injusto, por ejemplo, que a través de la sátira política se realice un juicio paralelo que destruya el buen nombre de un funcionario público.

Aunque el presente artículo busca demostrar el valor de la sátira en un estado moderno como el colombiano, no por eso se puede llegar al absurdo de eliminar por completo los derechos de todo ser humano (incluyendo, claro, de los funcionarios públicos). No es válido, entonces, que

amparándose en la importancia de la sátira política y en su función de contra-poder en medio de instituciones ineficientes, se humille y destruya a un funcionario público. Si lo que se pretende proteger al resaltar el valor de la burla en una sociedad es el Estado Social de Derecho, resulta contraproducente permitir cualquier expresión que atente injustificadamente contra los derechos de las personas. No puede ser que al darle fuerza a un contra-poder como la sátira, se desconozcan los derechos humanos y, por eso, toda representación satírica debe ser proporcional o, al menos, justificada.

5. CONCLUSIÓN

En su intento por copiar el modelo estadounidense de frenos y contrapesos, los constitucionalistas latinoamericanos, y en especial los colombianos, desbalancearon el esquema original. Su pretensión de favorecer tanto a conservadores como a liberales trajo consigo un desequilibrio institucional que se evidencia principalmente en dos aspectos: el fortalecimiento del poder ejecutivo y la inexistencia de controles adecuados al mismo. Incluso hoy, con la vigencia de la Constitución de 1991, los poderes públicos se encuentran desequilibrados y permiten abusos. La sátira política, gracias a la importancia de las redes sociales en la sociedad moderna y a su facilidad de circulación, se puede erigir como un contra-poder que permita alcanzar el deseado equilibrio de poderes. En un país en el que las instituciones no han logrado controlarse a sí mismas, la sátira política puede lograr el equilibrio de poderes y para lograrlo es necesario resaltar su importancia, fomentarla y protegerla. Este artículo es apenas un grano de arena en este proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Acevedo, Álvaro y Pinto, Martha. (2015). “Contienda electoral durante el Frente Nacional (1958-1974). Las caricaturas de Chapete sobre Rojas Pinilla y la ANAPO en Colombia”. *HISTORELo. Revista de Historia Regional y Local* 7, nº 13, pp. 297-342.
- » Arias, Jaime. (2009). “Cómo ha cambiado el oficio del periodista: aún es el cuarto poder pero cada vez menos”. *El Ciervo* 58, nº 704, p. 46.

- » Barreto-Rozo, Antonio. (2011). "El proyecto constitucional de la separación de poderes en el Estado colombiano: apuntes sobre su desenvolvimiento a lo largo del siglo XX". *Vniversitas* 60, n.º 122, pp. 213-260.
- » Bentham, Jeremy. (1821). *On the Liberty of the Press and Public Discussion*. London: William Hone.
- » Bonilla-Maldonado, Daniel. (2015). "La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes". *Vniversitas* 64, n.º 131, pp. 231-276.
- » Carlyle, Thomas. (1985). *Los héroes*. España: Ediciones Orbis.
- » Carpizo, Jorge. (2007). "Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina". *Revista Latinoamericana de Derecho* 4, n.º 7-8, pp. 213-269.
- » Castaño, Sergio. (1997). "El principio de separación de poderes. Una reflexión histórica". *Persona y Derecho* 37, pp. 101-124.
- » Cocco, Maurizio. (2012). "Le vespe qualunque e la satira politica". *Diacronie. Studi di Storia Contemporanea*, n.º 11, pp. 1-14.
- » Constitución Política de Colombia. 4 de julio de 1991.
- » Constitución Política de la República de Colombia. 5 de agosto de 1886.
- » Crespo, María Victoria. (2013). "Imitación e invención: modelos constitucionales y la creación de la presidencia en Hispanoamérica, 1810-1826", en *Del rey al presidente: poder ejecutivo, formación del estado y soberanía en la Hispanoamérica revolucionaria 1810-1826*. México: El Colegio de México.
- » de Padua, Marsilio. (1996). "Defensor pacis", citado por Jean Touchard en *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Editorial Tecnos.
- » Desantes, José María. (1976). *La función de informar*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- » Díaz, Enrique. (2012). "Desarrollo histórico del principio de separación de poderes". *Revista de Derecho* 38: pp. 240-270.
- » Duverger, Maurice. (1980). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel.
- » Fernández, Lya. (2003). "¿Presidencialismo o parlamentarismo en Colombia?" *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales* 10, n.º 31 pp. 113-139.
- » Fiss, Owen. (2013). "Dos caras del Estado", en *Libertad de expresión entre tradición y renovación*, editado por Esteban Restrepo. Bogotá: Ediciones Uniandes, pp. 21-32
- » Fiss, Owen. (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- » Fiss, Owen. (1992). "Silence on the Street Corner". *Suffolk University Law Review* 26, n.º 1, pp. 1-20.
- » Fiss, Owen. (1987). "Why the State?" *Harvard Law Review* 100, pp. 781-794.
- » García Villegas, Mauricio. (2008). "Un país de estados de excepción". *El Espectador*, 11 de octubre de 2008 <https://www.elespectador.com/impreso/politica/articuloimpreso43317-un-pais-de-estados-de-excepcion>.
- » García, María. (2013). "La crítica de los políticos en la comedia antigua". *Humanitas* 65, pp. 55-70.

- » Gargarella, Roberto. (2016). “Doscientos años de constitucionalismo: los Estados Unidos y América Latina frente a frente”, en *El constitucionalismo en el continente americano*, editado por Daniel Bonilla-Maldonado, Bogotá: Ediciones Unian-des, pp. 157-194
- » Garín, Andrea. (2009). “Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado”. *Estudios Constitucionales* 7, n.º 2, pp. 241-253.
- » Hamilton, A, James M. y John J. (1994). *El Federalista*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- » Han, Byung-Chul. (2013). *La sociedad de la transparencia*. España: Herder.
- » Hidalgo, Enrique. (2005). *Medios o democracia: el impacto de los medios de comunicación sobre la división de poderes*. Buenos Aires: Ediciones Colihue.
- » Hoffmann-Riem, Wolfgang. (2007). “La división de poderes como principio de ordenamiento”. *Konrad Adenauer Stiftung. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, pp. 211-225.
- » Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.
- » Kant, Immanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, pp. 17-22.
- » Landau, David. (2010). “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”. *Harvard International Law Journal* 51, nº 2 pp. 319-377.
- » Locke, John. (2010). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 89.
- » Mill, John Stuart. (1994). *Sobre la libertad*. España: Alianza Editorial.
- » Montesquieu. (2007). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Editorial Tecnos.
- » Moreno, Erika. (2016). “Improving the Democratic Brand Through Institution Building: Ombudsmen and Corruption in Latin America”. *Latin American Policy* 7, nº 1 pp. 126-146.
- » Negretto, Gabriel. (2003). “Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina”. *Revista Mexicana de Sociología* 65, nº 1, pp. 41-76.
- » Orwell, George. (1998). *Rebelión en la Granja*. España: Ediciones Destino.
- » Pérez-Liñán, Aníbal. (2003). “Pugna de poderes y crisis de gobernabilidad: ¿Hacia un nuevo presidencialismo?” *Latin American Research Review* 38, nº 3, pp. 149-164.
- » Pérez, Moisés. (2010). “Sistemas de gobierno”, en *(Pre) Textos para el análisis político*, editado por Eduardo Villarreal y Víctor Martínez. México: FLACSO-México.
- » Rodríguez, María José. (2012). “Literatura y política: la función de la literatura en las primeras décadas del siglo XIX”. *Revista de Literatura* 74, n.º 148 pp. 401-428.
- » Romero, Alejandro. (2005). “La producción especializada del discurso humorístico en un entorno cultural posmoderno”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 109, pp. 75-125.
- » Sánchez, Federico. (2015). “¿Por qué no existe humor político en la televisión colombiana?”, tesis de maestría, Universidad de los Andes.
- » Schmitt, Carl. (1990). *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Editorial Tecnos.

- » Serrafiero, María. (1998). "Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina: un debate abierto". *Revista Mexicana de Sociología* 60, n° 2, pp. 165-186.
- » Shaeffer, Pierre. (1979). "El cuarto poder". *El Ciervo* 28, n° 345, pp. 35-36.
- » Soria, Carlos. (1990). "El fin de la metáfora del cuarto poder". *Comunicación y Sociedad* 3, n° 1 y 2, pp. 201-207.
- » Sosa, Gabriel. (2016). "Concentración de medios de comunicación, poder y nuevas legislaciones en América Latina". *Cotidiano. Revista de la Realidad Mexicana* 31, n° 195, pp. 17-30.
- » Spada, Darío. (2013). "Predominio del poder ejecutivo en América Latina". *Más Poder Local*, n° 19, pp. 15-17.
- » Tarchi, Marco. (2003). "Populismo a la italiana". *Historia Social*, n° 46, pp. 95-112.
- » Touchard, Jean. (1996). *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Editorial Tecnos.
- » Tuirán, Ángel. "Democracia presidencialista y equilibrio institucional en Latinoamérica", en *Política y derecho: retos para el siglo XXI*, editado por Carlos Guzmán y Silvana Insignares. Barranquilla: Ediciones Uninorte, 2010.
- » Valenzuela, Jorge. (2012). "La crítica y la libertad de opinar". *Letras* 83, n° 118 p. 5.
- » Valero, Ana. (2014). "Libertad de expresión y sátira política: un estudio jurisprudencial". *Revista Internacional de Historia de la Comunicación* 1, n° 2, pp. 86-96.
- » Velásquez, Raúl; Gómez, Ana y Pineda, Oscar. (2011). "El presidencialismo en América Latina: definición, medición y recomendaciones de política pública". *Ópera* 11, n° 11, pp. 165-195.
- » Vile, M. J. C. (2007). *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- » Zegers, Cristian. "El diario como institución. Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Sociales del Instituto de Chile". https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183842/rev32_zegers.pdf

Efectividad de la participación de las víctimas del conflicto armado en el diseño, ejecución y control de las políticas públicas

Effectiveness of the participation of the victims of the armed conflict in the design, execution and control of public policies

Autores: Mauricio Umbarila Romero, Angie Steffany Guzmán Gómez

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.13010>

Para citar este artículo:

Umbarila, M., y Guzmán, A.(2021). Efectividad de la participación de las víctimas del conflicto armado en el diseño, ejecución y control de las políticas públicas. *Derecho y Realidad*, 19 (37), 89-111.



Efectividad de la participación de las víctimas del conflicto armado en el diseño, ejecución y control de las políticas públicas

Effectiveness of the participation of the victims of the armed conflict in the design, execution and control of public policies

Mauricio Umbarila Romero

Abogado especialista en Ciencias Administrativas y Constitucionales de la Universidad Católica de Colombia.
mauricioumbarilaromero@cedoc.edu.co

Angie Steffany Guzmán Gómez

Abogada especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre de Colombia
angieguzmangomez@cedoc.edu.co

Recepción: Septiembre 21 de 2020

Aceptación: Abril 9 de 2021

RESUMEN

Con el objetivo de desarrollar este artículo, se partió de su contextualización puesto que concierne a la participación de las víctimas del conflicto armado en Colombia en la Política Pública (Ley 1448 de 2011), por lo que se abordó bajo una óptica universal y general de las políticas públicas, observando con especial cuidado su definición, estructura, fases, intervinientes y contrincantes, como también el modelo secuencial de las mismas, para –de esta manera– evidenciar la participación que debe existir por parte de la población a la cual

van dirigidas, enfatizando en el papel clave de las élites dirigentes y determinando qué las diferencia de las dominantes. Para esto se hizo alusión a los aciertos y desaciertos del Gobierno Nacional en su diseño, ejecución y control, refiriéndonos a las etapas previas que se agotaron a nivel normativo y práctico. Lo que permitirá, al final del ejercicio y de manera deductiva, considerar la efectividad de la participación de las víctimas en la construcción de acciones conjuntas en el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

* Artículo de investigación presentado a la Escuela de Derechos Humanos, DIH y asuntos jurídicos –ESDAE– (Orgánica del Comando de Educación y Doctrina del Ejército Nacional), para obtener el título de Especialistas en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Resolución de Conflictos.

PALABRAS CLAVES

Políticas públicas; participación; efectividad; democracia participativa; víctimas; conflicto armado; SNARIV.

ABSTRACT

In order to develop this article, the starting point was its contextualisation as it concerns the participation of the victims of the armed conflict in Colombia in the Public Policy (Law 1448 of 2011), which is why it was approached from a universal and general perspective of public policies, observing with special care their definition, structure, phases, intervening parties and opponents, as well as their sequential model, in order to - in this way - demonstrate the participation that must exist on the part of the population at which they are aimed, emphasising the key role of the ruling elites and determining what differentiates them from the dominant ones. To this end, allusion was made to the successes and failures of the national government in its design, execution and control, referring to the previous stages that were exhausted at the normative and practical levels. This will allow us, at the end of the exercise and in a deductive manner, to consider the effectiveness of victims' participation in the construction of joint actions in the National System of Attention and Comprehensive Reparation for Victims.

KEYWORDS

Public politics; participation; effectiveness; participatory democracy; victims; armed conflict; SNARIV.

INTRODUCCIÓN

Cuestionar la efectividad de la participación de las Víctimas del Conflicto Armado en el diseño, ejecución y control de las Políticas Públicas en Colombia, es un asunto tan complejo que requiere una mirada universal y no fragmentada, esta es la razón por la cual resulta válido dar un vistazo al pasado para llegar a la conclusión de que el escenario actual de Colombia, no es el mismo de unos años atrás.

Ahora se evidencian transformaciones de tipo normativo, cultural, económico,

social, sanitario, geográfico y, sin lugar a dudas, circunstancial, entre otros tantos que trascienden a la colectividad. Un ejemplo tangible de lo descrito se materializa a partir del 26 de septiembre de 2016, cuando después de largas jornadas de conversación y concertación entre el gobierno de Juan Manuel Santos con las FARC, se suscribió el Acuerdo Final de Paz. Dicho acontecimiento convoca hoy a no desechar lo ocurrido tiempo atrás y a evaluar si aquel suceso puede ser enmarcado dentro de los grandes avances de un Gobierno y, por ende, de su Nación o si por el contrario se está frente a un retroceso que deba ser recordado históricamente.

En este sentido, hacer mención al Acuerdo de Paz, es aludir al conflicto armado que por décadas azotó a la población colombiana y por tanto al individuo que en territorio tuvo que soportar los tratos inhumanos de la violencia, hoy conocidos como hechos victimizantes dentro de los cuales se encuentran: amenazas; atentados terroristas, combates, enfrentamientos, hostigamientos; delitos contra la libertad e integridad sexual; desapariciones forzadas; homicidios; accidentes por minas antipersonales, munición sin explotar y artefacto explosivo improvisado; secuestros; reclutamiento forzado de niños, niñas o adolescentes; torturas y desplazamiento forzado.

En vista de lo expuesto, aproximadamente tres años después de la suscripción del Acuerdo, Colombia convive con las secuelas del conflicto armado, unas que se escuchan a viva voz y otras que permanecen en el silencio, pero que en resumidas cuentas son consecuencias que necesitan de alguna manera ser acreditadas por el Gobierno Nacional y consecuentemente indemnizadas.

En este punto, resulta apropiado abordar las políticas públicas inicialmente como concepto, con el fin de delimitar el campo de acción sobre el cual versa la presente investigación; por tanto, se observa que estas resultan ser aquellas acciones adoptadas por el Estado, partiendo de las realidades de su población afectada, con el fin de formular una respuesta integral, consistente y sostenible de su parte.

Posteriormente, se enmarca dicho concepto en el contexto de las víctimas del conflicto armado en Colombia, lo que implica que su construcción tenga como base elementos orientadores obtenidos de las mismas, enfoques conceptuales que permitan evidenciar el curso del tiempo y las respectivas acciones adoptadas por el Gobierno en cada momento histórico, para sopesarlos desde el punto de vista práctico, con el propósito de retomar acciones o –en su defecto– remplazarlas, partiendo de las orientaciones metodológicas y experiencias de diversos actores de la sociedad, que permitan realizar los correspondientes análisis y adaptaciones.

Es necesario, por no decir obligatorio, involucrar las víctimas a los procesos adelantados por el Estado para su reparación. La planeación de los proyectos, planes y programas deben estar sujetos a las necesidades de las víctimas. Al hablar de la ejecución de estos es aún más indispensable su participación, pues son las directas implicadas. Y finalmente, el seguimiento y control de lo pactado, solo puede ser medido en veracidad por aquellos que beneficia o silencia.

De esta manera, en primera instancia es fácil afirmar que es clave la activa participación de las víctimas en las diferentes fases de las políticas públicas, no solo a la hora de su formulación sino a lo largo de su vida útil, toda vez que involucrarlas de inicio a fin arroja como resultado, políticas sólidas, conscientes y sobre todo aterrizadas, pues quién mejor que ellos y ellas –que han sufrido y padecido el mal de la violencia y el conflicto armado en Colombia– para acompañar las acciones adoptadas por el Estado en pro de solventar el daño recibido.

Así las cosas, en el presente artículo se abordan diferentes temas, iniciando con la definición de las políticas públicas de manera general, haciendo énfasis en su conceptualización, interpretación, componentes y elementos; luego se hará referencia a la participación que debe existir en dichas políticas para progresivamente adentrarnos en su enfoque y llegar a la

caracterización del papel de las víctimas del conflicto armado en Colombia en el diseño, ejecución y control de las políticas públicas; y así, finalmente, evidenciar si se cuenta con la intervención real y efectiva de las víctimas en los diferentes espacios propiciados por el Gobierno Nacional, contemplados en la legislación vigente.

CARACTERIZACIÓN DEL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA, EN EL DISEÑO, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

“Si hemos tenido víctimas, si aún siguen produciéndose víctimas, vamos a ubicarnos y a pararnos en la orilla que nos corresponde: al lado de ellas, de su parte, abrazando y comprendiendo su sufrimiento”.
(Presidencia de la República, 2010-2012, p. 179)

Caracterizar el rol de un sujeto en un escenario, como lo son en el presente caso las víctimas dentro del conflicto armado en Colombia, no es un asunto fácil, luego de que se deba agotar un proceso de reconocimiento de factores que componen todo el universo de estos sujetos y, por ende, la colectividad que los rodea; razón por la cual se abordará cada uno de los componentes de la presente investigación, para finalmente condensarlos en un único escenario que permita evidenciar la efectividad de la participación con el trasegar de los años.

Políticas públicas

“Un buen gobierno implica dos cosas: primero, fidelidad al objetivo del gobierno, que es la felicidad del pueblo; segundo, conocimiento de los mejores medios para alcanzar el objetivo”.
(Madison, 2010)

En continuidad con la metodología adoptada, en la que puntualizar cada concepto es clave entorno a la presente investigación, es fundamental proseguir con la revisión detenida y exhaustiva de la figura

de la política pública de manera general, partiendo de la diversidad de concepciones, la multiplicidad de perspectivas que ocasionan en muchos casos una obstrucción en el entendimiento posible para el común de una población y su comprensión es tan compleja que no es visible en la práctica, tanto así que es un asunto a cuestionar su materialización en pleno siglo XXI.

Para un mejor entendimiento de la concepción es esencial delimitar el campo de acción de la política pública y sus diversos actores, pues equivocadamente se ha creído por décadas que estas son un resultado del obrar exclusivo del Gobierno, desplazando la labor de la comunidad entre otros; por tanto, dar valor a la función desplegada por cada sujeto que interviene en dicha actividad, es el punto de partida.

La política pública hay que comprenderla como el resultado de una acción colectiva que se desarrolla en lo público

y de una serie de transacciones políticas, en donde el gobierno ya no tiene como único objetivo ejecutar lo planeado, sino también garantizar la coordinación y la cooperación de los actores clave. Lo anterior recalca dos elementos fundamentales del concepto: lo político y lo público. (Torres-Melo, 2013).

Es importante, sólo como precisión, no confundir el concepto de política en singular (*Politics*), que es el relativo a las relaciones de poder objeto de estudio de la Ciencia Política; y políticas en plural (*Policy*), referido a las políticas públicas objeto de estudio de las Ciencias Políticas (*Policies*) (Aguilar, 2009).

Para mayor claridad de lo planteado, resulta acertado revisar el siguiente diagrama en el que brevemente se evidencian planteamientos e interrogantes para interpretar de una manera didáctica, pedagógica y sobre todo acertada, tres concepciones tendientes a confundirse:

Tabla 1. Dimensiones y escenarios de práctica de las ciencias sociales, las ciencias de la política y las políticas públicas

	Ciencias sociales	Ciencias de la política	Políticas públicas
¿Qué estudian?	Grandes fenómenos sociales	conocimiento <i>de y en</i> el proceso de las políticas con una orientación hacia los problemas	Problemas públicos y decisiones
¿Cómo lo estudian?	Teorías y metodologías explicativas y comprensivas	Metodologías que aporten evidencia empírica para avanzar en el conocimiento	Enfoques multidisciplinarios y multimetódicos
¿Para qué?	Describir, comprender y explicar los grandes fenómenos sociales	Problemas fundamentales del hombre en sociedad	Resolución de problemas que obstaculizan el bienestar público

Fuente: Llanos (2009)

En lo que versa a esta figura, resulta interesante tenerla presente a la hora de distar las concepciones de Ciencias Políticas (*Political Sciences*), de las Ciencias de Políticas (*Policy Sciences*), dado que en el día a día se observa que en reiteradas ocasiones en diferentes medios de comunicación y hasta en aulas de clase, se tienden a confundir aparentemente por su similitud

literal; aún más, cuando se agrega un tercer componente a la fórmula, la política de las políticas públicas, asunto que trata de la sinergia de mando que existen en el desarrollo del proceder de los gobiernos con las sociedades que sistematizan, en otras palabras, como expresa Aguilar (2009): son las relaciones de poder en el proceso de las acciones de gobierno con la sociedad.

Para aterrizar lo expresado en relación con las políticas públicas Malvido (2018, p. 13) retoma una serie de características que a lo largo del tiempo muchos autores han propuesto, con el fin de argumentar

un cambio sustancial, el cual radica en dar valor al proceso de las mismas y no solo a su definición y/o concepción, es por esto que a continuación se categorizan, así:

Tabla 2. Categorías de las políticas públicas

Primero	ESTABILIDAD	¿Cuán estables son en el tiempo?
Segundo	ADAPTABILIDAD	¿Cuán ajustables pueden ser las políticas cuando cambian las circunstancias?
Tercero	COHERENCIA Y COORDINACIÓN	¿En qué medida son compatibles con políticas afines? y ¿En qué medida son el resultado de acciones bien coordinadas entre los actores que participan en su formulación e implementación?
Cuarto	CALIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN	¿En qué medida su aplicación es efectiva con lo inicialmente pretendido?
Quinto	ORIENTACIÓN HACIA EL INTERÉS PÚBLICO	¿En qué medida las políticas se orientan hacia el interés público?
Sexto	EFICIENCIA	¿En qué medida las políticas reflejan una asignación de recursos escasos que asegura elevados retornos sociales?

Fuente: Elaboración propia.

De lo anterior, se puede extraer que omitir o prescindir del proceso previo a la construcción de las políticas públicas, ocasiona que se ignoren el objetivo y los obstáculos que se superaron en medio de su construcción, los que sin lugar a dudas representan un valor categórico e importante, pues reflejan aquello a lo cual esta se hizo inmune. Para algunos, dicho término resultaría peyorativo en relación con el contexto; sin embargo, es apropiado dado que en el marco de su aplicación se encuentran tanto actores encargados de ejecutar lo planeado, como una contraparte que a toda costa pretenderá restar su valor e impacto en la sociedad.

Hablar de contrincantes en este punto, es hacer alusión a aquellos responsables que ocasionan que un gobierno independientemente de cuál sea, evidencie las debilidades de su política pública y opte por suprimirlas o en su defecto fortalecerlas en aras de hacer frente al ataque que en algún momento determinado emergerá.

Es osado o tal vez apresurado abordar este tema, aun cuando no se han desarrollado a plenitud las características hace un momento mencionadas; no obstante, al dar una mirada sobre estas se detecta que es oportuno dado que la estabilidad, adaptabilidad, coherencia y coordinación, calidad de la implementación, orientación hacia el interés público y la eficiencia de las políticas públicas indudablemente están ligadas a la opinión de esa fuerza adversa, pues como a lo largo de la historia se han presenciado diversas batallas. Es de público conocimiento que en estas participan no solo la parte defensora, sino ofensora, esto en un contexto de conflicto armado, donde la población no pertenece a ninguna de estas. Ahora, al trasladar este suceso al marco de las políticas públicas se observa que la parte defensora de las mismas, es la encargada de toda su planeación, consistente en un trabajo previo de campo, que permita un conocimiento veraz de la población que dará a luz una nueva política pública.

Por infortunio, los adversarios de las políticas públicas juegan un papel fundamental en su planeación, ejecución y control. Es lamentable hacer esta afirmación, pero no errada, pues como se mencionó, son los más interesados en conocerla, ya que al estar al tanto de su fragilidad, fácilmente podrán atacarla y desvirtuarla públicamente, quedando en el ambiente aquella sensación de algo que iba a ser y no funcionó, por no decir fracaso. Asunto que es totalmente indignante, pues ocasiona que los gobiernos no tengan como punto de partida a su pueblo, comunidad, sociedad, sino que en su lugar ubican a sus contendientes, pretendiendo forjar políticas que sean robustas y sólidas, pero lejanas y distantes de las problemáticas que afronta la población, es por esto que se observan políticas que en su diseño son de admirar pero que en la práctica no logran tomar vida y se quedan en papel muerto.

Esto da paso al Modelo Secuencial de las políticas públicas, el cual en su contenido no sólo toma las características previamente mencionadas, sino que las expande, materializa y adiciona. Este modelo en los años sesenta y ochenta, fue de gran utilidad para muchos autores quienes seleccionaban una de sus etapas y la desarrollaban a profundidad, evitando tal vez inconscientemente abordarlas en su totalidad, sino que, centrándose en una sola, amplificaban su contenido; pero unos años más tarde esta práctica fue fuertemente criticada, luego que desarticulaba completamente un conjunto de aristas (Malvido, 2018, p. 14). Sin embargo, Brewer (como se citó en Malvido, 2018) algún tiempo después desarrolló las siguientes fases en su obra *The foundations of Policy Analysis*:

Tabla 3. Fases de las políticas públicas

Fase	Características/Usos
Iniciación	<ul style="list-style-type: none"> • Planteamiento creativo del problema. • Definición de los objetivos. • Diseño innovador de opciones. • Explicación preliminar y aproximativa de los conceptos, aspiraciones y posibilidades.
Estimación	<ul style="list-style-type: none"> • Investigación cabal de conceptos. • Examen científico de los impactos correspondientes a cada opción de intervención o al no hacer nada. • Examen normativo de las consecuencias probables. • Bosquejo del programa. • Establecimiento de los criterios e indicadores de rendimiento.
Selección	<ul style="list-style-type: none"> • Debate de las opciones posibles. • Compromisos, negociaciones y ajustes. • Reducción de la incertidumbre de las opciones. • Integración de los elementos ideológicos y no racionales en la decisión. • Decisión entre las opciones. • Asignación de la responsabilidad ejecutiva.
Implementación	<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollo de normas, procedimientos y lineamientos para la puesta en práctica de las decisiones. • Modificación de la decisión conforme a las restricciones operativas, incluyendo incentivos y recursos. • Traducción de la decisión en términos operativos. • Establecimiento de los objetivos y estándares del programa, incluyendo el calendario e (sic) operaciones.

Fase	Características/Usos
Evaluación	<ul style="list-style-type: none">• Comparación entre los niveles esperados de rendimiento y los ocurridos, conforme a los criterios establecidos.• Fijación de responsabilidades para los incumplimientos notorios.
Terminación	<ul style="list-style-type: none">• Determinación de los costos, consecuencia y beneficios por clausura o reducción de actividades.• Mejoramiento, si aún es necesario y requerido.• Especificación de los nuevos problemas en ocasión de la terminación.

Fuente: Tomado de Brewer, Garry D. y De Leon Peter, *The Foundations of Policy Analysis*, Dorsey Press, California, 1983, p. 20.

Fases que en la actualidad han trascendido a las críticas y detractores, por ejemplo, se observa cómo a nivel distrital en Bogotá (Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., 2017), se adoptaron algunas de estas definiéndolas como “*Las fases del ciclo de políticas públicas*”, del siguiente modo:

- I. Preparatoria
- II. Agenda pública
- III. Formulación
- IV. Implementación
- V. Seguimiento
- VI. Evaluación

Se rescatan muchas de ellas –por no decir que la mayoría– tema que en la práctica tiene un gran andamiaje, para que su operatividad y eficacia no se vean interrumpidas por factores externos.

PARTICIPACIÓN EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

“Cuanto más se conoce, sin llegar al conocimiento pleno, con tanto mayor empeño anhela el alma saber lo que resta”.
(Agustin, s.f)

Luego de la extensión de las políticas públicas, no solo su significado o definición, sino las fases o ciclos que la componen, es realmente necesario dar un vistazo a los actores que se ven involucrados en las mismas, aquellos que directa o indirectamente tienen algo que ver, sea en su inicio, intermedio, final y/o en su ejecución. Razón por la cual, se coincide con Malvido (2018, p. 23) y otros que afirman que solo se

puede hablar de políticas públicas cuando se llega a modelos participativos.

En este sentido, se halla que la postura de Rodríguez (2001) al referirse a quienes construyen lo público es completamente acertada, luego que aborda esta complejidad, partiendo de la definición de las élites y efectúa una diferenciación que identificó entre estas, así:

Ser élite no es igual a ser rico económicamente. Las élites son aquellas personas o grupos de personas que, con su actuación o decisión, pueden modificar los modos de pensar, sentir o actuar de una sociedad. Esta capacidad de transformación y de influencia convierte a la persona o grupo en un referente porque puede expresar, ordenar u orientar las aspiraciones o expectativas colectivas. Cuando una élite trabaja para producir bienes y servicios para el bien común, se dice que es dirigente (clase dirigente). Cuando esas élites privatizan lo público o usan su influencia y capacidad para producir exclusiones e inequidad, se dice que son élites dominantes (clase dominante). Todo cambio social requiere de élites, pero de élites dirigentes (p. 31).

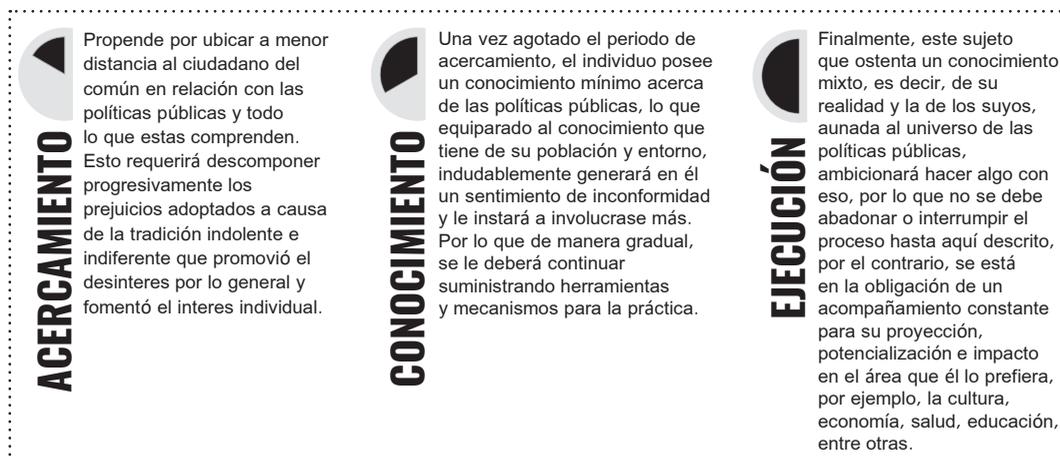
En vista de esto, es oportuno mencionar que esta concepción trasciende a la multiplicidad de posturas que pueden llegar a surgir entorno a los arquitectos de lo público, pues como sociedad hemos forjado, indistintamente de la nación o etnia a la que se pertenezca una serie de nociones que distan en demasía de la realidad. Pero que,

sin embargo, gozan de gran credulidad, es por esto que aun estando en el siglo XXI se escuchan corrientes que atribuyen cabalmente la responsabilidad de lo público a los gobiernos, ignorando que hay distintas fuerzas que emergen de la propia sociedad y con su proceder mueven masas.

Por consiguiente, centraremos nuestra mirada en las élites dirigentes, con dos propósitos:

1. Quebrantar ese pensamiento irresponsable que propende por cegar a la sociedad, indicándole que el deber de construcción de lo público reside exclusivamente en cabeza de los gobiernos. Con esto se pretende concienciar al pueblo del papel tan importante que ostenta en relación con lo público, pero esto conlleva a agotar unos periodos que a nuestro modo de ver se resumen de la siguiente manera:

Figura 1. Periodos de las políticas públicas en relación con el individuo



Fuente: Elaboración propia.

2. Desvirtuar el discurso de unos pocos, los cuales por años han heredado el poder: Debido al desconocimiento y desinterés del pueblo por vincularse a nivel general en las fases de iniciación, estimación, selección, implementación, evaluación y terminación de las políticas públicas, se ha ocasionado que resida en unos pocos sujetos dicha labor, por lo que estos se han reconocido a sí mismos como terratenientes de la construcción de lo público, delimitándolo como tierra de su propiedad.

Ahora bien, como se observa, este corresponde al propósito número dos, dado que una vez agotado el primero, será más fácil de abordar no con el uso

de la fuerza, la violencia, sino que, una vez dotado el individuo de conocimiento, querrá voluntariamente estar al tanto de todo lo que respecta a las políticas públicas, lo que presentará un desafío en el escenario de lo público, pues una aglomeración de sujetos entrará en escena, y se requerirá la fijación de roles, reglas de interacción, periodos de intervención, más no la obstrucción de su participación.

En continuidad con la postura inicialmente adoptada, evidenciamos que Rodríguez (2001) hace alusión a las élites dirigentes, identificando dentro de ellas a: intelectuales, comunicadores, políticos, artistas, administradores públicos, directivos y líderes de las organizaciones

de la sociedad civil (ONG, sindicatos, cooperativas, asociaciones profesionales, etc.), los empresarios, los líderes sociales-comunitarios y los líderes religiosos, asunto que en primera instancia fragmenta el *modus pensanti* de la sociedad y que a lo largo trascenderá en el *modus vivendi* y por tanto *operandi*, pues sin lugar a dudas aquello que por décadas ha sido profesado por los Estados, fue admitido por el conglomerado gobernado y, por ende, transmitido a las siguientes generaciones. Es por esto que se observa en un sujeto una conducta que se repite en los suyos, por ejemplo, en un contexto familiar un sujeto que fue formado bajo las reglas de la obediencia y el castigo, con el pasar del tiempo –al adoptar la figura de padre de familia–, involuntariamente en su formación transmitirá a sus hijos aquello que él recibió.

Ahora bien, en un ámbito territorial, sucede algo similar por no afirmar que idéntico. En un caso hipotético de un dirigente formado bajo la permisibilidad de actos inaceptables, incorrectos e inmorales, ocasionará en aquellos que él gobierna, conductas de esta misma índole, circunstancia por la cual es necesario reevaluar las élites dirigentes de una Nación. Pero, en este punto se llega a una inconsistencia, pues sucede que hay sujetos formados bajo principios y valores en el seno de una familia funcional o disfuncional –en esto cabe detenerse–, pero que en el momento de la toma de decisiones se apartan de lo recibido y construyen su mandato en coherencia con otras fuentes de conocimiento que han llegado a su vida, razón por la cual no se puede atribuir el actuar o proceder de acuerdo con su núcleo familiar o su formación, pues indudablemente es algo que depende del ser y su libertad de determinación.

Por lo tanto, no es posible en este punto negar que aquel factor común que ostentan las élites dirigentes y dominantes, es la humanidad, por tanto, son proclives a corromperse. En el primero de los casos (dirigentes) se podrán distorsionar y mutar en las segundas (dominantes). En el caso de las segundas (dominantes) podrá

desembocar en tiranías. Todo esto, para evidenciar que aquello que caracteriza al ser humano es su variabilidad y dinamismo, que su existencia está aunada al entorno, más es en su interior donde se forjan las concepciones e inclinaciones, asunto que se materializa en el momento de interacción con el colectivo.

En las políticas públicas, se observa el actuar de las élites, las cuales juegan un papel fundamental, pues como se mencionó, ellas conservan su naturaleza o la desvirtúan; asunto que rápidamente se materializa al analizar su proceder. En un contexto donde la base son los bienes públicos, orientados a satisfacer las necesidades del colectivo, se presentan los siguientes patrones para posteriormente identificar la élite:

- En la disponibilidad y acceso del bien público, existe desconocimiento de un mandato específico de igualdad y/o restricción latente de derechos a ciertos grupos de la población, por lo que se considera que hay inequidad.

- Cuando dichos bienes son erigidos en intereses particulares, garantizar su goce depende de singularidades que permiten distinguir un sujeto de otro de su misma especie, dándose un trato desigual entre iguales y la diferencia de trato no está constitucionalmente justificada, hablamos de un bien público excluyente.

A partir de esto, se evidencia que algo no corresponde al deber ser, es decir, aquellos bienes públicos no están cumpliendo con su objetivo, pues se percibe una apropiación indebida, un beneficio exclusivo más no general, circunstancia que comúnmente se conoce como corrupción y que está ligada a las élites dominantes.

Ahora, al ensanchar la óptica en relación con las élites dirigentes, empiezan a sobresalir otras más que con su laboriosidad ciertamente se han ganado un lugar allí, se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Sistema educativo y centros de conocimiento.

- Centros de investigación y desarrollo tecnológico.
- Organismos internacionales.
- Asambleas locales.
- Agremiaciones.
- Fuerzas Militares.

Tal vez a simple vista no parecieran ser élites dirigentes, porque en la cotidianidad se relacionan con docentes, licenciados, organizaciones defensoras de derechos y debido a su cercanía, equivocadamente se podría pensar que su cobertura es realmente apocada, es decir, a modo de ejemplo se ve que en una pequeña aula de clase de 30 alumnos, ubicada en el sur de una ciudad con escasos recursos didácticos, pedagógicos y formativos, no se puede lograr lo que un político genera en un recinto ubicado al norte de dicha ciudad con una masa de aproximadamente 100 individuos. Esta podría ser una odiosa comparación, pero a ciencia cierta es lo que la mayoría de la población piensa y es la razón por la cual se invierte más en unos sectores que en otros.

Una vez analizadas las diferentes élites que emergen de la sociedad y ocasionan un impacto en la misma, sea positivo o negativo, se concluye que el conocimiento dota al ser de un instinto participativo. En ese sentido se coincide con el discurso de Agustín (s.f) acerca de la Trinidad; en donde en pocas palabras manifiesta que nadie ama lo desconocido ni defiende lo que no ama, es decir, que una vez el individuo conoce, se involucra, antes no.

A modo de ejemplo, se observa en Colombia que solo aquel sujeto que recibe así sea el más mínimo nivel de conocimiento acerca de las políticas públicas, se halla involuntariamente interesado por un conocimiento perfecto, que le proporcione mecanismos y herramientas, tanto así que inicia una búsqueda incentivada por el deseo y el anhelo de alcanzar en demasía aquello que desconoce al respecto, momento clave para las élites dirigentes quienes tienen el deber de encaminar dicha indagación generada en el ser; lo que a lo largo del tiempo a nuestro modo de ver, puede desembocar en

líderes y lideresas sociales, sujetos activos en su comunidad quienes ahora transferirán el conocimiento adquirido, ocasionando en la población que representan una participación sana e innata. De hecho, se puede afirmar que “aman” lo conocido y, por ende, defenderán lo “amado”, esto, bajo el entendimiento del amar como el saber y el conocer.

Esto lleva a meditar acerca del ejercicio de la participación, pues implica mucho más que divulgar conocimientos a un conglomerado, para que estos interactúen, se requiere que el factor usual al que se hacía alusión anteriormente esté presente; en otras palabras, que la humanidad en común ostentada, sea tenida en cuenta en primera instancia y partiendo de allí, se aterrice el proceso.

A lo largo de este artículo se ha puntualizado en ese acercamiento que se insta para dar vida a la participación de los sujetos en una colectividad, desvirtuando la idea que esta se incentiva de arriba hacia abajo, no, como se ha observado es un proceso que emerge entre pares, luego que como bien se manifestó el factor común de humanidad, no distingue puesto, empleo, cargo, oficio u ocupación, razón por la cual se debe desechar la percepción de responsabilizar exclusivamente a los gobiernos, cuando se tienen tantas élites de influencia en la sociedad, obviamente sin negar el adeudo de sus acciones y decisiones. De esto modo, ya no se habla solamente de un proceso vertical sino, además horizontal, cíclico y multidireccional.

Proceso que debe obedecer a una constante, pues las interrupciones en el mismo, ocasionan un retroceso donde la participación es la meta y el punto de partida el acercamiento que se encuentra a una distancia considerable, la cual para unos se agota en meses, otros en años y para otros tantos, nunca. Bajo esta circunstancia, se propende por hacer claridad que indistintamente de las élites, la participación es un asunto de todos. Específicamente, en el caso en concreto de Colombia, donde se halló lo siguiente:

Son fines esenciales del Estado. Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; **facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación**; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Constitución Política de 1991, art. 2).

De acuerdo con el énfasis realizado en el texto anterior, se considera es un fin del Estado colombiano facilitar la participación de todos y cada uno de los nacionales respecto a las decisiones que los afectan, como la vida económica, política y administrativa de la Nación; en otras palabras, las políticas públicas y para esto es apropiado hacer alusión a la siguiente definición, la cual sin lugar a dudas recoge todo lo que las mismas conllevan:

En el fondo, las políticas públicas son una directriz de pensamiento que guía la acción. Por lo tanto, conllevan un proceso dinámico, participativo y sistémico que presupone objetivos, instrumentos, actores y recursos. Sobrellevan una ideología y buscan generar un cambio o transformación, dentro de lo que comúnmente se denomina agenda política. (Quiñonez, 2008)

Por consiguiente, si para el Estado colombiano -como macro institución social- facilita la participación como un fin traducido en deber, para los colombianos esto representa el derecho de concurrir en la toma de decisiones sociales, asunto que con el paso de los años se refleja en

normatividad, tal como la Ley 489 de 1998, la Ley estatutaria 1757 de 2015, entre otras. El Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, como se citó en Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., (2017), opina que:

El sentido de la participación ciudadana se ha ido transformando con el tiempo, hoy en día además de las bases normativas señaladas se debe ver como un componente fundamental y transversal a todo el ciclo de las políticas públicas. Con la tecnología, Internet, las redes sociales y en general los mayores canales de acceso a la información, se muda la política de hacer las cosas para los ciudadanos y se comienza a pensar en hacer las cosas con la ciudadanía. Este sentido que adquiere la participación ciudadana forma parte de un nuevo paradigma de gobernar: el gobierno abierto.

Al dar una mirada a esto, nos lleva a pensar que no fue equivocado afirmar que el proceso de participación ha surtido grandes cambios, pero se debe enfatizar que estos se ocasionaron mucho después que nuestra Constitución Política de 1991, diera vida a la participación ciudadana, pues en el transcurrir del ejercicio se han cometido desaciertos, errores, descuidos, dislates, disparates, insensateces, necedades, equivocaciones y errores, que sin embargo, no han podido opacar el gran logro conseguido a partir de 1991 para Colombia, donde la ciudadanía conoció que alzar su voz no era sinónimo de rebeldía para un Gobierno sino de inclusión, en busca de un objetivo común. Es por esto que en 2021 se puede hablar en términos de horizontalidad y paralelismo, pues uno de los sinsabores probados en este contexto fue la resistencia de las élites dominantes quienes por mucho tiempo más, propendieron por aplicar la ley del embudo con la ciudadanía.

La participación es un derecho y como tal se debe garantizar a la ciudadanía; en particular cuando se trate de políticas públicas, en las que además de las fases ya identificadas, se configuran unos canales de sinergia que permitan...

• **Comunicación asertiva:** en el sentido de recibir información suficiente por parte de la ciudadanía (quien como ya se mencionó ostenta un plus relacionado con la experiencia, vivencias y conocimiento de su entorno) y que esta, a su vez, reciba la información adecuada, de manera fácil y veraz acerca de las políticas públicas que se puedan adoptar.

• **Espacios de sana discusión:** donde se puedan expresar de manera puntual por la ciudadanía y las diferentes élites, conceptos, ideas, opiniones y/o posturas, las cuales serán debatidas y discutidas en el marco del enfoque de la política pública.

• **Puntos de encuentro:** se requiere de un tercer actor en esta relación de ciudadanía y Gobierno, que represente la neutralidad y propenda por hallar un justo equilibrio entre las partes, más aún cuando se trata de lo público donde como ya se ha enfatizado, convergen una serie de élites, por lo que se requiere dar relevancia a las aproximaciones de conceptos y restar importancia a las reyertas que se puedan presentar.

• **Acuerdos irreprochables:** que no den cabida a ficciones, sino materialicen las alianzas construidas.

ENFOQUE DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

“En la construcción de la paz territorial son esenciales los programas de desarrollo con enfoque territorial, PDET, destinados a transformar las regiones más golpeadas por el conflicto”. (Santos, 2019)

Con el fin de abordar el enfoque de una política pública, es oportuno efectuarlo a la luz de su naturaleza, es decir, en la observancia de aquel interés o inclinación de la misma, pues determina su campo de acción, población, élites intervinientes, entre otros, asunto que sin lugar a dudas evidenciará cuál es la respuesta del Estado frente a la necesidad manifiesta. De acuerdo

con esto, se cuenta con algunos enfoques como:

• Enfoque de derechos humanos en políticas públicas.

• Enfoque de género en políticas públicas.

• El enfoque poblacional en políticas públicas.

• El enfoque diferencial en políticas públicas.

• Enfoque territorial en políticas públicas.

• Enfoque ambiental en políticas públicas.

Se hará un alto en el enfoque poblacional en políticas públicas, pues atiende al asunto objeto de estudio, luego que dicho enfoque considera de manera notable aquellas particularidades de una población, tales como sus características a nivel individual y colectivo, lo que se traduce en ubicar en el centro de la política pública al ser humano, con el propósito de identificar sus rasgos, costumbres, modos, fortalezas, debilidades, necesidades y/o problemáticas. Para esto, contempla categorías como el ciclo vital y generacional, la identidad y diversidad, la condición y situación de la población. En la última de estas se halla a las víctimas del conflicto armado, quienes son sujetos de especial protección constitucional, por lo que “demandan un trato especial por parte de las autoridades públicas, las cuales deben brindarle la ayuda necesaria para que recuperen sus condiciones mínimas de subsistencia” (Corte Constitucional, 2012).

Así las cosas, las víctimas ostentan características particulares, producto de sus vivencias relacionadas al conflicto armado, por lo que como bien se manifestó requieren de atenciones diferenciales por parte del Estado para restablecer la garantía de sus derechos.

LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO

“¿Qué le dice uno a alguien que sobrevive con tanto dolor? Los victimarios podrían ser guerrilleros, paramilitares, incluso agentes de Estado, pero el sufrimiento de las víctimas es el mismo. Lo urgente era frenar esta cascada de violencia. Lo importante era terminar un conflicto que se había convertido en una implacable y eficiente fábrica de víctimas”.
(Santos, 2019, p. 465)

Prosiguiendo con la línea planteada de caracterización, abordar el origen del término víctima, es mirar hacia atrás y recordar a algunos autores que han puntualizado al respecto, sin embargo, resulta interesante que uno de ellos se refirió al mal afirmando que, la violencia desplegada por un ser humano sobre otro ser humano – sin lugar a dudas– ocasiona un sufrimiento directo o indirecto, condensando este pensamiento en una dicotomía planteada en la estructura relacional dialógica, donde el mal que se comete por un individuo halla su producto en el mal sufrido por los otros (Ricoeur, 1994). Hay que mencionar, además, que Ricoeur hace alusión a aquel grito de lamento emanado del sujeto víctima de otro igual a él, el cual ostenta su misma condición en términos de humanidad, es decir, esa exclamación de dolor tiene origen en aquel inconformismo de ser objeto de abuso por parte de un semejante, se le podría calificar como una traición a la raza, al linaje, pues para la víctima su dolor aunque se vive en carne propia radica en que uno semejante a él se aventaja haciendo uso de la fuerza y la violencia, lo que lo ubica en una dualidad, defenderse por los mismos medios o subyugarse, casi en todos los casos la opción adoptada corresponde al último de estos. Algo semejante ocurre con la definición que Drapkin (1980) emite al respecto:

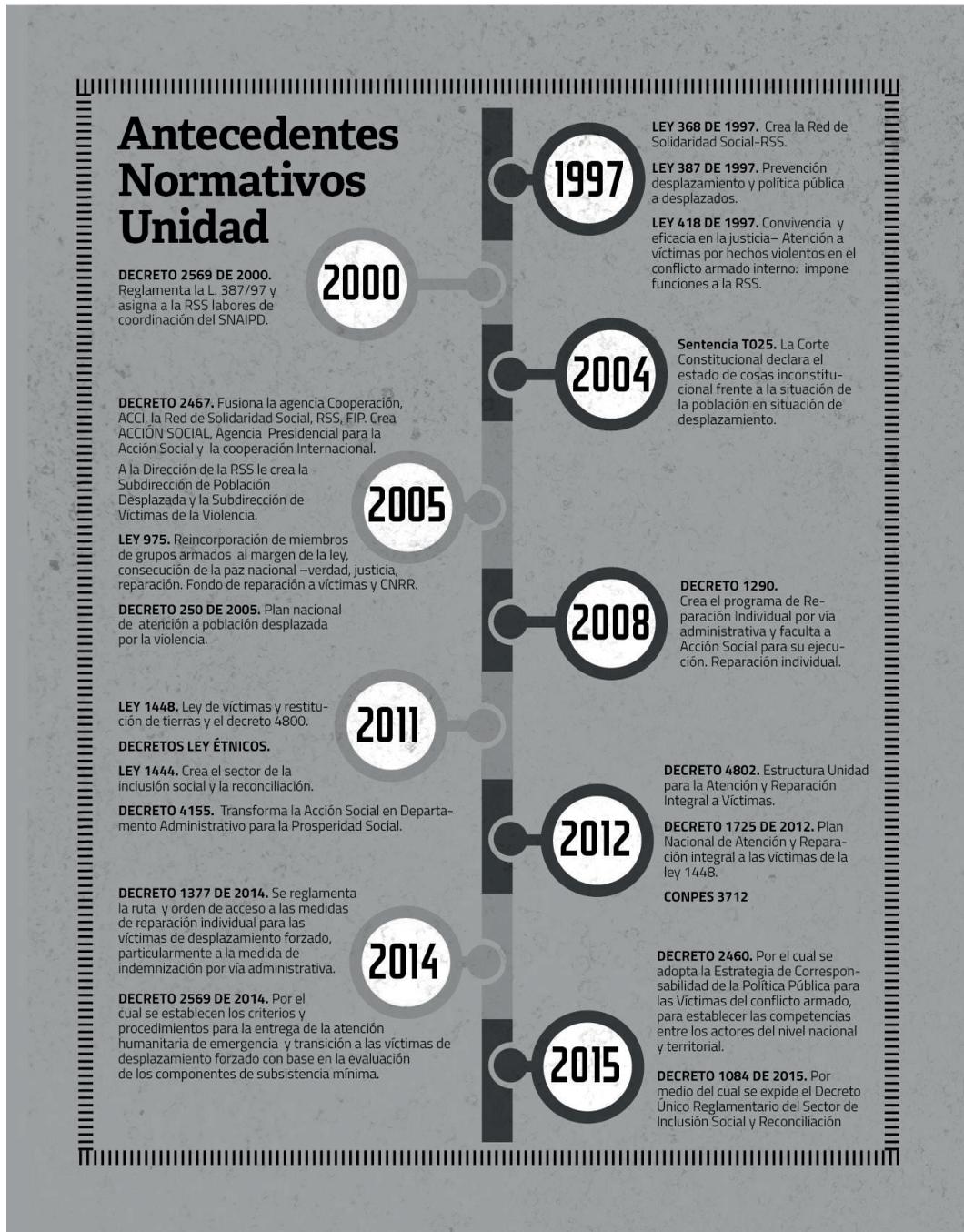
En cuanto a la palabra «víctima», ella tiene dos significados distintos. Por una parte, se refiere al ser vivo –hombre o animal– sacrificado a una deidad, en cumplimiento de un rito religioso, o dedicado como ofrenda a algún poder sobrenatural (3). La otra interpretación

es la que generalmente se usa en criminología y otras disciplinas afines: se relaciona con la persona que sufre o es lesionada, en su cuerpo o propiedad, torturada o asesinada, por otra que actúa movida por una gran variedad de motivos o circunstancias (4). (p. 368).

Entonces, aunando las posiciones de los autores referente al término víctima, se colige que inicialmente este tenía una connotación religiosa, no obstante, con el paso de los años y los supuestos avances de la humanidad, este concepto ha trascendido, de modo tal que acerca del sujeto víctima y su evolución en la sociedad, corresponde a aquel que ha padecido un daño y que usualmente no participó en la producción del perjuicio recibido. Valga en este punto aclarar que se hace alusión a una suposición debido a que en pleno siglo XXI, el “*deber ser*” promulgado por Kant en sus escritos, conlleva a esperar que las actuaciones del ser racional obedeciesen en términos generales a una independencia absoluta de conveniencia particular, en aras de cumplir con lo que la conciencia moral social dicta; sin embargo, no es así, pues en Colombia, en repetidas ocasiones desde hace 50 años, por el territorio nacional han corrido ríos de sangre de personas inocentes que no hacen parte del conflicto de unos pocos.

Al abordar a las víctimas es clave tener presente además de la concepción general del término “víctima”, que estas son producto de confrontaciones entre élites con intereses y finalidades disímiles, algunas que se identifican fácilmente en este panorama, son los grupos armados insurgentes, pensamientos ideológicos, el narcotráfico, la ausencia del Estado en las regiones, entre otros, por lo que aterrizar lo dicho en el marco de esta Nación, requiere partir de antecedentes normativos que permitan evidenciar –en el curso del tiempo– el reconocimiento paulatino de las víctimas de la violencia:

Figura 2. Antecedentes normativos relacionados con las víctimas de la violencia



Fuente: Gobierno de Colombia (2018).

Con respecto de lo descrito y luego de un sinnúmero de indagaciones y exploraciones de índole académica, doctrinal, judicial, jurisprudencial, consuetudinaria y de testimonios recogidos en los diferentes territorios de Colombia, el Gobierno Nacional promulgó la Ley 1448 y en su artículo tercero contempló lo siguiente:

Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencias de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.

De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima. (Ley de víctimas, 2011, p.1).

Bajo la óptica de obligatoriedad del reconocimiento de figuras como: víctimas, conflicto y sus diversas aristas dependiendo el contexto. Como punto de partida se debe tener claridad acerca de la caracterización de cada actor, pues esta determina y puntualiza los atributos, particularidades y/o condiciones; de modo que al hacer alusión a

las víctimas en Colombia conlleva a que esto se encuentre supeditado a una calidad dentro de un sistema judicial y una sociedad, que desconoce a dichos sujetos. Ellos por décadas han estado en el escenario pero no han alzado sus voces. Es más, se podría afirmar que una vez sancionada la Ley 1448 de 2011, en el país se empezaron a escuchar pequeños susurros de algunos líderes y lideresas de la población víctima, que tal como lo dijo una de ellas, Constanza Turbay (en Santos, 2019): “Las víctimas estamos cambiando nuestro dolor por la esperanza de la paz”, expresión que nos habla de un abandono transicional del resguardo relegado de dolor, odio y rencor a un proscenio protagónico de participación efectiva en diferentes espacios políticos, económicos, culturales, entre otros.

De los antecedentes normativos ilustrados anteriormente respecto a las víctimas en Colombia, la ley de víctimas y de restitución de tierras (Ley 1448 de 2011) se constituyó en el primer referente de política pública propia en un escenario de transición, donde a pequeños pasos una Nación se encontraba en la traslación de abandono de la guerra propendiendo por alcanzar la paz, dejando atrás la tradición de violencia y el conflicto armado, por más de 50 años a un estado jamás explorado o experimentado por un país que sin darse cuenta se había acostumbrado a ver correr ríos de sangre en los territorios olvidados por el Estado y apropiados por élites dominantes como las Fuerzas Armadas Revolucionarias-Ejército del Pueblo (FARC-EP). Algunos afirmaban que no era una atmósfera propicia, pero sin importar esto, en medio de las confrontaciones armadas, secuestros, violaciones a los derechos humanos de la población civil, ataques explosivos a comandos de la Policía Nacional, entre otros sucesos, se promulgó la Ley 1448 y se instituyó abanderando la adopción de preceptos en un Sistema que busca contribuir en el restablecimiento de los daños ocasionados como consecuencia del conflicto social, político y armado, lo que implicó que –mediante una acción conjunta entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional de la mano con la población afectada y muchos otros actores

(élites dirigentes a las cuales ya se hizo alusión)- empezasen a tejer la urdimbre de la Política Pública de Víctimas del Conflicto Armado, todo un reto que bien definido:

Es la intervención integral del Estado dirigida a los individuos, las familias o las colectividades que se han visto afectados por los diferentes actores del conflicto, en el marco de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, que derivaron principalmente en la ocurrencia de: homicidios, masacres, secuestros, desapariciones forzadas, torturas, delitos contra la libertad e integridad sexual en el marco del conflicto, incidentes y accidentes por minas antipersonales (MAP), munición sin explotar (MUSE) y artefacto explosivo improvisado (AEI), amenazas, actos terroristas, combates, enfrentamientos y hostigamientos, reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes, desplazamiento forzado y despojo o abandono forzado de tierras (Gobierno Nacional de Colombia, 2016-2019).

La Política pública ameritó en sus primeros años una serie de eventualidades que no previó, pero que la apalancaron (siendo un plus) y generaron un proceso de maduración que con el paso del tiempo tuvo aciertos y desaciertos, de lo cual se ha ido robusteciendo.

El Gobierno Nacional se halló frente a un reto de comunicación multidireccional, en la que varios interlocutores se turnan el papel de emisor y receptor, pues el lugar de las víctimas en esta política pública corresponde al centro, lo que implica una PP dinámica que se encuentra en constante movimiento, donde el conjunto de acciones del Estado obedecen a un previo acercamiento y conocimiento de esta población de especial protección, ocasionando una constante y fluida interacción entre los actores implicados en el ejercicio de la participación que contempla la Ley 1448 de 2011, precepto que se ha desarrollado por parte del Gobierno en cabeza de las entidades

y programas que hacen parte del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas –en adelante SNARIV–, tales como:

En el orden nacional, por:

1. El Ministerio del Interior y de Justicia
2. El Ministerio de Relaciones Exteriores
3. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público
4. El Ministerio de Defensa Nacional
5. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural
6. El Ministerio de la Protección Social
7. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
8. El Ministerio de Educación Nacional
9. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial
10. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
11. El Ministerio de Cultura
12. El Departamento Nacional de Planeación
13. La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional
14. La Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas
15. La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas
16. La Fiscalía General de la Nación
17. La Defensoría del Pueblo
18. La Registraduría Nacional del Estado Civil
19. El Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa (sic)
20. La Policía Nacional
21. El Servicio Nacional de Aprendizaje
22. El Instituto Colombiano de Crédito y Estudios Técnicos en el Exterior
23. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
24. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural
25. El Archivo General de la Nación
26. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses
27. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi
28. La Superintendencia de Notariado y Registro
29. El Banco de Comercio Exterior

30. El Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario

31. Las demás organizaciones públicas o privadas que participen en las diferentes acciones de atención y reparación en el marco de la Ley 1448 de 2011.

32. La Mesa de Participación de Víctimas del nivel nacional.

En el orden territorial, por:

1. Por los departamentos, distritos y municipios.

2. Por las entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios con funciones y

3. competencias para la atención y reparación a las víctimas a que se refiere esta ley.

4. Por la Mesa de Participación de Víctimas del respectivo nivel, de acuerdo con el Título VIII.

Y los siguientes programas:

1. Programa Presidencial de Atención Integral contra minas antipersonal.

2. Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

De lo anterior, se evidencia que el diseño e implementación de la política pública de víctimas en Colombia, ocasionó que el Estado en cada uno de sus niveles y otros actores clave, se organizará con el objetivo de materializar una estrategia de coordinación interinstitucional efectiva, con roles y competencias de acuerdo con la naturaleza de cada élite.

Así mismo, la política pública de víctimas y restitución de tierras se estructura a partir de cuatro (4) componentes que reflejan los objetivos de la Ley 1448 de 2011, los cuales se complementan con cuatro (4) ejes transversales:

Figura 3. Política pública de víctimas



Fuente: Elaboración propia.

Llama la atención, que la participación es uno de los ejes transversales de la política pública de víctimas –ver el fragmento dos del presente artículo–, comúnmente todas las políticas públicas llevan consigo la

participación de la población a la cual están dirigidas, no obstante, en el caso objeto de estudio se observa que esta ha sido, es y seguirá siendo determinante y fundamental en su diseño, ejecución y control.

Muchos actores ignoran aquella fase previa que se agotó con el diseño de la Ley 1448 de 2011, pero en 2008 víctimas de Antioquia, Risaralda, Caldas, Quindío, Meta, Guaviare, Huila, Caquetá, Putumayo, Sucre, Córdoba, Atlántico, Bolívar, Cesar, La Guajira, Magdalena, San Andrés y Providencia, Nariño, Cauca, Valle del Cauca, Chocó, Arauca, Norte de Santander y Santander, trabajaron de manera conjunta, con el acompañamiento de la Fundación Social y la Mesa del Encuentro Nacional de Víctimas, representada por Viva la Ciudadanía, con el apoyo de agencias y programas de Naciones Unidas y agencias de la cooperación internacional, para presentar propuestas y observaciones al proyecto de ley que en ese momento se estudiaba en el Congreso, asunto que se materializó en audiencias donde cerca de 4.000 víctimas, líderes y representantes de diferentes organizaciones sociales y de derechos humanos, participaron presentando sus recomendaciones (PNUD, 2011).

Esto indudablemente da un parte de satisfacción al Gobierno Nacional, quien logró involucrar a las víctimas del conflicto armado en Colombia con anterioridad a la puesta en marcha de la política pública, lo que vaticina procesos sólidos donde estos sujetos están en el centro y desde allí su óptica cambia completamente. Fue esencial el paso dado en esta transición, donde no es protagonista el victimario y su actuar no queda impune; sino, que –por el contrario– la justicia restaurativa busca reparar el tejido social partiendo de los afectados por las olas de violencia en los territorios, enfocando su obrar en el bienestar de estos que han sido perjudicados.

A partir de esto –y en lo que respecta a la participación de las víctimas en la política pública–, es apropiado abordar este asunto trayendo a colación el inciso tercero del artículo 2.2.9.1.2. del Decreto 1084 de 2015, el cual hace alusión al deber legal que tienen la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, las alcaldías, distritos y gobernaciones de garantizar los recursos técnicos, logísticos y presupuestales necesarios, para la creación y sostenimiento

de las mesas de participación de las víctimas de todos los niveles, escenarios en los que los representantes electos por dicha población tienen el deber de continuar lo ya trabajado en territorio y que se mencionó en el párrafo inmediatamente anterior; esto quiere decir que para el Gobierno además de involucrar en el diseño a las víctimas, quiere posicionarlas dentro de la política pública, de modo que la ejecución y control, se efectúe desde adentro, por los delegados de las víctimas.

En este mismo sentido el párrafo primero del artículo 2.2.9.1.3. (ibídem), establece que, debido a la diversidad de los espacios de participación, estos responden a procesos y procedimientos internos por ende particulares, los cuales se deben establecer de manera detallada en el Protocolo de Participación Efectiva, asunto que es de competencia de la Unidad para las Víctimas, quien a partir de la Ley 1448 de 2011 y sus Decretos reglamentarios –mediante la Resolución 0388 de 2013– adoptó el Protocolo de Participación Efectiva de las Víctimas del Conflicto Armado, con el objetivo de establecer el marco para garantizar la participación efectiva de las víctimas en la planeación, ejecución y control de las políticas públicas, dentro del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, del artículo 159 de la Ley 1448 de 2011. De este modo se espera garantizar a las víctimas su intervención real y efectiva en los espacios de participación ciudadana local, regional y nacional (UARIV, 2013).

Debido a que el paso del tiempo ha ocasionado una maduración y fortalecimiento del ejercicio de participación, evidenciando las inconsistencias y fortalezas del mismo, razón por la cual la Unidad para las Víctimas ha expedido una serie de actos administrativos con el propósito de adicionar o modificar algunos apartes del Protocolo de Participación, en cumplimiento de esto, acerca de las responsabilidades institucionales de las entidades que hacen parte del SNARIV, el artículo 50 de la Resolución 388 de 2013, modificado por el artículo 9 de la Resolución 1282 de 2016, estableció:

Artículo 50. ARTICULACIÓN DE RESPONSABILIDADES INSTITUCIONALES.

El financiamiento de los Espacios de Participación será compartido entre el gobierno nacional y los gobiernos municipales, distritales y departamentales bajo los criterios de complementariedad, concurrencia y subsidiariedad. De acuerdo al principio de subsidiariedad, los municipios y distritos que tienen menor capacidad financiera deben ser apoyados por los departamentos y la nación, para cumplir con las garantías para la participación efectiva de las víctimas. Para ello la nación deberá tener en cuenta la categoría del municipio y el porcentaje de la población victimizada. Será obligación de los entes territoriales definir recursos específicos en el Plan de Acción Territorial – PAT–, para el funcionamiento de las respectivas Mesas de Participación, indicando claramente el aporte propio y los fondos de cofinanciación solicitados.

PARÁGRAFO. Atendiendo lo establecido en este artículo, las garantías y apoyos para la participación de los que habla el artículo 49 y siguientes del protocolo de participación serán otorgados de la siguiente manera:

a) La Mesa Nacional de Víctimas, los espacios a los que concurren sus representantes y los espacios nacionales de participación señalados en el Protocolo de Participación, deberán ser financiados por la Unidad para las Víctimas, o la entidad del SNARIV que los convoque.

b) Cuando las mesas municipales, distritales y departamentales sean convocados por la Unidad para las Víctimas o cualquier otra entidad del SNARIV Nacional en cumplimiento de su misionalidad, la entidad convocante deberá otorgar las garantías a la participación.

c) El funcionamiento y los apoyos destinados a garantizar la participación

de las mesas departamentales en los espacios señalados en la Ley 1448 de 2011 y el Protocolo de Participación Efectiva, estarán a cargo de las gobernaciones.

d) El funcionamiento y los apoyos destinados a garantizar la participación de las mesas municipales y distritales en los espacios señalados en la Ley 1448 de 2011 y la presente resolución, estarán a cargo de las alcaldías municipales y distritales, respectivamente.

Asunto que pone en evidencia el entramado que se encuentra bajo el tegumento de la política pública de las víctimas, luego que por décadas se han criticado las acciones y decisiones apresuradas e infundadas del gobierno colombiano en lo que atañe al conflicto armado, pero no se debe dejar de lado que en esta ocasión se ha propendido por aunar esfuerzos, articular instituciones y organizarlas de manera que todas enfoquen sus esfuerzos en pro de la población víctima.

Poner en funcionamiento un Acuerdo de Paz, no es tarea fácil ni inmediata. ¡Qué más quisiera Colombia, sino que corresponder a un sendero con altibajos, vicisitudes y diferencias, que siempre se podrán superar si prima el interés general sobre el particular y a lo cual está convocado cada colombiano y colombiana, no solo el Gobierno!

CONCLUSIONES

La política pública de las víctimas del conflicto armado en Colombia, ha fragmentado la historia de la Nación en dos. Se construyó desde abajo hacia arriba, impactando a diversas élites escépticas, quienes al trabajar de la mano con las víctimas se dieron cuenta de que en ellas el daño sufrido a causa de la violencia ha generado el ánimo de construir una versión diferente de lo vivido. Ya no quieren continuar en un estado de vulnerabilidad perenne, quieren trabajar por sus territorios y por las próximas generaciones.

El rol de las víctimas ha venido menguando con el pasar del tiempo. Desde 2011, año en que fue promulgada la Ley 1448 a la fecha, han transcurrido aproximadamente diez (10) años, lapso en el cual se ha madurado en el ejercicio de participación a nivel municipal, departamental y nacional. Se ha consolidado un andamiaje electoral para la elección de los representantes en los diferentes espacios; se ha hilado finamente con las esferas de poder una articulación que permite la interacción de élites dirigentes y los sujetos de especial protección bajo una estrategia armónica, constante y fluida.

Se ha acondicionado el proceder de las entidades públicas en el marco del principio de colaboración estatal, logrando entender que el éxito de su labor con las víctimas es trabajar de manera armónica para el cumplimiento de los fines perseguidos no como instituciones independientes sino como Gobierno.

Al partir de esta premisa, se evidencia que en el andamiaje –detrás del ejercicio de participación en la política pública para las víctimas– se pensaron espacios que involucran a las élites dirigentes y son estas quienes deben garantizar la participación de las víctimas, previendo destinación presupuestal a las acciones a desplegar, materializando el funcionamiento y sostenimiento de las Mesas de Participación de Víctimas de nivel municipal, departamental y nacional.

En este punto, muchos líderes, víctimas y representantes de Organizaciones Defensoras de Víctimas (ODV) y Organizaciones de víctimas (OV) pueden contemplar algunas de sus observaciones presentadas con anterioridad, en la puesta en marcha de la Política Pública de Víctimas (Ley 1448 de 2011). Sin embargo, no son suficientes las buenas intenciones del Estado colombiano, pues como a lo largo del presente artículo se hizo alusión el éxito de todo el andamiaje de una PP involucra a muchas élites, dentro de ellas desafortunadamente dominantes,

quienes simbolizan obstáculos en el sendero hacia la Paz, donde la multiplicidad de concepciones erróneas que giran en torno a este asunto, pueden llegar a arraigar falacias en la población víctima respecto al diseño, ejecución y control de la política pública, pues su resultado por obvias razones es asequible en la medida de lo posible de acuerdo a factores presupuestales, sociales, entre otros, lo que ocasiona una cierta incredulidad y distanciamiento de un tema tan fundamental y transversal, el cual más que un querer conocer para las víctimas, es un deber. Luego que indistintamente la premura de los resultados esperados, estos se verán reflejados en los territorios y la cultura de las próximas generaciones que emergerán en tejidos sociales donde solo quede alguna reminiscencia de la violencia y esto sea para memorar la generosidad y docilidad de las víctimas del conflicto armado para construir una historia tejida con hilos de sangre de sus familiares y con hebras de perdón, por manos de aquellos que soportaron las duras olas de la guerra y salieron con vida para levantar los cimientos caídos y volver a empezar.

Las segundas oportunidades traen consigo el vigor y la entereza, producto del sufrimiento de épocas de mucha oscuridad y dolor. Este es el momento de las víctimas, este es el preciso instante donde los gobiernos deben escuchar su lección, pues no es de lamento ni rencor, sino de reconciliación. La participación de estas en la toma de decisiones suma años de experiencia en el terreno, ellas conocedoras de las vivencias en territorio pueden aportar solidez a las políticas públicas, para evitar que sean perfectas en estructura en el papel y obsoletas en la puesta en práctica en territorio, construir de la mano de los que han sufrido blindada a las acciones del Estado de fiabilidad. Es por esto que con el pasar de los años –por sí solos– se hablará de la efectividad de la participación de las víctimas del conflicto armado en Colombia y esto se reflejará en políticas públicas que cumplan su cometido y no que se eternicen en el Gobierno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Aguilar A, C.R. (2009). ¿Qué son y para qué sirven las políticas públicas? *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2. Obtenido de www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm
- » Agustín, S. (s.f). *San Agustín - La trinidad*. Obtenido de https://www.augustinus.it/spagnolo/trinita/trinita_10.htm
- » Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (2017). *Guía para la formulación e implementación de políticas públicas del Distrito Capital*. Bogotá D.C.: Oficina Asesora de Prensa y Comunicaciones –SDP–.
- » Congreso de la República. (2011, 10 de junio). *Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 48.096. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html
- » Constitución Política de Colombia. (1991). *Artículo 2 [Título I]*. H. Congreso de Colombia.
- » Drapkin, D. I. (1980). *El Derecho de las Víctimas*. Sao Paulo.
- » Gobierno de Colombia. (Julio de 2018). *XIII Informe sobre los avances de la política pública de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto*. Bogotá. Obtenido de https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-374307_recurso.pdf
- » Gobierno Nacional de Colombia. (2016 - 2019). *Orientaciones para la Incorporación Estratégica de la Política Pública de Víctimas y Restitución de Tierras en los Planes Territoriales de Desarrollo*. Con el apoyo de OIM, USAID. Obtenido de <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/cartillapddl290116.pdf>
- » Llanos, G. V. (2009). Ciencias sociales y políticas públicas. *Revista Mexicana de Sociología*, 170. Recuperado el 28 de 04 de 2020, de <https://www.redalyc.org/pdf/321/32119200007.pdf>
- » Madison, J. (2010). *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- » Malvido, M. d. (2018). *Políticas públicas en la atención a víctimas: Una propuesta metodológica*. Bogotá D.C.: Escuela de Postgrados de Policía "Miguel Antonio Lleras Pizarro".
- » PNUD. (2011). *El ABC de la Ley de Víctimas*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo , Bogotá. Recuperado el 2020, de <http://cf.caribeafirmativo.lgbt/todo/ATT1379609939.pdf>
- » Presidencia de la República. (2010-2012). *INICIO DEL PROCESO DE PAZ*. Obtenido de <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/tomo-1-proceso-paz-farc-inicio-proceso-fase-exploratoria.pdf>
- » Quiñónez, E. O. (2008). *Guía sobre diseño y gestión de la Política Pública*. Bogotá: Organización del Convenio Andrés Bello, Colciencias, Instituto de Estudios Latinoamericanos.
- » Ricoeur, P. (1994). *El mal: desafío a la filosofía y a la teología*. París: Seuil.
- » Rodríguez, J. B. (Septiembre de 2001). *Banco Interamericano de Desarrollo*.

Recuperado el 13 de 06 de 2020, de <https://publications.iadb.org/es/publicacion/14552/la-comunicacion-y-la-movilizacion-social-en-la-construccion-de-bienes-publicos>

- » Santos, J. M. (2019). *La batalla por la Paz*. Bogotá: Planeta Colombiana S.A.S.
- » Sentencia, C-609-2012 (Corte Constitucional 01 de agosto de 2012). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-609-12.htm>
- » Torres-Melo, J. S. (noviembre de 2013). *Introducción a las políticas públicas*. Recuperado el 01 de 05 de 2020, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/imgproductos/1450056996_ce-38e6d218235ac89d6c8a14907a5a9c.pdf
- » Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas. (2013). *Resolución 0388 del 10 de mayo de 2013 - Protocolo de Participación*. Bogotá. Recuperado el 2020, de <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/resoluci%C3%B3n-0388-del-10-de-mayo-de-2013-protocolo-de-participaci%C3%B3n/9020>

Líderes sociales y defensores de derechos humanos: Una perspectiva político-institucional, 2019

Social leaders and human rights defenders: A political-institutional perspective, 2019

Autores: Ángela Daniela Rey Vargas, Ángela Patricia González Valencia y Emmanuel Bolívar Torres

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.13011>

Para citar este artículo:

Rey, A., González, A., y Bolívar, E. (2021). Líderes sociales y defensores de derechos humanos: Una perspectiva político-institucional, 2019. *Derecho y Realidad*, 19 (37), 113-126.



LÍDERES SOCIALES Y DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS: UNA PERSPECTIVA POLÍTICO-INSTITUCIONAL, 2019*

Social leaders and human rights defenders: A political-institutional perspective, 2019

Ángela Daniela Rey Vargas

Internacionalista, Universidad del Rosario.
angela.11097@hotmail.com

Ángela Patricia González Valencia

Derecho, oo
angelagonzalez806@gmail.com

Emmanuel Bolívar Torres

Magíster en Derechos Humanos. Perteneciente Grupo Primo Levi A1 investigación acción, pensamiento crítico epistemologías del sur: pedagogía – didáctica e investigaciones etnográfico–genealógicas.
emmabono22@gmail.com

Recepción: Julio 29 de 2020

Aceptación: Abril 9 de 2021

RESUMEN

El artículo buscó dar respuesta a la pregunta formulada: ¿Cómo se relacionan las estadísticas de homicidios entre 2016 y 2019, y las medidas de prevención, protección y seguridad del Estado colombiano con los líderes sociales y defensores de derechos humanos? Analizando de manera detenida las cifras de INDEPAZ y del Gobierno frente a los homicidios de líderes y defensores de derechos humanos por tipo de liderazgo y municipios, en el periodo 2016-2019 en Colombia.

La investigación tiene un paradigma interpretativo, con enfoque cualitativo; fortalecido por tipologías descriptivas y hermenéuticas, capaz de vincular sujetos, objetos y fenómenos reales, que se encuentra configurado por diferentes factores como: cultivos ilícitos, rutas del narcotráfico, minería ilegal y legal, desplazamiento forzado y la implementación del Acuerdo de Paz, por municipios e incluso por tipos de liderazgo. A través de los datos e información proporcionada se pudo concluir que se

* Artículo de reflexión.

presentan irregularidades en las medidas de prevención, protección y seguridad por parte del Estado.

PALABRAS CLAVES

Líderes sociales y defensores de DDHH; INDEPAZ; Gobierno.

ABSTRACT

The article sought to answer the question: How do the homicide statistics between 2016 and 2019, and the prevention, protection and security measures of the Colombian state relate to social leaders and human rights defenders? By analysing in detail the INDEPAZ and government figures on homicides of leaders and human rights defenders by type of leadership and municipality, in the period 2016-2019 in Colombia.

The research has an interpretative paradigm, with a qualitative approach; strengthened by descriptive and hermeneutic typologies, capable of linking subjects, objects and real phenomena, which is configured by different factors such as: illicit crops, drug trafficking routes, illegal and legal mining, forced displacement and the implementation of the Peace Agreement, by municipalities and even by types of leadership. Through the data and information provided, it was possible to conclude that there are irregularities in the state's prevention, protection and security measures.

KEYWORDS

Social leaders and defenders of human's rights; INDEPAZ; Government.

INTRODUCCIÓN

Todos los procesos que conllevan a una reunificación cultural de paz en las naciones y sus territorios, hace entrever que sus manifestaciones son muy complejas y perennes, distanciadas. En primer lugar, por las alocuciones simbólicas y particulares, cuyos dispositivos de control mediático

hacen que las diferencias promuevan puntos de inflexión polarizada entre unos y otros; y en segundo lugar, por intereses particulares que soslayan entre los verdaderos intereses espaciales y temporales, que son las víctimas y su resurgir desde los victimarios: una víctima, es sujeto de derechos, solo si su victimario los reconoce. Estos planteamientos, hacen que, desde nuestro país, tan complejo, bipolar y distante intersubjetivamente, los esfuerzos por reconocer una paz ahistórica, encuentre algunas nociones teórico-prácticas, que, desde lo institucional, cultural, académico y jurídico, promueva una utopía (camino postmodernidad: buen vivir) capaz de hacer transversalidad a los esfuerzos por reconocer cada contribución para lograr el difícil camino político de la paz, el posconflicto y el reconocimiento social del altruismo.

En ese orden de ideas, la pregunta problema planteada para este artículo es la siguiente: ¿cómo se relacionan las estadísticas de homicidios entre 2016 (post firma) a 2019 y las medidas de prevención, protección y seguridad del Estado colombiano a los líderes sociales y defensores de derechos humanos? El fenómeno de homicidios de líderes sociales y defensores de derechos humanos (en adelante DDHH), se encuentra configurado por diferentes factores como: cultivos ilícitos, rutas del narcotráfico, minería ilegal y legal, desplazamiento forzado y la implementación del acuerdo de paz, municipios, incluso hasta tipo por tipos de liderazgo. Ahora bien, a través de los datos e información proporcionada, se presentan irregularidades en las medidas de prevención, protección y seguridad por parte del Estado. Es así, como se busca no solamente hacer un comparativo de cifras, sino también que buscar una verdadera protección a estas personas con la ayuda de los diferentes miembros del Estado encargados de brindar seguridad y, no solamente, al reportar el fatal resultado sin que nunca se haya podido registrar desde el inicio la cantidad real y así brindar para ellos un apoyo y verdadera protección.

Para la pregunta planteada, es necesario realizar el artículo de la siguiente manera:

primero, mencionar detalladamente la metodología del trabajo; segundo, definir el concepto de líderes social y defensor de derechos humanos; tercero, analizar los resultados de las estadísticas según una entidad gubernamental (Gobierno) y una no gubernamental (INDEPAZ), y contextualizarlo en la realidad colombiana; tercero, realizar una discusión para luego concluir si las estadísticas de homicidios y las medidas de prevención, protección y seguridad del Estado colombiano a los líderes sociales y defensores de derechos humanos se relacionan.

Cabe resaltar que estudiar aquellas estadísticas obtenidas por las muertes que han sufrido los Líderes Sociales y Defensores de Derechos Humanos, son cifras que han sido recolectadas por entidades gubernamentales y no gubernamentales encargadas de hacer un control y seguimiento de los hechos que han puesto en alerta a este país por las amenazas y el alza en la tasa de mortalidad de aquellas personas que cumplen esta loable tarea de representar a miles de ciudadanos. A pesar de que se quiera recolectar todas las fuentes posibles para hacer el respectivo análisis, se eligieron dos fuentes específicamente para este trabajo, Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (INDEPAZ) y la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales (en adelante Gobierno).

Con la firma del Acuerdo para la terminación del conflicto armado con las FARC se ofreció un punto de vista dirigido a descubrir aquellos actores del conflicto que se equivocaron y así poder conocer una verdad justa y llegar a desvirtuar hechos que ya el pueblo colombiano conocía, creando así un sistema que les permitiera poner de frente a los responsables y dar protección para las víctimas del conflicto vivido durante tantos años; olvidando quizás que, con la aparición de esto, nuevos fenómenos llegarían y alguien más debía ser protegido y resguardado de aquellos rencores que traía esta nueva idea; porque son estos líderes y defensores de derechos humanos quienes han permitido que la comunidad viva de

nuevo disfrutando de la anhelada paz, pero solamente se les ha dejado en el olvido, como una cifra más que vive el conglomerado.

Los líderes sociales y los defensores de derechos humanos son los menos favorecidos y los más vulnerables, considerados como la población y comunidad que no tienen una voz audible que les permita manifestar aquellas necesidades y quebrantos que han obtenido como resultado de tantos años de conflicto armado interno en Colombia, llegando a ser víctimas de este. Las cifras alcanzadas después de la firma del Acuerdo de Paz generan un inconformismo, pues supone un periodo en el que se establece un acuerdo de terminación del conflicto y se trasladaría a una paz a cada rincón del territorio nacional; sin embargo, es irrisorio saber que no en todos los lugares de Colombia en diferentes departamentos históricamente ha demostrado que hay presencia de diferentes grupos armados e insurgentes, donde hay ausencia de Estado y gobierna la criminalidad organizada, ellos son los principales actores de las amenazas y las muertes de los líderes sociales y defensores de DDHH.

METODOLOGÍA

El paradigma (Ver anexo) interpretativo utilizado en las formas reales, concretas y abstractas del derecho y los elementos relacionados con las disciplinas de las ciencias sociales, en perspectiva con los objetos y los sujetos que dan una fenomenología de la realidad, en este caso, una reflexión sobre líderes y defensores de derechos humanos en Colombia, hace que el inicio del trabajo académico, tome algunas consideraciones pragmáticas para ondear el sentido representativo de los datos, hechos y escritos, que al respecto suscitan un debate en aras de alcanzar un sentido político, que va en contra de estas poblaciones. Según Ricoy, citando a Husserl, “este paradigma tiene sus antecedentes históricos en la fenomenología, el interaccionismo simbólico interpretativo, la etnografía, la antropología”. Para el caso del presente trabajo académico, la esencia de ese interaccionismo se esboza en contextos de vulneración a las dignidades

de quiénes hoy defienden la paz en Colombia, y los datos espacio-temporales, muestran el rigor sistemático por emprender unas nociones por exterminar, por parte de grupos ex político-militar, a personas indígenas, campesinos, afrodescendientes, defensores de justicia y sindicalistas. El paradigma interpretativo “da un entendimiento de la conciencia como activa, concesión con sentido, reivindica las estructuras esenciales en la conciencia de las que se obtiene conocimiento directo, mediante una cierta clase de reflexión y profundiza en los diferentes motivos de los hechos. No busca la generalización, la realidad es dinámica e interactiva. Tienen en cuenta el comportamiento de los otros/as actuando consecuentemente desde una perspectiva holística” (Ricoy, C 2006).

El enfoque cualitativo en la investigación, otorga una mirada descriptiva y etnográfica, teniendo en cuenta que las poblaciones vulnerables a las que pretenden llegar los sujetos, los objetos y las dinámicas político-culturales de exclusión y no inserción en la seguridad para desmovilizados y defensores de la paz, insiste en la rigidez de una narrativa espacial sin precedentes. “La metodología cualitativa como la investigación que produce datos descriptivos: las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable. Taylor, S.J. y Bogdan, R (1986), sintetizan los criterios definitorios de los estudios cualitativos mencionando que los procesos cualitativos, comprenden y desarrollan conceptos partiendo de pautas de los datos, y no recogiendo datos para evaluar hipótesis o teorías preconcebidas, siguen un diseño de investigación flexible, entiende el contexto y a las personas bajo una perspectiva holística, estudia a las personas en el contexto de su pasado y en las situaciones en las que se hallan y es sensible a los efectos que el investigador causa a las personas que son el objeto de su estudio. (Quecedo, R; Castaño, C 2002).

Las tipologías empleadas en esta investigación, son de corte descriptivo y etnográfico, las dos se complementan en la profundidad de los silencios en derechos humanos, enalteciendo las denuncias por

preservar la vida y las dignidades de todas las culturales y personas que se han visto en envueltas en amenazas, seguimientos, perfilamientos y desplazamientos, así, como aquellas que han sentido la muerte de seres queridos en impunidad para la coyuntura en 2018, 2019 y 2020. “De manera general, la etnografía es considerada una rama de la antropología que se dedica a la observación y descripción de los diferentes aspectos de una cultura, comunidad o pueblo determinado, como el idioma, la población, las costumbres y los medios de vida. Según Hammersley y Atkinson: “es simplemente un método de investigación social, que puede parecer particular o de tipo poco común, pero que trabaja con una amplia serie de fuentes de información” (Denscombe, 1998, p. 15). De igual forma, Duranti afirma: “la etnografía es la descripción escrita de la organización social de las actividades, los recursos simbólicos y materiales, y las prácticas interpretativas que caracterizan a un grupo particular de individuos” (Duranti, 2000, p. 126). Para nosotros, la etnografía es un método de investigación social que permite interactuar con una comunidad determinada, para conocer y registrar datos relacionados con su organización, cultura, costumbres, alimentación, vivienda, vestimenta, creencias religiosas, elementos de transporte, economía, saberes e intereses” (Peralta, 2006).

RESULTADOS

Para empezar, la Comisión Interamericana establece como defensor o defensora de derechos humanos a “toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional”. Por otro lado, también existe otra definición indicada por el Relator representante de la ONU, esta señala que: “un defensor de los derechos humanos es toda persona que, individual o colectivamente, actúa o desea actuar para promover, proteger o procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos local, nacional, regional o internacional”. Las actividades que desempeña un líder social

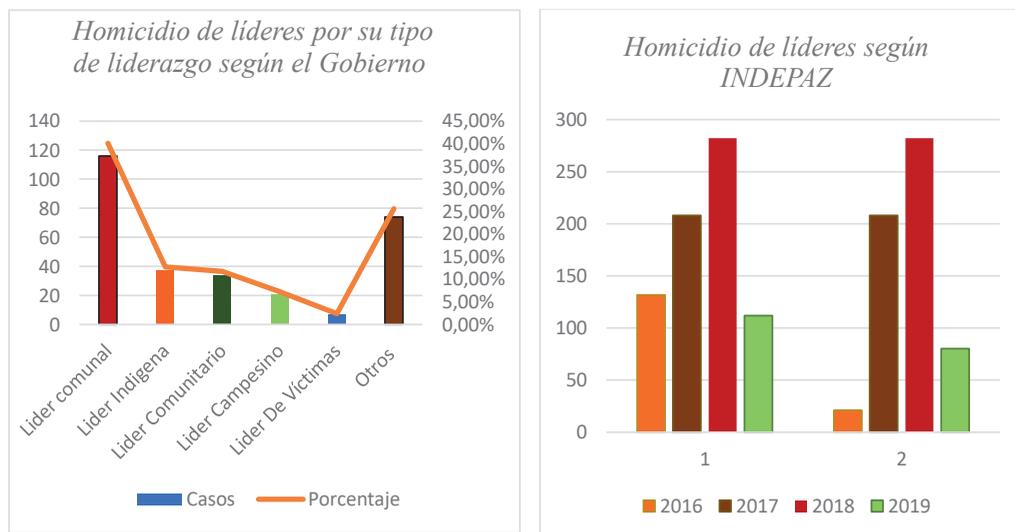
o persona defensora de derechos humanos, se caracterizan por incluir el monitoreo, promoción, proporción de información y educación, abarcando una gran variedad de derechos sociales, culturales, civiles, económicos, etc., que obedecen al principio universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

Para este caso en específico, los líderes sociales o personas defensoras de DDHH, en Colombia juegan un papel importante en la historia de la sociedad cívica, pues ellos son los encargados de promover y poner en vigencia los derechos humanos, esto reafirma el argumento de Adela Cortina que especifica que “El ser humano se concibe pues como un sujeto entre sujetos que forman una comunidad humana. Esta comunidad se distingue de otras en que tiene la capacidad de estimar la dignidad” (Pachón, 2015, p. 404). Ellos son los capaces de brindar y hacer vigente la dignidad humana a través del liderazgo en sus comunidades. En otras palabras, el rol que ejercen estos es de suprema importancia, ya que ellos generan un impacto y tienen una responsabilidad frente la comunidad. En ese mismo sentido,

la definición que se tomará será la de la ONU como se argumentó previamente. Precisando ya la definición se procederá al siguiente punto del escrito presente.

Todos los procesos que hacen transe entre conflictos a gran escala en el mundo, y sus pretensiones por redimensionar nuevos factores de armonía, tranquilidad, desarrollo y paz, tiene en su entramado la búsqueda de apaciguamientos desde las diferencias, que generan distanciamientos, rupturas y odios sistemáticos; todos ellos sobrepasan las escalas de un devenir en tranquilidad para generar tratados o pactos que contrarresten esas distintas miradas, aún, cuando la mayoría de los estados de naturaleza del ser humano, trasciende desde de la paz a la guerra y no en estado divergente al ya señalado. Los datos y cifras que se enuncian a continuación buscan dar testimonios de las hostilidades contra líderes sociales, líderes comunales, campesinos, líderes indígenas y líderes de víctimas, todos y todas, defensores de la paz y de los tratados, que buscan frenar el proceso conflictivo en Colombia. Este tiene, de una parte, un tinte político –que espera enfrentar la historia, la arqueología cultural y

Figura 1. Colombia. Homicidios de líderes y personas defensores de DDHH



Fuente: Elaboración propia.

las diferencias en nuestro país, que lo tienen sumergido en un conflicto sistemático desde hace 200 años– y, de otra, el consentimiento cultural en Colombia.

La comunidad empezó a ser representada por estas personas que tenían unos valores y eran calificadas bajo ciertas cualidades que mostraban un pequeño trozo de esta sociedad, entre ellos: líderes indígenas, campesinos, de víctimas, entre otros. El líder asumió la responsabilidad de garantizar

la seguridad que otras entidades debían brindar y es por esto que se refleja el inicio de esta cadena de muerte por el solo hecho de querer proteger a una pequeña comunidad, lo cual los convirtió en parte de la lista de objetivos de los criminales. Lo anterior, se puede afirmar según la autora Adela Cortina: “El sujeto moral no se constituye desde la autonomía kantiana, sino desde el tú, el otro-ahí y ese es el núcleo de la responsabilidad, porque, gracias al otro nos constituimos en seres humanos.” (Pachón, 2015, p. 46)

Tabla 1. Homicidio de líderes por su tipo de liderazgo, según el Gobierno (2016-2019)

Tipo de líder	Casos	Porcentaje
Líder comunal	116	40,10%
Líder indígena	37	12,80%
Líder comunitario	34	11,80%
Líder campesino	21	7,30%
Líder de víctimas	7	2,40%
Otros	74	25,60%
Total	289	100,00%

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2. Homicidio de líderes por años, según INDEPAZ

Año	1º de enero 2016–2019	1º nov 2016 (post firma)-8 julio 2019
2016	132	21
2017	208	208
2018	282	282
2019	112	80
Total	734	623

Fuente: Elaboración propia.

La comunidad empezó a ser representada por estas personas que tenían unos valores y eran calificadas bajo ciertas cualidades que mostraban un pequeño trozo de esta sociedad, entre ellos: líderes indígenas, campesinos, de víctimas, entre otros. El líder asumió la responsabilidad de garantizar la seguridad que otras entidades debían brindar y es por esto que se refleja el inicio de esta cadena de muerte por el solo hecho de querer proteger a una pequeña comunidad, lo cual los convirtió en parte de la lista de

objetivos de los criminales. Lo anterior, se puede afirmar según la autora Adela Cortina: “El sujeto moral no se constituye desde la autonomía kantiana, sino desde el tú, el otro-ahí y ese es el núcleo de la responsabilidad, porque, gracias al otro nos constituimos en seres humanos.” (Pachón, 2015, p. 46)

A causa de esto, en la Tabla 1, la estadística 1, presenta los pesos porcentuales del accionar criminal e ideológico perverso en contra de los líderes sociales, así, como un

estancamiento gubernamental al amparar los derechos civiles para estas poblaciones. Según datos del informe del gobierno, los líderes comunales han sido los más afectados (40,10%), en el periodo 2016-2019, seguido de los líderes indígenas, que se encuentra en un 12,80%, quienes buscan un asiento en derechos a la propiedad de sus tierra y la tranquilidad de las mismas, defendidas en el Acuerdo de Paz, mediante el esquema de la restitución de tierras. Las principales víctimas son los líderes comunitarios (11,80%), quienes representan a las comunidades en zonas de posconflicto, seguidos por los líderes campesinos, que defienden una dignidad laboral, una coyuntura de reformas agrarias hacia la nueva ruralidad y una paz rural, con 7,30%.

Si bien, en la categoría de Líderes de Víctimas se maneja una tasa baja de 2,40% reflejado en 7 muertes, es un grave indicio de que se quiere apagar la voz de aquellos que hablan por las víctimas que se encuentran afectadas por el conflicto armado interno, pues estos tienen la función de priorizar e implementar acciones a favor de estos en cuanto a la reparación de garantías y no repetición. También se encuentra en la categoría de otros en un 25,60%.

De manera análoga, en la Tabla 2 de INDEPAZ se demuestra que los homicidios de los Líderes están convirtiéndose en un número más de nuestra historia, esto se ve reflejado en que entre 2016 y 2019 suman un total de 734 personas muertas, desmembrando así el tejido social. A pesar de los esfuerzos por frenar la historia perdurable de los conflictos, que se garantizó con la firma del Acuerdo bajo el gobierno del presidente Juan Manuel Santos, el país siguió atravesando múltiples hechos de violencia que debían ser defendidos por alguien, ese alguien que para la fecha no era precisamente una autoridad del Estado, se trataba de aquel hombre o mujer que se reconocía como un líder para esta comunidad abandonada. Este hecho se evidencia en la segunda gráfica de la Figura 1, los homicidios de líderes por años empezaron a incrementarse post firma del Acuerdo desde noviembre, esto se ve reflejado en el número de muertes de

líderes sociales es un total de 623 personas asesinadas entre enero de 2016 y el 8 julio de 2019.

Actualmente, se reafirma la idea de que todo aquel que desee representar a un grupo de la sociedad, debe temer por su vida, en defensa de las tranquilidades intersubjetivas y de la desobediencia gubernamental por amparar, garantizar y proteger, a todos aquellos que hablen de paz y desarrollo cultural subjetivo para la misma.

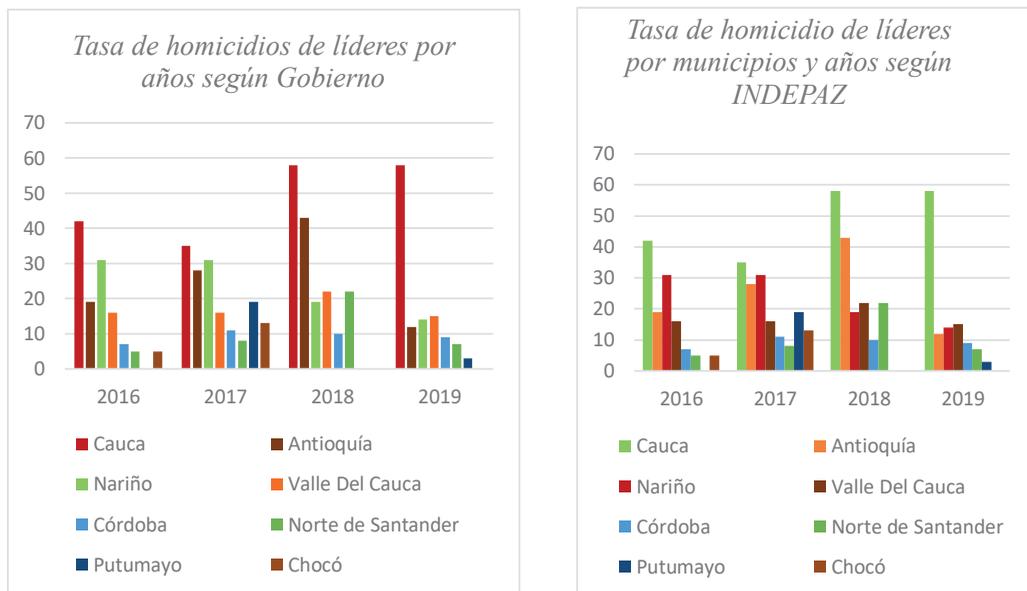
En Colombia existe un distanciamiento moral, que se enaltece con los argumentos o discursos conflictivos, así mismo, se retroalimentan con la velocidad fugaz de las redes sociales, unas posturas, por seguir en defensa de la guerra, que ellos no sufren, es decir, una tendencia cobarde de comandantes de redes que se lucran de dispositivos a horror de las víctimas, y dos, un código moral institucionalizado, que es capaz de abocar por tendencias fascistas por el temor a resistirse a los cambios socioculturales que la política y las democracias debiesen superar y comprobar. "En toda esta literatura de crímenes, que prolifera en torno de algunas altas siluetas, como lo son quienes R. Mandrou llama los dos grandes: Cartouche y Mandrin, a los cuales hay que añadir a Guilleri (*De la culture populaire aux XVIIe et XVIII siècles*, 1964, p. 112). En Inglaterra, Jonathan Wild, Jack Sheppard, Claude Duval desempeñaban un papel bastante parecido, no hay que ver sin duda ni una "expresión popular" en estado puro, ni tampoco una acción concertada de propaganda y moralización, venida de arriba, sino el punto de encuentro de dos acometidas de la práctica penal, una especie de frente de lucha en torno del crimen, de su castigo y de su memoria.

Si estos relatos pueden ser impresos y puestos en circulación, es porque se espera de ellos efecto de control ideológico. Además, de la impresión y la difusión de almanaques, hojas sueltas, etc., estaban en principio sometidas a un control estricto. Para nuestros días, se hacen persecuciones a las voces que se distinguen unas de otras, por la defensa de los derechos humanos, y su control es

denominado “las chuzadas legales–ilegales”, fábulas verídicas de la pequeña historia. Pero si son acogidos con tanta atención, si forman parte de las lecturas de base de las

clases populares, es porque en ellos no sólo encuentran recuerdos sino puntos de apoyo; el interés de “curiosidad” es también un interés político” (Foucault, M, 1996).

Figura 2. Colombia. Tasa de homicidios por municipios afectados



Fuente: Elaboración propia.

Tabla 3. Tasa de homicidio de líderes por años según Gobierno

Municipios	2016	2017	2018	2019	Total
Cauca	42	35	58	58	193
Antioquía	19	28	43	12	102
Nariño	31	31	19	14	95
Valle del Cauca	16	16	22	15	69
Córdoba	7	11	10	9	37
Norte de Santander	5	8	22	7	42
Putumayo	N/A	19	N/A	3	22
Chocó	5	13	N/A	N/A	18

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 4. Tasa de homicidio de líderes por municipios y años según INDEPAZ

Municipios	2016	2017	2018	2019	Total
Arauca	N/A	N/A	N/A	5	5
Antioquia	3	6	10	3	22
Boyacá	N/A	N/A	N/A	1	1
Bolívar	N/A	N/A	N/A	2	2
Caquetá	N/A	N/A	3	N/A	3
Cauca	5	2	N/A	N/A	7
Valle del Cauca	2	4	3	N/A	9
Chocó	N/A	2	N/A	N/A	2
Cundinamarca	2	2	N/A	N/A	4
Cesar	2	N/A	N/A	N/A	2
Risaralda	2	N/A	N/A	N/A	2
Guajira	2	N/A	N/A	N/A	2
Nariño	2	5	4	N/A	11
Norte de Santander	N/A	2	9	N/A	11
Putumayo	N/A	N/A	3	N/A	3
Meta	N/A	N/A	4	N/A	4
Total	20	23	36	11	90

Fuente: Elaboración propia.

Basado en lo anterior, se corrobora en la estadística 2, Tabla 3 de tasa de homicidios de líderes por años según el Gobierno, en el departamento que muestra la tasa más alta es Cauca con un total de 42%, seguido de Antioquia, Nariño y Valle del Cauca. También la gráfica presenta una variedad porcentual significativa de un 28.8% entre 2016 y 2017, pues aumenta de 125 a 161 casos. Sin embargo, en vez de disminuir la tasa de homicidios, entre 2018 y 2019, el departamento del Cauca presenta y mantiene una tasa de 58 homicidios, siendo el departamento más azotado por la violencia. Cabe resaltar que en 2016 la Organización de Naciones Unidas (ONU) se pronuncia y advierte que en el Cauca los opositores de la minería ilegal son cruelmente asesinados debido a su activismo.

Se indica que la cartografía espacial en las que se demuestra las áreas más afectadas son las mismas que históricamente

han enfrentado el devenir del conflicto interno a gran escala y con detonantes sistemáticos nunca vistos en el mundo, cuyos departamentos según INDEPAZ son: Cauca, Nariño, Antioquia, Huila, Santander, Meta, Caquetá y Norte de Santander, los cuales se registran en la Tabla 4. Se sabe que estos departamentos están ampliamente relacionados con el narcotráfico, por ende, los Grupos Armados Organizados y las Bandas Criminales se encuentran en una competencia constante por conquistar territorios y se disputan el control de los mismos debido a la ausencia de Estado.

En 2016 se mantuvieron las negociaciones para concretar la firma del Acuerdo de la terminación del conflicto armado en Colombia y en 2017, la tasa de homicidios de líderes sociales se dio en todo el territorio nacional, puesto que muy seguramente como fueron aquellas zonas las más devastadas por el conflicto, debían intervenir y solicitar

al Gobierno Nacional la participación en este proceso puesto que, en estas zonas del país además de haber sido víctimas del mismo, también tenían focos de narcotráfico.

Un año después de que se firmara la terminación del conflicto, las muertes de quienes defendían y representaban a las víctimas no paraban; al contrario, se sumaban a una cifra de nunca acabar y se centralizaban en un departamento que estratégicamente brindaba un excelente corredor de movilidad para el tráfico y elaboración del producto que continuaba financiando el conflicto en Colombia. Este sector del país tiene una condición especial, al poder contar con una diversidad de etnias a las que se les debe brindar seguridad y protección, y por eso ha sido de mayor atención para los líderes comunales, indígenas, etc., como se quiera llamar, puesto que es allí donde hay mayor vulneración de los derechos que estas personas y cualquier ser humano merece que se les respete. En este caso es esencial garantizar la vida y el libre desarrollo que es vulnerado por quienes aún participan de este conflicto que no terminó en 2016 con la desmovilización de las FARC.

Lo mencionado previamente perjudica a los líderes sociales y defensores de derechos humanos, quienes se encuentran dedicando su vida por defender los pueblos indígenas, luchar por el medio ambiente y un territorio libre de cultivos ilícitos. Se recalca entonces que se responsabilizan de comunidades concretas y son importantes no porque defiendan unos valores que nadie más defiende, sino por el compromiso con lo local, el cual es indispensable para realizar también lo universal (Pachón, 2015, p. 85), que responde a una heterogeneidad humana, fundada en valores y derechos, es una relación intrínseca entre el individuo, el líder y/o defensor de derechos humanos.

Los gobiernos a través del Ministerio del Interior ha expresado su continua preocupación por estos individuos, es así como aparece en acción el Decreto 2137 de 2018, ya que se crea la Comisión Intersectorial para el desarrollo del Plan de

Acción Oportuna (PAO), con el fin de prevenir y proteger de manera individual y colectiva los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de defensores de derechos humanos, líderes sociales, comunales y periodistas. Los constantes asesinatos cada vez más cuestionan la implementación del Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las FARC. El nivel de impunidad no puede ser más acallado, por ende, diferentes Organizaciones No Gubernamentales (ONG) solicitan una política de Estado para mitigar la muerte de aquellas voces defensoras en el proceso de la construcción de paz. Estas medidas de prevención tienen que dar garantías, ya que no es ni será suficiente, puesto que las estadísticas no son esperanzadoras.

DISCUSIÓN

A lo largo de la historia y de la evolución de la humanidad, se han presentado hechos que han marcado ese avance y desarrollo en las civilizaciones, como: los primeros hombres cazadores y el desarrollo de las comunidades sedentarias, la constitución de las metrópolis en Grecia (de los primeros Estados), la caída del Imperio Romano, el oscurantismo, la invasión musulmana, la conquista, la Revolución Francesa, la Primera y la Segunda Guerra Mundial; dando origen a conceptos de territorio, nación, población, jurisdicción y política para la constitución de un Estado y junto con él, la instauración y puesta en marcha de los derechos humanos y la democracia. Es decir, que el Estado, es aquel que da las condiciones de las relaciones humanas configurando un poder, y manejando cuerpos dóciles por medio de la disciplina, tal como lo indica Michel Foucault el Estado se encuentra obligado a intervenir, aumentar y perfeccionar sus garantías, con el fin de vigilar una gran multitud de hombres. (Foucault, 2002).

Ahora bien, en América Latina los Estados tienen el deber de reconocer valores y principios comunes dentro de la sociedad civil, refiriéndose de manera directa a los derechos humanos (Serrano, 2018). De esta forma, el Estado y el gobierno colombiano se encuentran en la obligación de garantizar la protección y el respeto de los derechos

humanos; sin embargo, según los datos del DANE, la pobreza multidimensional es del 19,6% (2018) y las personas en condición de pobreza dataría entre los 191 millones en 2019, según la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Son precisamente estas cifras las que llevan a los líderes sociales a luchar por una igualdad y un acceso a la justicia para todos.

Sobre todo, después del Acuerdo de Paz entre el Estado colombiano y las FARC-EP, firmado el 24 de noviembre de 2016, dejando como resultado el desarme de este grupo alzado en armas y una percepción de paz para la comunidad. Tras este Acuerdo, los índices de víctimas mortales del conflicto armado han tenido una notable disminución. No obstante, este escenario no ha sido el mismo en todos los ámbitos, ya que el aumento de las estadísticas de los homicidios para los líderes sociales en 2019, aumentaron a nivel nacional, así lo ilustra Somos Defensores, ya que en 2019 se registraron alrededor de 591 agresiones y en 2018 fueron de 397. (Programa Somos Defensores, 2019).

Se entiende por líder social, a toda persona vinculadas en un Proceso de Paz y en esfuerzos populares y comunitarios, que son las cabezas visibles o dolientes, que hacen de un renacer simbólico y ético, la esperanza por resistir hacia cosmovisiones de paz, desarrollo y dignidad; todas ellas, vinculadas a esfuerzos que los derechos humanos emanan a manera universalista y heterogénea. Un líder es una comunidad representada en una lucha, en unas voces, en esfuerzos intersubjetivos por lograr una igualdad en oportunidades que solo la paz brindará en desarrollo educativo, social, cultural, en salubridad y principios que permitan a todas y todos, encontrar una utopía simbólica a las inquietudes políticas, que mantienen a nuestras culturas, sumergidas en odios y disputas discursivas sin precisión, dando acciones beligerantes sistemáticas en algunas espacialidades que históricamente han sufrido el rigor del conflicto interno armado.

CONCLUSIONES

Uno de los atenuantes por los que atraviesan las vidas e integridades de los líderes defensores de la paz y los derechos humanos en Colombia, es sin lugar a dudas, por la ausencia de una política pública que preserve y garantice los núcleos duros o robustos de la dignidad humana, establecidos en principios de libertad, fraternidad y paz, destacados por una ideología de ultraderecha, capaz de hacer aseveraciones en contra de la tranquilidad de los colombianos y augurando una defensa capitalista y mediática de la guerra, con agravantes culturales, que dan soporte y consentimiento a las acciones beligerantes bajo el *pseudo* concepto y cosmogonía del comunismo, el castrochavismo y la sombra de Venezuela.

La anarquización de una política cultural que pretenda dar unas apuestas para mitigar el analfabetismo funcional imperante, aunado a una crisis política perenne, que destruye sociedades y desarrollo, no permite que un tratado de paz firmado en 2016, logre los esfuerzos por establecer una defensa de la paz, la tranquilidad y la dignidad en territorio colombiano. Es necesario recurrir a esfuerzos académicos y fortalecer instituciones, en pro de la dignidad humana, el establecimiento de la paz y robustecer a la ciudadanía, para albergar las subjetividades que permitan dar trance al ocaso perdurable de la guerra rural en nuestro país.

A pesar de las múltiples soluciones y esfuerzos que se han buscado durante años para evitar el flagelo en contra de los defensores de derechos humanos, ha sido en vano, puesto que vemos cómo cada año solo suman una y más muertes a estas cifras que se identifican con cada gobierno de turno y, es por esto, que quizás solo se logre a través de este trabajo dar una cifra más dentro de esta gran estadística sin fin. Razón por la que se explora no solo una cantidad sino también una explicación que establecerá los motivos por los cuales, a pesar de los grandes esfuerzos, seguimos sumando estas muertes sin encontrar hasta la fecha una solución que permita hallar una verdadera respuesta que

brinde a los nuevos líderes, opciones de vida y seguridad que les permitan continuar en esta difícil tarea.

Fue este trabajo el encargado de mostrar así que la relación entre las estadísticas de homicidios entre 2016 (post firma) a 2019 y las medidas de prevención, protección y seguridad del Estado colombiano a los líderes sociales y defensores de derechos humanos, es casi que nula. Las estadísticas se han incrementado cada año, más aún después de la firma del Acuerdo de Paz en 2016, reflejando una grave desproporción en algunos departamentos que significa el abandono que sufren estas regiones por parte del Gobierno y que son aquellos líderes quienes representan –bajo estas figuras– a los gobernantes que nunca han visitado estos lugares, y ellos que solo buscan el reconocimiento de algunos de los derechos de sus víctimas, quienes sufrieron vejámenes e incluso el homicidio.

Es así como más que dar a conocer o hacer un comparativo de las estadísticas de este crimen, que ha sido publicado a través de las redes tecnológicas actuales por INDEPAZ, es convertirla en una de las razones principales del por qué este trabajo se ha iniciado. Duele ver cómo las estadísticas por muerte de estos líderes y defensores de derechos humanos se incrementan cada día y se hace público, pero nadie hace algo para que en realidad se intervenga y se termine este flagelo.

Los canales de televisión-periódicos-páginas web, etc., solo reportan cifras

diarias, semanales, mensuales y anuales de cada organismo, pero en realidad no se ha planteado una verdadera solución; quizá los planes de Gobierno no han sido suficientes para dar por terminado con esto, aunque muy seguramente no se logre un fin a este delito, se entrará a demostrar cómo la realidad de Colombia va más allá de una estadística.

Por consiguiente, y muy a pesar de los diferentes planes y programas que el Gobierno ha puesto en marcha para contrarrestar esta amenaza, no ha sido suficiente debido a que no se ha logrado establecer un mecanismo que garantice en primera medida la identificación o reconocimiento del líder o defensor de derechos humanos en cada región, por diferentes situaciones porque temen por sus vidas. Muchos de esos homicidios se hubiesen podido evitar.

Se debe continuar con la protección del derecho a la vida para con estos, quienes ofrendan la suya en defensa de los derechos propios y fundamentales de su comunidad y tan solo buscan que lleguen a ellos las ayudas y respuestas de un Estado que los abandonó. Es importante que nunca se olvide que gracias a la recopilación que se hace con este trabajo, las muertes que ha dejado el conflicto de más de 50 años, también es el resultado de la terminación de ese conflicto que mutó y se convirtió en responsable de los continuos actos de violencia en contra de la sociedad que aún sufre el resultados de esta guerra política, compleja y sin límites de comprensión cultural.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » CAPAZ, C. A. (Febrero de 2019). Panorama de las personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en riesgo en Colombia 2018-2019. Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://www.instituto-capaz.org/wp-content/uploads/2019/02/FINAL-Policy-Brief-1-2019-web2.pdf>
- » Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales. (2010-2019). Informe de Homicidios contra Líderes Sociales y Defensores de Derechos Humanos. Bogotá. Obtenido de [http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2020/Documents/Informe%20Homicidios%20li%CC%81deres%20-%20Corte\(14%20Enero%20de%202020\).pdf](http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2020/Documents/Informe%20Homicidios%20li%CC%81deres%20-%20Corte(14%20Enero%20de%202020).pdf)
- » DANE. (2018). *Boletín Técnico: Pobreza multidimensional en Colombia*. Bogotá:

Gobierno de Colombia. Obtenido de https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/2018/bt_pobreza_multidimensional_18.pdf

» El Tiempo. (04 de diciembre de 2019). *Desigualdad: un problema sin solución*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/desigualdad-como-esta-colombia-en-el-contexto-latinoamericano-439096>

» Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores Argentina. Recuperado el 04 de Abril de 2020, de http://latejapride.com/IMG/pdf/Foucault_Michel_-_Vigilar_y_castigar.pdf

» INDEPAZ. (23 de julio de 2019). Informa líderes y defensores de DDHH asesinados al 26 de julio 2019. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2019/07/Informe-parcial-Julio-26-2019.pdf>

» Organización de Naciones Unidas. (2018). *Informe del Relator Especial sobre la situación*. Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/pdfid/5bd1fc6e4.pdf>

» Pachón, J. S. (2015). *Adela Cortina: El Reto de la Ética Cordial*. Ciudad de Haro, La Rioja.

» Peralta. (2006). Etnografía y métodos etnográficos Análisis. (U. S. Tomás, Ed.) *Revista Colombiana de Humanidades*(74), 37.

» Programa Somos Defensores. (2019). *Informe semestral enero-junio*. Bogotá DC: Diana Sánchez Lara y Sirley Muñoz Murillo. Recuperado el 2020 de abril de 04, de <https://somosdefensores.org/wp-content/uploads/2019/10/informe-Somos-defensores-ENERO-JUNIO-2019-oct-8-web-final.pdf.pdf>

» Ricoy. (2006). Contribución sobre los paradigmas de investigación Educação. (U. F. Maria, Ed.) *Revista do Centro de Educação*, 31(1), pp. 11-22.

» Serrano, L. O. (Junio de 2018). Human Rights and Democracy in the Link European Union - Latin America. Si Somos Americanos. 18. Recuperado en abril de 2020, de <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-09482018000100120>

El fenómeno del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por grupos armados organizados ilegales - caso Colombia -

The phenomenon of the recruitment of children and adolescents by illegal organized armed groups - case of Colombia -

Autor: Víctor Hugo Mendoza Tovar

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.13012>

Para citar este artículo:

Mendoza Tovar, V.(2021). El fenómeno del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por grupos armados organizados ilegales - caso Colombia -. *Derecho y Realidad*, 19 (37), 127-141.



El fenómeno del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por grupos armados organizados ilegales -caso Colombia-

The phenomenon of the recruitment of children and adolescents by illegal organized armed groups - case of Colombia -

Víctor Hugo Mendoza Tovar

Especialista en Seguridad Informática de la Universidad INPAHU. MBA en Administración y Dirección de empresas de la Universidad Camilo José Cela, España. Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de los Conflictos Armados de la Escuela Superior de Guerra, Colombia. Doctor en Gerencia y Política Educativa de la Universidad de Baja California, México. Administrador de sistemas e informática, Universidad Santo Tomás de Aquino
vhmendoza@gmail.com

Recepción: Marzo 2 de 2021

Aceptación: Mayo 3 de 2021

RESUMEN

El presente ensayo muestra de manera sucinta las dinámicas derivadas del conflicto interno armado en Colombia y el valor estratégico de la economía ilegal donde cada día se incrementa el número de niños, niñas y adolescentes (NNA) que son utilizados por grupos armados al margen de la ley para trabajos propios de inteligencia, remesas, servidumbre sexual, fabricación e instalación de minas antipersonales, entre otras. El Tratado de Paz firmado en 2016 por el Estado colombiano y la guerrilla

de las FARC, permitió una reducción en el reclutamiento de NNA; sin embargo, el aumento de las disidencias de las ex-FARC y los Grupos Armados Organizados (GAO) que hacen presencia en el territorio nacional, han vuelto a utilizar el reclutamiento como política interna para ensanchar las filas de combatientes y su accionar delictivo aun cuando el Derecho Internacional Humanitario (DIH), la jurisprudencia nacional e internacional lo prohíben.

* Este documento es producto del proyecto de investigación para optar el título de Doctor en Gerencia y Política Educativa de la Universidad de Baja California.

La metodología empleada en esta investigación académica es descriptiva con enfoque cualitativo, en el cual se enuncia la normatividad y jurisprudencia internacional enmarcada en el Derecho Internacional Humanitario de los conflictos armados y la declaración Universal de los Derechos Humanos, pretendiendo realizar una radiografía sobre el fenómeno del reclutamiento de NNA en Colombia, siendo este un documento insumo de consulta en el estudio y consecución de investigaciones de índole social, donde se abordan fenómenos sociales.

PALABRAS CLAVES

Reclutamiento de Niños; Niñas y Adolescentes (NNA); Derecho Internacional Humanitario; Comité Internacional Cruz Roja (CICR); Mutación de la guerrilla en Colombia; Conflicto interno armado colombiano; guerra de guerrillas en Colombia; Grupos Armados Organizados (GAO).

ABSTRACT

This essay succinctly shows the dynamics derived from the internal armed conflict in Colombia and the strategic value of the illegal economy where the number of children and adolescents (children and adolescents) who are used by illegal armed groups for intelligence work, remittances, sexual servitude, manufacture and installation of anti-personnel mines, among others, is increasing every day. The Peace Treaty signed in 2016 by the Colombian State and the FARC guerrilla allowed for a reduction in the recruitment of children and adolescents; however, the increase in the number of ex-FARC dissidents and Organised Armed Groups (GAO) present in the national territory, have once again used recruitment as an internal policy to expand the ranks of combatants and their criminal activities, even though International Humanitarian Law (IHL) and national and international jurisprudence prohibit it.

The methodology used in this academic research is descriptive with a qualitative approach, in which the regulations and international jurisprudence framed in the

International Humanitarian Law of armed conflicts and the Universal Declaration of Human Rights are enunciated, aiming to make an x-ray on the phenomenon of recruitment of children and adolescents in Colombia, being this document an input document for consultation in the study and achievement of research of a social nature, where social phenomena are addressed.

KEYWORDS

Recruitment of Boys; Girls and Adolescents (NNA); International Humanitarian Law; International Red Cross Committee (ICRC); Mutation of the guerrillas in Colombia; Colombian armed conflict; guerrilla warfare in Colombia; Organized Armed Groups (GAO).

INTRODUCCIÓN

En la historia de la humanidad, en algunas ocasiones, se vio la utilización directa o el desempeño activo de menores de edad en funciones de combate, por ejemplo los “*enfants de troupe*” en el ejército napoleónico (1798-1815), “los voluntarios adolescentes de la Guerra Civil de los Estados Unidos (1861-1865)” (Cardoza, 2002), o la movilización desesperada de las “juventudes hitlerianas (HJ) en Alemania en la última etapa de la Segunda Guerra Mundial (1945)”, (Kater, 2002), pero eso fueron más bien excepciones. Por lo general, se ha observado una norma no escrita contra el uso de menores en la guerra. Las razones no fueron principalmente morales, sino prácticas: los menores de edad normalmente no fueron capaces de soportar las exigencias físicas del combate.

Según el libro “Historical Development and Legal Basis”, de la autora Mary Ellen O’Connell, con el auge del derecho internacional humanitario, que surgió desde la segunda mitad del Siglo XIX, no parecía necesario prohibir el reclutamiento de menores. El crimen de la utilización de niños soldados, es decir, “reclutar o alistar a niños menores de quince años en las fuerzas o grupos armados o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” (Estatuto de Roma 1998), es una adición relativamente

reciente al *corpus* de crímenes de guerra. La razón por la incorporación de este crimen es la creciente proliferación de niños soldados en los conflictos contemporáneos. “La multiplicación de armas baratas y ligeras que pueden ser llevadas y utilizadas por estos ha llevado a un gran aumento en el uso de niños soldados que se ven como baratos, maleables y dispensables. Hoy en día, cientos de miles de niños son utilizados como soldados en los conflictos armados a nivel mundial” (United Nations, 1996). Muchos niños son secuestrados, reclutados y sometidos a todo tipo de actos inhumanos; y al tiempo, otros menores se unen a las organizaciones armadas para salir de la pobreza u obligados por el contexto violento u opresivo en el que se encuentran; (...) “la determinación de un menor de incorporarse a un grupo armado no es libre indistintamente de la orilla desde la que se mire, pues tal “decisión” ocurre bajo coacción, debido a presiones de tipo político, social y económico” (Brett & Specht, 2004, p. 23).

En el contexto colombiano enmarcado en un “Conflicto Armado Interno” de más de 60 años entre el Estado, las guerrillas del Ejército de Liberación Nacional (ELN) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias-Ejército del Pueblo (ex FARC-EP) y los Grupos Armados Organizados (GAO), los niños y adolescentes una vez hacen parte de las filas, ejecutan funciones que van desde las consideradas de “apoyo” hasta las ejercidas por los combatientes directos; y, del mismo modo, se ven sometidos tanto a peligros constantes a su vida e integridad física y a todo tipo de actos que atentan contra su dignidad humana, como convertirse en esclavos sexuales y ejercer la prostitución, con el agregado de soportar tales circunstancias ya sea por miedo, por necesidad o por la imposibilidad misma de salir de la organización delincinencial. Los niños soldados son utilizados a menudo por las misiones más peligrosas, tales como la detección de minas o como escudos para repeler los ataques, ya que, en muchas ocasiones, son usados para formar la primera fila de combate.

Las conductas criminales de reclutar o alistar a niños o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades se constituyen sin duda alguna como uno de los delitos más graves que afectan a la comunidad internacional. “Actualmente existe un importante marco normativo a nivel internacional que les brinda a los menores una protección especial y prohíbe su reclutamiento y vinculación a grupos armados” (Drumbl, 2012). En derecho internacional, hay que diferenciar entre la prohibición de reclutar o usar a niños soldados y la criminalización de esta conducta, que se cristalizó más tarde.

El reclutamiento y la utilización de niños, niñas y adolescentes por grupos armados ilegales en Colombia, sigue siendo una política interna, generalizada y sistemática; si bien se desconoce su naturaleza y magnitud exactas, se ha registrado un aumento de los casos, los grupos armados no estatales siguen teniendo un significativo número de NNA en sus filas y corresponde a una decisión consciente de los máximos responsables de estas “organizaciones”. Conforme a lo anteriormente expuesto y lo consignado en el Derecho Internacional Humanitario ¿Por qué es posible utilizar NNA como combatientes y cuáles son las características que estos deben cumplir para hacer parte de las hostilidades?

1. FUENTES DE LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE RECLUTAMIENTO DE MENORES DE 15 AÑOS COMO CRIMEN DE GUERRA

Según la afirmación de Cryer, Friman, Robinson & Wilmschurst (2007): “Un crimen de guerra es una seria violación de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados (también conocidas como el Derecho Internacional Humanitario), que trae como consecuencia la responsabilidad individual criminal de perpetrador bajo el derecho internacional”. En virtud a que el derecho de los crímenes de guerra está estrechamente ligado al DIH, se expondrán primero algunos conceptos esenciales de este y luego se discutirán los elementos

comunes a todos los crímenes de guerra, para finalmente entrar en los tipos penales individuales.

La mayor diferencia que distingue los crímenes de *lesa* humanidad de los crímenes de guerra es que los últimos no exigen la comisión amplia o sistemática. Un sólo acto aislado puede constituir un crimen de guerra, independiente del marco dentro del cual ocurrió. El único requisito contextual es el nexo del crimen con el conflicto armado, lo que distingue el crimen de guerra de un crimen común. Sin embargo, la estructura de los tipos penales de los crímenes de guerra es más parecida al derecho penal ordinario que los tipos de *lesa* humanidad.

1.1 Principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

El DIH es un derecho bien particular porque su objetivo es la regulación legal de la situación excepcional de conflicto armado. La complicación surge de la naturaleza extraordinaria de la guerra donde las reglas normales de la convivencia humana, como v.gr. las prohibiciones fundamentales de matar o destruir, se encuentran suspendidas o anuladas. A un combatiente no se le puede castigar por actos de guerra legalmente permitidos. Mientras los antiguos romanos decían “*inter arma enim silent leges*” (en la guerra, el derecho calla), la aspiración en tiempos modernos ha sido evitar un vacío legal en los conflictos armados e introducir progresivamente normas para humanizar (evitar el sufrimiento innecesario) la conducta en las hostilidades. (...) “Pero existe una tensión constante entre las exigencias humanitarias y las consideraciones militares, lo cual no siempre es fácil de resolver. La tendencia en el DIH de los últimos 100 años, ha sido claramente en la dirección de “humanizar el derecho humanitario”, es decir, poner creciente énfasis en la protección de la vida humana en los conflictos armados” (Meron, 2000). Este desarrollo se manifiesta en las reglas más estrictas de conducta permisibles para las fuerzas armadas, en la expansión de la protección a clases

adicionales de víctimas y en la aplicación del DIH a un creciente número de situaciones, inclusive el conflicto armado interno.

El DIH tradicionalmente ha sido dividido en dos cuerpos de derecho: (i) el derecho de Ginebra (enfocado en la protección de grupos que no participan activamente en las hostilidades) y (ii) el derecho de La Haya (sobre los métodos y armas permitidos en la guerra, con el fin de reducir el sufrimiento innecesario). Las Regulaciones de La Haya (1907) y los Convenios de Ginebra (1949) son las más importantes emanaciones de estas dos líneas del DIH. La inmensa mayoría de estas reglas aplica solamente en los conflictos internacionales (o sea con dos o más Estados participantes). Con la adopción de los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra (1977), que especifican reglas sobre la protección de no combatientes y la prohibición de ciertas prácticas y armas de combate, esta distinción se ha vuelto menos relevante.

Es importante subrayar que el DIH comienza a regir con el estallido de un conflicto armado, pero no se interesa por los orígenes o causas del conflicto. El argumento que alguna de las partes en el conflicto esté combatiendo por una causa justa o defendiendo algún bien colectivo superior (la democracia, la justicia social, etc.) no tiene ninguna influencia sobre la aplicación o interpretación del DIH en este conflicto. No se puede argumentar, v.gr., que en una guerra injusta, todos los actos de matar a combatientes fueron criminales y todos los ataques desproporcionados.

El derecho de los crímenes de guerra se fundamenta en el DIH, pero no toda violación del derecho humanitario constituye un crimen de guerra. Algunos tratados como los Convenios de Ginebra explícitamente criminalizan ciertas violaciones, las así llamadas infracciones graves (*grave breaches*). Otros crímenes de guerra se pueden encontrar en el derecho internacional consuetudinario; por ejemplo, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg determinó que normas claves de las Regulaciones de la Haya (1907) eran

parte del derecho consuetudinario y su violación constituía un crimen, aunque el texto de las Regulaciones no criminalizó explícitamente estas violaciones.

1.2 Prohibición de reclutamiento

Tanto en el Derecho Internacional Humanitario (DIH) como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el Derecho Penal Internacional han sido consagradas disposiciones que prohíben el reclutamiento de niños tanto en los grupos armados irregulares como en la fuerza pública de los Estados. Mientras el DIH y el derecho de los derechos humanos se limitan a prohibir la conducta sin imponer sanción al perpetrador, el derecho penal internacional sí establece la responsabilidad individual criminal por realizarla.

Los niños y las niñas que se encuentran en medio de conflictos armados son protegidos por el Derecho Internacional Humanitario desde una doble perspectiva: (i) se les brinda resguardo en su calidad de menores civiles perjudicados por las hostilidades y (ii) como sujetos vinculados a ellas tanto en conflictos armados de carácter internacional como no internacional, concretándose esta protección como la prohibición del reclutamiento y la participación de niños en los conflictos armados.

Dentro de la normatividad constitutiva del DIH se encuentran:

Cuatro convenios de Ginebra (1949)

Ninguno de los cuatro convenios de Ginebra (I Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, II Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, III Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, IV Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra) hace ninguna referencia al reclutamiento o uso de niños soldados. No obstante, la situación de los niños en un conflicto armado

está cubierta por varios artículos del IV Convenio: el Artículo 14, relativo a las zonas de seguridad, indica que esas zonas pueden proteger en particular los niños menores de quince años. Los niños también son mencionados en el artículo 17, que prevé la evacuación de civiles de las zonas sitiadas. Artículo 23, que trata del libre paso para los envíos humanitarios destinados a las categorías más débiles de la población, se refiere explícitamente a los niños menores de quince años, entre los beneficiarios potenciales.

Artículo 24 del IV Convenio está completamente dedicado a los niños, con destaque para los niños menores de quince años que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra, y a la identificación de los niños menores de doce años. El Artículo 38, que aplica a las personas protegidas en el territorio nacional de los beligerantes, incluye a los niños menores de quince años entre las personas que deben gozar de un trato preferencial. El Artículo 50 se ocupa de los niños en los territorios ocupados y de las instituciones dedicadas a su cuidado. Igualmente, en territorio ocupado, el Artículo 51 prohíbe que el poder ocupante obliga a los residentes menores de dieciocho años a trabajar, y el artículo 68 prohíbe pronunciar la pena de muerte contra personas menores de dieciocho años de edad. Esta última disposición, la cual no permite ninguna derogación, se ha adoptado también en el Pacto Internacional de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 6, párrafo 5).

Aunque los Convenios de Ginebra no contienen una provisión explícita sobre el reclutamiento de menores, la prohibición de esta práctica está implícita en el común Artículo 3 de los Convenios, según el cual la población no combatiente será tratada con humanidad. Reclutar menores de edad pone su vida e integridad física en peligro inminente, ya que les quita su estatus de civiles protegidos y los convierte en objetivos militares legítimos. “Eso es una violación abierta y grave del principio de inmunidad de los no combatientes” (Gardam,1993) y de la prohibición de “atentar contra la vida y la

integridad corporal” de personas protegidas (Común Art. 3, parra 1, letra a). En virtud del ámbito amplio de aplicación del común Artículo 3, esta prohibición es válida tanto en conflictos de carácter internacional como no internacional.

Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977)

El Art. 77 trata de la protección de los niños en situaciones de conflictos armados. Su párrafo 1 reza: “[l]os niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de asalto indecente.” El párrafo 2 establece: “2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años, pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad”. Si es capturado un combatiente que tiene menos de quince años, “deberá seguir beneficiándose de la protección especial concedida por el presente artículo, sea o no un prisionero de guerra”. (Art. 77, parra. 3). Se puede constatar que el Protocolo Adicional I no instaura una prohibición muy fuerte del reclutamiento (“tomaran todas las medidas posibles”), aunque hay que recordar que este instrumento aplica solamente a los conflictos internacionales¹.

Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de

1. El comentario de la Cruz Roja sobre el Protocolo Adicional I resalta que el CIRC había propuesto una formulación más exigente, pero no fue posible convencer los Estados de aceptar una obligación incondicional. Aunque la norma de abstenerse de reclutar niños menores de quince queda intacta, ya no se menciona una explícita obligación a rechazar su inscripción voluntaria. De hecho, de acuerdo con el Relator, el Comité III señaló que a veces, especialmente en los territorios ocupados y en las guerras de liberación nacional, no sería realista prohibir totalmente la participación voluntaria de los niños menores de quince años en los conflictos armados.

las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977)

Según el Art. 4, párrafo 3, letra c): “3. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: (...) c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”. Se nota aquí una interesante diferencia con el Protocolo Adicional I, en lo que la prohibición del reclutamiento de menores es más rigurosa en los conflictos de carácter no internacional (“no serán reclutados y no se permitirá que participen en las hostilidades”). La razón por esta divergencia yace en la historia de la redacción de los dos protocolos, porque fueron elaborados por dos comités diferentes de la Conferencia diplomática de 1977.

Bothe, Partsch & Solf (2010) afirman que: “El Comité III (encargado del Protocolo Adicional I) decidió tomar una línea más permisiva frente al reclutamiento de menores, mientras el Comité I (encargado del Protocolo Adicional II) siguió las recomendaciones de la Cruz Roja y mantuvo una prohibición completa de la práctica” Sin embargo, Gary y Solis (2010) dicen que “ninguno de los dos protocolos establece la violación de estas provisiones como una infracción grave del DIH, que obligaría a los Estados partes a imponer sanciones penales a las personas que la hayan cometido, o dado orden de cometerla”.

Por otro lado, en el marco de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentran las siguientes normas relacionadas con la protección de los menores de edad contra su reclutamiento o uso en las hostilidades.

La primera convención internacional que estipuló una prohibición de esta práctica fue la Convención sobre los derechos del niño (1989), cuyo Artículo 36 especifica: “Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”. Así mismo, en el Artículo 38, párrafos 2-3 quedó establecido lo siguiente:

“2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. 3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad”. Esta convención de los derechos humanos es la más ampliamente ratificada del mundo y prohíbe tanto el reclutamiento como el uso de niños debajo de los 15 años en las hostilidades, reforzando las prohibiciones originando en el DIH” (Ang, 2005).

Al estipular esta prohibición del reclutamiento, la Convención es el único instrumento internacional de los derechos humanos que incorpora una provisión que pertenece al área del DIH que normalmente se trata de forma separada”.

Sin embargo, estas normas no fueron consideradas como suficientes (especialmente en relación con el umbral de edad) por muchos activistas y estados. Liderado por el primer representante especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, el ugandés Olara Otunnu, se inició una campaña para aplicar presión sobre los gobiernos a adaptar un límite de edad de 18 años para los fines de reclutamiento. El resultado fue el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000), cuyas provisiones reflejan el nuevo consenso sobre la edad. Según el Art. 1, “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades”. Además, el Art. 2 reza: “[L]os Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años”. La única excepción permitida por el Protocolo (Art. 3, párrafo 3) es el alistamiento voluntario, con

el consentimiento informado de los padres o guardianes del menor. Para este fin, Happold (2000) dice: “La edad mínima ha sido elevada de los 15 años. Los permitidos por la Convención a los 16 años. Cada Estado debe depositar una declaración vinculante sobre la edad de alistamiento voluntario permitido bajo su legislación nacional, y varios lo han hecho, con edades entre los 16 y 17 años”.

El Protocolo es más restrictivo refiriéndose a los grupos armados irregulares y establece que: “1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años. 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas. 3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado”.

De esta forma, el Protocolo facultativo introduce un tratamiento diferencial entre las fuerzas oficiales de un Estado que pueden bajo ciertas condiciones como la auténtica voluntariedad aceptar a menores entre los 15 y los 18 años y los grupos armados irregulares que no deben en ninguna circunstancia utilizar menores debajo de los 18 años. El Protocolo sólo prevé la posibilidad de que sea evaluada la voluntariedad en los casos de reclutamiento de menores por parte del Estado, pues, en lo relativo a los demás grupos armados existe prohibición expresa que no admite excepción alguna de reclutar o utilizar menores de 18 años de edad en las hostilidades, lo que quiere decir que, aunque el joven manifieste su voluntad de incorporarse en el grupo armado, el alistamiento de este está prohibido.

Otros instrumentos internacionales de los derechos humanos también tratan del reclutamiento de menores. Se puede mencionar el Convenio 182 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999). Este tratado multilateral

define el término niño como: “toda persona menor de 18 años” (Art. 2). Entre las “peores formas de trabajo infantil”, el Convenio nombra “todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados” (Art. 3, parra. 1, letra a). Según lo afirmado por la OIT (Convenio, 1999): “Los Estados partes se comprometen a “adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia”. La recomendación 190 de la OIT, que acompaña al Convenio 182, recomienda la criminalización del reclutamiento forzado de menores.

En el contexto regional africano, especialmente afectado por el fenómeno del reclutamiento ilícito. Honwana (2007) expresa: “(...) los Estados miembros de la Organización de Unidad Africana adoptaron la Carta Africana de los derechos y del bienestar del niño (1990), que entró en fuerza en 1999”. En su Art. 22, párrafo 2, la Carta establece que “Los Estados Parte en la presente Carta adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que ningún niño tome parte directamente en las hostilidades y, en especial, se abstendrán de reclutar a algún niño”. Importante en este contexto es que la Carta entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años (Art. 2).

Todas estas normas del derecho internacional, tanto del DIH como de los derechos humanos, establecieron una prohibición general del reclutamiento y del uso de niños soldados, las cuales, según el estudio detallado de la Cruz Roja (International Committee of the Red Cross, 2006) “(...) en el año 2005 han adquirido la naturaleza de derecho consuetudinario internacional (Reglas 136 y 137)”. Eso quiere decir que estas prohibiciones tienen validez para todos los Estados, independientemente si han ratificado o no las convenciones que acabamos de mencionar. Como fundamentos para la regla del derecho consuetudinario,

existe una práctica amplia de los Estados de prohibir este comportamiento en sus manuales militares y legislación interna, no hay práctica oficial contraria y las ocurrencias de reclutamiento que salieron a la luz en varios conflictos en el mundo generalmente fueron públicamente condenados tanto por Estados como por organizaciones internacionales.

Los Elementos de los Crímenes para el Estatuto de la Corte Penal Internacional (2002) fueron elaborados para darles una ayuda interpretativa sobre los crímenes especificados en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto a los jueces de la Corte. Para una acusación penal internacional por el crimen de reclutamiento de menores, todos los elementos típicos enumerados deben estar presentes:

1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.
2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.
3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado (de carácter internacional o no internacional) y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”.

El crimen de guerra de reclutamiento de menores tipificado en el Estatuto de Roma es inusual en dos aspectos: primero, pretende proteger los niños frente a sus propias autoridades, lo que se diferencia de la orientación general del DIH, que protege, en este caso, a los civiles de las violaciones cometidas por el otro bando en un conflicto armado. En este aspecto, la norma refleja más el derecho de los derechos humanos que el propio DIH. Segundo, como el alistamiento y reclutamiento generalmente ocurren sin ningún nexo con un conflicto armado. Para

Cottier (2010) “este crimen puede cometerse también en tiempos de paz (no obstante, los elementos antes citados sobre el nexo al conflicto armado, que no aparecen en el Estatuto mismo)”.

Los estatutos de los Tribunales Internacionales Penales para ex Yugoslavia y Ruanda no contienen ninguna referencia a este crimen, ya que no se tenía noticia de la ocurrencia de reclutamiento de menores en estos conflictos. Sin embargo, esta conducta se encuentra criminalizada en el Estatuto para la Corte Especial de Sierra Leona, establecida en 2002 para juzgar a los máximos responsables por los crímenes masivos cometidos en este país. El artículo 4 del Estatuto establece la competencia de la Corte Especial para perseguir a las personas que cometieron las siguientes violaciones serias del Derecho Internacional Humanitario: “c) [r]eclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”.

Como hemos visto, la criminalización del reclutamiento y uso de menores para fines del conflicto armado es de fecha relativamente reciente y antes de la codificación del crimen, no se habían enjuiciado ningunos casos de esta conducta. Cuando los tribunales penales internacionales comenzaron a investigar a los responsables, se enfrentaron con diferentes problemas de definición y aplicación. Sus decisiones en casos concretos se volvieron entonces cruciales para la interpretación e implementación de estas normas.

2. EL RECLUTAMIENTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES –CASO COLOMBIA–

En Colombia esta conducta que reviste enorme gravedad. Está absolutamente prohibido, ya que, expresamente desde la entrada en vigencia de la Ley 418 de 1997 (art. 14) se adicionó al haber penal (art. 162 C.P.), el crimen de reclutamiento ilícito, amén del cual se hizo eco de una prohibición que viene dada desde el ámbito internacional. Esta norma prohíbe la utilización de niños

con ocasión de conflicto armado bien sea directa o indirectamente en acciones armadas, inclusive cuando sean “voluntarias”, porque los menores de edad no poseen la capacidad para dar un consentimiento de esa naturaleza.

Por ende, el crimen de conscripción, reclutamiento o uso de niños, niñas y adolescentes para participar activamente en las hostilidades se encuadra dentro de la lista de conductas punibles que están codificadas a nivel internacional, bien sea como delito de *lesa* humanidad, o como crimen de guerra, y a la vez también aparece dentro del estatuto punitivo colombiano, de manera directa y además en virtud de la integración de convenios y estatutos internacionales.

Para el caso de Colombia y su lucha de guerrillas en contra del Estado y en el contexto del conflicto armado ha traído violaciones, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, crímenes propios de *lesa* humanidad que son cometidos en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Los niños, niñas y adolescentes (NNA) hacen parte de la población más vulnerable a nivel mundial; en la historia de la humanidad han sido víctimas de ataques y guerras cuyas consecuencias han dejado huellas imborrables en sus vidas.

Si bien es cierto que los menores son objeto de protección por parte de la comunidad internacional y de una u otra forma se ha convertido en una obligación para los Estados proveerse de mecanismos que garanticen su dignidad, vida, salud, familia, entre otros derechos; en el conflicto interno colombiano se ha visto un aumento alarmante de NNA en las filas de los grupos armados ilegales que son vinculados y utilizados para diseño y fabricación de minas antipersonales, explosivos, servidumbre sexual, trabajos forzosos y en una nueva forma de esclavitud. En su mayoría estos NNA terminaron siendo analfabetas funcionales que no superan los 15 años de edad.

Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro,

venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia” (Constitución Política, Artículo 44°, 1991).

Si bien en Colombia el reclutamiento de NNA es ilegal y está reglamentado por la LEY 48 DE 1993, las Normas rectoras indican en el artículo 10 del capítulo 1 que: *Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad* (Colombia, Ley 48 de 1993 capítulo I).

Los NNA que son víctimas del reclutamiento ilícito por parte de los grupos armados ilegales están amparados bajo la Ley 1448 del 2011, donde en su artículo 190 dicta:

Todos los niños, niñas y adolescentes víctimas del reclutamiento, tendrán derecho a la reparación integral en los términos de la presente ley. Los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito de reclutamiento ilícito podrán reclamar la reparación del daño, de acuerdo con la prescripción del delito consagrada en el artículo 83 del Código Penal.

Según la UNICEF –en su protocolo facultativo de la convención sobre los Derechos del Niño– relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, establece los 18 años como edad mínima para el reclutamiento obligatorio por parte de los gobiernos, la participación directa en las hostilidades o el reclutamiento por grupos armados. Los Estados pueden aceptar voluntarios desde los 16 años, pero deben depositar una declaración vinculante al ratificar el presente Protocolo o adherirse al mismo, estableciendo la edad mínima

de reclutamiento voluntario y exponiendo ciertas salvaguardias. (UNICEF, 2004).

Desde la época colonial se ha venido incluyendo a los NNA en los grupos armados que hacen presencia, fue entonces cuando en los años 40 la Corte Penal Internacional se pronuncia señalando el reclutamiento de niños en el listado de “Crímenes de Guerra”.

Por medio de la Convención sobre los Derechos de los Niños en 1985 se establece la edad de los 15 años como límite mínimo para el reclutamiento. En la actualidad del conflicto interno colombiano, los grupos insurgentes reclutan despiadadamente mano de obra infantil y NNA para propósitos de su accionar.

(...) El reclutamiento no puede calificarse como un acto voluntario. Aún en los casos en que se ve facilitado por la vulnerabilidad social y económica de los afectados, de ninguna manera tendría lugar sin la existencia de un conflicto armado, cuya violencia produce dinámicas que alienan todos los derechos y las libertades de las comunidades sometidas y arrastra consigo, especialmente, a los más vulnerables” (Springer, 2012).

Una explicación ante la presencia de NNA indígenas en las filas de los grupos armados ilegales se da en la tasa de rendimiento y la tasa de desertión, estos NNA indígenas son los que mejor resisten las difíciles condiciones del reclutamiento y los que menos desertan o abandonan las filas. Dado sus circunstancias socioeconómicas y culturales, así como la ubicación de sus territorios ancestrales, coinciden con la localización de corredores estratégicos y zonas de explotación de recursos. En zonas específicas Colombia, estos grupos han trazado “fronteras invisibles” y han declarado barrios y comunas como “zonas de guerra”, donde los NNA deben cooperar con ellos para sobrevivir.

Las guerrillas y las bacrim colombianas reclutan NNA sistemáticamente para todos sus frentes, unidades y organizaciones no solo como combatientes. La mano de

obra infantil y adolescente es fundamental en el cumplimiento de cada objetivo y de cada actividad estratégica de estos grupos ilegales, históricamente se han encargado de reclutar NNA, con técnicas de regalos y “donaciones” en comida y dinero, esto le permite a los NNA suplir necesidades básicas insatisfechas y por otra parte contribuir con los gastos del diario en sus casas. Estos grupos al margen de la ley realizan labores de inteligencia en colegios y escuelas rurales permitiendo “perfilar” aquellos NNA en situación de vulnerabilidad y que presenten problemas familiares y violencia familiar, se presentan como el “ICBF Alternativo” ante la falta de presencia del estado colombiano y la falta de oportunidades laborales; Otorgando beneficios económicos por la prestación de sus servicios como lo son llevar mensajes, comprar víveres, realizar labores de inteligencia y hasta la prestación de servicios sexuales. (...) El proceso del reclutamiento comienza por involucrar al niño en tareas como mandados, remesas y demás que no despierten mayor complicación y alertas con la fuerza pública a cambio les dan un dinero para golosinas o para “la gaseosa”, a medida que el niño crece se va involucrando cada vez más en tareas con mayor responsabilidad inteligencia, fabricación e instalación de minas, cobro de extorsiones y vacunas hasta llegar a portar un uniforme y fusil (Springer, 2012).

Existe amplia evidencia de que las disidencias de las FARC-EP y los GAO reclutan menores de 15 años según un patrón consistente y sostenido con una amplia dispersión territorial. La función del reclutador es un rango especializado de importancia estratégica, lo que a su vez constituye evidencia de un plan o una política organizacional. Actualmente según Springer el fenómeno del reclutamiento de NNA en Colombia se ha visto propagado en edades más cortas (antes de los 14 años de edad) ya que por esta condición si son atrapados por la fuerza pública están amparados por el gobierno y deben de inmediato dejarse en libertad o en manos del ICBF, no podrán ser interrogados, sometidos y utilizados para dar información del adversario.

Según el informe de Naciones Unidas de 2012 del 100% de niños, niñas y adolescentes en las filas de estos grupos armados ilegales el 30% provienen de departamentos donde existe poca presencia del Estado y son apetecidos por estos grupos ilegales ya que cumplen ciertos requisitos propios de su condición para sortear y evadir toda responsabilidad legal y jurídica, NNA que por su raza son más fuertes para afrontar retos ambientales, conocedores de la región, menores de 14 años ya que en caso de ser capturados son inmunes gracias a su condición de cualquier clase de interrogatorio por parte de las fuerzas militares y/o armadas (ACNUR, 2012).

Suárez (2009) afirma que “Las conductas de reclutar o alistar niños o de utilizarlos para participar activamente en las hostilidades constituyen algunos de los delitos más graves que afectan a la comunidad internacional”. Como reflejo de las normas internacionales, la conducta está también prohibida en Colombia. Con la entrada en vigencia de la Ley 418 de 1997 se tipificó el crimen de reclutamiento ilícito (art. 162 C.P.). Esta norma prohíbe la utilización de niños con ocasión de conflicto armado, bien sea directa o indirectamente en acciones armadas, inclusive cuando esta se produzca con la aceptación del menor. Demostrando que se trata de un fenómeno masivo y amplio, convirtiéndose en uno de los crímenes que más frecuente y sistemáticamente ha ejecutado los miembros de las disidencias de la ex guerrilla de las FARC y los GAO, por encima de otros de similar gravedad.

Para concluir, el reclutamiento de NNA es una política de las organizaciones al margen de la ley, que responde a estrategias concretas y decisiones tomadas al máximo nivel, donde existe responsabilidad individual directa de aquellos individuos que reclutan o alistan NNA, o los utilizan para participar en las hostilidades. Este grupo de personas incluye los reclutadores, y los comandantes de unidades como escuadras o frentes también a los que aprobaron y ordenaron implementar esta política, los que proporcionaron soporte y apoyo y los que hicieron cualquier otra contribución

material al plan. En el caso concreto del reclutamiento, esto incluye prácticamente todos los cuadros de la organización guerrillera hasta la cúpula máxima porque el reclutamiento de combatientes (incluyendo los menores de edad) es una de las estrategias de mantenimiento más críticas para el mantenimiento de su actividad.

La responsabilidad de los máximos jefes de la ex guerrilla de las FARC y los GAO, cuyas órdenes se cumplen prácticamente sin contratiempos al interior de la organización, tampoco se limita a dar una instrucción a sus subalternos, ni se restringe a poner en marcha el aparato organizado de poder. Ellos constituyen la esencia misma del aparato organizado de poder. Revisados los documentos rectores de las FARC-EP, no cabe duda de la responsabilidad del Estado Mayor Central y su Secretariado en todas las actuaciones delictivas del grupo desde su conformación, por cuanto, ejerciendo como órgano de dirección, v.gr. aducen que, (i) ha existido una sola dirección que resuelve los problemas políticos, militares, organizativos, etc., esa dirección es en la actualidad el E.M. [Estado Mayor]; (ii) sin la unidad de la dirección esto no sería posible; (iii) todos los grupos, guerrillas destacamentos, comisiones, mantendrán comunicación directa y permanente con el E.M. a través de su órgano ejecutivo o su secretariado, para que le informen el desarrollo de sus tareas; (iv) La subordinación a las órdenes y determinaciones de los órganos superiores y del Comandante en Jefe, es una norma de obligatorio cumplimiento para todos los combatientes; (v) las FARC-EP están a disposición y bajo el mando directo del Estado Mayor Central.

CONCLUSIONES

Tanto en el Derecho Internacional Humanitario (DIH) como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional han sido consagradas disposiciones que prohíben el

reclutamiento de niños tanto en los grupos armados irregulares como en la fuerza pública de los Estados. Mientras el DIH y el derecho de los derechos humanos se limitan a prohibir la conducta sin imponer sanción al perpetrador, el derecho penal internacional también establece la responsabilidad individual criminal por realizarla.

Los niños y las niñas que se encuentran en medio de conflictos armados son protegidos por el Derecho Internacional Humanitario desde una doble perspectiva: (i) se les brinda resguardo en su calidad de menores civiles perjudicados por las hostilidades y (ii) como sujetos vinculados a ellas tanto en conflictos armados de carácter internacional como no internacional, concretándose esta protección como la prohibición del reclutamiento y la participación de niños en los conflictos armados.

El proceso del reclutamiento de NNA por las bacrim y GAO comienza por involucrar al niño en tareas como mandados, remesas y demás que no despierten mayor complicación y alertas con la fuerza pública a cambio les dan un dinero para golosinas o para “la gaseosa”, a medida que el niño crece se va involucrando cada vez más en tareas con mayor responsabilidad inteligencia, fabricación e instalación de minas, cobro de extorsiones y vacunas hasta llegar a portar un uniforme y fusil.

Lo anterior refleja que el conflicto armado no se trata únicamente de la situación fáctica del combate, sino que además comprende multiplicidad de acciones que tienen lugar dentro de un grupo organizado. Para imputar la conducta de reclutar, alistar o usar a menores de los 15 años para fines del conflicto armado, existe entonces la opción de clasificar la conducta como crimen de guerra, o –alternativamente– como un crimen de *lesa* humanidad, siempre y cuando los elementos generales de este tipo penal están dados. Los próximos dos apartes van a analizar estos dos escenarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » ACNUR. (2012). Informe anual sobre trata de personas. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/5147>
- » Alerta vida ONG, (2012). *Informe de niñez*. Explotación infantil. Recuperado: <http://alertavidaong.es.tl/Informe-Ni%F1ez-.htm>
- » ARC Acciones por los Derechos del Niño. (2004). Niños, niñas y adolescentes vinculados al conflicto. Recuperado de: <http://www.arc-online.org/translations/spanish/childsoldierssp.doc>
- » A.R.C. (2011). Taller: Niños vinculados al conflicto. Recuperado de: https://campusvirtual.univalle.edu.co/moodle/pluginfile.php/466044/mod_resource/content/1/Ni%C3%B1os%20vinculados%20al%20conflicto%20taller.pdf
- » Colombia, (2001). Acto legislativo. Art.93 Corte Penal
- » Constitución Política de Colombia. (1991).
- » Comisión Colombiana de Juristas. (2010). Informe alterno al informe del Estado colombiano sobre el cumplimiento del Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Recuperado: http://www.coalico.org/archivo/IA10_EspIng.pdf
- » CONPES, (2010). Política de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley y de los grupos delictivos organizados. Recuperado de: <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=PbBQ7BezSyo%3D&tabid=304>
- » CONPES, (2010). Prevenir el reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes es asunto de todos, versión resumida documento CONPES 3673. Recuperado de: <http://www.vicepresidencia.gov.co/Iniciativas/Documents/Conpes-3673-cartilla.pdf>
- » Convención de los Derechos Humanos, (1989). Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Artículo 2° b.
- » Convención de los Derechos Humanos, (1989). Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Artículo 2° a.
- » Cottier, M. (2010). "Art. 8 (xxvi) Participation of children in hostilities", op. cit., p. 470.
- » Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, (2002). El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. Recuperado de: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- » Happold, M. (2000). "The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict." Yearb. Int'l Hum. L., Vol. 3, pp. 226-244 en p. 238.
- » Honwana, A. (2007). *Child Soldiers in Africa*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2006; Ishmael Beah, *A Long Way Gone: Memoirs of a Boy Soldier*. New York: Farrar, Straus & Giroux.

- » Human Rights Watch. (2006). "Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia", Panorama sobre la Trata de Personas, Desafíos y respuestas: Colombia, República Dominicana y Estados Unidos.
- » International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules. Cambridge: ICRC & Cambridge University Press 2006, pp. 482-488.
- » Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2012). Observatorio del bienestar de la niñez, protegiendo a la niñez de la violencia sexual, boletín 2.
- » Jóvenes constructores de política, (2012). Recomendaciones para la implementación de políticas de juventud. Recuperado: <http://www.oim.org.co/publicaciones-oim/ninez-desvinculada.html>
- » La Guía. (2007). Psicología. La Sobreprotección. Recuperado de: <http://psicologia.laguia2000.com/general/la-sobreproteccion>
- » Leiden, Ch. (2005). Martinus Nijhoff Publishers, p. 3.
- » Niños 'made in Colombia'. (2012). Programa Séptimo Día. Recuperado de: <http://www.noticiascaracol.com/informativos/septimodia/video-261949-ninos-made-in-colombia>
- » OIT. Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, Ginebra, Conferencia Internacional de Trabajo, 87ª reunión, junio de 1999, citada según <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>
- » Organización de Estados Americanos. (2007). Secretaría General. Octavo informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA). Recuperado: www.mapp-oea.org
- » Observatorio del Bienestar de la Niñez. (2012). Vulnerabilidad, reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por grupos armados organizados al margen de la ley. No 3. Recuperado de: http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/Observatorio-Bienestar/Boletines/OBSERVATORIONINEZ_N3.pdf
- » Palomo, G. (2009). Kindersoldaten und Völkerstrafrecht: die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht, Berlin: BWV Verlag.
- » Rutas prevención. (2013). Prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por grupos organizados al margen de la ley. Recuperado de: http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/articles-326419_archivo.pdf
- » Sayago. (2011). Desplazamiento forzoso en Colombia. Expulsión y Movilidad, dos dinámicas que interactúan. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: http://www.bdigital.unal.edu.co/5901/1/tesis_sayago_Agosto_21.pdf
- » Springer, N. (2012). Como corderos entre lobos.
- » Tierra de hombres. (2010). *Tdh derecho a la justicia menor y tráfico*. Ayuda a la infancia. Recuperado de: <http://www.slideshare.net/Tdhinfancia/tdh-derecho-a-la-justicia-menores-y-trfico>
- » UNICEF. (2011). Protección infantil contra la violencia, la explotación y el abuso. Recuperado de: <http://www.unicef.org/spanish/protection/index.html>

Sistema penitenciario en Colombia, derechos humanos y resocialización de la mujer en la cárcel de El Buen Pastor

Prison system in Colombia, human rights and resocialization of women in the El Buen Pastor prison

Autores: María Angélica Rodríguez Moreno, Doris Gómez Silva, Emmanuel Bolívar Torres

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.13013>

Para citar este artículo:

Rodríguez Moreno, M., Gómez Silva, D., y Bolívar Torres, E. (2021). Sistema penitenciario en Colombia, derechos humanos y resocialización de la mujer en la cárcel de el Buen Pastor. *Derecho y Realidad*, 19 (37), 143-159.



SISTEMA PENITENCIARIO EN COLOMBIA, DERECHOS HUMANOS Y RESOCIALIZACIÓN DE LA MUJER EN LA CÁRCEL DE EL BUEN PASTOR

Prison system in Colombia, human rights and resocialization of women in the El Buen Pastor prison

María Angélica Rodríguez Moreno

Abogada, Conciliadora en Derecho
angelicus24@hotmail.com

Doris Gómez Silva

Economista, especialista en administración de negocios y talento humano.
dogosi8@hotmail.com

Emmanuel Bolívar Torres

Licenciado en Ciencias Sociales, Magíster en Derechos Humanos. Perteneciente Grupo Primo Levi A1 Investigación acción, pensamiento crítico epistemologías del sur: pedagogía–didáctica e investigaciones etnográficas–genealógicas.
emmabono22@gmail.com

Recepción: Julio 30 de 2020

Aceptación: Abril 1 de 2021

RESUMEN

Las innumerables denuncias y protestas generalizadas presentadas por las mujeres privadas de la libertad, por la falta de garantías para la protección de sus derechos fundamentales, condiciones de hacinamiento, falta de presupuesto para ofrecer condiciones dignas de salubridad, evoca y busca comprender la legislación y el marco jurídico, en pro de la conservación y preservación de las integralidades conjuntas de las mujeres en el complejo penitenciario en Colombia, más exactamente en la cárcel de El Buen Pastor.

Es por esta razón que en el presente documento se desarrollan las diferentes vertientes de la condición de estar condenada en la cárcel, bajo un enfoque y perspectivas de género, y los mecanismos adoptados por las instituciones oficiales para cumplir con la función de la pena y los dispositivos que permitan una conciliación ética entre igualdad y empatía comunitaria, para atender las recomendaciones internacionales sobre los mecanismos asociados a la detención, en su condición de mujer, aplicadas al marco jurídico

* Artículo de reflexión

colombiano y en concordia con las normas preestablecidas para plantear las necesidades de potenciar el desarrollo y libertades de todas las personas en el mundo, sin exclusión alguna.

PALABRAS CLAVES

Resocialización; tratamiento penitenciario; derechos humanos.

ABSTRACT

The innumerable complaints and generalised protests presented by women deprived of their liberty, due to the lack of guarantees for the protection of their fundamental rights, overcrowded conditions, lack of budget to provide decent sanitary conditions, evokes and seeks to understand the legislation and the legal framework, in favour of the conservation and preservation of the joint integralities of women in the penitentiary complex in Colombia, more precisely in the prison of El Buen Pastor.

It is for this reason that this document develops the different aspects of the condition of being sentenced in prison, under a gender approach and perspectives, and the mechanisms adopted by official institutions to fulfil the function of punishment and the devices that allow an ethical conciliation between equality and community empathy, to address the international recommendations on the mechanisms associated with detention, as a woman, applied to the Colombian legal framework and in accordance with pre-established standards to address the needs to enhance the development and freedoms of all people in the world, without exclusion.

KEYWORDS

Resocialization; prison treatment; human rights.

INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano durante las últimas décadas ha presentado una crisis en su sistema penitenciario y su política criminal. Una de las razones ha sido el incremento

de los tipos penales y con ellos, el de las penas privativas de la libertad, aunado esto a que no se contempló el aumento de la participación de la mujer en conductas delictivas y, por lo tanto, su mayor presencia en los centros carcelarios, sin contar con condiciones e infraestructuras adecuadas para su reclusión.

En Colombia se ha generado que las empresas privadas, como Organizaciones no gubernamentales (Ong), fundaciones y universidades, tomen el lugar del Estado, se vinculen y participen activamente en procesos de resocialización y reinserción de los presos y presas a la sociedad una vez cumplida la pena, a través de programas académicos y talleres entre otros, logrando el restablecimiento los derechos y el empoderamiento de las reclusas, mejorando su calidad de vida y la de sus hijos. El Estado ha visto limitado su accionar quizá por falta de una política pública eficaz, o tener un mínimo presupuesto para la realización de procesos que permitan garantizar tratamientos dignos.

En el presente artículo se quiere identificar el nivel de eficacia de los procesos de resocialización en la cárcel de El Buen Pastor, a través del estudio de la normatividad, las políticas y programas vigentes del Estado, para establecer las posibles vulneraciones de los derechos de la mujer que ostenta la calidad de indiciada o condenada en este centro reclusorio y el proceso de reinserción a la vida civil, a través del estudio del concepto de resocialización dentro del marco jurídico nacional y el derecho comparado, y las diferentes recomendaciones de orden internacional, identificando las políticas y programas desarrollados por el centro reclusorio, atendiendo el deber ser de la pena y la influencia de estos en la garantía de los derechos de la mujer y la no reincidencia de las conductas punibles.

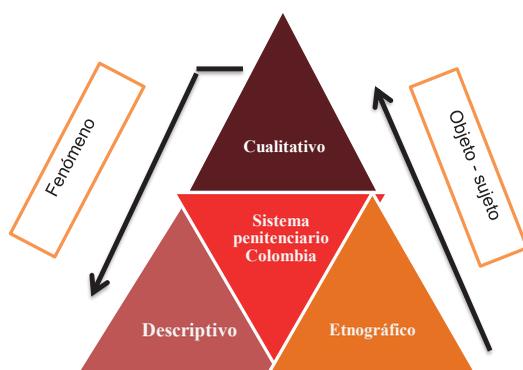
METODOLOGÍA

Se espera determinar el nivel de eficacia que pueden llegar a tener las políticas públicas y los procesos de resocialización

aplicados en la Cárcel El Buen Pasto, esto a través de una investigación de enfoque cualitativo, con tipologías vinculantes entre el fenómeno y el objeto dirigidas entre lo descriptivo y etnográfico.

Gráfica 1. Metodología de la investigación

Fuente: Elaboración propia.



SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO EN COLOMBIA

En Colombia, el sistema penitenciario y carcelario se encuentra integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), como establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho. Este cuenta con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa. De igual manera está integrado por todos los centros de reclusión que funcionan en el país, por la Escuela Penitenciaria Nacional y por los demás organismos adscritos o vinculados al cumplimiento de sus fines.

Así mismo el régimen Penitenciario y Carcelario, está regido por la Ley 65 del 20 de agosto de 1993¹, la cual regula el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad y de las medidas de seguridad. De igual forma, en dicho plenario, se citan de manera notable los principios y derechos de los cuales gozan

1. Por medio de la Ley 65 del 20 de agosto de 1993 se expidió el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia.

aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad, sin hacer distinción de clase, raza, sexo, así como lo establece código, buscando asegurar que se cumpla la efectividad del respeto a la dignidad humana, igualdad y legalidad.

Adicionalmente, en los artículos 94 y 95 de esta misma ley, se establecen los programas de educación y trabajo que se deben brindar como parte del tratamiento o proceso de resocialización de los reclusos.

Colombia se encuentra constituida dentro de un Régimen de Estado Social de Derecho, dotado de principios, valores y derechos que propenden por garantizar la paz, la convivencia, la dignidad humana, la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política, así como tratados internacionales suscritos por Colombia, como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros.

Es por eso que el principal fin de la pena establecidos en los Artículos 9 y 10 de la Ley 65 de 1993 es la resocialización, lo que significa que la pena privativa de la libertad debe estar dirigida a desarrollar programas educativos que le permitan al condenado prepararse para insertarse en la sociedad una vez cumplida la pena.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES– del 19 de mayo de 1995, buscó dar un nuevo enfoque a la política penitenciaria y carcelaria mediante su articulación con una política criminal coherente y eficaz. Esto quiere decir que, además de satisfacer las necesidades derivadas de la creciente demanda de cupos, se propone atender otros importantes aspectos que inciden directamente en la situación actual de los centros penitenciarios, tales como la adecuación sanitaria y tecnológica de los establecimientos;

2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR sigla en inglés) es un tratado multilateral general, mediante el cual se reconocen derechos civiles y políticos y se establecen mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aprobado en 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976. Ha sido ratificado por 167 Estados.

el mejoramiento de los programas de atención, resocialización y acompañamiento de la población privada de la libertad; y la articulación con actores estratégicos del orden territorial y del sector privado.

Una de las realidades que vive en la actualidad el Sistema Carcelario en Colombia –de acuerdo a la Corte Constitucional, en Auto 041 del 4 de marzo del 2011³, es que:

El nuevo sistema penal acusatorio ha disparado las cifras de crecimiento poblacional de los condenados, (...) partiendo de lo anterior la respuesta estatal en términos de capacidad de cupos en las penitenciarías tendría que crecer a un ritmo mayor que las cárceles, sin embargo, ambos factores no están relacionados de la firma indicada: en realidad, uno es el ritmo de las modificaciones de la legislación penal y otro totalmente distinto es el ritmo de la construcción y refracción de los establecimientos de reclusión.

Lo anterior genera hacinamientos en los centros de reclusión e impide brindar un trato digno a los condenados. A ello se suman las limitaciones presupuestales, la falta de personal especializado dedicado a la capacitación de los reclusos, la falta de profesionales de la salud y de guardias formados en sistema penitenciario. Estas constituyen grandes debilidades en el sistema, lo que impide cumplir con la resocialización de las personas privadas de la libertad.

En ese mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–, tiene presente que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad, recordando que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos

se han comprometido a respetar y garantizar los derechos de todas las personas privadas de libertad sometidas a su jurisdicción. De igual forma señala que varias organizaciones invocan las reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, con el fin de rescatar la dignidad y tratamiento humano en los establecimientos penitenciarios de todos los países.

Con preocupación, esta entidad critica la situación de violencia, hacinamiento y la falta de condiciones dignas de vida en distintos lugares de privación de libertad en las Américas; así como la particular situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental privadas de libertad en hospitales psiquiátricos y en instituciones penitenciarias; y la situación de grave riesgo en que se encuentran niños y niñas, mujeres, y adultos mayores, reclusos en otras instituciones públicas y privadas; los migrantes, los solicitantes de asilo o de refugio, los apátridas, las personas indocumentadas y las personas privadas de libertad, en el marco de los conflictos armados.

POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA Y ENFOQUE DE GÉNERO

La Corte Constitucional de Colombia, mediante la definió la política criminal como: “El conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (Sentencia C- 646 de 2001).

En el cual, de acuerdo con el análisis de dicho concepto la Comisión Asesora de Política Criminal para el diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano de 2012⁴, indicó: “sobre las causas de la llamada criminalidad, como la forma como deben ser sancionados los delitos, los bienes jurídicos que deben ser tutelados

3. La Corte Constitucional mediante el Auto 041 del 4 de marzo del 2011, niega solicitud de incidente de desacato con ocasión de las órdenes impartidas en la sentencia T-153 DE 1998, relacionada con la situación de los centros carcelarios y penitenciarios en Colombia.

4. Informe final de la Comisión Asesora de Política Criminal, Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado colombiano, publicado en junio de 2012.

y los instrumentos que deben ser utilizados para concretar las orientaciones fundamentales contenidas en dicha política”.

Atendiendo la estructura de los tipos penales vigentes en el ordenamiento jurídico, en la cual se distingue una la conducta punible, un bien jurídicamente tutelado y una sanción, se puede observar que la estructura de dichos tipos penales están enfocados a una relación patriarcal teniendo como eje central al género masculino, protagonista tanto de la comisión de delitos como de la sanción de los mismos, esto originó la necesidad de que esta política incluyera aspectos en la condición de género en lo relativo a los delitos, medidas de protección solicitadas con anterioridad, si hubo denuncias previas sobre violencia intrafamiliar, si hubo una respuesta adecuada por parte de las autoridades, todo esto para entender los hechos relacionados con la conducta punible.

Al respecto la Comisión Asesora de Política Criminal para el Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado colombiano de 2012, en su informe final estableció:

La comisión tiene claro que los enfoques diferenciales son diversos e incluyen la perspectiva de género, étnica, por edad, por vulneración económica, por personas con discapacidad, etc. (...), la incorporación del enfoque de género, en la política criminal es importante como una forma de visibilizar las situaciones de discriminación de las mujeres y la posibilidad de implementar las medidas correspondientes para prevenir y contribuir a la erradicación de esta situación discriminatoria. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

El objetivo de una política criminal con enfoque de género consiste en promover un tratamiento digno, asegurando los derechos fundamentales de las mujeres, fijándose en el sistema penal, carcelario y penitenciario del país, garantizando la prestación de servicios acordes con la condición de ser mujer.

La situación de los centros carcelarios en el país es uno de los factores determinantes para la incorporación de las mujeres a la sociedad, ya

que las prisiones existentes no fueron diseñadas para la condición de ser mujer, las cuales cobran vital importancia en situaciones como son las visitas conyugales, la convivencia de los hijos de prisioneras en el centro carcelario, temas específicos de salud reproductiva y condiciones higiénicas sanitarias, mínimos que deben ser garantizados, de acuerdo con esto la Corte Constitucional, estableció mediante Sentencia de Tutela 267 del 10 de julio de 2018, como mínimos asegurables los siguientes:

- i) El derecho a ser protegidas, en el marco de la privación de su libertad, de violencia física, psicológica o sexual, de la explotación y de la discriminación.
- ii) A la atención de las necesidades básicas radicales que, por su condición de mujeres, ellas y solo ellas están expuestas a sufrir.
- iii) A contar con una protección reforzada durante el embarazo, la lactancia y la custodia de los niños, en un entorno sano y adecuado.

En Colombia hay poco conocimiento frente al fenómeno del aumento de la criminalidad de la mujer, lo que repercute en una política criminal efectiva con enfoque de género y que genera que en los centros penitenciarios no se le dé un adecuado tratamiento con el que se reivindiquen los derechos de la mujer privada de la libertad.

RESULTADOS

Derechos humanos de las reclusas

Las mujeres son las principales afectadas por las problemáticas presentadas en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia, además de las limitaciones derivadas de su género, dadas las malas condiciones estructurales y ambientales de los centros de reclusión, la falta de una atención médica adecuada para el tratamiento de enfermedades de la mujer, el hacinamiento, las dificultades para gozar del derecho a la visita conyugal, la falta de atención a la familia, actividades de trabajo, educación, mecanismos de participación, entre otros, lo que lleva a una flagrante violación a los derechos humanos de las reclusas.

Hace más de 50 años fueron aprobadas las reglas mínimas para el tratamiento a los reclusos, las cuales se venían aplicando a todos, sin distinción alguna, incluyendo las mujeres, las cuales por las condiciones de género merecen un tratamiento especial; sin embargo, no se tuvieron en cuenta sus necesidades, ni situaciones propias del género.

Naciones Unidas reconoció la necesidad de determinar reglas de alcance mundial para el tratamiento de las reclusas y medidas para el encarcelamiento para las mujeres delincuentes, por lo cual en Asamblea General⁵ invitó a que se prestara atención a las mujeres que se encontraban en prisión, así como a sus hijos, además de identificar las problemáticas fundamentales y las formas en que son abordadas. Es así como la Asamblea General aprueba las reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes “Reglas de Bangkok”, donde se dictaron medidas para el reconocimiento de las necesidades de las reclusas, es el caso de la regla 42, la cual establece:

1. Las reclusas tendrán acceso a un programa de actividades amplio y equilibrado, en el que se tendrán en cuenta las necesidades propias de su sexo; 2. El régimen penitenciario permitirá reaccionar con flexibilidad ante las necesidades de las mujeres embarazadas, las madres lactantes y las mujeres con hijos. En las prisiones se habilitarán servicios o disposiciones para el cuidado del niño, a fin de que las reclusas participen en las actividades de la prisión; 3. Se procurará, en particular, establecer programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos; 4. Se procurará también, especialmente, establecer servicios apropiados para las reclusas con necesidades de apoyo psicológico, como las que hayan sido víctimas de maltrato físico, psicológico o sexual. (Naciones Unidas, Reglas de Bangkok, 2011).

Fueron 70 reglas las que aprobaron en la Asamblea, donde se abarcaron asuntos como la no discriminación a las reclusas, en el sentido

de tener en cuenta sus necesidades especiales, atención a sus familias, especialmente a hijos menores, servicios de atención sanitaria, exámenes médicos para el reconocimiento básico de sus necesidades de salud en general, orientada expresamente a la mujer, como determinar enfermedades preexistentes, prevención y tratamiento de enfermedades como el VIH, consumo de drogas, asesoría jurídica en caso que fueren víctimas de algún delito dentro del centro de reclusión, adopción de medidas para resguardar la dignidad humana, prohibición de aislamiento a mujeres embarazadas o con hijos, o en periodo de lactancia, facilidades para que las reclusas se contacten con sus hijos, familiares y representantes legales, capacitación al personal carcelario, con el fin de que estos puedan atender las necesidades de la reclusas, incluso se estableció que una vez puestas en libertad, a las reclusas se les prestará apoyo psicológico, médico, jurídico y práctico, con el fin de lograr su reinserción social.

Al respecto en Colombia existen preceptos constitucionales legales y reglamentarios, que propenden por la protección de los derechos de las mujeres, como lo es el artículo 13 de la Constitución Política, que habla sobre su libertad e igualdad ante la ley, el artículo 43 propende por que las mujeres tengan los mismos derechos y oportunidades que los hombres, así como el artículo 40, garantizando la participación de la mujer en cargos importantes de la administración pública. Se puede observar que se han tenido avances en el reconcomiendo y protección de sus derechos durante la historia, con la expedición de leyes que les permiten desenvolverse de manera libre e independiente y gozar de iguales garantías que los hombres para el goce de sus derechos, y sancionando a quienes atenten contra los mismo. En lo que respecta a las mujeres que se encuentran privadas de su libertad, el avance ha sido un poco más lento y no se ha legislado mucho, el Código Penitenciario y Carcelario en su artículo 26 hace mención a la cárceles para mujeres, el cual fue modificado por el artículo 18 de la Ley 1709 de 2014, así:

Modifícase el artículo 26 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así: Artículo 26. Establecimientos de reclusión de

5. Asamblea General de Las Naciones Unidas, Resolución 58/183 del 22 de diciembre de 2003, “Los derechos humanos de la administración de justicia”.

mujeres. Las cárceles de mujeres son los establecimientos destinados para la detención preventiva de las mujeres procesadas. Su construcción se hará conforme a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993. Las penitenciarías de mujeres son los establecimientos destinados para el cumplimiento de la pena impuesta a mujeres condenadas. Estos establecimientos deberán contar con una infraestructura que garantice a las mujeres gestantes, sindicadas o condenadas, un adecuado desarrollo del embarazo. Igualmente, deberán contar con un ambiente propicio para madres lactantes, que propenda al correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres (3) años que conviven con sus madres. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en coordinación con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) establecerán las condiciones que deben cumplir los establecimientos de reclusión de mujeres con el fin de resguardar los derechos de los niños y las niñas que conviven con sus madres. El ICBF visitará por lo menos una vez al mes estos establecimientos con el fin de constatar el cumplimiento de las condiciones de atención de los niños y niñas que conviven con sus madres de acuerdo con los lineamientos establecidos para tal fin, y realizará las recomendaciones a que haya lugar. (Ley 1709 de 2014, artículo 18).

Este artículo fue reglamentado mediante el decreto 2553 de 2014, todo esto enfocándose en protección a los derechos de los niños, madres gestantes y lactantes, y las condiciones de permanencia de estas, en el interior de los centros de reclusión, dejando un vacío en cuanto a tratamiento especial que se le debe dar a las reclusas en general, en los centros penitenciarios y carcelarios, lo cual aunado a las diferentes problemáticas presentadas en estos centros de reclusión como el hacinamiento, inadecuada infraestructura, falta de personal, pocos programas educativos, deficientes servicios de salud, impedimentos para recibir visitas de sus hijos y parejas, han llevado a una

sistemática vulneración a los derechos humanos de las reclusas.

Derechos vulnerados en la cárcel El Buen Pastor

Son muchas las problemáticas que se presentan en los centros carcelarios y penitenciarios femeninos, los cuales conllevan a la violación los derechos humanos de las reclusas. Estos derechos son fundamentales para la existencia de las personas, son derechos intrínsecos y están fundados en el respeto a las dignidad humana, no pueden ser retirados, ni tampoco negados a una persona por haber cometido un delito y le corresponde al Estado la obligación de adoptar medidas para permitir que las mujeres ejerzan y disfruten en todas las esferas, de los derechos humanos y las condiciones propias de su género.

Al respecto el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”*, así mismo el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manifiesta: *“Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

El Buen Pastor es una cárcel de mujeres que se construyó en 1.952 para una capacidad de 1.275 presas, de acuerdo con un estudio realizado por la Presidencia de la República y la Agencia Inmobiliaria Virgilio Barco Vargas en 2018⁶, la población de internas ascendía a 1728; determinando que el centro tiene más 63 años de existencia y un hacinamiento para esa época del 35,5%, porcentaje que ha venido aumentado en razón al aumento de la participación de las mujeres en la comisión de delitos.

El deficiente funcionamiento de la cárcel El Buen Pastor, su mala infraestructura, el

6. Propuesta de incorporación al tratamiento urbanístico de renovación al reclusorio de mujeres El Buen Pastor, Presidencia de la República y la Agencia Inmobiliaria, Virgilio Barco Vargas, 2018.

hacinamiento, la mala atención médica y la violencia que allí se vive, entre otros, son las problemáticas que conllevan a la vulneración de los derechos humanos de las reclusas.

DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna, en el caso de las personas privadas de la libertad, son las autoridades carcelarias quienes deben garantizar la prestación de este servicio de manera eficiente y oportuna, garantizando tres ámbitos de protección, el deber que tiene el Estado de prestar atención médica, de garantizar la integridad física de los reclusos y el de garantizar óptimas condiciones de higiene, seguridad, salubridad y alimentación al interior del centro carcelario (Sentencia T 825 de 2010).

Según denuncia pública realizada por la Personería de Bogotá, en el centro penitenciario El Buen Pastor, para el mes de diciembre de 2017, había solo 5 médicos para prestar atención a 1800 reclusas, organizados en turnos de 2 en la mañana, 2 en la tarde y 1 en la noche. Parece absurdo que se pretenda que un solo médico atienda las emergencias que se puedan presentar en una población de 1800 reclusas, donde se encuentran mujeres gestantes, pacientes con enfermedades que requieren especial atención además de los niños que conviven con sus madres. En cuanto al servicio de enfermería solo referían dos personas encargadas de trámites administrativos como consecución de citas con especialistas, fórmulas, entre otros; además de los propios de su oficio como la toma de muestras, citologías, etc. Las internas se han presentado denuncias como el caso reportado en 2019, donde una interna gestante tuvo que ser trasladada a un centro hospitalario, por presentar un fuerte dolor abdominal. Una vez ingresada se confirmó que el feto había muerto hacía una semana. La reclusa manifestó haber solicitado que le realizaran monitoreos y análisis, pero estos servicios nunca le fueron prestados por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –Uspec–.

Así mismo, en 2019 la Personería Distrital encontró que en este centro penitenciario se presentó un brote de varicela, donde se aislaron aproximadamente a 950 reclusas,

restringiéndolas del servicio de salud. En marzo de 2020 con la aparición del Covid-19, se hicieron denuncias por parte de las reclusas manifestando que no contaban con buena alimentación y que la cocina del centro tenía malas condiciones, lo cual también fue denunciado por la Personería, así como la falta de elementos de aseo, el suministro irregular de agua, falta de tapabocas y protocolos de salubridad para evitar el contagio. Además, las condiciones de hacinamiento no permiten un aislamiento entre las reclusas. Son muchas las denuncias y las acciones de tutela presentadas por las internas para hacer efectivo su derecho a la salud, sin embargo son pocos los esfuerzos realizados por parte de la administración para mejorar sus condiciones.

DERECHO A UNA VIDA DIGNA Y LA DIGNIDAD HUMANA

Respetar la dignidad humana de las personas privadas de la libertad es una norma fundamental reconocida por Colombia en tratados internacionales, en convenios de derechos humanos. Es obligación del Estado garantizar las condiciones mínimas de existencia, brindándoles vestido y zapatos en buen estado, elementos para dormir, de aseo, condiciones óptimas de salubridad, alimentación suficiente y adecuada, es así como en el Código Penitenciario y Carcelario en su artículo 5 señala: “En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia psíquica, física o moral” (Ley 65 de 1993, Art. 5).

En todo su articulado este código señala que los alimentos deben ser de buena calidad y cantidad, asegurando la nutrición de los reclusos. De igual manera establece que las celdas y dormitorios deben permanecer en condiciones de limpieza, amoblados y aireados, que debe existir un dispensario con artículos de primera necesidad para los reclusos y un sin número de disposiciones que propenden por garantizar un trato y una vida digna para las personas privadas de la libertad.

Dentro de esta investigación es importante resaltar lo establecido en el artículo 26 de

la Ley 65 de 1993, el cual como ya se había mencionado fue modificado por el artículo 18 de la Ley 1709 de 2014, en el sentido de que dispone que los establecimientos carcelarios para mujeres deben contar con infraestructura y condiciones necesarias que garanticen un trato adecuado para mujeres gestantes, lactantes, adentrándose en una perspectiva de equidad de género, atendiendo algunas de las necesidades inherentes a la condición de ser mujer.

De acuerdo con lo anterior se podría pensar que en las cárceles colombianas más específicamente en El Buen Pastor, las reclusas cuentan con condiciones dignas, sin embargo la realidad es otra, en este centro penitenciario la dignidad de las mujeres no es respetada, dado a factores determinantes como el hacinamiento, la precaria infraestructura del penal dado a su antigüedad y mal estado, además de la falta de recursos para contratación de personal para la atención médica, psicológica, odontológica, guardianes para mayor control en los patios, adquisición de víveres para brindar una buena alimentación y la falta de medidas sanitarias; como consecuencia de esto, en varias ocasiones el restaurante ha tenido que ser cerrado por no cumplir con los estándares requeridos y se han presentado brotes de enfermedades como varicela. No hay espacios adecuados para la visita conyugal. Las reclusas deben turnarse las celdas consistentes en espacios húmedos de 2 m x 2 m para recibir a sus parejas. Ellas no cuentan con elementos de aseo necesarios, como crema dental o toallas higiénicas. Son muchas las inconsistencias, tratos inhumanos y degradantes a los que son sometidas las reclusas y sus hijos en este centro penitenciario, vulnerando así el derecho que tienen a gozar de una vida digna. A pesar de ser una obligación del Estado garantizar el cumplimiento de este derecho, las autoridades encargadas no hacen nada para poner fin a esta grave situación.

DERECHO A LA EDUCACIÓN PARA LAS MUJERES RECLUSAS

Uno de los fines de la pena es la resocialización, entonces dentro de ese proceso, durante la ejecución de la pena se le debe brindar a los reclusos bases sólidas para el cumplimiento de este fin, que les permita construir oportunidades laborales, vincularse

nuevamente a la sociedad, para el momento en que salgan a la libertad. Muchas de las personas que llegan en un centro penitenciario o carcelario, no tuvieron el pleno goce de sus derechos fundamentales, como por ejemplo el de la educación, es por eso que la pena no debe solamente significar un castigo, sino también la reivindicación de esos derechos de los que fueron privados y que los llevaron muy posiblemente a cometer los delitos por los que tuvieron que purgar una pena y la educación dentro de un centro penitenciario cumple un papel fundamental, ya que permite desarrollar el potencial, la realización y desarrollo integral de cada persona. En ese sentido, Naciones Unidas expresa: “la educación de los reclusos deberá coordinarse, en cuanto sea posible, con el sistema de enseñanza pública a fin de que al ser puestos en libertad puedan continuar sin dificultad su preparación.” (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra en 1955, artículo 77).

En lo que respecta a las mujeres privadas, las Naciones Unidas en Asamblea General mediante las reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes, indicaron que se deben establecer unos recursos para desarrollar programas de educación y capacitación que permitan mejoras las posibilidades de empleo de las reclusas (Naciones Unidas, Reglas de Bangkok, regla 60, 2010).

En Colombia no existe una normatividad específica que proteja o que propenda por el derecho a la educación de las mujeres privadas de la libertad, sin embargo en el título 8 del Código Penitenciario y Carcelario se dictaron medidas para garantizar el derecho a la educación y la enseñanza de los reclusos, el cual aplica a hombres y mujeres privados de la libertad, indicando que se debe dar instrucción desde la alfabetización, la cual debe ser obligatoria para los reclusos analfabetas, educación primaria, secundaria, artesanal, técnica, hasta educación superior, para lo cual autorizó la realización de convenios con instituciones de educación superior.

De acuerdo con la legislación colombiana, la cobertura educativa para hombres y mujeres

privadas de la libertad debe estar integrada por alfabetización, educación formal, no formal, actividades culturales, educativas y recreativas. Las reclusas del centro carcelario El Buen Pastor se han visto beneficiadas con programas educativos y de capacitación en derechos humanos, sistemas, cursos de belleza, programas de educación superior abierta y a distancia, entre otras; sin embargo para el cumplimiento efectivo del derecho a la educación, fundaciones y organizaciones no gubernamentales han cumplido una labor fundamental, como lo es la fundación Acción Interna, la cual –junto con organizaciones gubernamentales, nacionales e internacionales desde 2013– ha brindado capacitaciones a las reclusas. En 2019, mediante un convenio con la Secretaría de Educación Distrital, aproximadamente 100 reclusas terminaron primaria y secundaria (Alcaldía de Bogotá, 2019), dejando por fuera a la mayoría de las internas y poniendo al descubierto que a pesar de los esfuerzos realizados por las organizaciones privadas y públicas, no son suficientes para cubrir toda la demanda educativa para las reclusas de este centro penitenciario.

DERECHO AL TRABAJO

Al igual que el derecho a la educación, el derecho al trabajo cumple un papel fundamental a la hora de lograr efectivamente a la resocialización de las personas privadas de la libertad. Ellas se deben presentar en condiciones dignas, justas e igualitarias, donde escojan las actividades que van a realizar, con base en sus capacidades y actitudes, al respecto la Corte Constitucional dijo:

El trabajo en los establecimientos de reclusión es un medio terapéutico que tiene un fin resocializador, dignificante y además va dirigido a la redención de penas de las personas condenadas, motivo por el cual, la población reclusa tiene derecho a desarrollar actividades productivas de manera intramural o extramural y de carácter material o intelectual; debe ser remunerado de manera equitativa. (Corte Constitucional, Sentencia T-756/15).

Además de cumplir la función de rehabilitación y reinserción social, el trabajo

brinda la oportunidad a los reclusos de redimir por decirlo así, parte de la pena, el artículo 82 del Código Penitenciario y Carcelario Colombiano establece las condiciones para la redención de la pena por trabajo, indicando que se descontará un día de la pena por cada dos días trabajado, así mismo el artículo 57 de la Ley 1709 del 2014, el cual modificó el artículo 86 de la Ley 65 de 1993, que establece que el INPEC debe afiliar a los reclusos al Sistema General de Riesgos Laborales y de Protección a la Vejez y debe ser financiado por el gobierno nacional.

La mayoría de las mujeres privadas de la libertad, antes de ingresar al centro de reclusión estaban a cargo de su hogar y desarrollaban trabajos informales caracterizados por una baja remuneración y un bajo reconocimiento, haciéndolas vulnerables social y económicamente; es así que en muchos casos, se reporta que el motivo principal que las llevó a delinquir fue la búsqueda de dinero. (Sánchez, 2019).

Como ya se había mencionado, el trabajo intracarcelario prepara a las personas privadas de la libertad para la reinserción a la vida social, y es el gobierno el ente que debe adoptar medidas y programas para el cumplimiento de este fin; pues bien, en el caso de las mujeres, las principales actividades laborales que desempeñan son artesanales, con las cuales no adquieren habilidades transformadoras suficientes que les permita encontrar un buen empleo, ni ingresos económicos suficientes para cuando retornen a la libertad. Por otro lado, las condiciones laborales de las internas no son las mismas que si estuvieran libres, ya que no cuentan con un salario mínimo, sino con una remuneración equitativa, regularmente baja. Además las reclusas no pueden disponer de esta remuneración de manera libre. No tienen un contrato laboral, tan solo son afiliadas al sistema de salud y riesgos laborales, ya que el trabajo penitenciario tiene un fin rehabilitador y no de satisfacción del mínimo vital de las reclusas; en consecuencia, el trabajo en prisión está al margen del derecho laboral.

DISCUSIÓN

Programas de resocialización en El Buen Pastor

Unos de los fines principales de la pena es la resocialización de quien cometió un delito, buscando como fin último evitar la reincidencia, además de construir en los internos bases, sólidas que les permitan reintegrarse a la sociedad y es deber del Estado garantizar dicha resocialización, es por eso que el sistema penitenciario en Colombia debe adoptar las medidas y desarrollar los programas pertinentes para este fin. El artículo 10 de la Ley 65 de 1995, establece que mediante un tratamiento penitenciario humano, basado en el estudio, el trabajo, el manejo de la personalidad de los reclusos, el arte, el deporte, la formación espiritual entre otros, se puede llegar a una efectiva resocialización de las personas que fueron privadas de la libertad por la comisión de un delito.

El Código Penitenciario y Carcelario Colombiano dedica todo el título al tratamiento que se le debe dar a las personas privadas de la libertad dentro de un centro de reclusión, según el cual, debe estar basado en la dignidad humana y de acuerdo con las necesidades de cada persona. De igual manera debe ser progresivo, articulado por unas fases orientadas por un grupo interdisciplinario necesario para el acompañamiento, seguimiento de los internos en cada una de las fases del tratamiento, grupo integrado por: psicólogos, trabajadores sociales, médicos, abogados, entre otros profesionales,

Mediante la Resolución 3190 de octubre de 2013 se reglamentaron los programas de trabajo, estudio y enseñanza válidos para la evaluación y certificación de tiempo para la redención de penas, creando un Plan de Acción y Sistema de Oportunidades, que debe contener los programas de estudio, enseñanza y trabajo de cada centro penitenciario, del cual los internos, de acuerdo con los lineamientos del Código Penitenciario deben participar de manera voluntaria; una vez vinculados al tratamiento penitenciario, los reclusos deben ser valorados para establecer la personalidad y cuáles son los planes que tiene cada uno para su vida, lo cual

determinará en qué fase del tratamiento debe ser ubicado, cuáles son de alta, media y mínima seguridad y la fase de confianza, dependiendo del nivel de restricción que requiera el interno, de acuerdo con su peligrosidad.

La resocialización busca cambiar la conducta, la actitud, los valores del recluso, frente a su comportamiento en sociedad, a través del estudio, la enseñanza y el trabajo, con lo cual el interno puede redimir parte de la pena a la que fue condenado; sin embargo, las condiciones de los centro penitenciarios y carcelarios son precarias dadas por el alto índice de hacinamiento, la insatisfacción de las necesidades básicas, en el caso de las mujeres privadas de la libertad, no cuentan con ambientes que se adecúen –como ya se había mencionado– a las condiciones propias del género, ellas no cuentan con un buen servicio de salud, ni con alimentación de calidad y en la cantidad apropiada, las condiciones de higiene son inhumanas. Tampoco cuentan con los elementos mínimos para su aseo personal, todo esto hace que el tratamiento penitenciario no se dé a cabalidad y no se cumpla con fines de resocialización.

Al interior del centro penitenciario El Buen Pastor –a pesar del desarrollo normativo y la política pública criminal, la realidad parece ser otra y el programa de resocialización no es tan efectivo como se lo plantea el Estado colombiano. Esto ocurre entre otras razones, porque no cuenta con una infraestructura adecuada, ni con cupo suficiente para la cantidad de reclusas que allí se encuentran. Anteriormente se mencionó que la cárcel fue construida hace más de 63 años para una capacidad de 1275 presas, siendo el centro penitenciario de población femenina más grande del país y para junio de 2018 la tasa de hacinamiento era del 57.9%; es decir, que el centro penitenciario albergaba más de 3.000 reclusas para esa fecha. (Informe Mujeres y Prisión en Colombia, 2018). Además, la estructura del centro presenta el deterioro causado con el paso de los años, afectando su sistema eléctrico, de alcantarillado, presentado humedad y malos olores, todo esto afecta la salud de las reclusas; otro factor determinante es la falta de personal que garantice un tratamiento adecuado, la falta de profesionales de la salud,

abogados, psicólogos, trabajadores sociales, entre otros, impide brindarle apoyo a todas las reclusas.

Aunque en este centro penitenciario se desarrollan talleres y capacitaciones que les permiten a las internas desenvolverse económicamente, estos no son suficientes para lograr una transformación en la vida de las reclusas al momento de recuperar su libertad y resocializar de manera efectiva, obteniendo como consecuencia en la mayoría de los casos, que las expresidarias reincidan; teniendo en cuenta que el estado no logra cumplir con el programa planteado, en este proceso las organizaciones no gubernamentales y fundaciones han cumplido un papel muy importante haciendo grandes esfuerzos para transformar la vida de las reclusas, mediante talleres, capacitaciones y programas. Es el caso de la fundación Acción Interna que ofrece apoyo psicosocial, becas de estudio, talleres de motivación, entre otros. De igual manera la fundación implementa programas de teatro, crecimiento y trabajo interno, cada uno con sus proyectos y actividades productivas, apoyándose en los sectores público y privado, organizaciones nacional e internacionales.

A pesar de los esfuerzos realizados por entidades gubernamentales y no gubernamentales, el tratamiento penitenciario ofrecido resulta insuficiente por su alta ocupación y la escasez de recursos para la implementación de programas, así como por la falta de personal de apoyo en las diferentes disciplinas, las cuales son de especial importancias para lograr la resocialización de las reclusas.

REINCIDENCIA

En Colombia la finalidad de la pena, siendo un Estado Social de Derecho donde debe primar el individuo y la dignidad humana, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Código Penal, Ley 599 de 2000, las funciones de la pena son prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. En ese artículo se hace especial aclaración en que la prevención especial y la reinserción social, que se darán una vez cumplida la pena; es importante resaltar

en este artículo ya que las funciones de la pena tienen como fin último que los reclusos una vez ejecutada su pena, no vuelvan a delinquir, es decir rehabilitar al infractor y con esto, reducir los índices de criminalidad, es por esto que el tratamiento penitenciario cumple un papel fundamental, donde los reclusos deben ser objeto de especial protección por parte del Estado, para que a través de la educación y el trabajo, tengan oportunidades concretas y eficaces que les permita reintegrarse de manera productiva a la sociedad, una vez sean puestos en libertad.

La teoría de la prevención especial procura prevenir que se comenten delitos a través de la reeducación de los reclusos, esta tesis se perfeccionó durante la época de la ilustración y su principal promotor fue el político criminal alemán Franz V. Liszt, este sostenía que la prevención especial actuaba en tres formas: a) asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante la privación de la libertad de estos; b) intimidando al autor, mediante la pena para promover el que éste no siga delinquir en el futuro; y c) cuidándolo de recaer en reincidencia mediante su corrección. (Gómez, 2016).

De acuerdo con lo anterior, el artículo 4 del Código Penal Colombiano establece la prevención especial como una de las funciones de la pena, según el precursor de esta teoría, esta tiene como fin la resocialización del penado, para lo cual es imperativa la protección tanto del individuo como de la comunidad.

En la práctica la aplicación de la prevención especial como función de la pena, presenta problemas, ya que a pesar de los esfuerzos realizados por el Estado, estos no son suficientes, como ya se había mencionado al tratar el tema de la resocialización, porque no se cuenta con el personal suficiente y capacitado para realizar esta labor, así como la pésima condición de la estructura fiscal de la mayoría de los centros carcelarios y penitenciarios en Colombia, lo cual aumenta los índices de reincidencia.

En Colombia existe un programa de atención postpenitenciaria, dirigido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y promovido desde

2015, que previene la reincidencia mediante una atención posterior a la ejecución de la pena, a través de un programa denominado Casa Libertad, que busca la inclusión social de los expresidarios, atendiendo aspectos desde lo individual, comunitario, familiar y productivo.

Casa Libertad –a corte de 31 de diciembre de 2018– atendió 1.411 personas, donde el 69% eran hombres y el 31% mujeres, de las cuales 41 fueron detenidas por la comisión de nuevos delitos; asimismo en 2019 para el mes de abril se habían atendido 250 personas. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019).

Las cifras entregadas por el Ministerio dan cuenta de la efectividad de la implementación del programa Casa Libertad; sin embargo para la fecha de la entrega del informe, esto es 7 de junio de 2019, solo se contaba con Casa Libertad en Bogotá, dejando sin atención a las personas puestas en libertad de otras cárceles y centros penitenciarios del país y, con esto, se incrementan las probabilidades de que estas reincidan. Este informe indica que en 2019 se implementaría el programa en Medellín y Bucaramanga.

Así mismo, de junio a septiembre de 2019 el programa Casa Libertad se dio atención a 198 personas donde 146 fueron hombres y 52 mujeres, 31 usuarios entre hombres y mujeres recibieron atención psicosocial; 103 hombres y 44 mujeres, orientación laboral. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019).

Es importante resaltar que a pesar de que en el informe anterior se indicó que para 2019 se implementaría este programa en Medellín y Bucaramanga, en el séptimo informe entregado por el INPEC –diciembre de 2019–, no se reportó dicha implementación, solo plantea la posibilidad de ampliar la cobertura del programa en ciudades como: Cali, Manizales, Ibagué, Medellín, entre otras. Esto denota el incumpliendo en las metas planteadas y el poco interés del Estado en cumplir con la función de resocialización de las personas que estuvieron privadas de la libertad.

La reincidencia es uno de los indicadores de la efectividad de los programas de resocialización y tratamiento penitenciario que se les brinda a

los reclusos, para junio de 2019 se reportó un promedio de 21.3% de reincidencia para un total 17.436 personas reincidentes. En 2018 la reincidencia fue de 20.5%. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019). Esto muestra que el índice de criminalidad en la comisión de nuevos delitos por personas que ya habían sido condenadas anteriormente, va en aumento, poniendo en tela de juicio con esto, la efectividad de los programas de resocialización implementados por el INPEC.

CONCLUSIONES

El objetivo fundamental de este documento fue analizar las diferentes vertientes de la condición de ser mujer reclusa en Colombia, más específicamente en la cárcel El Buen Pastor, todo esto bajo un enfoque de perspectiva de género. Es así que en desarrollo de este principal objetivo se estudió la protección a los derechos humanos de las reclusas, así como los programas establecidos para el tratamiento penitenciario a fin de determinar si estos son efectivos al momento en que las reclusas cumplieran su condena.

De acuerdo con lo anterior, en esta investigación se logró establecer que en el centro carcelario y penitenciario femenino El Buen Pastor, no se da la protección debida a los derechos humanos de las reclusas, como lo son los derechos a la salud, a una vida digna, derecho al trabajo, a la educación, entre otros; todo esto dado por factores como la infraestructura que posee, la cual cuenta con más de 63 años de antigüedad, que fue construida para recluir aproximadamente a 1.728 internas, y que al día de hoy por los altos índices de criminalidad cuenta con un hacinamiento superior a un 57.9%, lo que genera una gran dificultad a la hora de prestar servicios adecuados de salud, vida digna, buena alimentación y condiciones de salubridad, dormitorios adecuados, así como brindar capacitación permanente para todas, entre otros factores.

En cuanto al trabajo se pudo establecer en esta investigación, que en el centro penitenciario El Buen Pastor desarrollara actividades básicamente de tipo artesanal, que si bien generan en la reclusas aptitudes útiles al momento de quedar en libertad, no son

suficientes para una verdadera transformación de sus vidas, por lo cual podrían reincidir en la comisión hechos punibles, como una causa de la ineficacia del proceso de resocialización.

De igual manera, los recursos asignados por el Estado no son suficientes, lo cual no permite contratar el personal necesario para brindar atención médica, psicológica, jurídica, odontológica, trabajo social, entre otras, todas necesarias para un tratamiento penitenciario adecuado, tenga como resultado una efectiva resocialización de las reclusas. Aunque existe un programa denominado Casa Libertad, el cual busca brindar apoyo y seguimiento a las mujeres después de la ejecución de la pena, estas no

tienen cobertura en todas los departamentos del país y en los lugares en donde existen no hay incentivos que motiven a las mujeres a tomar los diferentes programas que allí se ofrecen.

Es necesario un replanteamiento de la política pública criminal en el país, la cual debe ir enfocada más en fomentar un cambio en la vida en toda su integralidad de las reclusas, encaminado el tratamiento penitenciario hacia una resocialización efectiva, para lo cual es inminente solucionar el problema del hacinamiento, mejoramiento de la infraestructura de los centros carcelarios y penitenciarios, así como optimizar la inyección de recursos para los mismos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Alcaldía de Bogotá. (2019). Así se garantiza educación de reclusos en La Picota, El Buen Pastor y La Modelo. Tomado de: <https://bogota.gov.co/mi-ciudad/educacion-personas-privadas-de-la-libertad>.
- » Boada A. (2019). La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano. Comentarios a la sentencia del 6 de agosto de 2019, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Tomado de: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/6170/4772/>.
- » Bruges, A; Gómez, A. (2016) Cárcel del Buen Pastor: proyecto de resocialización o aparato reproductor del crimen. Actualidad Jurídica. Tomado de: <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488388/C%C3%A1rcel+del+Buen+Pastor,%20proyecto+de+resocializaci%C3%B3n+o+aparato+reproductor+del+delito>.
- » CICR. Comité Internacional de la Cruz Roja. (2019). Informe cárceles y mujeres en Colombia. Tomado de: <https://www.icrc.org/es/document/informe-carceles-y-mujeres-en-colombia>.
- » CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas tomado de: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Principiosybuenaspracticas.htm>
- » Corte Constitucional. (2011). Auto 041 del 4 de marzo del 2011. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2011/A041-11.htm>.
- » Corte Constitucional. (2018). Sentencia de Tutela 267 del 10 de julio de 2018. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-267-18.htm>.
- » CSPC. Comisión Asesora de Política Criminal, (2012). Informe final de La Comisión Asesora de Política Criminal, diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el estado colombiano. Tomado de: www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/Informe_
- » El Espectador. (2019). Denuncias contra El Buen Pastor: una cárcel que no ha sido pensada para mujeres. Tomado de: <https://www.elespectador.com/noticias/>

judicial/denuncias-de-el-buen-pastor-cuestionan-que-la-carcel-no-ha-sido-pensada-para-mujeres-articulo-883709.

- » Francy T. Castellanos S. (2018). Reincidencia Criminal Consecuencia Del Incumplimiento De La Resocialización Como Finalidad De La Pena. Universidad Libre de Colombia. Tomado de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17672/tesis%20casi%20lista%20%28Autoguardado%29%20%28Reparado%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- » Fundación Ideas para la Paz. (2018). ¿Qué hacer con la reincidencia delincuen- cial? El problema y sus posibles soluciones. Bogotá. Tomado de: <http://cdn.ideas-paz.org/media/website/document/5ab12f3adfb8f.pdf>.
- » Gómez, H. (2019). La Prevención General y Especial en el Sistema Penal y Pe- nitenciario en Colombia. 2016. Tomado de: <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summauris/article/view/2087>.
- » Hernández, N. (2018). El fracaso de la resocialización en Colombia. Revista de Derecho. Tomado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n49/0121-8697-de-re-49-2.pdf>
- » Higuera, L. En el corazón del Buen Pastor. Universidad de Los Andes. Tomado de: <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/27526>.
- » INPEC. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2013). Resolución 003190 23 de octubre de 2013, por medio de la cual se reglamenta los programas de trabajo, estudio enseñanza válidos para la evaluación y certificación de tiempo para la redención de las penas. Tomado de: http://epn.gov.co/elearning/distingui- dos/TRATAMIENTO/1_resolucin_3190_del_23102013.html.
- » Ministerio de Justicia y del Derecho. (2019). Séptimo Informe Semestral de Seguimiento. Tomado de: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/docu- mento/S%C3%A9ptimo%20informe%20de%20seguimiento%20al%20ECI%20 del%20Sistema%20Penitenciario%20y%20Carcelario.pdf>. Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se modifica el Código Penitenciario y Carcelario. Artículo 18. Ley 65 de 1993. (Agosto 1993). Código Penitenciario y Carcelario.
- » Ministerio de Justicia y del Derecho. (Junio 2019).Sexto Informe Semestral de Seguimiento. Tomado de: [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/autos/ SEXTO_INFORME_SEMESTRAL_FINAL_APROBADO_\(4\).pdf](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/autos/ SEXTO_INFORME_SEMESTRAL_FINAL_APROBADO_(4).pdf).
- » Ministerio de Justicia y Derecho. (2019). Lineamientos para la prevención de la reincidencia desde un modelo de atención pospenitenciaria y pos egreso. Tomado de: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Normatividad1/ActosAdministrativos/Resoluciones/2019/Lineamientos%20PPRAPP.pdf>.
- » Organización de Naciones Unidas. (1955). Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Ginebra. Tomado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinter- est/pages/treatmentofprisoners.aspx>.
- » Organización de Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10. Tomado de: https://www.hchr.org.co/documento- seinformes/documentos/html/pactos/pacto_internacional_derechos_civiles_po- liticos.html
- » Organización de Naciones Unidas. (2011). Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mu-

jeros delincuentes y sus Comentarios. Tomado de: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

» Organización de Naciones Unidas. (2015). Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25. Tomado de: https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

» Pedraza, R. (2015). Resocialización Y Dignidad Humana En El Sistema Penitenciario Y Carcelario Colombiano. Tomado de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/146>.

» Pontificia Universidad Javeriana. (2018). Mujeres y prisión en Colombia: Desafíos para la política criminal desde un enfoque de género. Tomado de: file:///C:/Users/Admin/Downloads/mujeres_y_prision_en_colombia.pdf.

» Presidencia de la República y la Agencia Inmobiliaria Virgilio Barco Vargas. (2018). Propuesta de incorporación al tratamiento urbanístico de renovación urbana del reclusorio de mujeres El Buen Pastor.

» Sánchez, A; M. Juliana Morat. (2019). Trabajo de mujeres privadas de la libertad: trabajando al margen del derecho laboral. Tomado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/recs/nspe/2011-0324-recs-spe-199.pdf>.

» Semanario Voz. (2020). Represión en la cárcel El Buen Pastor. Tomado de: <https://semanariovoz.com/represion-la-carcel-buen-pastor/>

» Universidad de los Andes. (2019) Informe de Derechos Humanos del Sistema Penitenciario en Colombia. Bogotá, Colombia. Tomado de <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images>

Protección y reconocimiento institucional y jurisprudencial del derecho humano a la salud en el establecimiento penitenciario de Tunja

Institutional and jurisprudential protection and recognition of the human right to the health in the penitential and prison establishment of Tunja

Autor: Nicolás David Rodríguez Forero

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.13014>

Para citar este artículo:

Rodríguez Forero, N. D. (2021). Protección y reconocimiento institucional y jurisprudencial del derecho humano a la salud en el establecimiento penitenciario de Tunja. *Derecho y Realidad*, 19 (37), 161-194.



PROTECCIÓN Y RECONOCIMIENTO INSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO HUMANO A LA SALUD EN EL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE TUNJA*

Institutional and jurisprudential protection and recognition of the human right to the health in the penitential and prison establishment of Tunja

Nicolás David Rodríguez Forero

Abogado Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Conciliador en Derecho y Magister en Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–.
nicolasdavid1990@gmail.com

Recepción: Octubre 9 de 2020

Aceptación: Mayo 5 de 2021

RESUMEN

El campo de la protección, reconocimiento y responsabilidad del derecho humano a la salud en personas privadas de la libertad en el contexto tunjano, permite explorar y explicar la intervención institucional sobre el alcance prestacional fundamental de este derecho, tomando las visiones de orden institucional, administrativo, judicial y de organismos de control humanitario, como son el EPMSC¹ de Tunja, Personería Municipal, Defensoría del Pueblo y Secretaría de Salud de Boyacá dentro del marco del Estado de Cosas Inconstitucional y de la protección a este colectivo poblacional

en el contexto del articulado legal y constitucional en el periodo 2002-2019.

PALABRAS CLAVES

Salud; presos; Estado de Cosas Inconstitucional; responsabilidad; derecho; protección; determinantes sociales.

ABSTRACT

The field of protection, recognition and responsibility of the human right to health for persons deprived of liberty in the context of Tunja, allows us to explore and explain the institutional intervention on the fundamental scope of this right, taking the institutional, administrative, judicial and humanitarian control bodies' visions, such as the EPMSC of Tunja, the Municipal Ombudsman, the Ombudsman's Office and the Health

* Artículo de investigación derivado de la tesis de Maestría en Derechos Humanos titulada: "Protección y Reconocimiento del Derecho Humano a la Salud en personas privadas de la libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Tunja".

1. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Tunja.

Secretariat of Boyacá within the framework of the unconstitutional state of affairs and the protection of this population group in the context of the legal and constitutional articulation in the period 2002-2019.

KEYWORDS

Health; prisoners; Unconstitutional State of Things; responsibility; right; protection; social determined.

INTRODUCCIÓN

El fundamento de los derechos humanos (en adelante DDHH) implica el uso adecuado, la protección y reconocimiento a sujetos poblacionales colectivos que se encuentran en situación de indefensión e inferioridad, comprendiendo que Colombia es un Estado Social de Derecho, que respeta la dignidad humana, que se encuentra adherida a los tratados internacionales relativos a DDHH, y al otorgamiento de la primacía del interés general, en donde el rol del ser humano frente al Estado, abre mejores espacios de transformación y cambio hacia sus condiciones de existencia.

Partiendo de lo anterior, se debe mencionar el hecho de que la inclusión de los DDHH en personas privadas de la libertad (en adelante PPL), es vital para la concreción de elementos que avoquen en la defensa, la legitimidad y la exigibilidad de sus derechos, en especial la salud, ya que a pesar de ser vistos como derechos económicos, sociales y culturales (DESC), configuran un desarrollo constante y permanente en virtud de la Constitución de 1991, el cual permite inferir que la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional, la emergencia sanitaria y carcelaria, y el déficit de la infraestructura física en los establecimientos penitenciarios en el contexto colombiano han abierto el diálogo. Esto último a fin de concientizar la solidaridad social de este sector poblacional mediante la participación de veedores ciudadanos, organismos de control humanitario, y el Gobierno, para garantizar condiciones dignas y valoración prioritaria de las PPL.

En segundo lugar, bajo el contexto social e institucional actual que se presenta por la declaratoria de emergencia carcelaria, es necesario recalcar que el estudio no solo trae consigo una valoración de registro documental sobre dicha problemática humanitaria, sino que además a nivel municipal, mediante el recogimiento de experiencias por parte de funcionarios revestidos de autoridad carcelaria (INPEC), organismos estatales (Secretaría de Salud de Boyacá), de control humanitario (Personería y Defensoría del Pueblo), y de prestadores de salud (EPMSC de Tunja, Sanidad), se debe diagnosticar, en última instancia, la caracterización de este sector poblacional mediante el uso de entrevistas que abarque principalmente la satisfacción, la exigibilidad, la prestación, la promoción, la prevención y la atención en acceso a la salud, en el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario del municipio de Tunja en el periodo 2002-2019.

Por último, se valida el resultado de la presente investigación, teniendo en cuenta el diseño metodológico, a través del análisis cualitativo-documental y los resultados obtenidos, por medio de los cuales se dejan como producto los hallazgos y conclusiones sustantivas respecto del particular, con el objetivo de evaluar criterios relacionados con determinantes sociales, administración en la prestación del servicio médico y asistencial, y los alcances adoptados para agrupar la construcción y el diseño de estrategias, que posibiliten el acompañamiento, la exigibilidad y la defensa de las PPL. Estos temas se rescatan principalmente en el predominio, la consecución y la lucha constante de los DDHH en PPL.

METODOLOGÍA

La presente es una investigación cualitativa, interpretativa y documental que con base en el establecimiento jurisprudencial, el marco normativo legal y reglamentario en materia de accesibilidad en la prestación de los servicios de salud para la PPL, busca la materialización de efectividad y amparo de este derecho fundamental en el Establecimiento Penitenciario de Mediana

Seguridad y Carcelario de Tunja (en adelante EPMSC de Tunja), bajo el principio de la relación especial de sujeción, propendiendo por el respeto de la dignidad humana, como facultad intrínseca y extrínseca que tiene el ser humano, en especial, la funcionalidad al goce efectivo y crítico de los DDHH y de la aplicabilidad del principio *pro homine*.

OBJETIVO

Explicar los alcances prestacionales de la protección, reconocimiento y responsabilidad administrativa del derecho humano a la salud en personas privadas de la libertad en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Tunja.

3. RESULTADOS: ESCENARIO LOCAL-ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE TUNJA

En primer lugar, en el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Tunja, como en los demás ERON², presenta hacinamiento de PPL que inclusive, en un informe de seguimiento llevado a cabo por la Defensoría del Pueblo-Regional Boyacá, (2005), halló como población dentro del centro penitenciario, 111 personas PPL, de los cuales 100 son sindicados y 11 condenados; evidenciando principalmente que en materia de goce efectivo de DDHH, como la prestación y acceso al servicio de salud y la alimentación, se presta de forma irregular e insalubre, por ende, en esa oportunidad se dieron por sentadas las siguientes observaciones en conjunto con el integrante del comité de DDHH³:

El EPMSC de Tunja es tranquila, en donde hay acceso a dialogar con el director, respecto de los problemas y dificultades que se pueden presentar en los patios;

en cuanto a salud y alimentación, afirma que se presentan dificultades mediatas para el traslado de enfermos a los centros asistenciales, así mismo, en la atención del servicio médico programado, por cuanto los contratos con las IPS no se renuevan con la debida oportunidad, manifiesta igualmente que a los internos no se le suministra útiles de aseo personal; ni siquiera al momento de ingreso (Defensoría del Pueblo-Regional Boyacá, 2005, p. 10).

Se tiene como observaciones frente al establecimiento, las siguientes:

- i) Se encontraron alimentos, en mal estado y con fecha de consumo vencida;
- ii) presencia de moscas en cocina, depósito de alimentos, patios y alojamientos;
- iii) se presentan dificultades en la remisión de los internos para la valoración médica por parte de las IPS, y en la autorización por parte del INPEC, a través del convenio del Complejo Penitenciario y Carcelario de Cómbita;
- iv) se observó en el consultorio médico, recipiente de materiales inservibles y contaminados cerca de medicamentos y material paramédico (gasas, agua, vendas, agujas, alcohol antiséptico, isodine);
- v) ausencia de equipos de servicios de urgencias (bala de oxígeno-equipos de reanimación);
- vi) el valor nutricional de los alimentos observados y suministrados es deficiente;
- vii) los internos consumen los alimentos en las celdas. (Defensoría del Pueblo-Regional Boyacá, 2005, pp. 10-11)

Evidentemente, el EPMSC de Tunja, en un primer escenario de intervención por parte de los entes de control humanitario, deja ver que los alcances prestacionales de protección de los DDHH, como la salud, han sido parte también de las problemáticas estructurales que se tienen en materia de política criminal, que incluso la situación de hacinamiento, violación masiva de los DDHH, reclusión conjunta de personas sindicadas y condenadas, falta de articulación de las entidades territoriales

2. Establecimientos Reclusorios del Orden Nacional.

3. Hernando Ortega, Sindicado por Rebelión, 18 meses – Integrante del Comité de Derechos Humanos (EPMSC), Tunja.

y el Ministerio de Justicia son causas que deben ser replanteadas para mejorar y enfocar mediante esfuerzos institucionales, administrativos y presupuestales, en las que se ampare por una mejor condición de bienestar y de vida de la PPL (Sentencia T-762 de 2015).

Este tipo de observación refleja principalmente un estado tenue y débil en la prestación de los servicios médicos y asistenciales en el escenario penitenciario tunjano, que incluso a pesar de ser pacífica la convivencia entre las PPL y el Estado (autoridades carcelarias), los derechos a la vida, salud y acceso a la alimentación son objeto de desprotección y falta de ejecución de un mejor servicio al interior del penal.

Por otra parte, mediante Informe de Rendición de Cuentas de 2012, los directores regional central y distrital de Tunja, Ostos y Pardo (2012), manifestaron lo siguiente:

El EPMSC de Tunja a través del ejercicio de la atención social, especialmente en lo relacionado con la prestación del servicio a la salud, se cuenta con un (1) médico de medio tiempo nombrado por el INPEC, que cumple funciones administrativas, y el personal médico nombrado por CAPRECOM, encargado de la atención básica del personal de los internos.

Como también, se busca: i) citas con especialistas; ii) coordinación de prestación de servicios de salud a internos de sistema contributivo; iii) reclamación de reportes de red externa, iv) realización de exámenes de ingreso y egreso; v) valoraciones y conceptos para traslado; vi) trabajo mancomunado con el personal de salud de CAPRECOM para brindar atención integral a los internos del establecimiento (pp. 20-21).

De acuerdo con ello, es preciso rescatar que la PPL, a cargo del EPMSC de Tunja, no es ajena a prestar y acceder al derecho fundamental a la salud, sino que también al ser un servicio público esencial debe velar en condiciones dignas a garantizar este derecho humano, especialmente cuando se

sitúa en una verdadera relación especial de sujeción, que en últimas logre el tratamiento penitenciario y de rehabilitación, para integrar el sujeto privado de la libertad a la comunidad, como ser creativo, productivo y autogestionario al recobrar su libertad.

En segundo lugar, en lo que respecta al hacinamiento carcelario, se identifica localmente que en el EPMSC de Tunja se presentó, para 2016, sobrepoblación aproximada de 232, excediendo la capacidad del centro reclusorio aproximadamente el 85%⁴, dirigida exclusivamente a la población sindicada, así como posteriormente se aumentó a junio de 2016 la cifra a 94.1%, situación que generó condiciones de insalubridad, al punto que el costo por persona es de \$1.500.000 pesos, y el equivalente de 80 sindicados dentro del establecimiento, correspondiente a 180 millones de pesos mensuales (Diario Extra, 2016), afectando el goce efectivo de los DDHH.

A fin de evitar la problemática de hacinamiento penitenciario, el EPMSC de Tunja adoptó como medidas de choque las siguientes:

- i) Solicitud ante el Juez coordinador de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad y Juzgados de Control de Garantías, de no remitir ni enviar internos a este establecimiento, teniéndose en cuenta

4. **La Administración Municipal de Tunja citó a Consejo extraordinario de seguridad por problemática de hacinamiento en el centro penitenciario de Tunja.** Durante reunión llevada a cabo en el despacho municipal, con la participación del alcalde de Tunja, Pablo Emilio Cepeda; el secretario de Gobierno, Fabio Martínez; la directora de la Fiscalía General de la Nación seccional Boyacá, Gladys Medina; y el director del Centro Penitenciario de Tunja, Edwin Delgado, se abordaron posibles soluciones para afrontar la problemática de hacinamiento por la que atraviesa el centro carcelario. Según cifras entregadas por el Director del Centro Penitenciario de Tunja, la unidad carcelaria cuenta con una población aproximada de 232 internos, lo cual excede la capacidad de la que dispone que es de cerca de 120 internos, lo que corresponde a una sobrepoblación aproximada del 85%. **“La razón del hacinamiento obedece principalmente a la población sindicada, ya que tenemos 80 internos sindicados que con la aplicación de la ley 1760, quedarían en libertad”**, explicó Edwin Delgado.

el nivel de hacinamiento y ii) apoyo de los alcaldes del departamento de Boyacá en la revisión de los contratos interadministrativos.

En lo que concierne a la salud, mediante respuesta No. 149-EPMSCTUN-SAN 0812 de 02 de mayo de 2016, se halló que el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Tunja cuenta con el personal del área de sanidad con disponibilidad: i) un médico general, ii) odontóloga, iii) auxiliar de enfermería y iv) enfermera profesional

Todo este tipo de acciones médico-asistenciales repercute principalmente en el cumplimiento de la normatividad contemplada en el Decreto 2245 de 2015, en el que la USPEC celebró el contrato de Fiducia Mercantil 363 de 2015, con el consorcio Fondo de Atención PPL 2015, integrado por la Fiduprevisora y Fiduagraria S.A., para la administración y pagos de los recursos del Fondo de atención en salud para PPL, que incluso para el escenario penitenciario y carcelario de Tunja, se contrató la prestación de servicios profesionales con personas naturales, a fin de atender la prestación médico-asistencial de baja complejidad dentro del penal, como también la atención extramural de mediana y alta complejidad, a través del envío de cartas de invitación a diferentes hospitales y centros de salud, priorizando los centros de referencia de la PPL.

Sin embargo, mediante informe de la Procuraduría General de la Nación-Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo (2016), por medio del cual se adopta el primer informe semestral de seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015, se identificaron como problemática estructural al sistema de salud del sector penitenciario y carcelario los siguientes hallazgos frente al particular:

i) Frente a la atención en salud intramural, a partir del 09 de mayo de 2016, no se contaba con médico intramural, arrojando la carencia de personal en salud, en el EPMSCTUN de Tunja (Procuraduría General de la

Nación-Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo, 2016, p. 30).

ii) Dentro del contenido de este informe se aprecia, que en cuanto al cumplimiento para la prestación de los servicios de salud a la PPL, según la información proveniente de 136 establecimientos de reclusión, 74 no contaban con stock de medicamentos para suplir las necesidades de los internos, incluido el EPMSCTUN de Tunja (Procuraduría General de la Nación, Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo, 2016, p. 32).

iii) En relación con los insumos médicos y odontológicos requeridos, 114 de los 136 reportaron no tener disponibilidad de insumos suficientes para brindar la atención en salud a los internos, incluido el establecimiento penitenciario, objeto de estudio (Procuraduría General de la Nación, Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo, 2016, pp. 32-33).

iv) En lo que respecta a la recolección de residuos hospitalarios, como criterio importante en la prestación de servicios de salud referente a las áreas de sanidad de los establecimientos de reclusión, se llevó a cabo el seguimiento de este criterio, y se evidenció que de acuerdo con la información suministrada por los 136 establecimientos, 122 no contaban con servicio de recolección de residuos hospitalarios (Procuraduría General de la Nación, Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo, 2016, pp. 33-34). En tercer lugar, el EPMSCTUN de Tunja, para 2017, llevó a cabo un diagnóstico de la situación de derechos humanos por parte del INPEC frente al hacinamiento penitenciario, en el cual el grupo Diagnósticos DDHH, Unidos por los Derechos Humanos, Grupo de Derechos Humanos, Dirección General INPEC (2017) obtuvo lo siguiente como resultado frente al establecimiento:

Tabla 1. Diagnóstico de la situación de Derechos Humanos

FECHA	TOTAL POBLACIÓN	HACINAMIENTO	SEXO		SINDICADOS		TOTAL SINDICADOS	CONDENADOS		TOTAL CONDENADOS
			H	M	H	M		H	M	
Enero de 2016	222	85,0%	222	0	59	0	59	163	0	163
Febrero de 2016	230	91,7%	230	0	60	0	60	170	0	170
Marzo de 2016	234	95,0%	234	0	54	0	54	180	0	180
Abril de 2016	234	95,0%	234	0	57	0	57	177	0	177
Mayo de 2016	236	96,7%	236	0	55	0	55	181	0	181
Junio de 2016	206	71,7%	206	0	51	0	51	155	0	155
Julio de 2016	213	77,5%	213	0	51	0	51	162	0	162
Agosto de 2016	218	81,7%	218	0	50	0	50	168	0	168
Septiembre de 2016	222	85,0%	222	0	55	0	55	167	0	167
Octubre de 2016	222	85,0%	222	0	48	0	48	174	0	174
Noviembre de 2016	226	88,3%	226	0	48	0	48	178	0	178
Diciembre de 2016	218	81,7%	218	0	47	0	47	171	0	171
PROMEDIO	223	86,2%	223	0	53	0	53	171	0	171

Fuente: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2017, p. 28.

A partir de lo anterior, se concluyó que dentro del EPMS de Tunja se han albergado alrededor de 223 PPL, de las cuales aproximadamente 53, es decir, el 24% son sindicadas, y 171, es decir el 76 %, son condenadas, y que en promedio tiene un hacinamiento del 86.2% (Diagnósticos DDHH, Unidos por los Derechos Humanos, Grupo de Derechos Humanos, Dirección General INPEC, 2017, pp. 28-29).

Dadas las condiciones que anteceden, se evidencia que aunque la salud en favor de la PPL aparece mayoritariamente relacionada a los DESC, como una política pública del Estado sobre esa población en específico (modelo de atención en salud para la PPL), no se debe descuidar que el rol de los DDHH

en el escenario del derecho internacional, faculta el derecho a la salud a un rango de carácter fundamental, con personalidad propia y sujeta a una protección jurídica particular, que incluso ha dado lugar a que las altas cortes, intervengan en la materialización y protección de los derechos fundamentales de rango constitucional y supraconstitucional a la población privada de la libertad.

Para el escenario del EPMS de Tunja, se ha garantizado como institución el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, la detención precautelativa, la seguridad, la atención social y el tratamiento penitenciario de la población reclusa, en el marco de los DDHH, y que se ha visto

limitada a garantizar el goce efectivo de los derechos de la PPL, en relación con la existencia y la disponibilidad de recursos materiales y humanos, para efectivizar el amparo a la salud; no obstante, a pesar de la sobrepoblación carcelaria como factor de determinante social, la administración y la prestación de los servicios de sanidad y asistencial es asequible, accesible e idónea, tomando en cuenta que existen los recursos técnicos, logísticos y administrativos –sea mucho o poco– el rubro presupuestal que se asigne por parte de la USPEC, en el que se busca en últimas, la equidad y reciprocidad en brindar a la población tanto condenada como sindicada, la protección y reconocimiento de sus derechos fundamentales, como mejora continua de las condiciones de existencia de este sector poblacional.

En cuarto lugar, mediante Oficio No. 8300-DIRAT de fecha 09 de abril de 2019, se establece que el EPMSC de Tunja cuenta actualmente con 206 internos con medida intramural, de los cuales el 100% de los internos cuenta con cobertura en salud:

Tabla 2. Número de internos y régimen de afiliación

N° de internos	Régimen de afiliación
183 PPL	Fondo Nacional de Salud
19 PPL	Régimen Contributivo
4 PPL	Régimen Especial o de Excepción

Fuente: Elaboración propia con base en Oficio 8300-DIRAT de fecha 09 de abril de 2019 – Dirección de Atención y Tratamiento del INPEC.

El establecimiento penitenciario cuenta con 189 internos en estado de detención o prisión domiciliaria, los cuales tienen con la siguiente afiliación en salud:

Tabla 3. Número de internos en detención o prisión domiciliaria y régimen de afiliación

N° de internos en estado de detención o prisión domiciliaria	Régimen de afiliación
103 internos en estado de detención o prisión domiciliaria	Régimen subsidiado

N° de internos en estado de detención o prisión domiciliaria	Régimen de afiliación
48 internos en estado de detención o prisión domiciliaria	Fondo Nacional de Salud PPL
34 internos en estado de detención o prisión domiciliaria	Régimen Contributivo
4 internos en estado de detención o prisión domiciliaria	Régimen Especial o de Excepción

Fuente: Elaboración propia con base en Oficio 8300-DIRAT de fecha 09 de abril de 2019 – Dirección de Atención y Tratamiento del INPEC.

De todo esto se desprende que la cobertura y el alcance de afiliación del derecho humano a la salud para la PPL, ubicada en el municipio de Tunja, presenta y brinda un acompañamiento técnico satisfactorio a partir de la dirección de atención y tratamiento del INPEC, en colaboración y solidaridad por gestiones de intervención con secretarías de salud del orden departamental y municipal, en lo concerniente al Plan de Intervenciones Colectivas (PIC), a través de la suscripción de convenios interinstitucionales relacionados principalmente al manejo de la salud pública en los centros penitenciarios.

De igual manera, como escenario de acompañamiento y solidaridad social, se tiene presente el rol de la Alcaldía Mayor de Tunja y la Secretaría de la Mujer (2017, pp.1-3), para el primer semestre de 2017, mediante el informe de gestión “Mi Oportunidad”, se aprecia la realización de atención psicosocial de cinco personas privadas de la libertad con su núcleo familiar, como también la actualización de la base de datos de 76 PPL de Tunja, en la cárcel distrital EPMSC de Tunja.

Al mismo tiempo, el procedimiento de valoración médica de ingreso de una PPL al establecimiento penitenciario, requiere principalmente de los siguientes aspectos:

i) En el marco del artículo 45 de la Ley 1709 de 2014, define el examen de ingreso y egreso, que consiste que al momento de ingresar un procesado o condenado al centro de reclusión se

le abrirá el correspondiente registro en el sistema de información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC).

ii) La PPL deberá ser sometido a examen médico, con el fin de verificar el estado físico, patologías y demás afecciones para la elaboración de la ficha médica correspondiente.

Sobre este último punto, se debe tener en cuenta que la Subdirección de Atención en Salud/ Grupo de Salud Pública del INPEC implementó a nivel nacional, el procedimiento para la realización del Examen Médico de Ingreso (EMI), cuyo objetivo es establecer las actividades, que permitan evidenciar el estado físico, mental y las patologías concomitantes, para identificar eventos de interés en salud pública, la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, la detección precoz, la demanda inducida a los servicios y determinar las necesidades de atención en salud, contibuyendo a la estrategia de gestión del riesgo en salud, y como puerta de entrada al modelo de atención en salud con enfoque de atención primaria, al ingreso de las PPL, a los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON), a cargo del INPEC.

Como seguimiento de esta actividad de acceso al derecho a la salud, se debe resaltar que hasta 2009 el INPEC fue el prestador principal de los servicios de salud de la PPL, fecha a partir de la cual fue asumida por Caprecom E.P.S. (hasta diciembre de 2015) y desde esta última fecha, el ejercicio de la contratación de la prestación de los servicios de salud para la PPL, a cargo del INPEC, está bajo la responsabilidad del consorcio Fondo Nacional de Salud PPL 2019, entidad contratada por la Unidad de Servicios Penitenciarios (USPEC).

En sede judicial se destacan las actuaciones administrativas y de logística llevadas a cabo por el EPMSC de Tunja, frente a una PPL de la tercera edad, y su exoneración de responsabilidad administrativa por falla en el servicio, por la causal de falta del nexo causal.

Frente a este tema particular, la sentencia de primera instancia del Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja-Sentencia de 21 de noviembre de 2018 -Rad. 15001-33-33-014-2014-00124-00- Medio de Control: Reparación Directa (2018), con ponencia del juez Javier Humberto Pereira Jauregui, sostuvo lo siguiente.

i) Persona de la Tercera Edad - PPL: el señor Fabriciano Espinel Cepeda ingresó al EPMSC de Tunja, el 28 de mayo de 2012, quedando bajo la custodia del Estado, por estar sujeto, a una medida de privación de la libertad, con 82 años de edad, padeciendo de enfermedades crónicas (diabetes, hiperuricemia, artritis reumatoide degenerativa, hipertensión arterial, HTA, úlceras, pérdida aguda visual y arritmia cardiaca), las cuales fueron tratadas y controladas durante los años 2012 y 2013, por el servicio médico del penal. En esa medida, el interno al ingresar al penal tenía una edad muy avanzada, y adicionalmente, con esa serie de enfermedades era evidente que su expectativa de vida no era la mejor, causando su deceso natural el 16 de julio de 2013.

ii) Servicio Médico del EPMSC de Tunja: se brindó al señor Fabriciano Espinel Cepeda la prestación de los servicios médicos y asistenciales entre 2012 y 2013, a través de los médicos del área de sanidad y de Caprecom E.P.S, con base en los lineamientos del modelo de atención en salud para la PPL, teniendo en cuenta la Resolución 5159 de 2015, laborando jornadas de mañana y tarde de lunes a viernes, teniendo la disponibilidad también los fines de semana.

Adicionalmente, frente a la PPL con condición de la tercera edad, se llevaron a cabo las siguientes funciones:

a) La asignación de una enfermera y un coordinador de salud escogido por el Comité del Centro Penitenciario, suministrando los medicamentos ordenados por el médico tratante;

b) La atención extramural para el servicio de especialidades, procedimientos y exámenes médicos;

c) La no demora en la expedición de autorizaciones y exámenes;

d) Atención constante por medicina general, al ser un paciente con enfermedades de control (diabetes, hiperuricemia, artritis reumatoide degenerativa, hipertensión arterial, HTA, úlceras, pérdida aguda visual y arritmia cardiaca).

e) Atención preferencial en comparación con otros internos, acudiendo directamente al servicio de salud, sin la necesidad de solicitar cita previa.

f) Recepción y atención del especialista en medicina interna.

g) Procedimiento y aplicación de insulina.

h) Control y manejo nutricional cada dos meses, acreditando minuta especial en la preparación de alimentos en el Rancho del EPMSC de Tunja.

iii) Decisión sobre la falta del nexo causal: el Despacho sostuvo la tesis sobre el hecho de que si bien se acreditó el daño antijurídico, no se probó la acción u omisión imputable al Estado y por tanto, el tercer elemento de la responsabilidad, que consiste en la existencia del nexo causal entre el daño y la acción u omisión del Estado; no se configuró, toda vez que el INPEC-EPMSC de Tunja y Caprecom E.P.S. dieron cumplimiento a un deber legal de prestar los servicios de salud a la PPL, señor Fabriciano Espinel Cepeda, recibiendo el tratamiento médico prescrito para el padecimiento de sus múltiples enfermedades y conforme a los protocolos médicos, por lo cual se concluye el resultado de su deceso fue por muerte natural (caso fortuito súbito), y no un mal manejo médico que se haya dado.

Tomando en cuenta lo anterior, frente al rol del INPEC a través del EPMSC de Tunja, se genera indispensablemente un alcance fundamental al derecho a la salud en favor de la PPL, sin importar la condición de la PPL, por cuanto hay lugar a la disponibilidad, asequibilidad, cobertura y asistencia de los servicios asistenciales, que se producen principalmente en cuatro características como son:

i) un enfoque diferencial y aplicado en la organización en la prestación del servicio, ii) la integralidad de las acciones, iii) la orientación de las actividades de salud, iv) la gestión de los riesgos en salud de dicha población, incluyendo funciones asistenciales y logísticas, y v) la operacionalización de fases de la prestación de los servicios de salud (promoción - prevención - diagnóstico - tratamiento y rehabilitación de la enfermedad);

Del último ítem, se deduce que siempre y cuando esta última exista en el rubro presupuestal y de sostenibilidad para esta población, como también de la regulación de la sobrepoblación carcelaria; debido a que se requiere de la destinación económica para la contratación de personal médico, suministro de medicamentos y servicios médicos indispensables como la odontología, la medicina general y la enfermería, puesto que en última instancia, la salud requiere en esencia de la cobertura, la continuidad y la atención prioritaria para la garantía y el goce efectivo de los DDHH de las PPL.

Visión de los organismos de control humanitario y administrativo frente al EPMSC de Tunja

Personería Municipal de Tunja - Delegatura para los DDHH

El papel de la Personería Municipal de Tunja, a través de la delegatura para los DDHH, se identifica principalmente en el funcionamiento, participación, protección,

promoción, guarda y reconocimiento en pro de las comunidades más vulnerables, especialmente en la atención para la población reclusa localizada en el EPMSC de Tunja.

Sobre el particular, mediante informe de la Personería Municipal de Tunja (2016, p. 58), comprendido entre marzo a diciembre de 2016, se llevó a cabo la garantía de aplicación del debido proceso en el momento de la calificación de conducta y consejo de disciplina, como prerrequisito para solicitar la libertad de la PPL, así como también esa delegatura hace parte integrante del comité de derechos humanos, en donde se hace visita dos veces al mes al EPMSC de Tunja, para la vigilancia relacionada con i) atención en salud, ii) alimentación, iii) habitabilidad, iv) asesoría jurídica, v) deporte, entre otros. La cárcel tiene una capacidad para 120 internos, en promedio cuenta con 240 internos; es decir, que existe un hacinamiento del 100%.

Dentro de ese periodo, se ejercieron actividades como: i) socialización de comités efectuados por la procuraduría provincial de Tunja, a través de los cuales convocó a las entidades territoriales para brindar apoyo económico al INPEC; y ii) suscripción de convenio interinstitucional entre el INPEC-EPMSC de Tunja y el municipio, para la adquisición de un vehículo para el traslado de PPL (Personería Municipal de Tunja, 2016, p. 59).

En segundo lugar, mediante la realización de entrevista a la personera delegada para los derechos humanos a la doctora Sandra Liseth Piña Ávila, en 2017, se identificaron los siguientes hallazgos relacionados a la protección de los DDHH, de este sector poblacional:

- El EPMSC de Tunja tiene una población carcelaria pequeña, cuya sobre población penitenciaria es de 232 PPL, y destinada principalmente para una población de 120 PPL, en donde el actuar de la Personería Municipal de Tunja es brindar apoyo y velar por el derecho fundamental a la salud de los internos.

- El conocimiento de los casos de vulneración de DDHH, tanto en Tunja, como a nivel nacional, en los establecimientos penitenciarios, se manejan a través de dos comités, como son: i) El Comité de Derechos Humanos y ii) el Comité Disciplinario. Frente al primero, hay tres representantes de los internos que dan a conocer los casos de sus compañeros que no han sido atendidos, y que tienen alguna cita médica pendiente con especialista que requieren una valoración, por lo cual ante dichas problemáticas, la personería municipal actúa exigiendo a las E.P.S brinde la atención asistencial, lo cual para la PPL, se tiene un manejo especial por parte del INPEC y, localmente, el EPMSC de Tunja, cuenta con un funcionario encargado-médico, que dentro de sus obligaciones se establece atender asistencialmente a la PPL, para efectos de llevar a cabo posteriormente la autorización de traslado, el agendamiento de citas, el personal de guardia, y especialmente el acompañamiento a los casos particulares que se presenten por la salud de la PPL.

Efectivamente, como Personería y como Ministerio Público, dentro de la misión constitucional, de promoción, defensa y protección de los DDHH, se realiza acompañamiento no solo a la población carcelaria; sino, a la población vulnerable, en donde sus derechos fundamentales estén brindándose de manera efectiva. En el escenario de la cárcel se trabaja desde varias ópticas, una de ellas como Ministerio Público dentro del debido proceso que se adelanta en el proceso penal (dos delegados en asuntos penales), y frente a las PPL, se le hace el seguimiento y acompañamiento para velar sus derechos en tres escenarios:

i) Que la atención en el establecimiento sea digna;

ii) Que los funcionarios o el personal de guardia no le falten al respeto a la PPL, como también de esa misma población hacía los guardias y dragoneantes, situación conflictiva que

se tiende a asumir herramientas como la presentación de informes para abrir procesos disciplinarios, en el evento de que la PPL alteren el orden y la disciplina dentro del penal;

iii) Frente al Comité de Derechos Humanos se habla de cuatro pilares fundamentales dentro del EPMSC de Tunja, a saber:

a) La habitabilidad: se hace entrega de una colchoneta digna a la PPL, en un espacio adecuado en donde las celdas haya un mínimo de personas, para combatir el tema de hacinamiento, donde el ideal es que una celda sea para dos personas; por ende, el establecimiento realiza jornadas de aseo con el propósito de sacar cosas en donde los internos ya no necesitan, como por ejemplo, hay internos que tienen cuatro cobijas, cuando en una celda solo se requiere de una cobija, además del exceso de ropa, vestuario, y calzado. Este punto es fundamental en la socialización del Comité de DDHH, dado que la PPL a través de sus representantes, puede considerar y sentar de presente, la carencia o falta de una colchoneta.

b) Salud: en el Comité de DDHH se tocan temas relacionadas a demoras injustificadas por parte de la atención a un interno, falta del suministro de medicamentos, toma de exámenes médicos, citas con especialistas y urgencias, por lo que la prestación del servicio es inmediata y prioritaria por parte del EPMSC de Tunja, teniendo en cuenta que en el municipio de Tunja hay cinco centros hospitalarios para atender las patologías que acaecen la PPL, al punto que los remiten para atender y garantizar sus condiciones de existencia.

c) Alimentación: se verifica la minuta establecida por el USPEC, correspondiente a 18 menús (desayuno, almuerzo y comida), resaltando que los días de visita, sábados y domingos, las PPL tienen su menú normal y a la visita que ingresa comida, siempre se le hace claridad que el menú es de la visita. Asimismo, tienen una especie de caspete, donde pueden comprar alimentos

comestibles para la visita de familiares de los internos, los fines de semana.

d) En el tema de jurídica, a las PPL se les entrega la calificación de conducta o si tienen alguna comunicación, se les debe notificar, en relación con procesos judiciales o de cualquier otra índole; por ello, la personería municipal de Tunja, asume un rol participativo y de solidaridad social en el comité de DDHH, atendiendo con conocimiento de causa la recepción de cualquier tipo de queja, solicitud o denuncia que se presente dentro del penal, en especial a situaciones de incumplimiento y/o desmejora en sus condiciones.

En lo que respecta a la prestación del servicio médico y asistencial, el EPMSC de Tunja cuenta con un personal médico y de odontología, funcionarios que se encargan en la parte interna del establecimiento penitenciario en pro de la PPL, y evidenciando que el alcance se logra con base a la agilidad en el sistema de salud penitenciaria (modelo de atención en salud), a fin de superar el retardo injustificado y la demora de asignación de citas médicas y especializadas, finalización de contratos y falta de suministro de medicamentos, por lo cual la acción de la Personería Municipal es identificar y determinar la necesidad de la queja por parte de la PPL, que incluso, en caso de no darse cumplimiento a la prestación del servicio asistencial, se iniciaría un informe con las situaciones de facto y jurídicas que se presenten, y se presentaría ante el Comité de DDHH y a la Oficina de Control Interno del EPMSC de Tunja, para la evaluación del caso de la PPL; como también, la interposición de acciones constitucionales como la tutela por protección al derecho fundamental a la salud.

Igualmente, se trabaja mancomunadamente con el establecimiento, la realización de jornadas de cedula, salud para monturas, cajas de dentadura y se trata de vincular a las jornadas que ofrece el establecimiento, como es el mes de la mercedes y el día de los niños; en este último, la Personería Municipal de Tunja, a través de sus funcionarios, hacen recolecta para llevar y realizar una jornada a los hijos

de los internos, como también la gestión con las entidades del municipio para celebrar el Día de las Mercedes.

En cuanto al municipio, se rindió informe ante el Concejo Municipal de las actividades realizadas por la entidad, así como de la problemática en este centro de reclusión, colocando de presente que los costos económicos y de sostenibilidad de la PPL, en calidad de condenados. Efectivamente los asume directamente el INPEC, a través de un modelo de atención en salud, de régimen especial; mientras que la PPL, en calidad de sindicados, los debe asumir el Municipio de Tunja, dado que este sector poblacional no ha tenido un fallo condenatorio, lo cual se aconsejó en esa oportunidad, la necesidad de acciones administrativas como la suscripción de convenios interinstitucionales con el INPEC, frente a la regulación de este sector poblacional.

Frente a casos especiales de PPL por sus condiciones de salud, el Comité de DDHH y la Personería Municipal de Tunja evidenciaron la importancia de atención a este tipo de casos que se presenten con la PPL, como fue la atención a 12 personas con dieta especial con sugerencias de preparación al administrador del rancho, por padecer enfermedades de hipertensión, diabetes, personas con VIH y la atención prioritaria a personas de la tercera edad privadas de la libertad, mayores a 70 años, por condiciones de desmejora física y de salud, que han solicitado la casa por cárcel-prisión domiciliaria.

Defensoría del Pueblo – Regional Boyacá

La Defensoría del Pueblo – Regional Boyacá como organismo autónomo y veedor de los DDHH y del DIH, en el territorio tunjano, evaluó el impacto de la condición penitenciaria y carcelaria en el EPMS de Tunja, con corte a febrero de 2019, y surtiéndose el instrumento de entrevista frente a esta entidad, en donde se obtuvieron los siguientes aspectos, aportes y resultados, frente al particular:

En primer lugar, con respecto al estudio de protección y reconocimiento del derecho a la salud en PPL, en el EPMS de Tunja, la Defensoría del Pueblo como autoridad y organismo de control de los DDHH ha realizado capacitaciones en promoción, defensa y divulgación de los DDHH, por parte del personal profesional en derecho (defensores públicos – programa 1542 y funcionarios adscritos a la regional), en especial sobre la exigibilidad del derecho humano a la salud a través de los mecanismos de protección como la tutela y amparados por los Despachos Judiciales.

En segundo lugar, la Defensoría del Pueblo hace acompañamiento y atención social en defensa de las PPL, realizándose a través de visitas constantes al EPMS de Tunja, con el objeto de verificar las condiciones en que se encuentran y sí se está cumpliendo con las garantías a sus derechos fundamentales, como son la atención en salud, alimentación, alojamiento, trabajo, estudio y haciamiento

En tercer lugar, desde la óptica de los DDHH, en relación con el modelo de atención en salud para la PPL, frente a los profesionales que prestan los servicios de salud y sanidad, principalmente se encuentran contratados directamente por un prestador en salud denominado La Fiduprevisora, que fue contratada por la USPEC con base al Fondo Nacional de Salud de las PPL, creado bajo la Ley 1709 de 2014 y suscrita con el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 (integrado por las Sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.) y el Contrato de Fiducia Mercantil 363 de 2015.

A partir de esta creación, la USPEC es la entidad encargada que maneja los recursos para contratación de servicios en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, es decir que las únicas labores encaminadas a la prestación de estos servicios son:

- i) La verificación o vigilancia directa por parte de la Fiduprevisora S.A. con base en la información suministrada por el EPMS de Tunja.

ii) La recepción de denuncia, queja o petición presentada por la PPL.

iii) El cumplimiento de órdenes judiciales emitidas por los jueces y magistrados en sus correspondientes despachos, una vez hayan interpuesto las acciones constitucionales correspondientes, en donde la Defensoría del Pueblo revisa el trámite procedimental establecido en la Resolución 5159 de 2015, a fin de verificar y sancionar la posible existencia y/o vulneración del derecho humano a la salud a la PPL.

En cuarto lugar, se hacen visitas relacionadas a campañas de salud, higiene y salubridad al interior de los establecimientos penitenciarios y carcelarios de Boyacá, con el debido acompañamiento de delegados de la Secretaría de Salud, quienes son los competentes en verificar las instalaciones; y, posteriormente, hacer las respectivas recomendaciones al director del EPMSC, para que se tomen los correctivos en procedimiento y manipulación en la prestación de los servicios asistenciales y alimentarios, como también a la entidad prestadora de los servicios de salud, como lo es la Fiduprevisora S.A.

En quinto lugar, frente a la exigibilidad y garantía del derecho fundamental a la salud de las PPL y la conexión con los procedimientos, alcance y participación de organismos institucionales, se debe mencionar que las entidades competentes como el INPEC, los hospitales o centros especializados y el municipio de Tunja, les corresponde a través de su radio de acción las funciones de protección a la población carcelaria, en tres aspectos:

a) El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), le corresponde el traslado de aquellos privados de la libertad que requieren de una atención en salud de manera urgente.

b) A los hospitales o centros especializados les corresponde en brindar la atención que requiera el privado de la libertad como son citas

con el especialista, servicio de urgencias, toma de radiografías, suministro de medicamentos, medicina general y cirugías (Hospital San Rafael, Clínica Santa Teresa, Clínica Medilasser, E.P.S.).

c) El municipio de Tunja celebra convenios interinstitucionales con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), donde la entidad territorial debe aunar esfuerzos y de apoyo anual sobre ayudas con elementos indispensables para la población privada de la libertad, como son colchonetas y kits de aseo.

En sexto lugar, la Defensoría del Pueblo ha realizado el acompañamiento y/o seguimiento a las distintas novedades que se presentan, pero que no se ha tenido reportes de casos relevantes o delicados con la salud de la PPL del EPMSC de Tunja.

No obstante, cabe señalar que la Defensoría del Pueblo, al ser ente vigilante de los DDHH, en cuanto a la salud, denota el alcance prestacional de este derecho, al punto que la garantía complementaria a la afiliación al sistema de seguridad social en salud de los internos, lo asume la Fiduprevisora, en su gran mayoría; como también las mismas PPL, directamente asumen su afiliación a prestadores de salud. Para el caso de las PPL, que se les conceden el beneficio de detención domiciliaria o libertad condicional, debe asumirlo por cuenta propia, o a través del municipio de Tunja, mediante el Sistema de Identificación y Selección de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), si la PPL vive y reside dentro de esta jurisdicción territorial.

Respecto a la alimentación, la USPEC saca mediante proceso de licitación, el contrato para la prestación del servicio de alimentación, donde es asumido por una empresa particular, que se encarga de la preparación, calidad y suministro de los alimentos a las PPL. Relacionado con el acceso al agua potable, es asumido directamente por el INPEC, existiendo siempre un rubro para el pago y cancelación de este servicio, el cual ha sido excelente

frente a la calidad y puntualidad en el acceso; empero para 2018, se tuvo conocimiento, por parte de la Defensoría del Pueblo, de una situación de suministro de agua potable, por el rompimiento en el sector de un ducto, pero la empresa de servicios de agua (VEOLIA), subsanó dicha anomalía de manera inmediata con el fin de restablecer el servicio.

Frente a la visita conyugal e integración familiar, la Ley 65 de 1993, modificada por la Ley 1709 de 2014, estipuló el derecho que tiene las PPL, para acceder a la visita tanto conyugal como familiar; y en ese evento, el EPMSC de Tunja ha garantizado ese derecho cada ocho días. Entre tanto, en lo concerniente a la habitabilidad, por ser la infraestructura física del EPMSC de Tunja, de forma “pequeña”, solo existen dos alojamientos, donde son ubicados la totalidad de los PPL y que a corte de febrero de 2019 asciende a 215 PPL; sin embargo, se aclara que los altos índices de personas capturadas en los últimos años, el hacinamiento o sobrepoblación se ha incrementado, afectando de forma considerable la convivencia de las PPL en horas de la noche.

En séptimo lugar, el determinante social que ha marcado el fenómeno del hacinamiento carcelario es la falta de una verdadera reforma a la ley penal, pues con el sistema actual se ha incrementado el número de PPL. Es de anotar que el EPMSC de Tunja es uno de los establecimientos penitenciarios y carcelarios menos hacinados del país, en comparación con otros ERON, donde los espacios son pequeños para el alojamiento de un gran número de personas y debiendo turnarse para descansar en cada celda (algunos establecimientos de la Costa, Bogotá y URI de la Capital).

Por otra parte, la Fiduprevisora, como prestador de salud ha solventado la atención oportuna, asistencial y médica de las PPL en el EPMSC de Tunja, donde a la fecha no se han presentado inconvenientes frente a la prestación del servicio; pero, como Defensoría del Pueblo se exige –a través de los mecanismos constitucionales como

el derecho de petición y tutela– el alcance prestacional y de atención en salud requerida para esta población en particular; por lo cual también se debe anotar que una vez la persona recobre su libertad y sale del EPMSC de Tunja, debe asumir por cuenta propia la atención en salud, o acudir ante la oficina asesora del SISBEN, para que sea ingresado y asumido por el municipio de Tunja.

En octavo lugar, desde el contexto de la solidaridad social, el acceso a la prestación de servicios médicos y asistenciales, la Defensoría del Pueblo a través del contexto institucional, encomendado por la Constitución Política de Colombia, tiene como finalidad principal de encaminar la defensa y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial a las personas privadas de la libertad, como grupo vulnerable. Igualmente, se resalta de forma importante que existen los fallos de la Corte Constitucional que ordenan al Ministerio Público, hacer seguimiento a las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, respecto del Estado de Cosas Inconstitucional en las cárceles del país, y que va encaminada a garantizar la totalidad de los derechos fundamentales de las PPL, seguimiento que se viene adelantando de manera mensual en cada uno de los 11 Establecimientos Penitenciarios del departamento de Boyacá.

En noveno lugar, mediante informe de visita de inspección por parte de la Defensoría del Pueblo con corte a finales de enero e inicios de febrero de 2019, en relación con el EPMSC de Tunja, se tiene los siguientes datos sobre las situaciones de goce efectivo de los DDHH, en especial la salud, así:

Frente a la salud de la población carcelaria de Tunja se tiene en cuenta la disponibilidad y prestación del personal médico y de sanidad, y la PPL diagnosticada con enfermedad grave en el establecimiento, por lo que se tienen como resultado los siguientes cuadros descriptores:

Tabla 4. Disponibilidad y prestación del personal médico y de sanidad

	Sí	No	Cuántos	Horas al día	Días a la semana
Médico general	X		1	96	5
Psiquiatra	X				Régimen
Odontólogo	X		1	96	5
Ginecólogo		X			
Pediatra		X			
Obstetra		X			
Psicólogo		X			
Regente de Farmacia		X			
Auxiliares de Enfermería	X		1	192	5
Otros	X				
Cuáles:	Enfermera jefe y operadora de servicios generales (4 horas)				

Fuente: Informe de Inspección. Visita al EPMS de Tunja de enero-febrero de 2019. Defensoría del Pueblo Regional Boyacá.

Tabla 5. Presencia de enfermedades y número de casos

Enfermedad	Sí	No	Cuántos
VIH		X	
Cáncer		X	
Diabetes	X		4
Hipertensión	X		27
Tuberculosis		X	
Trastornos Mentales	X		11
Insuficiencia Renal Crónica		X	
Varicela		X	
Cardiovasculares		X	
Infección Respiratoria Aguda		X	

Fuente: Informe de Inspección. Visita al EPMS de Tunja de enero-febrero 2019. Defensoría del Pueblo-Regional Boyacá.

De la anterior información señalada en los cuadros descriptores, se puede deducir que el personal médico que presta sus servicios en el EPMS de Tunja cuenta con un

médico general, un odontólogo y un auxiliar de enfermería, durante los cinco días de la semana, de manera permanente; mientras que temporalmente, se encuentra un psiquiatra, una enfermera jefe y la operadora de servicios generales, lo cual ha dado lugar a que el alcance de la prestación asistencial sea satisfactoria en pro de las PPL.

Por otra parte, con respecto a la población privada de la libertad, el mayor índice diagnosticado con enfermedad grave es la hipertensión con alrededor de 27 PPL, seguido de los trastornos mentales con 11 PPL y, por último, con cuatro PPL padeciendo diabetes, lo cual se sigue en su historial clínico, el seguimiento y el tratamiento de dichas patologías.

Dadas las condiciones que anteceden, concerniente a las instalaciones del área de sanidad del EPMS de Tunja, se tiene la existencia de un consultorio médico, un consultorio odontológico, y un stock mínimo de medicamentos, más no se tiene una zona de atención prioritaria y un área de paso para monitorear a los reclusos que fueron hospitalizados, puesto que el EPMS de Tunja, a través de sus funcionarios, remite a

la población privada de la libertad a que sean atendidos en el Hospital San Rafael de Tunja. Vale la pena indicar que el EPMSC de Tunja cuenta con lo que se describe a continuación.

- i) Espacios higiénicos.
- ii) Un stock mínimo de medicamentos que son solicitados por el establecimiento con la cantidad requerida y de forma oportuna; sin embargo, se presenta por parte del proveedor del servicio, la tardanza en entregar los medicamentos en las fechas establecidas, como también no llegan la totalidad de lo requerido;
- iii) Se cuenta con equipos e instrumentos para la atención médica general, pero en regular estado, debido a que no se ha realizado mantenimiento preventivo y correctivo.
- iv) Disponibilidad y condiciones adecuadas de material para curación, insumos médicos y odontológicos que cuenta el establecimiento para prestar la atención en salud, que se encuentran almacenados en farmacia.

En relación con la situación de atención de urgencias para la población privada de la libertad, el EPMSC de Tunja, no cuenta con a) instrumentos y aparatos médicos; b) bala de oxígeno, c) equipos de reanimación. Únicamente se tiene como instrumento un concentrador de oxígeno y un equipo autoclave, por ende, frente a esta situación, las PPL que se encuentra en una grave situación de salud se remiten al Hospital San Rafael de Tunja.

Sobre el asunto de represamiento de citas médicas, procedimientos médicos, procedimientos odontológicos, remisiones de atención especializada y de red de operadores de servicios de salud para la atención especializada extramural de la PPL, se diagnosticó por parte de la Defensoría del Pueblo, que en el EPMSC de Tunja no se ha presentado represamiento de citas médicas. En lo relacionado a los demás aspectos, se tiene en cuenta lo siguiente:

Tabla 6. Decisiones médicas y cantidad de casos

Categoría	Sí	No	Cuántos
Procedimientos médicos	X		2 PPL
Procedimientos odontológicos	X		23 PPL
Remisiones de atención especializada	X		20 PPL
Red de operadores de servicios de salud para la atención especializada extramural de la PPL		X	27

Fuente: Informe de Inspección. Visita al EPMSC de Tunja de enero-febrero de 2019. Defensoría del Pueblo-Regional Boyacá.

De acuerdo con estas evidencias, se debe tener en cuenta y exigir a la PPL la afiliación al régimen contributivo o subsidiado según la capacidad de pago, e incluso para la PPL en detención domiciliaria, se requiere también de las constancias de las redes externas que prestan servicios de salud de nivel I, II y III, indicándose a qué distancia se encuentra del EPMSC de Tunja.

Como seguimiento a esta actividad prestacional a la salud de la PPL, el EPMSC de Tunja ha garantizado a los internos, la cobertura en i) la atención efectiva derivada de las autorizaciones de procedimientos con especialistas emitidas por el Fondo de Atención en Salud para la PPL, y por la red hospitalaria; ii) la garantía del traslado de manera oportuna por parte del personal de guardia a la PPL, para los procedimientos con especialistas autorizados por el Fondo de atención en salud; iii) la realización y recolección de desechos hospitalarios por parte de la empresa EDEPSA, con periodicidad de un mes; y iv) se ha garantizado el 100% de cobertura en atención de primer nivel, así como también en los casos de complicación grave de la PPL, son remitidos al Hospital San Rafael.

Por último, respecto al ingreso de la PPL al EPMSC de Tunja, se evidenció por parte de la Defensoría del Pueblo que el procedimiento

de ingreso se cumple a cabalidad en lo señalado en la ley y en los reglamentos, correspondiente a la realización de un examen integral de la PPL, sobre su estado de salud física, psicológica, y psiquiátrica, que se encuentra reportado en la historia clínica de cada PPL, como también se reporta novedad física y condición especial por parte del área de sanidad, a fin de respetar y resguardar su vida e integridad personal.

SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL

Mediante realización de entrevista llevada a cabo al secretario de salud departamental, Dr. Germán Francisco Pertuz, en 2019 se identificaron los siguientes aportes, hallazgos y resultados relacionados al seguimiento, alcance y protección de los derechos humanos de las PPL, en Tunja y el departamento de Boyacá, lo cual permite indicar la conducencia y la pertinencia sobre el campo de estudio de la investigación:

- En materia de acompañamiento y atención social relacionado a las PPL en el contexto tunjano, la Secretaría de Salud Departamental, bajo su competencia y mandato de la ley, tiene como función principal de verificar lo relacionado con a) saneamiento básico, b) potabilidad de agua, c) condiciones de saneamiento, d) condiciones higiénicas, y e) condiciones de los ranchos.

- Así mismo, la Secretaría de Salud Departamental, como autoridad sanitaria, revisa todo lo relacionado con la alimentación y comida de las PPL, haciendo control y seguimiento de visitas a los centros penitenciarios y carcelarios de Boyacá. También vigila que se lleve a cabo la toma de muestras de las palmas de las manos de los manipuladores de alimentos, de las superficies y de la calidad de la alimentación. Entre otras funciones, la Secretaría de Salud Departamental evalúa, diagnostica y verifica los brotes de, enfermedades transmitidas por alimentos (ETA) y por vectores.

- En ese mismo sentido, ante cualquier anomalía, queja, denuncia o petición relacionada con salud pública y saneamiento

básico, se informa ante la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) como a la Procuraduría Regional de Boyacá, acerca de las condiciones de los establecimientos penitenciarios y carcelarios de Boyacá, referente a la no mejora en la habitabilidad y de saneamiento básico ambiental, que incluso como autoridad ambiental, tiene la competencia de sellar los pabellones y de colocar una medida de cierre temporal, con el objetivo de que se hagan las respectivas adecuaciones. Un ejemplo fue el cerramiento y sellado del rancho del centro penitenciario y carcelario del Barne, en 2018, considerado como uno de los más grandes del departamento.

- A partir de este tipo de medidas, las autoridades del INPEC y USPEC intervienen de forma inmediata para contratar y cambiar el menaje, estufas, pisos, techos y superficies; a razón de ello, se han tenido problemáticas con los funcionarios de autoridad carcelaria, porque no han entendido que las personas privadas de la libertad que manipulan alimentos, tienen que tener un curso para realizar dicha actividad, se rotan con mucha frecuencia y que las mismas PPL que redimen con su trabajo, se benefician de reducciones de la pena. Es por ello, que la Secretaría de Salud Departamental tiene competencia de este tipo de eventos sanitarios y de saneamiento básico ambiental.

- Para el EPMSC de Tunja, en la última visita arrojó unas condiciones sanitarias favorables por encima del 75 %, donde se hacen visitas periódicas, específicamente dos veces al año, para seguimiento y verificación de salud pública, así como también se recepciona queja, solicitud, reclamo y denuncia de alguna de las PPL, o si es directamente la solicitud por parte de los directores de los establecimientos penitenciarios, la función de la Secretaría de Salud Departamental es intervenir de forma inmediata con el equipo interdisciplinario con ingenieros de alimentos, ingenieros sanitarios y médicos, desplazándose hacia esos establecimientos, para lo pertinente frente a la materia y competencia, como son la toma de muestras de las manos, de las superficies, y de la revisión de las condiciones

higiénico-sanitarias, con el fin de dictaminar mediante informe si se está cumpliendo a cabalidad lo relacionado a salud pública.

- Es de señalar que la enfermedad que tiene mayor impacto en los establecimientos penitenciarios de Boyacá es la tuberculosis, de modo que el tratamiento de las PPL que padecen de dicha patología y que del 100% de los casos detectados, el 100 % tiene quimioterapia y correspondiente tratamiento. En Tunja no se ve tanto, porque la mayoría de las PPL que están en el establecimiento penitenciario son de Tunja, o de municipios aledaños, lo cual no ha generado brotes referenciadas a esa enfermedad.

- Con respecto a Caprecom E.P.S., el Gobierno Nacional le entregó a los establecimientos penitenciarios y la atención a las PPL a Caprecom E.P.S., y por conocimiento de causa, se presentaron en esa oportunidad acumulación de problemas tanto en la remisión de los pacientes PPL como en su atención, no tanto de que no existan contratos, sino que por ejemplo, para poder sacar a una PPL es todo un proceso, pasando por agendar una cita por médico especialista, la congruencia entre lo agendado y el día en que haya disponibilidad del guardia, transporte, y del personal que acompañe al interno.

- A razón de este procedimiento, Caprecom E.P.S ha tenido dificultades para la época de no remitir a tiempo a las PPL, para revisión, diagnóstico, toma de exámenes y chequeo médico, ocasionando consecuencias de pérdidas de cita, y de logística del INPEC.

- Es necesario hacer un llamado a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, en el deber de mejorar las condiciones de los servicios asistenciales y de salud de las PPL, especialmente y sobre todo en la oportunidad con los pacientes demandantes, que por el hecho de estar reclusos y confinados en los establecimientos penitenciarios, se observe y se dé un diagnóstico físico y mental antes, durante y después de estar insertado en los ERON.

- En lo que respecta a la afiliación al sistema de seguridad social en salud, se evoca el aseguramiento de la PPL, que le corresponde íntegramente al INPEC, asumir el 100 % de la población reclusa independiente que tengan en su libertad, si tenían medicina prepagada, régimen contributivo, y régimen subsidiado; que una vez verificada la clase de afiliación que se encuentra y pase a ser persona privada de la libertad, a cargo del INPEC, corren esta última entidad, el aseguramiento del 100%, a través de su aseguradora Fiduprevisora S.A.

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN SALUD PENITENCIARIA

La responsabilidad del Estado es el parámetro fundamental de intervención en el ejercicio de su acción u omisión, en el contexto de la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, especialmente en el campo del derecho humano a la salud. Es por ello que hay que tener en cuenta que la cláusula general de la responsabilidad del Estado se encuentra consignada en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual consiste en la configuración del daño antijurídico, producto de una lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, en el que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar, sea por la acción o por la omisión de las autoridades públicas.

Para Rodríguez (2005) “la responsabilidad antijurídica para que sea existente se necesita de dos condiciones: 1) Que exista un daño de esa naturaleza; y 2) Que dicho daño sea imputable a una persona de derecho público” (p. 505).

Estas dos condiciones permiten inferir que la característica fundamental para el establecimiento de la responsabilidad del Estado no solo implica el fundamento constitucional, sino que también la armonización con los principios de solidaridad, protección por parte de las

autoridades de la república sobre la vida, honra y bienes, el derecho a la igualdad y de la garantía del derecho a la salud (artículos 1, 2, 13 y 49 de la CN), otorgando principalmente que el centro de interés en el ámbito constitucional colombiano es el respeto de la dignidad humana, como facultad intrínseca y extrínseca que tiene la persona dentro del Estado Social de Derecho.

Indudablemente, el rol del Estado es ser garante y salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración, y que según Tascón (1933), resalta principalmente que si hay admisión de responsabilidad en el marco jurídico de la Constitución de un país, se debe acatar bajo el régimen de garantías jurídicas o de exigencias que se estiman esenciales para la realización de una vida digna del hombre y del ser humano, y como fórmula viva del Estado sometido al derecho.

Dentro del escenario penitenciario y carcelario, las obligaciones del Estado colombiano con la población privada de la libertad se encuentra enmarcada en una relación especial de sujeción, que consiste en el deber de protección y cuidado de este sector poblacional específico, estableciendo principalmente un régimen jurídico (Ley 65 de 1993-Código Nacional Penitenciario y Carcelario), por medio del cual se adopta las fases de especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como también, producto del intervencionismo de las autoridades carcelarias de brindar la guarda, seguimiento, custodia y garantía de los derechos a la vida, integridad física y la salud.

Sobre esto último, se debe considerar que hacen parte de una relación directa con la dignidad humana, y que son considerados “derechos intocables”; la acción u omisión a esos derechos ha dado lugar a establecer dos escenarios de régimen de responsabilidad por daño antijurídico y su título de imputación, como se expresa a continuación.

a) Daño especial: se presenta por el rompimiento al equilibrio de las cargas públicas, generando una

conducta que transforma la realidad de la administración, es decir, la población privada de la libertad al estar concentrada bajo vigilancia, custodia y protección a cargo de la autoridad carcelaria, y al ostentar la condición de encarcelamiento, no están en la capacidad de resistir agresiones, ataques, tratos crueles inhumanos y degradantes, respecto a agentes estatales (guardianes y dragoneantes), y terceros, dado que este tipo de acciones encaminan contra la PPL, por el hecho de estar en estado de detención, no son una carga que deban soportar.

b) Falla en el servicio: consiste en una característica del hecho generador, que nace como producto de la relación entre el daño y el nexo causal, dando surgimiento a que el Estado se equivoca en la prestación del servicio, de forma omisiva, retardada y defectuosa, es decir, en el escenario penitenciario y carcelario, conlleva a que las autoridades incurran en acciones u omisiones constitutivas de falta o falla en el servicio, por efecto de una causa ilícita o lícita; generándose como producto el incumplimiento del deber de asumir la posición de garante.

De acuerdo con esta último, se debe entender que el Estado se convierte en guardador y protector del ciudadano, en concreto, frente a la población privada de la libertad en materia de accesibilidad, cobertura y prestación del servicio de salud, el régimen de responsabilidad por daño antijurídico aplicable en lo relacionado con el título jurídico de imputación es sin duda la falla en el servicio, por cuanto cumple características principales de i) ser de carácter objetivo, ii) que proviene de una causa ilícita o lícita, iii) su existencia se configura en un título jurídico de imputación, y iv) la observancia de la antijuridicidad del daño.

Con referencia a lo anterior, el componente principal del estudio jurisprudencial sobre la protección y el reconocimiento del derecho a la salud en materia carcelaria, desde la visión contencioso administrativo, ha conllevado

al Consejo de Estado a sentar las siguientes precisiones jurídicas respecto del tema y sus respectivos alcances:

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Rad. 19001-23-31-000-2001-00218-01 C.P. Martha Nubia Velásquez Rico. Tema: Relación Especial de Sujeción

En esta oportunidad, el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados a los reclusos es el objetivo a la atención a las relaciones especiales de sujeción entre estas personas y el Estado, pues en virtud de la restricción de derechos que conlleva la pena privativa de la libertad, quedan subordinados a su poder. No obstante, de acuerdo con los principios inspiradores del Estado Social de Derecho, los derechos a la vida, la integridad personal y la dignidad humana en ningún caso pueden ser suspendidos so pena de que surja una responsabilidad estatal.

Así pues, se comprende que la privación de la libertad de una persona implica necesariamente la subordinación de la PPL frente al Estado, generándose una relación jurídica especial de sujeción, en donde el rol del Estado a través de las instituciones tiene la facultad legal y constitucional de restringir, limitar o modular algunos derechos fundamentales, con el propósito principal de resocializar a la PPL, sin trasgredir los derechos a la vida, integridad personal y salud, que no son objeto de suspensión y limitación, sino que deben ser garantizados y respetados por las autoridades penitenciarias y carcelarias, a efectos de evitar la materialización de la vulneración, omisión y retardo en el radio de acción y ejercicio de sus competencias.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2013. Rad. 25000-23-26-000-2002-001470-01 C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Tema: Procedibilidad

de la Responsabilidad Patrimonial por Deficiente Prestación del Servicio de Salud

Sobre el particular, el Consejo de Estado manifestó que los perjuicios derivados por una deficiente prestación del servicio de salud se pueden imputar a los centros penitenciarios y carcelarios, a partir de tres supuestos distintos que son:

i) Los daños derivados de una deficiente prestación de la actividad médico – asistencial propiamente dicha que se le haya prodigado a la víctima directa por el personal vinculado al centro carcelario, es decir, por el servicio de sanidad del establecimiento de reclusión;

ii) la dilación en la remisión del recluso/paciente a un centro especializado para su diagnóstico y tratamiento en la medida en que dicha demora haya contribuido a la causación del daño; y

iii) la ausencia de vigilancia y control de los centros médico- asistenciales con los cuales exista un convenio de atención de los reclusos, o la omisión en contar con dichos convenios para el tratamiento de los internos, en la medida en que el perjuicio haya sido producto de la ausencia de medios físicos y humanos para la prestación adecuada del servicio de salud o, aun cuando existan estos no sean aptos para su debida realización. (p. 35)

Ante la situación planteada y expuesta por el Consejo de Estado, la conducencia de imputación por falla en el servicio y la declaratoria de responsabilidad administrativa frente a los establecimientos penitenciarios y carcelarios en lo relacionado con la salud de la PPL, parte inicialmente del hecho que de forma permanente, el INPEC debe acudir a garantizar sea dentro o fuera del plantel penitenciario, la logística de traslado de atención especializada y los instrumentos médico-asistenciales que requiera la PPL, que incluso debe ser conexa a brindar calidad, oportunidad y eficiencia, por medio de los cuales se logre

la accesibilidad y la protección de esta población, especialmente en la atención a cada situación que se presenta en particular.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2001. Rad. 50001-23-31-000-1994-4506-01 C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Tema: Responsabilidad Estatal por falla en el servicio por daños sufridos por los reclusos y normatividad en la materia

Se indica en esta oportunidad que el Consejo de Estado concluyó que las controversias relacionadas sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, originadas en daños sufridos por los reclusos, derivados de la prestación del servicio de salud por parte del establecimiento penitenciario, se deben resolver acudiendo a la noción de falla del servicio, sin perjuicio de que se pueda dar aplicación al principio de las cargas probatorias dinámicas, y con él, a las presunciones de falla, cuando el caso concreto lo amerite y en el entendido de que el cumplimiento de dicho compromiso, como la precisado la Sala, excluye los deterioros normales y explicables de ella (la salud), a la luz de la ciencia médica, o mejor aún, las enfermedades y problemas de salud inherentes ordinariamente a la misma naturaleza del ser humano, pues estas circunstancias configuran una causal eximente de responsabilidad estatal que es el hecho de la víctima.

Además, en materia de prestación del servicio de salud en los centros de reclusión, es preciso remitirse a los artículos 104 al 106 de la Ley 65 de 1993, esto es el Régimen Penitenciario y Carcelario.

En el Reglamento General del INPEC, Resolución 7965 del 27 de octubre de 1995, arts. 46 a 49, se establece que a cada establecimiento carcelario corresponde organizar lo concerniente a la prestación de los servicios de salud, tanto curativa como preventiva, a la que se refiere el artículo 106 de la Ley 65 de 1993, y se debe asignar la

responsabilidad de su coordinación a un médico de planta.

Así mismo, se atribuye al grupo de enfermería, o a quien el director del centro de reclusión designe, el control sobre el consumo y posología de los medicamentos prescritos a los internos por el médico. Se prevé que si el centro de reclusión no está en capacidad de brindar atención médica de urgencias, el director del establecimiento, previo concepto del médico, ordenará trasladar inmediatamente al recluso a un centro hospitalario que aquél designe o al que indique el interno o sus familiares, caso en el cual serán ellos quienes sufragan los gastos que por dicha atención se causen.

Dispone también el Régimen Penitenciario y Carcelario que se habrá de efectuar examen médico al detenido cuando ingrese al centro de reclusión, así como al momento previo a su excarcelación (art. 71). Igual previsión se halla contenida en el Reglamento General del INPEC (art. 15, inc. 4). Como lo señala el artículo 67 del referido Régimen, la dotación de elementos y equipos de sanidad estará a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

En este sentido, el Decreto 1242 del 30 de junio de 1993, asignó a dicha institución la función de adquirir y suministrar a los centros de reclusión los productos y elementos farmacéuticos, médicos y odontológicos que se requieran (art. 6º, núm. 11); de igual forma, determinó como funciones de su División de Sanidad las de planeación, coordinación y supervisión de la atención médica preventiva y curativa para los reclusos.

De las anteriores consideraciones se deduce que los daños sufridos por la PPL, en materia de salud, se identifica principalmente en un asunto de prioridad estatal, en la que se debe enmarcar como agenda de política pública, en el sentido de que la atención y acceso a los servicios de salud ha sido impedido por las crecientes constantes de carencia en la infraestructura carcelaria, el aumento creciente del hacinamiento

de los establecimientos penitenciarios, la intervención mínima de personal de salud en las áreas de sanidad y la logística, traslado y remisión a centros médicos especializados han sido causas en las que la actividad administrativa del INPEC, ha sido omisiva, retardada y defectuosa, ocasionando la materialización de la responsabilidad del Estado, que incluso, a pesar del gran compendio normativo en los escenarios nacional e internacional relacionado a las PPL, que genera la creación de áreas de sanidad y enfermería, es sin lugar a dudas que la falta de presupuesto, financiamiento y de sostenibilidad repercute en la crisis institucional y de emergencia carcelaria, que actualmente se vive, dejando de lado la universalidad y goce efectivo de los derechos humanos, que tiene este sujeto colectivo poblacional.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de junio de 2014. Rad. 25000-23-26-000-2000-01780-01. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Tema: Responsabilidad patrimonial en la contratación de prestación de servicios en atención médica a internos

En esta oportunidad, el Consejo de Estado señaló que frente a los servicios hospitalarios especializados a varias personas privadas de la libertad en una empresa social del Estado, no solamente se debe acreditar la prestación del servicio médico, sino que además la autorización o solicitud de la entidad (orden de remisión), por medio de las que revista unas actuaciones de carácter urgente y necesario, para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, de varias personas privadas de la libertad, los cuales debido al padecimiento que sufrían, fueron ingresados por urgencia al centro hospitalario.

Sobre este caso en particular, reside el estudio adecuado de la responsabilidad patrimonial, por cuanto surge la obligación del Estado de pagar los servicios médicos y hospitalarios, demostrando la existencia de

un contrato estatal de prestación de servicios. Sin embargo, pese a la informalidad del contrato de prestación de servicios médicos celebrado con el INPEC, bajo los principios de justicia material y de *iura novit curia*⁵, la controversia resultante producto de la no cancelación de las facturas por servicios médicos, se debió llevar a cabo bajo la figura jurídica de la *actio in rem verso*⁶. Aunque se acreditó la responsabilidad a partir del hecho del retardo y el incumplimiento de pago por parte del INPEC, hacia la E.S.E, bajo la teoría de enriquecimiento sin causa a un justo medio, en tres aspectos: i) cuando su conducta provoca el desplazamiento económico injustificado de un patrimonio a otro, ii) la existencia de la liberalidad pura; y iii) la consecución de actos de engaño o dolo del particular. Por ende, la actuación del INPEC al no cancelar las facturas de prestación de servicios médicos hacia la E.S.E. ha generado no solamente el retardo, sino también la responsabilidad patrimonial de asumir el perjuicio acaecido; adicionando también, la orden de la compensación económica.

De las consideraciones expuestas en la presente sentencia, se puede inferir que efectivamente la accesibilidad, el reconocimiento y la prestación de los servicios médicos en favor de la PPL, en lo relacionado con la especialidad médica en centros hospitalarios y empresas sociales del Estado, implica principalmente en aunar esfuerzos presupuestales, de logística y contractuales, por medio de los cuales se garantice el derecho a la salud, de carácter fundamental y en conexidad con los derechos a la vida e integridad personal, en especial cuando las decisiones de la administración penitenciaria y carcelaria asuman obligaciones de hacer y de dar, toda vez que debe ser reconocido pecuniariamente el costo económico de los servicios médicos, es decir, la atención a urgencias, puesto que en el escenario y el rol de los hospitales y empresas sociales del Estado, la retribución por el pago de los servicios prestados, conlleva a la salud a ser

5. El juez conoce el derecho

6. Acción de enriquecimiento sin causa.

un derecho económico y social que indica el deber de cobertura, acceso y permanencia que debe garantizar el Estado; todo ello en el marco constitucional del Estado Social de Derecho.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 30 de agosto de 2018. Rad. 41001-23-31-000-2001-00573-01. C.P. María Adriana Marín. Tema: Daño a la salud

En relación con este escenario, el Consejo de Estado estableció que en materia de responsabilidad objetiva, se identifica el daño a la salud como una tipología de perjuicio autónomo que garantiza la reparación estática y dinámica, con efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos; en este la lesión antijurídica desencadena en el sujeto y las personas constituyen su entorno.

El concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no solo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla, puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica.

Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

Esta modalidad de resarcimiento se repara con base en dos componentes: "i) componente objetivo, determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado; y ii) componente subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias

particulares y específicas de cada persona lesionada" (Fernández, 2014, párr. 42). Además, el daño a la salud tiene como base de resarcimiento los principios de igualdad y objetividad, a fin de satisfacer la máxima expresión de "a igual daño, igual indemnización".

En el escenario penitenciario y carcelario se presentó este tipo de daño a un hombre privado de la libertad, que fue herido con arma corto punzante, afectando la vena aorta, el colon y el duodeno, situación que dio lugar a que el INPEC, lo remitiera a un hospital de Neiva, a fin de ser intervenido quirúrgicamente y hospitalizado por 16 días, resultando para el interno una afectación a su salud. A pesar de la situación expuesta, no fue posible acreditar la incapacidad en cuanto al tiempo, y mucho menos en los elementos de prueba, se hubiere demostrado que producto de la lesión ocasionada, se estableciera el porcentaje de su capacidad laboral.

Lo anterior da lugar a que el daño a la salud es una clase de daño personalísimo que repercute en la configuración de tres aspectos, así:

i) la gravedad de la lesión (reparación dinámica), que constituye la valoración del juez contencioso administrativo mediante un ejercicio de *arbitrum iudicis*; **ii) el porcentaje de invalidez (reparación estática)** que dictamina el médico legista a través de peritaje, como también complementario a ello, el acervo probatorio testimonial y documental, que permite la conducencia y la identidad en la ocurrencia de los hechos; y **iii) la edad de la víctima** que se acredita principalmente con la prueba documental directa del registro civil de nacimiento.

En este sentido, el Estado en cabeza del INPEC asume su obligación de protección y seguridad, en virtud de hacerse responsable de los perjuicios que sufren las personas privadas de la libertad, tanto en sus obligaciones de hacer y no hacer. Frente a la primera, se debe entender la prevención y

control de los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento mismo en que ella es devuelta a la sociedad; mientras que la segunda se refiere a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en situación de peligro, los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar.

El goce efectivo de los derechos humanos mínimos constitucionalmente asegurables en el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Tunja

Frente a este ítem, la Defensoría del Pueblo–Regional Boyacá, como autoridad de control humanitario, ejerció una vigilancia al EPMSC de Tunja, relacionado con la materialización y goce efectivo de los DDHH, como derechos mínimos constitucionalmente asegurables de la PPL, entre ellas se destaca los siguientes hallazgos en materia de protección y reconocimiento frente al particular, así:

- Materia de administración de justicia

En primer lugar, El EPMSC de Tunja cuenta con un canal de comunicación entre los PPL del centro de reclusión y la administración carcelaria para facilitar el recibo de peticiones, en el que ello se destaca participación de un cónsul de DDHH, que es el responsable de la atención al ciudadano y el director del establecimiento penitenciario se entrevista de manera permanente con la población privada de la libertad.

Vinculado a lo anterior, también existe comunicación entre la población privada de la libertad en situación de discapacidad (limitaciones visuales y motrices) del centro de reclusión y la administración carcelaria para facilitar el recibo de peticiones, y que a la fecha, se reportan en la actualidad tres personas con discapacidad, sin entorpecer

ni obstaculizar la recepción y respuesta a interposición de peticiones.

En segundo lugar, el establecimiento penitenciario cuenta con un reglamento interno en el procedimiento para garantizar el acceso a la administración de justicia de la población privada de la libertad, mediante la Resolución 6349 de 2015; así como también se ejerce dentro de los términos de ley, las respuestas a los derechos de petición interpuestos por la población PPL, y se realiza un apoyo de gestión a dicha respuesta entre uno de los representantes del Comité de Derechos Humanos (una PPL), y la oficina jurídica del establecimiento.

En tercer lugar, existe la comunicación por parte del establecimiento a la población PPL, para que realicen peticiones respetuosas a través de la oficina de atención al ciudadano y en brigadas jurídicas, convocados por el EPMSC de Tunja. En cuarto y último lugar, los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad del municipio de Tunja no frecuentan en asistir al EPMSC de Tunja, debido a la carga laboral que se presenta en cada uno de sus despachos, debido a que esta corporación judicial asiste una vez al año.

- Alimentación

En este ámbito, en la prestación del servicio de alimentación en el EPMSC de Tunja se garantiza la inocuidad de los alimentos entregados a la PPL, a partir del procedimiento de:

- i) Transporte;
- ii) Almacenamiento;
- iii) Preparación de alimentos;
- iv) Horario ajustado al común de la sociedad; y
- v) La entrega de alimentos es de forma oportuna.

Adicionalmente, el personal médico del establecimiento realiza inspecciones regulares y asesora al director respecto a la cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos, con la finalidad de asegurar el valor nutritivo de los mismos sea suficiente para el mantenimiento de la salud de la

PPL; como también se vigila por parte de la nutricionista contratada por la empresa de alimentos – Pro Alimentos Líber S.A.S, acerca de la calidad de los alimentos entregados a la PPL, bajo el propósito de dar cumplimiento con los requisitos mínimos exigidos a estándares de salud pública para alimentos.

En cuanto a las instalaciones y estructura física de las áreas de preparación se encuentran en buen estado y sin fisuras; lo que permite realizar adecuadamente el aseo y desinfección del rancho. Esto lo realizó el EPMSC de Tunja. El mantenimiento reciente al rancho con cambio de baldosas y enchapes, permite que dicha zona sea utilizada para suministrar servicios alimentarios salubres, y de utilización de elementos de menaje óptimos (ollas, fondos y cambio de fiambra a las PPL). Empero, respecto a espacios y mesas que utilizan para el consumo de alimentos para la PPL, a la fecha en el EPMSC de Tunja no se cuenta con comedores.

Se destaca también que el servicio de alimentación es suministrado a las PPL, cuando estos son trasladados a otros sitios, a partir de remisiones, se entrega el refrigerio a los sujetos poblacionales, así:

- i) Despachos judiciales,
- ii) Hospitales,
- iii) Clínicas, y
- iv) Centros médicos.

Por último, con relación las áreas del rancho del EPMSC de Tunja cuentan con:

- i) Adecuada iluminación para todas las secciones según lo requieran los procedimientos o características técnicas,
- ii) Dotación de llaves de agua potable y desagües que permiten la limpieza fácil de los materiales en procedimiento de lavado y descontaminación,
- iii) Áreas independientes para el almacenamiento de alimentos, como cavas de congelación, refrigeración y medio ambiente que se encuentran actualmente en buen estado, y
- iv) Sistema de ventilación en buen estado, adecuada e idónea para prevenir la contaminación cruzada de alimentos.

- Obligaciones de los entes territoriales

En materia de obligaciones de los entes territoriales, el EPMSC de Tunja, a la fecha no cuenta con un convenio interinstitucional relacionado con la regulación de la población sindicada con el municipio de Tunja, ni con el departamento de Boyacá, como tampoco se evidencia suscripción de convenios anteriores que se encuentren en ejecución.

Por ende, si hay un compromiso institucional, de cooperación y de solidaridad relacionado a la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional desde 2013, por parte de las entidades territoriales en favor del funcionamiento del EPMSC de Tunja, a saber:

- i) Un vehículo automotor, para el traslado de PPL, a diligencias de tipo médicas, asistenciales y judiciales;
- ii) Un sistema de circuito cerrado de televisión al interior del establecimiento;
- iii) Kits de aseo;
- iv) Elementos de cama (colchonetas y cobijas), y
- v) Combustible.

- Resocialización en el EPMSC de Tunja

Uno de los elementos fundantes de finalidad de la pena es iniciar la resocialización como un derecho que inculca en las PPL, la voluntad de vivir conforme a la ley, con la capacidad de suministrar su sustento diario, en cumplimiento de sus responsabilidades, dentro del marco constitucional y legal para poder vivir, para readaptarse nuevamente a la sociedad y comunidad, respetando siempre el principio de la dignidad humana, con lo que las actividades de orden laboral, educativo, deportivo y lúdico que se llevan a cabo en el EPMSC de Tunja, han otorgado el compromiso, oportunidad y disposición permanente de situarse el ser humano privado de la libertad, en una persona activa en cada una de las ocupaciones que ofrece el centro penitenciario:

- i) Un plan ocupacional para el campo laboral, educativo, y deportivo.

- ii) Realización de campeonatos y actividades deportivas.
- iii) Actividades lúdicas y musicales

Existe una red de apoyo y familiar para el seguimiento permanente durante el periodo de privación de la libertad, a través del apoyo de la iglesia, la familia cristiana y los fines de semana, el acompañamiento de los familiares privados de la libertad.

En el escenario de las necesidades para la población privada de la libertad, se requiere garantizar un adecuado proceso de resocialización que el EPMSC de Tunja proyecte en el presupuesto que se le asigne, como: la construcción de aulas de clase, campo deportivo amplio, cancha de baloncesto, escenarios y espacios suficientes para evidenciar en un alto grado, la garantía del proceso de resocialización mediante el ejercicio y la práctica de actividades laborales y deportivas.

- Acceso a servicios públicos en el EPMSC de Tunja

Frente a esta temática, en el EPMSC de Tunja se evidenció que no hay interrupción y/o restricción de los servicios públicos en el establecimiento, sin embargo, es preciso señalar algunas causas y necesidades derivadas de la sobrepoblación carcelaria que producirían una vulneración a la accesibilidad de estos servicios, así:

- a)** El centro penitenciario y carcelario de Tunja cuenta con redes suficientes y equipamientos para prestar los servicios públicos esenciales, pero debido a la existencia de hacinamiento y sobrepoblación carcelaria, el costo económico y monetario de asumir, y cubrir la esencia de la prestación de estos servicios, tenderá a hacer más complicado, y con consecuencias a futuro en materia de convivencia, orden público y de salubridad pública.
- b)** No se evidencia en el centro penitenciario, un registro del mantenimiento de las instalaciones y equipamientos.

c) No se realiza por parte de las autoridades municipales, el monitoreo periódico de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en el establecimiento, sino que sobre este punto, lo realiza una empresa particular.

d) Se evidencia la necesidad por parte del EPMSC de Tunja, en materia de servicios públicos, de aumentar la capacidad del servicio de energía y agua potable, debido al aumento de la población carcelaria, corriéndose el riesgo de que exista racionamiento, apagón y carencia de estos servicios, perjudicando el normal funcionamiento del establecimiento penitenciario.

En concordancia con los literales señalados, el EPMSC de Tunja cuenta con algunos aportes y verificación de procesos frente a la prestación y acceso a los servicios públicos domiciliarios:

- a)** Creación y disposición de un régimen de limpieza, desinfección y mantenimiento periódico de los equipos e instalaciones para la prestación de los servicios públicos, especialmente cuando se encargan labores de lavado de tanques, por lo menos dos veces al año.
- b)** El EPMSC de Tunja cuenta con capacidad de almacenaje de agua para un día, y cuando se presenta novedad por la falta de agua potable, se apoya por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado (VEOLIA), a través de uso de carrotanques de agua.
- c)** La periodicidad para la realización de lavado y desinfección de tanques de almacenamiento en el establecimiento penitenciario, se realiza dos veces al año.
- d)** Mediante empresa particular se certifica con resultados de laboratorio, la calidad del agua entregada.

Así pues, se concluye frente a este punto del acceso y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la salud de la

población carcelaria se encuentra en un nivel de riesgo alto, debido a que se presenta a mayor demanda de la prestación de los servicios públicos a este sector poblacional, mayor es la responsabilidad y el compromiso por parte del EPMSC de Tunja, de solventar, proteger y reconocer a la población que tiene custodiada, tanto sindicada como condenada, porque a toda PPL se debe respetar sus condiciones de existencia, vida y dignidad humana.

Se debe brindar el acompañamiento y solidaridad no solamente de las autoridades carcelarias del nivel nacional (INPEC-USPEC), sino también la colaboración de las secretarías de salud y de las entidades territoriales, de brindar escenarios y espacios de solución al hacinamiento carcelario –que actualmente no solamente Tunja lo asume, sino a nivel nacional como ocurre frecuentemente–, implicando la celebración de contratos interinstitucionales para aunar esfuerzos administrativos, económicos, presupuestales y de viabilidad, con la participación de entidades del sector privado, universidades y organismos de control humanitario en DDHH, a fin de observar y establecer un orden público satisfactorio y reducir el índice de población privada de la libertad en el municipio.

CONCLUSIONES

La investigación permitió evidenciar la existencia de la relación especial de sujeción entre Estado y población privada de la libertad en el escenario penitenciario y carcelario ha tenido un impacto negativo en materia de goce efectivo de los DDHH, a pesar de establecer por parte de la Corte Constitucional, la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional, en Sentencias de Tutela T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015, en donde a la fecha, las autoridades estatales no han resuelto la protección y reconocimiento de este sector poblacional.

Por ello, en 2005 se evidenció un escenario carcelario de negación, débil y tenue, por cuanto se presentaron dificultades mediatas en salud y alimentación: i) traslado de enfermos a los centros asistenciales, ii)

la falta de renovación de los contratos con las IPS, iii) la falta de suministro de útiles de aseo personal al momento de ingresar al penal, iv) los alimentos en mal estado y con fecha de consumo vencida, v) la presencia de moscas en cocina, depósito de alimentos, patios y alojamientos, vi) recipiente de materiales inservibles, contaminación de medicamentos y material paramédico en el consultorio médico, vii) la ausencia de equipos de servicios de urgencias, viii) la deficiencia en el valor nutricional de los alimentos suministrados, ix) el consumo de los alimentos por parte de la PPL en las celdas, y x) la falta de suministro de colchonetas.

A su vez, para 2012, el EPMSC de Tunja alcanzó un nivel prestacional más satisfactorio y humano a la salud, abonando como aportes principales, fundamentales y de responsabilidad institucional en pro de las PPL, las siguientes:

- i)** Prestación médica y atención básica a la PPL, por parte del área de sanidad por parte de un médico de medio tiempo nombrado por el INPEC y un médico nombrado por Caprecom E.P.S.
- ii)** Agendamiento de citas con especialistas, **iii)** La coordinación de servicios de salud a internos del sistema contributivo, **iv)** La reclamación de reportes de red externa, **v)** La realización de exámenes de ingreso y egreso; **vi)** Las valoraciones y conceptos para traslado, **vii)** El trabajo mancomunado de atención integral de internos por parte del personal de salud de Caprecom E.P.S, **viii)** Las brigadas de promoción y prevención relacionadas a consulta médica general, psiquiatría y odontología programada, higiene oral, urgencias por red externa, remisiones de red externa pos y no pos, procedimientos del auxiliar de enfermería, fórmulas dispensadas, toma de imágenes diagnósticas por red externa, toma de laboratorios intramural para lectura por red externa, cirugías, tratamientos tbc-VIH- cáncer y brigadas de optometría y salud oral (tamizaje visual, entrega de lentes y monturas, valoración para solicitud y entrega

de prótesis dentales), actividades de prevención en nutrición, planificación familiar, sustancias psicoactivas, VIH, enfermedades de salud pública, transmisión sexual, cáncer de próstata y enfermedades del endotelio.

Seguidamente, de 2014 a 2016 el establecimiento penitenciario, mediante su área de sanidad, reportó una disponibilidad plena de personal (médico general, odontóloga, auxiliar de enfermería y enfermera profesional), realizándose actividades entre empleados, guardias, dragoneantes y personal complementario del INPEC en:

- i)** Campañas de vacunación contra influenza y hepatitis A,
- ii)** Lucha contra TBC – educación a guardia, familiares e internos,
- iii)** Campaña contra la lepra,
- iv)** Toma masiva de bascoscopias seriadas,
- v)** Pruebas de VIH,
- vi)** Búsquedas activas de sintomáticos respiratorios y de piel por parte de personal de sanidad, internos y guardia,
- vii)** Educación en temas de promoción en salud y prevención de la enfermedad,
- viii)** La realización de fumigaciones de las instalaciones y lavado de tanques,
- ix)** Valoraciones de ingreso y egreso de los internos,
- x)** Traslado de los pacientes según orden médica con base al estado de salud de la PPL,
- xi)** Suministro de medicamentos para enfermedades agudas y crónicas,
- xii)** Valoración y medicación de los pacientes con patologías mentales (bajo supervisión), y
- xiii)** La distribución, calidad, cantidad y preparación de los alimentos ofrecidos por parte de Servialimentar S.A.

En contraposición a los hallazgos de reconocimiento a la salud carcelaria en el municipio de Tunja, para el mismo 2016, el alcance prestacional del derecho humano a la salud en el EPMSC de Tunja tendió a caer en la problemática económica, contractual y presupuestal de no contar con i) médico

intramural, ii) stock de medicamentos para suplir las necesidades de la PPL, iii) insumos médicos y odontológicos requeridos, y iv) servicio de recolección de residuos hospitalarios, lo cual afectó seriamente los principios de continuidad y cobertura de la prestación a las PPL, y que incluso se denota que el derecho humano a la salud tiende a no ser absoluta, sino con limitantes que derivan de un desbalanceo en el equilibrio económico del sistema del modelo de atención en salud penitenciaria.

Ante este tipo de circunstancias que derivan la vulneración al derecho a la salud, la participación de la población privada de la libertad, y los organismos de control humanitario (defensoría, personería y secretaría de salud del departamento) deben manifestar cualquier tipo de anomalía, queja, solicitud o denuncia que se presente frente a este tipo de consecuencias; tomando en cuenta que la exigibilidad en la protección de los derechos humanos y fundamentales de la PPL (principio *pro homine*) define el radio de acción de acudir a los mecanismos constitucionales (tutela-petición-popular), y de lo contencioso administrativo (reparación directa-declaratoria de responsabilidad por falla en el servicio y daño a la salud), con el objetivo de proteger no solamente la salud, como derecho fundante y esencial que deriva de otros, sino también la accesibilidad y protección en alimentación, agua potable, saneamiento básico, salubridad pública y ambiente sano.

Por otra parte, se debe destacar indispensablemente que en entre 2017 y 2018 se concluyó que el EPMSC de Tunja, en temas de capacitación, contratación y adecuación de infraestructura, se garantizó una coordinación entre el INPEC y el USPEC en salud, sobre:

- i) Jornadas de capacitación personalizada con la participación del consorcio PPL 2017, el *contact center* y la subdirección de atención en salud de las PPL;
- ii) La contratación de ocho empresas con licencia ambiental para el encargo de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos

hospitalarios generados en la atención en salud de las PPL;

- iii) La financiación e inversión de vigencias futuras por parte de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), desde 2016, relacionado con temas de costos de la alimentación, salud de los internos y mantenimiento y construcción de cárceles; sobre esto último, para el EPMSC de Tunja, a partir de la declaratoria de emergencia carcelaria – Resolución 002390 del 10 de mayo de 2016; y
- iv) Frente al régimen de visitas íntimas, el 61.9% de los establecimientos cuenta con área de visitas íntimas, en el que se destacan los EPMSC de Ramiriquí, el Bordo, Tunja y Pedregal, que adecuaron el área con intervención de la vigencia actual financiada por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC).

La otra tensión que se advierte en materia de acceso a la prestación de los servicios de salud carcelaria es el creciente y fluctuante índice de caracterización de población privada de la libertad en el EPMSC de Tunja, dejando en evidencia en el siguiente cuadro descriptor, que a simple vista, los años 2005, 2012, 2016, 2017 y 2019 presentaron el siguiente fenómeno:

Tabla 7. Índice de caracterización de población privada de la libertad en el EPMSC de Tunja

Capacidad del EPMSC de Tunja	120 PPL
Nº de personas privadas de la libertad para 2005	111 PPL
Nº de personas privadas de la libertad para 2012	180 PPL
Nº de personas privadas de la libertad para 2016	232 PPL
Nº de personas privadas de la libertad para 2017	223
Nº de personas privadas de la libertad para 2019	206

Fuente: Elaboración propia

De lo anterior se puede inferir que la PPL en el EPMSC de Tunja ha sido fluctuante en el tiempo, teniendo presente que 2016 y 2017, se mostró un alto índice de población carcelaria que afecta principalmente el goce efectivo de los DDHH de habitabilidad, lo cual da lugar a que los determinantes sociales que han marcado el fenómeno de hacinamiento carcelario:

- i) La falta de una verdadera reforma a la ley penal,
- ii) Los conflictos sociales que son causados por la falta de oportunidades y de distribución de bienes, servicios y necesidades básicas,
- iii) La masificación de delitos cometidos contra las personas y la sociedad, como son violencia sexual, tráfico y venta de estupefacientes, homicidio, tentativa de homicidio, hurto, receptación y secuestro, y
- iv) Los ambientes insalubres.

Todo este tipo de determinantes sociales conllevan al riesgo de la afectación al suministro de servicios públicos esenciales dentro del penal, como son la energía y el agua potable que tenderá a hacer un escenario complejo y de afectación a la convivencia y el orden público, en caso de presentarse apagones y racionamientos, lo cual también tiende a generar altos incrementos y costos económicos del servicio.

Además, frente a la salud, alimentación, saneamiento básico, sanitario y ambiental, la Defensoría del Pueblo y la Secretaría de Salud Departamental han dictaminado lo siguiente:

- a) Como en 2005 hasta hoy, se sostiene en la posición de que no existe un lugar dentro del EPMSC de Tunja, de i) una atención de urgencias relacionado a instrumentalización, aparatos médicos, balas de oxígeno ni equipos de reanimación, en las que se pueda atender la gravedad de la situación de salud a las PPL, únicamente remitirán la urgencia al centro médico-Empresa Social del Estado-Hospital San Rafael de Tunja; ii) el mantenimiento preventivo

y correctivo de equipos e instrumentos para la atención médica general; y iii) la carencia de un comedor comunitario para la utilización y consumo de alimentos para la PPL.

b) Para el EPMSC de Tunja, en la última visita arrojó unas condiciones sanitarias favorables por encima del 75 %, en donde se hacen visitas periódicas, especialmente dos veces al año.

Finalmente, el EPMSC de Tunja se ha situado en un escenario de acompañamiento institucional y de solidaridad social antes y después de la declaratoria de emergencia carcelaria y penitenciaria en salud, en los años 2012, 2017 y 2018, evidenciándose los siguientes aportes:

i) La cátedra, capacitación y charlas alusivas sobre protección y respeto de la vida y a los semejantes, por parte de la ESAP, el SENA y la Defensoría del Pueblo, dirigido a la población privada de la libertad y funcionarios del INPEC, y que en ellas en salud, se evidencia la materia de primeros auxilios.

ii) Acompañamiento de la Alcaldía Mayor de Tunja, a través de la Secretaría de la Mujer-Equidad de Género y Desarrollo Social, sobre el informe de gestión “Mi Oportunidad”, en materia de realización de atención psicosocial de cinco personas privadas de la libertad con su núcleo familiar, como también la actualización de la base de datos de 76 PPL de la ciudad de Tunja, en la cárcel distrital - EPMSC de Tunja.

iii) El trabajo mancomunado entre Personería y el EMPSC de Tunja, sobre realización de jornadas de cedulação, salud para monturas, y cajas de dentadura, como también se halla participación y vinculación a jornadas que ofrece el establecimiento como son: el día de la virgen de las mercedes (cada 24 de septiembre de cada año), y el día de los niños, por parte de la Personería, esta última asume como rol, la recolección económica para realización de esa jornada.

iv) La Intervención del Concejo Municipal de Tunja, cada 24 de septiembre de cada

año, en brindar como acto humanitario, la entrega de alimentos y kits de aseo a la PPL.

v) El compromiso institucional, de cooperación y de solidaridad, relacionado al Estado de Cosas Inconstitucional desde 2013, por parte de las entidades territoriales en favor del funcionamiento y movilización de los funcionarios y PPL del EPMSC de Tunja como son: a) un vehículo automotor, para el traslado de PPL, a diligencias de tipo médicas, asistenciales y judiciales; b) un sistema de circuito cerrado de televisión al interior del Establecimiento; c) kits de aseo; d) elementos de cama (colchonetas y cobijas); y e) combustible.

vi) El alcance de la colaboración cuando una PPL recobre su libertad, respetando el principio de Continuidad en el acceso a la prestación de servicios de salud mediante el Régimen Subsidiado, o si la persona percibe capacidad de pago, al régimen contributivo.

En contraposición de lo anterior, y a pesar de los esfuerzos institucionales en pro de la protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas privadas de la libertad en el EPMSC de Tunja, considerado por parte de la Defensoría del Pueblo-Regional Boyacá, como uno de los establecimientos penitenciarios y carcelarios menos hacinados del país, en comparación con otros ERON, los alcances de apoyo y colaboración han sido insuficientes, debido a que la problemática carcelaria, relacionada a hacinamiento, malos servicios de salud, e infraestructura, se ha convertido para las entidades territoriales, en un acto de negligencia extrema, en donde el Gobierno Nacional tiene la obligación principal de destinar los recursos para la sostenibilidad del funcionamiento de los centros penitenciarios territoriales, superar de forma progresiva el Estado de Cosas Inconstitucional y garantizar el respeto, goce efectivo de los DDHH, la dignidad humana y la protección constitucional a la salud de la PPL, en criterios de universalidad, continuidad, cobertura, accesibilidad y afiliación a los servicios médicos y asistenciales dentro de los ERON, como también una vez se

recobre la libertad por parte del interno, de garantizarle la inscripción al Sistema de Identificación y Selección de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales – SISBEN, si la PPL vive y reside dentro de la jurisdicción territorial tunjana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Alcaldía Mayor de Tunja, Secretaría de la Mujer. (2017). *Informe de Gestión de enero a junio de 2017 - Mi oportunidad*. Tunja, Colombia: Alcaldía Mayor de Tunja. Obtenido de http://alcaldiatunja.micolombiadigital.gov.co/sites/alcaldiatunja/content/files/000399/19915_201709agostoinfges1sem2017mioportunidad.pdf
- » Camacho, E., & García, G. (2013). Responsabilidad del Estado por daños ocasionados a los reclusos en los centros penitenciarios y carcelarios. *Revista Iter Ad Veritatem*. (11), I(11), pp. 179-196.
- » Carmona, Z., & Parra, D. (2015). Determinantes sociales de la salud: un análisis desde el contexto colombiano. *Salud Uninorte*. 31 (3), pp. 608-620.
- » Consejo de Estado. (2001). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de agosto de 2001–rad. 50001-23-31-000-1994-4506-01 – C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- » Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2013, rad. 25000-23-26-000-2002-001470-01 - C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- » Consejo de Estado. (2014). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 12 de junio de 2014, rad. 25000-23-26-000-2000-01780-01 – C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.
- » Consejo de Estado. (2018). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 30 de agosto de 2018, rad. 41001-23-31-000-2001-00573-01 – C.P. María Adriana Marín.
- » Consejo de Estado. (2015). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, rad. 19001-23-31-000-2001-00218-01 - C.P. Martha Nubia Velásquez Rico.
- » Consejo Superior de Política Criminal. (2018). *Quinto Informe Semestral de seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015*. Bogotá, D.C.: Ministerio de Justicia y del Derecho. Recuperado de: http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Quinto_Informe_Semestral_de_Seguimiento_al_Estado_de_Cosas_Inconstitucional_del_Sistema_Penitenciario_y_Carcelario..pdf?ver=2018-12-21-150738-063
- » Consejo Superior de Política Criminal-Ministerio de Justicia y del Derecho. (2018). *Informe Semestral del Gobierno Nacional al Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario*. Bogotá: Consejo Superior de Política Criminal. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1p1l6I-zCSE74HRXh3nm1V-qdq3LLKogd/view>
- » Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia T-153 del 28 de abril 1998 . *Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional*. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., Colombia.
- » Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013. *Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia*. M.P.: María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C., Colombia.

- » Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015. *Sala Quinta de Revisión. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá, D.C., Colombia.
- » De la Realidad. (2017). *Inpec avanza en aplicar emergencia carcelaria*. Recuperado de: <https://delarealidad.com/2017/03/12/inpec-avanza-en-aplicar-emergencia-carcelaria/>
- » Defensoría del Pueblo - Regional Boyacá. (2005). *Informe de seguimiento a la situación penitenciaria y carcelaria*. Defensoría del Pueblo - Regional Boyacá, Boyacá. Tunja, Colombia: Defensoría del Pueblo. Recuperado de: <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/ENT. ESTATALES/DEFENSORIA/INFORMES/informedeseguimientoSF.pdf>
- » Defensoría del Pueblo. (2017). *Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia*. Bogotá, D.C.: Defensoría del Pueblo. Retrieved from Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia: <http://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/785/An%C3%A1lisis-sobre-el-actual-hacinamiento-carcelario-y-penitenciario-en-Colombia-Informes-defensoriales---C%C3%A1rceles-Informes-defensoriales---Derechos-Humanos.htm>
- » Diario Extra. (2016). *Crece tasa de hacinamiento - Boyacá*. Retrieved from Extra - El diario de todos: <http://boyaca.extra.com.co/noticias/local/crece-tasa-de-hacinamiento-boyaca-217483>
- » El Tiempo. (2004). *En la cárcel de Tunja hay hacinamiento*. Retrieved from Periódico el Tiempo: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1501169>
- » Fiduagraria. (2016). Contrato de prestación de servicios de salud No. 59940. Bogotá, D.C., Colombia.
- » Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2001). Resolución 0459 del 27 de diciembre de 2001. [Por la cual se crea el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Tunja]. Tunja, Colombia.
- » Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2016). Circular 029 del 10 de mayo de 2016. [Contratación para la atención en salud de la población privada de la libertad a cargo del INPEC]. Bogotá, D.C., Colombia.
- » Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2016). Resolución No. 002390 del 10 de mayo de 2016. D.G. Jorge Luis Ramírez Aragón. [Por medio de la cual se declara el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria en los Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional del INPEC]. Bogotá, D.C., Colombia.
- » Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2016). Respuesta derecho de petición 149-EPMSCTUN interpuesto por el señor Nicolás Rodríguez Forero del 2 de mayo de 2016. Tunja, Boyacá, Colombia: MinJusticia.
- » Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2017). Diagnósticos DDHH, Unidos por los Derechos Humanos, Grupo de Derechos Humanos, Dirección General INPEC. *Unidos por los Derechos Humanos*. Bogotá, D.C.: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- Diagnóstico Regional Central. Retrieved from http://inpec.gov.co/web/guest/derechos-humanos/diagnosticos-ddhh/-/document_library/1G3aCXSoP7MZ/view_file/39358?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_1G3aCXSoP7MZ_redirect=http%3A%2F%2Finpec.gov.co%2Fweb%2Fguest%2Fderechos-humanos%2F

- » Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2019). Oficio 8300-DIRAT del 9 de abril de 2019. Derecho de petición interpuesto por el sr. Nicolás Rodríguez Forero. Tunja, Boyacá.
- » Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja. (2018). Sentencia de 21 de noviembre de 2018 Rad. 15001-33-33-014-2014-00124-00-Medio de Control: Reparación Directa, 15001-33-33-014-2014-00124-00 (Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, noviembre 21, 2018).
- » Ministerio de Salud y Protección Social. (2015). Resolución 00005159 del 1º de diciembre de 2015. Diario oficial No. 49.713. [Por la cual se adopta el Modelo de Atención en Salud para la población privada de la libertad bajo la custodia y vigilancia del INPEC]. Bogotá, D.C., Colombia.
- » Ostos, N., & Pardo, E. (2012). *Informe de Rendición de Cuentas. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Tunja*. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Tunja, Boyacá. Tunja, Colombia: INPEC.
- » Personería Municipal de Tunja. (2016). *Informe de Gestión - Personería de Tunja - Una ciudad con derechos*. Tunja, Colombia: Personería Municipal de Tunja. Recuperado de <http://personeriadetunja.gov.co/data/documents/INFORME-DE-GESTION-2016-PERSONERIA-TUNJA-1.pdf>
- » Procuraduría General de la Nación, Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo. (2017). *Tercer informe semestral de seguimiento a la sentencia T-762 de 2015*. Bogotá, D.C.: Grupo líder de seguimiento - Procuraduría General de la Nación - Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo. Retrieved from http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Informes%20de%20Seguimiento/Anexos%203er%20informe/Parte%201_com.compressed.pdf?ver=2018-02-08-154928-853
- » Procuraduría General de la Nación, Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo. (2016). *Primer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015*. Bogotá, D.C.: Procuraduría General de la Nación - Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo. Retrieved from <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Primer-Informe-Grupo-Lider-de-Seguimiento-Sentencia-T-762-de-2015-ilovepdf-compressed-1-100.pdf?ver=2016-12-09-172038-980>
- » Procuraduría General de la Nación, Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo. (2017). *Segundo Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015*. Bogotá, D.C.: Grupo líder de seguimiento, Procuraduría General de la Nación, Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo. Retrieved from <http://www.inpec.gov.co/documents/20143/282221/Segundo+Informe+Corte+Constitucional+9+junio+2017.pdf/58d703e3-1f15-19a3-430a-ffc6909eafb7>
- » Procuraduría General de la Nación, Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo. (2017). *Tercer informe semestral de seguimiento a la sentencia T-762 de 2015*. Bogotá, D.C.: Grupo líder de seguimiento - Procuraduría General de la Nación - Presidencia de la República y Defensoría del Pueblo. Retrieved from http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Informes%20de%20Seguimiento/Anexos%203er%20informe/Parte%201_com.compressed.pdf?ver=2018-02-08-154928-853
- » Rodríguez, N. (2016). Derecho de petición interpuesto por el sr. Nicolás Rodríguez Forero del 15 de abril de 2016. *Derecho de petición de información al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Tunja*. Tunja, Colombia.

La imputación normativa en la responsabilidad civil extracontractual

The normative imputation in extra-contractual civil liability

Autor: Luis Daniel Trejos Teherán

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.13004>

Para citar este artículo:

Trejos Teherán, L. D. (2021). La imputación normativa en la responsabilidad civil extracontractual.
Derecho y Realidad, 19 (37), 195-209.



LA IMPUTACIÓN NORMATIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL*

The normative imputation in extra-contractual civil liability

Luis Daniel Trejos Teherán

Abogado. Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta.
Código ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3088-2123>
abg.danielteheran@gmail.com

Recepción: Septiembre 21 de 2020

Aceptación: Abril 6 de 2021

RESUMEN

En el presente artículo se abordan las diferentes teorías que se han creado sobre la causalidad aplicada en la responsabilidad civil, de allí que esta investigación tenga como objetivo desarrollar la imputación normativa como eje constitutivo de la responsabilidad civil, para lo cual se debe crear un test de aplicabilidad normativa, ya que –como se ha podido observar en la *praxis* judicial– el nexo de causalidad carece de algún tipo de test que le permita a los jueces aplicar de manera efectiva la causalidad. Así, mediante la construcción de matrices de análisis documental y la utilización de categorías emergentes desde la teoría fundamentada, se obtuvo que la teoría causalista posee falencias estructurales y que hacen necesario plantear un nuevo elemento estructurador que contenga un test de aplicabilidad que les otorgue a los operadores jurídicos las herramientas necesarias para endilgar la responsabilidad

civil de manera eficaz. También se obtuvo la creación y desarrollo de un test normativo de carácter científico y jurídico lo suficientemente fuerte para darle la solides respectiva al nuevo elemento estructurador como lo es la *imputación normativa*.

PALABRAS CLAVES

Daño; test; causalidad; responsabilidad civil; imputación objetiva.

ABSTRACT

This article deals with the different theories that have been created on causality applied in civil liability, hence the objective of this research is to develop normative imputation as a constitutive axis of civil liability, for which a test of normative applicability must be created, since -as has

* Artículo de reflexión

been observed in judicial praxis- the causal nexus lacks some kind of test that allows judges to effectively apply causality. Thus, through the construction of documentary analysis matrices and the use of emerging categories from grounded theory, it was obtained that the causalist theory has structural shortcomings and that it is necessary to propose a new structuring element that contains an applicability test that provides legal operators with the necessary tools to effectively attribute civil liability. The creation and development of a normative test of a scientific and legal nature strong enough to give the respective solidity to the new structuring element such as normative imputation was also obtained.

KEYWORDS

Damage; test; causation; civil liability; objective imputation.

INTRODUCCIÓN

El nexo causal como requisito de la responsabilidad civil, ha suscitado gran controversia ya que como lo sostiene Olivares et al (2018), la causalidad no es un elemento suficiente sino necesario para la atribución del deber de indemnizar un daño, que – junto con el elemento daño y el elemento imputación– forman dicha atribución. Siguiendo esta línea argumentativa, Velásquez (2013) menciona que la causa del daño se puede atribuir a la conducta de (i) una persona y también a una (ii) causa externa o de la naturaleza. No obstante, en lo que concierne a estas últimas, las mismas surgen como rompimiento del nexo de causalidad toda vez que dentro de los juicios de responsabilidad no existen causales exonerativas sino causales de rompimiento causal.

De lo anterior se puede entender que la causalidad ha sido insuficiente para la imputación del daño debido a los problemas estructurales que trae consigo. Con el ánimo de entender la teoría causalista a profundidad, se hace necesario realizar una distinción bastante precisa sobre lo que se debe comprender por causalidad jurídica y causalidad física. Puede existir causalidad

física, mas no jurídica, es decir, desde el plano ontológico de la causalidad la misma nace de un plano natural que no tiene incidencia en el campo del derecho, ello es así porque su característica deviene en que su manifestación no procede de ninguna acción donde intervenga el ser humano, por ello, la causalidad jurídica está conformada por aquellas acciones humanas que tienen relevancia jurídica en tanto se lesionan o entran en detrimento aquellos derechos intersubjetivos de los individuos (Tamayo, 2008). De esta forma, se entiende de manera más clara la distinción que se debe hacer entre la causalidad física y la jurídica. Tal distinción es imperiosa, ya que –no en pocas ocasiones– se pueden llegar a confundir.

Ahora bien, es menester tener presente que hay, a su vez, dos tipos de causalidades; a saber, la (i) causalidad simple y la (ii) causalidad compleja. “Por causalidad simple se puede entender como aquella en la cual la víctima puede establecer un nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño sufrido y por (ii) por causalidad compleja, se entiende como aquel cumulo de nexos causales que comprenden las causas y los efectos comportamentales de dicho agente respecto del daño ocasionado” (Tamayo, 2008, p. 251). De esta forma, se puede avizorar nuevamente el gran problema que trae consigo la teoría de la causalista, pues establecer el nexo entre una o más causas supone una complejidad de gran magnitud, debido al complejo diseño estructural que posee esta teoría haciendo que sea imposible demostrar probatoriamente la existencia del nexo causal.

Ahora, frente a los criterios de imputación la Corte Suprema de Justicia sostiene en sentencia SC-13925 de 2016 – con reiteración imputacional en sentencia SC-002 de 2018– y, sumado a ello una gran gama de doctrinantes. Es bien sabido que nuestra jurisprudencia explicó –desde la primera mitad del siglo anterior– que el artículo 2356 del Código Civil consagra una presunción de culpa, de allí que solo sea necesario acreditar el daño y el nexo causal dentro del proceso de responsabilidad toda vez que para la imputación se debe

observar el régimen subjetivo que se impone en la normatividad colombiana. Debido a lo expuesto anteriormente, surge como interrogante: ¿Cuál es la estructura de la imputación normativa como criterio de imputación de responsabilidad civil?

Siguiendo esta línea argumentativa, el nexo causal no en muy pocas ocasiones se torna complejo y problemático (Laborda, sf). Ello es así ya que la construcción del mismo se basa en hechos externos al mundo jurídico, es decir, a situaciones naturales que hacen complejas la ideación y la construcción de los enunciados jurídicos que toman forma jurídica.

Aunado a lo anterior, resulta necesario precisar que dentro de la imputación que se realiza mediante el nexo causal no existe un test de aplicabilidad del mismo, lo que hace casi imposible concebir cómo el juzgador puede realizar una adecuación rigurosa de las causas que pudieron originar el daño.

Por ello, la presente investigación es necesaria en la medida en que la observancia de nuevos elementos estructurales de la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico colombiano permite que haya una construcción teórica diversa, toda vez que la hegemonía que se ha realizado respecto del nexo causal como único criterio correlacional entre la conducta de un agente dañador y el resultado dañoso de esa conducta, ha conllevado a que en muchas ocasiones las demandas de responsabilidad sean denegadas toda vez que se hace imposible probar la relación causal explicativa entre el daño y el hecho dañoso.

Debido a la insuficiencia que supone la teoría causalista la cual ha sido imperante en el ordenamiento jurídico colombiano para la imputación del daño, se han adoptado a lo largo del tiempo algunas teorías de causalidad que intentan suplir unas y otras, los fallos estructurales de estas, ahora, como se verá más adelante, se realizara un análisis crítico de las teorías imputacionales que han sido aplicadas en el sistema jurídico colombiano.

Sin embargo, hay quienes sostienen que para la existencia de la responsabilidad civil se debe acreditar el nexo causal entendido este como aquella relación entre la conducta humana dañosa y el daño producido como resultado de esa conducta (Quiñonez & Restrepo, 2014).

Debido a este elemento tiene una vasta tradición en la responsabilidad civil y Colombia no se ha quedado atrás. Ya que el artículo 2341 del Código Civil indica: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)” (Código Civil, 1873) pero bajo este precepto se debe acreditar la conexión fáctica entre el daño y el hecho producido por el agente dañador, ya que sin este requisito no sería aplicable dicho artículo.

Y es que, es innegable que el nexo causal que se ha exigido para la imputación de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano no ha sido lo suficientemente contundente y, por lo tanto, se ha evidenciado con el pasar del tiempo que dicho nexo causal debe ser replanteado en su estructura.

De esta forma, Dosso sostiene que:

En lo fundamental distingue entre imputación al hecho e imputación a la culpabilidad; la primera –la imputación objetiva– no es otra cosa que la adecuación: “En vez de causalidad “adecuada”, la ciencia del Derecho debería exigir causalidad “objetivamente imputable”. Si el resultado no fue objetivamente previsible, el comportamiento de la persona que lo haya causado no debe ser considerado como su propio hecho, sino como un acontecimiento casual (Dosso Dal, 2011, p. 5).

La Corte Suprema de Justicia (2016) es contundente al señalar en la sentencia SC13925, que con cierta frecuencia se nieguen demandas de responsabilidad civil por no acreditarse en el proceso un “nexo causal” que es difícil de demostrar, porque existe como hecho de la naturaleza; es

decir, imputar un daño por el criterio causal va encaminado a determinar si el hecho generador del daño es consecuencia natural, pues en caso de ser lo último se tendría que analizar que la teoría causalista es la aplicable al caso concreto, como quiera que cada teoría de estas solo suple falencias de antecedente.

Es de recordar que en la producción del daño confluyen muchas causas, las cuales hacen que sea prácticamente imposible de determinar cuál fue la originadora del daño, ya que sean cercanas o remotas, directas o indirectas, todas han influido en el hecho dañoso, por lo tanto la elección de alguna de ellas resultará excluyente de las demás y esto generará la imposibilidad probatoria del nexo causal de las víctimas al momento de incoar el proceso de responsabilidad civil; es por esto que a buena hora la Corte observó esta garrafal falencia en la estructura de la responsabilidad civil.

Por ejemplo, para establecer si una conducta (activa u omisiva) se puede atribuir a un agente hay que partir de categorías jurídicas como (i) el deber de actuar, (ii) las acciones y (iii) las omisiones relevantes, (iv) la posición de garante, (v) el concepto de 'guardián de la cosa, (vi) las obligaciones de seguridad, etc., (que no llevan implícitos juicios de reproche), las cuales no se constatan directamente sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales.

Es por ello que se debe desprender la causalidad natural del plano de imputación jurídica de responsabilidad, toda vez que esta no constituye el proceso de atribución de un hecho jurídico a un agente, porque la cualidad de artífice se encuentra prefigurada por una concepción normativa, o sea que cada comportamiento es valorado dentro de un horizonte de conductas que se erige como patrón selectivamente relevante.

Existe una diferencia fundamental entre el principio de causalidad y el de razón suficiente, toda vez que el primero busca el origen material de un hecho que se encuentra

mediante la selección de relaciones causales, en tanto que el segundo se pregunta por qué un resultado puede ser atribuido a una acción dentro de un marco de valores preestablecidos desde la explicación de las razones que anteceden a la conducta.

Una persona puede originar un hecho desencadenante de un daño y, sin embargo, el nexo causal por sí solo resulta irrelevante para endilgarle ese hecho como suyo; como bien puede ocurrir que la autoría del hecho lesivo deba ser asumida por quien no tuvo ninguna intervención o injerencia física en el flujo de eventos que ocasionaron el daño.

Así, Olivares et al (2018) menciona que para la existencia de una relación de causalidad, se hace necesario que un sujeto haya determinado el resultado con una acción proporcionadora, adecuada. Sin embargo, desechar alguna de las causas que pudieron confluír en la producción del daño haría que tanto las que desechan como la que se utiliza, lleven a la errónea apreciación de la prueba causal dentro del proceso de responsabilidad civil.

Esto por cuanto la valoración de la probatoria para la demostración del nexo causal debe partir desde el plano causal natural para lograr la adecuación jurídica de las implicaciones que conllevan las causas naturales dentro del plano jurídico y es que dicho nexo no se prueba directamente, sino que se plantean hipótesis inferenciales con base en probabilidades (Corte Suprema de Justicia, 2016). Es importante mencionar que dichas hipótesis parten de un plano subjetivo que permean las probabilidades de demostrar el nexo causal, ya que como se mencionó *ut supra*, el nexo causal existe como hecho de la naturaleza y la atribución de un hecho a un agente se realiza mediante las funciones sociales y de responsabilidad que le establece un ordenamiento jurídico.

De lo anterior se puede entender que la relación causal entre el agente de conducta dañosa y el hecho que genera el daño no siempre da una explicación del accionar (acción u omisión), esto debido a la insuficiencia explicativa que ofrece

dicho nexo, puesto que adolece de fallas estructurales.

Se ha afirmado que tal presunción se desvirtúa con la demostración de una causa extraña a la conducta del agente, por lo que es intrascendente la prueba de la prudencia socialmente esperable. A partir de los riesgos del sistema de producción industrial y sus daños actuales o potenciales se da una pluralidad casi infinita de interpretaciones causales que no pueden ser confirmadas.

METODOLOGÍA

De esta manera, se fijó el paradigma interpretativo desde un enfoque cualitativo, ello permitió analizar a profundidad las diferentes teorías causalistas que se han elaborado, de esta manera desarrollar el test de aplicabilidad normativa (Martínez, 2009) y bajo el diseño de la teoría fundamentada se recurre como método al hermenéutico. Como fuentes de información se tomaron la jurisprudencia y los postulados teóricos, los cuales son abordados mediante la técnica de análisis documental desde el discurso, tomando como instrumento una matriz de análisis planteada por Hurtado (2010).

Así, para dar un orden lógico a la investigación y de acuerdo al alcance de la misma, se constituyen como objetivo general el desarrollar la imputación normativa como eje constitutivo de la responsabilidad civil y, como objetivos específicos (i) Crear un test de aplicabilidad que sustente la teoría de la imputación normativa, para seguidamente (ii) Diseñar un estándar probatorio para la imputación normativa (iii) Implementar un modelo práctico de aplicación normativa de la imputación.

RESULTADOS

Teorías sobre el nexo de causalidad

Debido a la insuficiencia que supone la *teoría causalista* la cual ha sido imperante en el ordenamiento jurídico colombiano para la imputación de un daño y, por consiguiente, la generación de la responsabilidad civil,

por ello se expondrán *infra* algunas de las teorías causalistas que han sido aplicadas en Colombia.

Tamayo (2008) expone alguna de las teorías causalista imperantes en la tradición jurídica colombiana, a saber: “1) *la equivalencia de las condiciones*, 2) *la causalidad adecuada*, 3) *la causa próxima*, 4) *la causa eficiente*, 5) *la de la acción humana*” (Tamayo, 2008, p. 375) entre otras, pero con el objeto de identificar las más utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia colombiana se analizarán las dos primeras.

TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

Dalcq, citado por Tamayo (2008), sostiene que: “el punto fundamental de esta teoría es la idea de que cada uno de los eventos que son la condición de la realización del daño juega en esta realización un papel causal idéntico” (Tamayo, 2008, p. 376), es decir, que todas las causas que confluyen en la producción del daño son todas del mismo rango y ninguna se puede excluir.

Consecuentemente, “la teoría de la equivalencia de las condiciones es la única doctrina que explica en forma científica el problema del nexo de causalidad” (Tamayo, 2008, p. 377), sin embargo, dicha teoría presupone la extensión de la causalidad *ad infinitum*, en otras palabras, que su aplicabilidad práctica en sí misma conllevaría a hacer responsable a toda persona que de una u otra manera pudiera haber intervenido en la producción del perjuicio.

El planteamiento arquitectónico de esta teoría es que no se puede realizar ninguna distinción causal explicativa de la producción de un daño (Guiñez, 2010), toda vez que el análisis por separado bajo esta teoría no tendría la suficiencia para el entendimiento respecto de la producción del daño.

Causalidad adecuada. Como se puede observar, que de la imposibilidad práctica que presupone la teoría de la equivalencia de las condiciones se diseñó –como enmienda estructural– la segunda teoría a estudiar y

que actualmente es la utilizada en el sistema de responsabilidad colombiano, como lo es la causalidad adecuada al momento de imputar la responsabilidad civil.

A le da un golpe en la cabeza a B, insuficiente para provocar una lesión en un ser normal. Pero ocurre que B está afectado de una debilidad congénita de los huesos del cráneo y golpe leve basta para matarlo. La teoría de la causalidad adecuada conduciría a considerarla debilidad particular de los huesos del cráneo de B como un evento excepcional, y a considerar desde luego que el acto de A no es la causa del daño porque esta consecuencia no era previsible. Por el contrario, si se hubiera tratado de un niño, A habría podido prever semejante debilidad y su acto habría sido considerado como la causa adecuada de la muerte del niño (Tamayo, 2008, p. 379).

Del ejemplo anterior, se puede entender como la teoría de la causalidad adecuada se torna insuficiente al momento de establecer el nexo causal en la producción de un perjuicio, “pues como se observa los defensores de esta teoría asumen la indagación del nexo causal desde el terreno psicológico para dar una explicación práctica” (Tamayo, 2008, p. 379), esto obliga a entender que los antecedentes que pudieron originar el perjuicio son los que explican el nexo causal, así, pues, esta teoría pretende la eliminación de aquellos antecedentes, que no han ayudado en la producción del daño.

Ahora bien, como se ha expuesto anteriormente, para la existencia de la responsabilidad civil es necesario exista un nexo causal entre el hecho y el daño, siendo este último de gran relevancia para la diligencia de la responsabilidad.

Henao respecto al daño, afirma: “establece que es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus diversos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso” (Henao, 2007, p. 35).

Desde la postura inicial del autor se puede entender que el daño es un elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad, pues si no hubo daño o es imposible probar la existencia del mismo, la imputación que se realizaría para la existencia de la responsabilidad sería vaga e inútil.

Como se mencionó, el daño constituye una regla esencial en la existencia de la responsabilidad, pero es menester advertir que toda regla tiene una excepción:

Sin embargo, en ocasiones a pesar de existir daño no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable más no suficiente para que se declare la responsabilidad. En efecto, en algunos eventos ocurre que no se declara la responsabilidad a pesar de existir un daño (Henao, 2007, p. 38).

Esto pone de presente que el daño es una condición necesaria más no suficiente para la existencia de la responsabilidad. La anterior afirmación conlleva a pensar que no siempre procede la declaratoria de responsabilidad aun cuando se puede comprobar la ocurrencia de un daño:

En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad, a pesar de haber existido el daño. Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe, pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre (Henao, 2007, p. 38).

NUEVA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

El Daño

Respecto al daño, Henao establece: “que es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su

determinación en sí, precisando sus diversos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso” (2007, p. 35).

Desde la postura inicial del autor se puede entender que el daño es un elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad, pues si no hubo daño o es imposible probar su existencia, la imputación que se realizaría para existencia de la responsabilidad sería vaga e inútil.

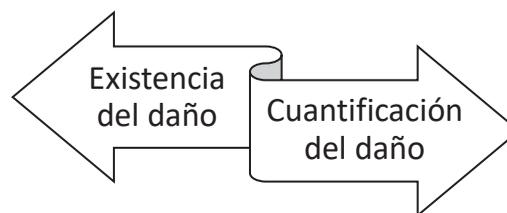
Como se mencionó anteriormente el daño constituye una regla esencial en la existencia de la responsabilidad, pero es menester advertir que toda regla tiene una excepción, el daño es una condición necesaria más no suficiente (Henaó, 2007) y el estudio del daño ha sido uno de los temas controversiales para la responsabilidad, puesto que ha de analizarse desde el caso concreto, por ello, ha de ser el daño el primer requisito a estudiar para entrar a determinar la existencia de un proceso de responsabilidad (Velásquez, 2013; Henaó, 2007) de allí que se entienda su condición de necesidad mas no la de suficiencia, toda vez que sin la existencia de este se haría innecesario estudiar los demás elementos estructuradores.

Daño probado. Como se expuso anteriormente, el daño es el primer elemento a estudiar para que pueda existir la responsabilidad civil, no obstante, existe una característica especial para este primer elemento y es por ello que se ha exigido – desde la jurisprudencia y la doctrina– que el daño sea probado.

Para la acreditación del daño existen unos medios probatorios que hacen imprescindible tal razón, de ahí que el artículo 167 del Código General del Proceso establece que la carga de la prueba a quien alega haber sufrido un daño cuando menciona que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)” (Código General de Proceso, 2012) de ello se entiende que la parte que alega un daño se valga de todos los medios

conducentes para probar la existencia de este elemento estructurador de ahí, pues, que surge *el principio de carga de la prueba del daño*, el cual tiene dos características:

Figura 1. Existencia y cuantificación del daño



Fuente: Informe de Inspección

Existencia del daño. Alterar la existencia de un estado de cosas que se pueda probar por la parte del proceso que la alega, es decir, el daño debe ser real y debe existir una certeza de la existencia del mismo, ello será posible mediante los diversos medios probatorios existentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

Cuantificación del daño. Esta característica es imprescindible ya que permite establecer un estándar mínimo para su cuantificación, de ahí que surjan las siguientes reglas:

- **Regla 1. Indemnización total del daño.** La esencia de la responsabilidad civil es ser resarcitoria, es decir, colocar o dejar en el estado en que se encontraba una persona o los bienes de esta afectados antes de la ocurrencia de un hecho dañoso, eso quiere decir que la indemnización debe estar en una medida equitativa para las partes, es decir, no puede estar por encima de lo que se estima ha sido el desmejoramiento de un derecho patrimonial o extrapatrimonial, ya que se generaría un *enriquecimiento sin causa* para la parte que recibe el resarcimiento, ni tampoco debe estar por debajo de lo equitativo porque originaría *empobrecimiento sin causa* puesto que desmejoraría las pretensiones de

la parte actora dentro del proceso de responsabilidad civil.

- Regla 2. El proceso no determina la indemnización. La idea de esta regla es muy práctica, ya que dentro de ordenamiento jurídico colombiano existe una gran variedad de procesos que pretenden una resarcir la causación de un daño. A manera de ejemplo se puede encontrar en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo una serie de medios de control que están encaminados a resarcir un daño como lo es el Control Inmediato de Legalidad (Art.36), Nulidad (Art.37), Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Art.138), Nulidad Electoral (Art.139), Reparación Directa (Art.140), Controversias Contractuales (Art.141), Repetición (Art.142), Pérdida de Investidura (Art.143), Protección de los Derechos e Intereses Colectivos (Art.144), Reparación de los Perjuicios Causados a un grupo (Art.145), Cumplimiento de las Normas con Fuerza Material de Ley o Actos Administrativos (Art.146) Nulidad de las Cartas de Naturaleza (Art.147) y Control por Vía de Excepción (art.148).

Ya en el área civil es un poco más sencillo, esto debido a que existe un proceso de Responsabilidad Civil Contractual o Extracontractual dependiendo del caso concreto. Este tipo de procesos se pueden encontrar en el libro tercero, sección primera, título I, capítulo I del Código General del Proceso, relativo a los procesos verbales; sin embargo, comparte una misma raíz con los diversos medios de control enmarcados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, buscar un resarcimiento de un daño irrogado por una persona jurídica o natural.

EL HECHO

Estudiar este elemento estructurador de la responsabilidad civil se torna complejo en la medida que no existe una definición o tan siquiera un concepto al menos vago o difuso del mismo, por ello, se hace imprescindible

conocer que es un hecho desde una aproximación teórica, para poder dar una conceptualización respecto de este elemento.

Y es por ello que –para poder entender que es un hecho dentro de la responsabilidad civil– se debe remitir a un concepto científico del mismo. Existen cinco características del hecho científico: (i) el hecho está a merced del investigador, es decir, es la premisa constitutiva de una teoría, como quiera que la utilización del mismo dentro del proceso tendrá que estar sujeto a los medios probatorios de los que disponga la parte que alega la ocurrencia del mismo, sin embargo, estos (ii) hechos necesariamente deben estar por fuera de la teoría debido a que debe existir una correspondencia pero a la vez una separación entre los hechos y la teoría para que pueda ser lo suficientemente sólida y permanecer en el tiempo, se comprende entonces que la correspondencia está dada en la medida en que la relación entre los hechos y la teoría es lo suficientemente fuerte aun cuando el análisis probatorio que se realice sea tan exigente que así no se pueda desligar el uno del otro, (iii) los hechos deban ser auténticos a fin de que puedan confirmar o refutar una teoría y es que la correspondencia entre ambos elementos le otorga el criterio de admisibilidad a la teoría pero, tal admisibilidad está constituida por la (iv) falta de variación de los hechos, es decir, debido a que los hechos están en el exterior de la teoría la invariabilidad permite que su autenticidad soporten la refutación de una determinada teoría y finalmente (v) los hechos aunque deben estar por fuera de la teoría no deben estar totalmente desligados ya que estos entonces no podrán corregir su construcción teórica y no servirían como criterios de autenticidad para la teoría (Díaz, Calzadilla y López, 2004).

Ahora bien, de lo reseñado anteriormente se puede entender que un hecho es un acontecimiento que modifica el estado de las cosas en general, que puede ser humano o natural, dependiendo de su forma de manifestarse y podrá tener relevancia jurídica, es por eso que se puede considerar como la premisa menor dentro del supuesto de la Responsabilidad Civil; esto es, que

dependerá del hecho jurídicamente relevante para la existencia de la responsabilidad civil, en la medida que exista coherencia y correspondencia con el supuesto daño que alega una parte dentro del proceso.

Cabe resaltar que dentro del derecho de la responsabilidad no existen eximentes de la misma, sino formas de romper el nexo causal como lo es la (I) *culpa exclusiva de la víctima*, (II) *la culpa de un tercero y/o* (III) *un caso fortuito*. Vale aclarar este punto, ya que ha habido cierta confusión respecto de si esos tres componentes exoneran de responsabilidad a un supuesto agente dañador y, es de precisar que –aunque el daño sea cierto y haya correspondencia entre este y el hecho– se debe entender que el rompimiento de dicho nexo causal ase presenta debido a un elemento ajeno a la voluntad del agente dañado supuesto.

IMPUTACIÓN NORMATIVA

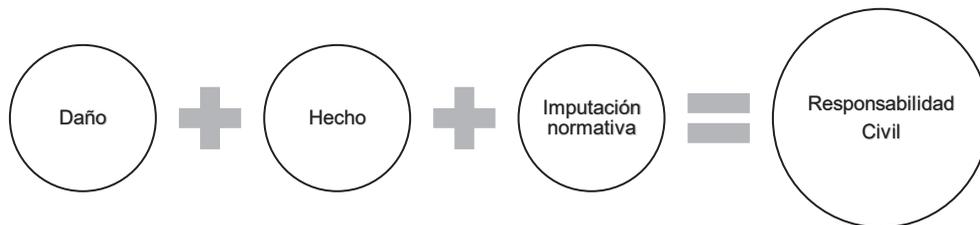
Como ya se mencionó, la responsabilidad civil ha tenido una estructura clásica de antaño consistente en el Daño + Hecho + Nexo causal. Esta trilogía jurídica ha tenido fallas estructurales por lo que resulta pertinente una exploración analítica en el sistema jurídico colombiano, con el objetivo de encontrar un nuevo elemento que pueda ser utilizado en la arquitectura de la responsabilidad civil y que sea más confiable al momento de su utilización respecto del juicio de responsabilidad. Dicha trilogía había sido intocable en el ordenamiento

jurídico colombiano y, a su vez, pertinente en la resolución de problemas judiciales respecto de los procesos de responsabilidad civil, según se ha dejado entrever como uno de sus elementos estructurales.

Desde la doctrina nacional e internacional y desde la jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia se han estudiado a profundidad de los elementos estructurales de la responsabilidad en donde se advierten los yerros que trae consigo la causalidad y en específico el nexo causal, ya que este es uno de los muchos elementos de los que se valen los ordenamientos jurídicos para la imputación del daño. Este criterio no solo era necesario para endilgación de la responsabilidad, sino que envuelve un sinfín de problemas probatorios, ya que dependiendo de la teoría causalista que se escogiera para generar de esta manera la imputación y la consecuente responsabilidad, en muchas ocasiones se tornaba difícil casi que imposible dicho nexo, de ahí que con gran frecuencia se denieguen demandas de responsabilidad.

No solo debe advertir que el nexo causal es un elemento de los muchos que existen en el ordenamiento jurídico colombiano, sino que para realizar una reestructuración de la responsabilidad civil se debe observar dentro del mismo para poder encontrar un nuevo criterio que supere las falencias estructurales de la causalidad. Es por ello que surge la *imputación normativa*, es decir, un elemento normativo puro (Ver Ilustración 2).

Figura 2. Nueva Estructura de la Responsabilidad Civil



Fuente: Elaboración propia.

Esta nueva estructura constituye un cambio paradigmático, ya que este nuevo elemento modifica uno que había sido considerado como esencial para la endilgación de la responsabilidad; de esta manera este avance da cuenta de los muchos criterios que tienen los ordenamientos jurídicos y en especial el ordenamiento jurídico colombiano para realizar la imputación del daño.

PRECISIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN NORMATIVA

Con la imputación normativa se puede observar cómo dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen otros criterios para formular la responsabilidad civil, que mediante el análisis introspectivo de los sistemas objetivo y subjetivo de imputación se da nacimiento a este nuevo elemento que sin duda es de gran relevancia teórico-práctica, pues no es fácil –por ejemplo dentro de la academia– concebir la responsabilidad civil sin la causalidad; empero, a partir de esta investigación se debe comenzar a buscar otros elementos normativos que sirvan como base de imputación dentro del área jurídica.

Observar qué norma jurídica se ajusta al caso concreto, teniendo como base la conducta del agente y el resultado de su actuar (hecho dañoso) es lo que estructura la atribución de la responsabilidad civil desde la imputación normativa. Nótese cómo se pueden abordar nuevos elementos desde la academia que permiten una ampliación y una reestructuración de la responsabilidad civil. De acuerdo con lo anterior, es innegable que este cambio genera un choque cognoscitivo en la forma como se ha concebido la estructura clásica la responsabilidad, sin embargo, el mismo es más que necesario para que se presente una actualización en la manera como se ha estructurado desde hace mucho tiempo esta área del derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

De lo anterior nace el cambio de criterio, ya que –como se dijo anteriormente– la prueba del nexo causal se debe remitir a hechos de la naturaleza, lo que genera la imposibilidad probatoria del mismo. Si, por el

contrario, la imputación obedece a criterios normativos, la conducta dañosa debe encarrilar el proceso de responsabilidad civil y adecuar la conducta del agente dañado con el elemento fáctico-normativo.

Es de allí de donde radica el cambio paradigmático, puesto que no solo se está reestructurando la responsabilidad, sino que se comienza a volcar la mirada en una cuestión que era casi imposible en el derecho de la responsabilidad, ya que al ser una tradición la imputación mediante la causalidad, la falta de ampliación visual normativa permitía concebir que el nexo causal era el único requisito existente para la imputación del daño.

En este punto es necesario diferenciar la imputación civil de la imputación penal, ya que la última lo que busca es un responsable de punible y su pena y/o sanción, lo cual es completamente distinto de la imputación de la responsabilidad civil, ya que esta lo busca es el resarcimiento del daño; es decir, es una imputación resarcitoria.

DIFERENCIAS ENTRE LA IMPUTACIÓN NORMATIVA E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Siguiendo con la línea argumentativa, el cambio de criterio de imputación, esto es la *imputación normativa*, se podría llegar a confundir con la imputación objetiva del derecho penal; sin embargo, la diferenciación radica en que el derecho penal busca la adecuación típica de la conducta del infractor de la ley penal para que consecuentemente responda por su actuar, por medio de la imposición de una pena lo que no sucede en con la imputación normativa, ya que no se busca la imposición de una pena sino el resarcimiento del daño causado ya sea patrimonial o extramatrimonial.

La prueba de la imputación del hecho a un agente no se puede establecer únicamente a partir del análisis de la “causalidad natural pura” o, en otras palabras, solo por el nexo causal, porque las explicaciones físicas o mecánicas del comportamiento generador de un resultado no siempre son

distinciones indiscutibles en el lenguaje jurídico y nunca lo son en materia de omisiones y responsabilidad indirecta, ya que la imputación deviene de una situación que no se agotan en los hechos generadores del daño, sino que tales hechos cobran relevancia al hacer dicha imputación, de esta manera la labor que ejerce el imputante es la de analizar dentro del universo de causas, las cuales fueron las que confluyeron para la realización del daño; es decir, que las preconcepciones jurídicas de este son las que valoran la relevancia y posterior selección de los hecho (s) dañoso (s), que se ajustan al sistema normativo a fin de que se le pueda endilgar la responsabilidad al presunto agente dañador.

Así encuentra fundamento la imputación normativa, ya que si bien es cierto en muchos casos las conductas de agentes dañadores no tiene una positivización, también es cierto que el nexo causal no explica la relación entre su actuar y el daño que percibe una persona (s), por lo tanto se hace necesario dar una mirada más allá de la causalidad, puesto que como ha quedado demostrado esta tiene una gran falla estructural y se hace imprescindible recabar dentro del ordenamiento jurídico otros parámetros de imputación del daño para la endilgación de la responsabilidad. De esta manera, la imputación normativa se constituye en un criterio existente en el ordenamiento jurídico colombiano para dicha imputación.

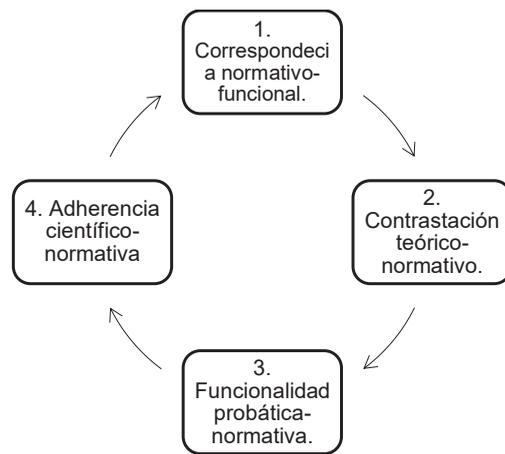
Y es que en efecto, aunque muchas conductas no se encuentren en un inicio proscritas como generadoras de la responsabilidad civil, un análisis a profundidad del contenido normativo del ordenamiento jurídico dará cuenta de que existe un catálogo amplio de normas que traen consigo el establecimiento de una conducta del agente dañador como guardián de tal accionar y esta será la norma que servirá al juzgador para endilgación de la misma como obra del tal agente dañador, de suerte que el hecho presumible es la posibilidad de imputar el daño al demandado y, una vez demostrada esta imputación, habrá que dar por probada la culpa que menciona ese enunciado normativo, pues al no requerir

demostración es un hecho presunto, lo anterior no es más que la endilgación de la responsabilidad civil mediante la imputación normativa.

EL TEST DE APLICABILIDAD NORMATIVA PARA LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO

El nexo causal no posee un test que permita inferir la manera como el juzgador realiza la adecuación entre las causas que originaron el daño y los hechos que llevaron al mismo, por ello se hace necesario desarrollar un test de aplicabilidad normativa. Y es que, mediante el método deductivo, se puede llegar a una concreción respecto de la imputación del daño, de ahí que sea imperativa la creación y el desarrollo de un test que tenga una funcionabilidad formal para la endilgación del daño para el surgimiento de la responsabilidad civil, de ahí que se establezcan los siguientes pasos:

Ilustración 3. Test de aplicabilidad normativa



Fuente: Elaboración propia.

1. Correspondencia normativo-funcional. Para la existencia de una correspondencia entre la norma y su función, se debe observar dentro del ordenamiento jurídico la norma rectora de la responsabilidad civil

extracontractual. En el artículo 2341 del código civil colombiano establece que: “*el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*”, no obstante, se debe analizar cuál es la funcionalidad de la misma.

El precitado artículo indica que quien infiera daño a otro es obligado a indemnizar, se encuentra explícitamente condensada la particularidad normativa de imputación y ello quiere decir que se necesita auscultar la existencia de una relación causal para realizar la imputación, toda vez que esta obedecerá a patrones normativos puros, condensados precisamente en la normatividad regulatoria de la responsabilidad civil extracontractual.

Es por ello que la correspondencia normativo-funcional está dada en la manera que el imputante del daño no solo observa los hechos y los (el) daño (s), sino que también analiza la norma y su función de manera que la generación de la imputación se desprenda de todo elemento natural.

Respecto de la *correspondencia normativo-funcional*, el análisis de la norma aplicable al caso concreto, estará orientada desde el estudio del daño y de los hechos generadores del daño, ya que esto permitirá descubrir la función de la norma en el caso *sub examine*.

2. Contrastación teórico-normativo. Esta contrastación está cimentada en la idea de darle científicidad a la imputación: es decir, es buscar entre la norma jurídica y la doctrina, una armonía normativa que genere una imputación no solo aislada de todo elemento natural, sino que también vaya en consonancia con lo establecido en el código civil.

La línea argumentativa construida desde la contrastación teórico-normativa, permitiría darle mayor científicidad a la

imputación, ya que los datos recaudados para esta última deberán estar orientados en virtud de la normativa jurídica que regule la responsabilidad civil.

No obstante, se puede presentar una dicotomía entre la teoría y la norma por ello, se hace necesario que la labor de operador judicial este orientada en función de la norma jurídica y no en elementos de índole natural que conlleven a la utilización de teorías cuasi-jurídicas que tornen ineficaz el juicio de imputación del daño.

3. Funcionalidad probática-normativa. La funcionalidad está orientada a la forma como se utilizan los diversos medios de prueba existentes en el ordenamiento jurídico, de ahí que sea tan importante la manera como estos están en función de la demostración de los elementos fácticos que acontecen dentro de la responsabilidad civil.

Lo anterior permite colegir que cada hecho jurídico lleva de manera subyacente una prueba para su demostración y que los primeros deben estar orientados en probar que la norma que supone la existencia de la responsabilidad civil pretendida se ha cumplido a cabalidad, ya que de lo contrario se tornaría ineficaz al momento de iniciar con el trámite de dicho proceso.

4. Adherencia científico-normativa. Esta adherencia tiene una íntima relación con la funcionalidad probática-normativa, ya que los medios probatorios que se utilicen para la existencia de la responsabilidad civil deben estar acorde a las reglas científicas que se han diseñado y que son aplicables a cada medio probatorio.

Quiere decir lo anterior, que para tal demostración de estos elementos normativos en un caso concreto es fundamental el apoyo de la ciencia por medio de los diversos elementos científicos que estén encaminados a tal

demostración. No solo es la utilización de teorías científicas que hayan superado la fase del debate teórico-práctico, sino que además se debe demostrar como dicha teoría es aplicable para la solución del caso que se estudia.

CONCLUSIONES

La causalidad no es el único elemento que existe en los ordenamientos jurídicos utilizables para la endilgación de la responsabilidad civil y, debido a que este tiene falencias estructurales se han creado diversas teorías que tratan de suplicar los diferentes fallos estructurales, por ello se hace necesario observar con mayor detenimiento los elementos imputacionales existentes en cada sistema jurídico y así, después de un análisis sistémico de las normas que permitan la endilgación de la responsabilidad civil, se pueda encontrar que el elemento de la *imputación normativa* se puede convertir en un nuevo criterio estructurador de la responsabilidad civil.

Ahora bien, con la creación y el desarrollo del anterior test se le otorga a la *imputación normativa* la solidez suficiente para remplazar la teoría causalista como criterio constitutivo de la responsabilidad

civil; de esta manera, se dan alternativas que pueden cambiar la hegemonía tradicional en la estructura de la responsabilidad civil que había sido consistente en el Daño + Hecho + Nexo causal. Este es un test práctico que ayuda a los operadores jurídicos para realizar la endilgación de la responsabilidad civil de manera más ordenada y coherente con los postulados que se han erigido en el campo del derecho de daños.

La causalidad ha servido a la endilgación de la responsabilidad civil, a la doctrina y a la jurisprudencia del tema. Se han avizorado falencias, sin embargo, debido a que no existe una teoría que sea lo suficientemente estable y práctica para su reemplazo aún se sigue utilizando en los juicios de responsabilidad.

Surge como teoría restructuradora la *imputación normativa*, la cual fue utilizada por la Corte Suprema de Justicia en un par de sentencias, pero tal como fue manejada en dichos fallos no serviría sino como referente para futuros cambios teóricos del sistema de responsabilidad civil, es por ello, que la conceptualización teórica que aquí se realiza le dará cuerpo a esta teoría y –con la creación de test– se obtendrá solidez respecto de su aplicación y funcionalidad dentro de los procesos de responsabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Diario Oficial No. 47.956 (2011). Ley 1437. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- » Diario Oficial No. 2.867. (1873). Ley 84. Por medio de la cual se expide el Código Civil De Los Estados Unidos De Colombia.
- » Diario Oficial No. 48.489. (2012). Ley 1564. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.
- » Díaz V., Calzadilla A. & López H. (2004). Una Aproximación al Concepto de Hecho Científico. Revista austral de ciencias sociales. <http://mingaonline.uach.cl/pdf/racs/n8/art01.pdf>
- » Aramburo, M. (2008). *Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI*. Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 38, núm. 108. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/1514/151413541002.pdf>
- » Colombia. Corte Suprema de Justicia (2016). Sala de Casación Civil (treinta de

septiembre de dos mil dieciséis). Sentencia SC-139252016. (M.P. Ariel Salazar Ramírez).

» Colombia. Corte Suprema de Justicia (2018). Sala de Casación Civil (doce de enero de dos mil dieciocho). Sentencia SC-0022018. (M.P. Ariel Salazar Ramírez).

» Cordech, P. & Crende, A. (2006). *Causalidad y responsabilidad*. *Revista para el análisis del derecho*. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf

» Dosso Dal, D. (2011). *La teoría de la imputación objetiva* (tesis de maestría, Universidad de Mendoza). Recuperado de: <http://master.us.es/cuadernosmaster/8.pdf>

» Guiñez, R. F. (2010). Las teorías tradicionales sobre la causalidad. *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, (14), 23-32. Recuperado de: <file:///D:/Downloads/Dialnet-LasTeoriasTradicionalesSobraLaCausalidad-3337331.pdf>

» Henao, J. (2007). *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia.

» Laborda E. (sf). *La valoración del daño: estudio del nexo de causalidad*. <http://www.aeds.org/congreso/congresos-aeds/Comunicaciones%20Libres/Nueva%20carpeta/Eugenio%20Laborda%20.pdf>

» Martínez Miguelez, M. (2009). *Ciencia y arte de la metodología cualitativa*. México. Trillas

» Olivares-Torres, F.Y., Aguilar-Barreto, A.J., Trejos-Teherán, L.D., y Gómez-Rodríguez, D.L. (2018). La imputación normativa en la responsabilidad civil: estudio de caso Guillermo Pulgarín Sossa y otros contra inversiones médicas y la clínica Las Vegas Coomeva. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. (Eds.), *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho* (pp. 38-51). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

» Pevrot, J. (2010). *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 15, pp. 143-178

» Quiñonez, S. & Restrepo, J. (2014). *De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana*. *129 Universitas*, pp. 187-235. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129> doi:10.11144/Javeriana.VJ129.caio

» Roca, E. (2009). *El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf

» Tamayo, J. (2008). *Tratado de responsabilidad civil*. t.I. Legis.

» Velázquez, O. (2013). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Segunda edición. Temis.

Paradoja transgénero: Alteraciones emocionales más frecuentes durante la transición

Transgender paradox: Most frequent emotional disturbances during the transition

Autores: Marian Sofía Basante Ballesteros, Jenny Patricia Ortiz Quevedo

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.13015>

Para citar este artículo:

Basante Ballesteros, M. S., y Ortiz Quevedo, J. P. (2021). Paradoja transgénero: Alteraciones emocionales más frecuentes durante la transición. *Revista Derecho y Realidad*, 19 (37), 211-227.



PARADOJA TRANSGÉNERO: ALTERACIONES EMOCIONALES MÁS FRECUENTES DURANTE LA TRANSICIÓN*

Transgender paradox: Most frequent emotional disturbances during the transition

Marian Sofía Basante Ballesteros

Psicóloga Fundación Universitaria San Alfonso
<https://orcid.org/0000-0003-0320-6306>
sofi_iib@usanalfonso.edu.co

Jenny Patricia Ortiz Quevedo

Psicóloga. Magíster en Educación. Especialista en pedagogía y docencia universitaria
Docente Fundación Universitaria San Alfonso <https://orcid.org/0000-0001-9804-8579>
jennyortiz@usanalfonso.edu.co

Recepción: Septiembre 29 de 2020

Aceptación: Febrero 18 de 2021

RESUMEN

El tema de la diversidad sexual hace un llamado a la sociedad a reflexionar, reconocer y aceptar las otras identidades de género y sus expresiones, en este sentido, la presente investigación plantea como objetivo reconocer las alteraciones psicoemocionales más frecuentes de una persona transgénero durante su transición de género en la etapa comprendida entre los 10 a 19 años. El proceso investigativo se enmarca en el enfoque cualitativo y se utilizó la metodología de revisión documental. Como resultados se evidenció que las alteraciones emocionales en las personas transgénero no son a causa de la disforia de género, ya que no es una patología. En este sentido, son producto de las constantes discriminaciones y abusos a los que se enfrentan. Dentro de los trastornos emocionales más frecuentes se encuentran la depresión, la ansiedad y el estrés. También se expone la importancia del contexto familiar

como uno de los factores más influyentes para la conformación de un adecuado proceso de transición de género.

PALABRAS CLAVES

Construcción de identidad; género; desarrollo; identidad transgénero; alteraciones psicoemocionales.

ABSTRACT

The issue of sexual diversity calls on society to reflect, recognise and accept other gender identities and their expressions. In this sense, the aim of this research is to recognise the most frequent psycho-emotional alterations of a transgender person during their gender transition between the ages of 10 and 19. The research process is framed within the qualitative

* Artículo de reflexión

approach and the documentary review methodology was used. The results showed that the emotional alterations in transgender people are not due to gender dysphoria, as it is not a pathology. In this sense, they are a product of the constant discrimination and abuse they face. Among the most frequent emotional disorders are depression, anxiety and stress. The importance of the family context as one of the most influential factors in shaping an adequate gender transition process is also discussed.

KEYWORDS

Identity construction; gender; development; transgender identity; psycho-emotional alterations.

INTRODUCCIÓN

El tema de identidad de género es de suma importancia en la sociedad actual que propende por la comprensión, respeto y sana convivencia. En este sentido, se hace notable el aumento de personas que han decidido llevar su transición a instancias públicas, tratando de conformar una vida socialmente aceptable desde los parámetros que esta propone, lo que implica diferentes dinámicas que no solo se evidencian en lo social, sino también desde el contexto psicológico y biológico.

En razón a lo anterior, la construcción de una identidad de género según López (2016) tiene origen en los factores sociales que rodean a cada persona y denotan un impacto psicoemocional –en ocasiones muy fuerte– a lo cual se exponen las personas trans. En consecuencia, es necesario indagar en las posibles problemáticas que se relacionan con la construcción de una identidad diversa. En primer lugar se puede hacer referencia a la etapa escolar; pues allí todas las personas experimentan cambios tanto a nivel físico como psicológico, según la Organización Mundial de la Salud (citado por García, 2019), el rango de edad de la adolescencia comprende entre los 10 a 19 años de edad, aproximadamente, y es la etapa en la que la persona busca su propia identidad, lazos familiares y vínculos de pares.

La adolescencia es una etapa de cambios emocionales aún más en la comunidad trans que se expone según una encuesta realizada en 2016 por Sentiido¹ y Colombia Diversa² al *bullying* o acoso escolar por motivos de orientación sexual o identidad de género, a través de una muestra de 581 estudiantes entre los 13 a los 20 años de edad residentes en Colombia. Se encontró que al menos en una ocasión el 21% de la población no asistió al colegio durante el último mes, porque sintió inseguridad o incomodidad; el 67% informó que se sintió inseguro o insegura en su colegio durante el año pasado, debido a su orientación sexual; el 54% se sintió inseguro o insegura debido a cómo expresa su género (la manera de vestirse, comportarse, peinarse, etc.)

También el 70% fue víctima de acoso verbal en el colegio debido a su orientación sexual; el 43% sufrió acoso físico; el 42% presentó acoso físico debido a su expresión de género; el 37% se sintió agredido o agredida por un profesor o una profesora del colegio, a raíz de su orientación sexual o identidad de género y el 22% se sintió agredido o agredida por una directiva (Sentiido, 2016).

En consecuencia, algunos adolescentes trans tienden a demostrar mayores alteraciones a nivel psicológico y psiquiátrico, sin embargo para Lozano (2018), la salud mental no solo de las personas transgénero sino de cualquier ser humano, se basa en el nivel de autocuidado que cada persona practique, ya que así se promueve el crecimiento personal y la prevención de situaciones violentas en cada etapa, que afecten el desarrollo de forma directa o indirecta a su cotidianidad.

1. Sentiido es una organización colombiana sin ánimo de lucro constituida legalmente en 2013, cuyo objetivo es contribuir a la disminución de prejuicios y discriminación de las personas LGBT, mediante el ejercicio de un periodismo creativo y a profundidad, investigación y producción de conocimiento, asesorías a instituciones para la inclusión y el empoderamiento de personas LGBT y mujeres.

2. Colombia Diversa es una organización no gubernamental colombiana fundada en 2004, que vela por la defensa de los derechos humanos de las personas LGBT en Colombia.

A partir de lo anterior, el presente artículo tiene como objetivo reconocer las alteraciones psicoemocionales más frecuentes de una persona transgénero durante su transición de género en la etapa comprendida entre los 10 a 19 años; fomentando la comprensión de algunos factores psíquicos y emocionales, así como las alteraciones emocionales que se pueden presentar con mayor frecuencia en algunas personas durante y después de su transición de género.

Es necesario identificar algunas investigaciones que abordaron el tema y que orientan la reflexión, una de ellas es la titulada: relación entre el apoyo social percibido y los síntomas de ansiedad y depresión en población transexual/transgénero del autor Rojas (2018), de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, allí se evidencian los síntomas que se producen en esta comunidad ante la exposición de diversas situaciones asociadas a la contracción de identidad y la forma en que la persona interactúa con su medio, entre los que se encuentra la ansiedad y sentimientos de soledad.

Por otra parte, en la investigación diversidad sexual y sus representaciones en la juventud de los autores Chávez, Zapata, Petrzalová & Villanueva (2018), de la Universidad Autónoma de Coahuila, los resultados refieren que las creencias sociales acerca de este tema se van disminuyendo acorde al rango de edades generando mayor apertura a la igualdad y al respeto, sin embargo, se continúan develando algunos discursos contradictorios en torno a esta, por ejemplo emociones negativas como el miedo.

Asimismo, en la investigación de procesos de subjetivación en la construcción de género no heteronormativo en una persona con discapacidad motora, de los autores Durango & Vélez (2019), se menciona que al decidir construir la identidad y los procesos de subjetivación fuera de estas normas no sólo se percibe como transgresor; sino, que se encuentra con barreras y diversas dificultades que vulneran sus derechos, llegando a la conclusión que la población con discapacidad y la comunidad LGBTI

coinciden en situaciones de exclusión y vulneración de derechos.

De acuerdo con Lengua (2018), el derecho internacional da cuenta del largo camino y trasegar de la interpretación jurisprudencial que se ha hecho a partir de múltiples procesos, en aras de lograr el reconocimiento de la identidad de género; haciendo evidente, cómo este histórico desconocimiento e invisibilización a lo largo de la historia, profundizó las condiciones de exclusión, discriminación y la vulneración de los derechos a la población trans.

En este sentido, el hito se enmarca en el paradigma y enfoque, que desde las organizaciones se manejaba para tutelar y reconocer los derechos fundamentales al ser humano; pues el modelo que se tomaba de manera preponderante era el médico, el cual de acuerdo con Coyotzin (2019), se presentaba como una patologización toda incongruencia en relación con los comportamientos y características socialmente asignados para hombre y mujer; impuestas con base en su genitalidad.

Por otra parte, cuando se inicia la transición al modelo de reconocimiento, según Lengua (2018), se fija el interés en la construcción social e histórica de condición determinista; que inicia un tránsito hacia una perspectiva constructivista, la cual reconoce la existencia de una diversidad de seres humanos y que conduce a la formulación de políticas inclusivas, permitiendo la visibilización y transformación de las condiciones para las identidades desvaloradas de los trans.

En consecuencia, se hace necesario dar continuidad a los estudios investigativos en el tema, que sirvan como encuentro de reflexiones en torno al tema y que propicien el reconocimiento e igualdad de oportunidades para las personas de la comunidad LGBTI.

CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD

La construcción de la identidad de género se define según Ramírez (2017)

como un proceso largo y continuo donde el autoconocimiento interviene en el mundo interno y externo del sujeto, de acuerdo a esta idea se puede reconocer que el proceso de la identidad no se adquiere como comúnmente se creía, sino que intervienen todas las experiencias individuales para que la persona genere una interpretación de sí mismo dando a entender porque cada persona es totalmente diferente a otra en cuanto a los rasgos de personalidad como el carácter, la extroversión y la introversión, etc.

Específicamente, como señala Coyotzin (2019), para la población trans, la transformación de un lenguaje adecuado juega un papel importante en el reconocimiento de las problemáticas sociales y las demandas que se tienen. Por esto, es preciso tener claridad, por ejemplo, de la diferencia entre sexo y género, donde el primero hace referencia a la dimensión de características biológicas que define un espectro de hembra y macho; en tanto el segundo, a las características que histórica, social, económica, cultural y geográficamente se atribuyen a cada uno, abarcando también comportamientos, relaciones sociales, personales, formas de pensar, vestir, etc.

Ahora bien, Coyotzin (2019) relaciona la identidad de género con la vivencia individual de la forma en la que las personas se presentan ante los demás y la manera en la que quieren ser reconocidas, que podría o no corresponder con esa construcción social que existe frente al sexo, es decir macho o hembra, femenino o masculino. También, García (2019), afirma que el género es un proceso en el cual una persona determina y apropia para sí los roles sociales de lo masculino o lo femenino independientemente de las características dadas por el sexo, lo que serían los órganos genitales de nacimiento, así pues el término género es de origen social, cultural y además psicológico.

En este sentido, el padre del psicoanálisis Sigmund Freud (1921), brindó uno de los primeros aportes al tema de la identidad en la obra de psicología de las masas y análisis del yo. Allí él explica que el proceso

de identificación es cuando el sujeto logra asimilar tanto los aspectos internos como los físicos de las otras personas para poder modificar su creencia de un “yo” parcial, mientras se va desarrollando evolutivamente. Es por ello que el tipo de cuidadores o padres también influirá de forma significativa para el desarrollo de la identidad.

Igualmente –según esta obra del psicoanálisis– la finalidad o el objetivo del proceso de identificación es poder modificar el yo interno hasta crear rasgos de personalidad firmes, lo cual se logra a través de los lazos afectivos con sus padres, cuidadores o personas que sean significativas para el sujeto.

En consecuencia, el desarrollo evolutivo define las etapas y los procesos que configuran la persona. López (2018) explica que hasta el primer año de vida del infante logra comprender la división de roles de género, sin embargo, el niño o niña solo se basa en los aspectos físicos de sus cuidadores tales como la vestimenta del hombre y la mujer (pantalón o falda), el pelo largo, la barba, etc. Más adelante, entre los 18 y 24 meses empezarán a identificarse con la figura femenina o masculina que generalmente son la madre o el padre. Cabe aclarar que esta autodenominación es totalmente diferente a la que hacen los adultos al momento del parto, basándose netamente en los órganos sexuales.

Hacia los 3 años aproximadamente el niño o niña pretende generalizar esa denominación del género en sus vivencias futuras. Esta idea se mantiene así hasta los 5 a 7 años aproximadamente, ya que conciben su identidad de género solamente desde los factores biológicos (órganos sexuales) y, por ende, se establece de forma firme en los esquemas mentales.

De acuerdo con lo anterior, López (2018) menciona que después de los 7 años y hasta los 12, aproximadamente empezarán a tener un pensamiento menos operacional e imaginarse en una situación donde pertenecen a otro sexo o que su sexo puede ser modificado; la mayoría de niños toman

esta idea como solo una fantasía imaginaria que en la pre adolescencia termina por desaparecer y optan por construir una identidad de género acorde a su sexo biológico y así crear una vida como personas cisgénero³.

Sin embargo, la situación de identidad aparece cuando esta fantasía imaginaria sigue persistiendo en la etapa de pre adolescencia, puesto que la expectativa sobre el sujeto en esta etapa es aún mayor y al ir en contra de las normas sociales y de sus características fisiológicas se encontrará en desventaja en comparación el resto de personas; la pre adolescencia y la adolescencia son las etapas más complejas no solo para las personas trans sino en general, debido a los múltiples cambios corporales, psicológicos y fisiológicos que se presentan para preparar a la persona a la vida adulta, a comparación de los sujetos cisgénero, los transgénero presentan más alteraciones emocionales y conductuales a causa de la discriminación y los prejuicios.

IDENTIDAD TRANSGÉNERO

La diversidad identitaria que existe en la actualidad permite a los individuos identificarse según se sientan más cómodos, dando inicio a la categoría de transgénero Basterrechea, Bonilla, Borrero, Bottaro & Fuentes (2017) explican que son aquellos sujetos que construyen una identidad contraria a su biología y a la demanda de la norma social, es decir su sexo asignado al nacer no corresponde con el género con el cual se identifica y, por esta razón, la transición que se realiza de un género a otro se le denomina como transgénero.

En tal sentido, las mujeres trans son personas cuya asignación de sexo (macho) al nacer son consideradas biológica y socialmente como hombre, pero su construcción e identidad de género son de mujer y femenina (MTF)⁴. En cuanto a los

hombres trans, son aquellos que al nacer tienen una asignación de sexo (hembra); y, biológica y socialmente son considerados mujer (MTF)⁵, pero su construcción de género e identidad corresponde a hombre y masculino (Coyotzin, 2019).

Por otra parte, se puede aclarar que la identidad de género no es dependiente a la orientación sexual, pues las personas trans pueden ser heterosexuales, bisexuales u homosexuales dependiendo de la atracción afectiva, erótica o emocional que sientan hacia otra persona; mientras que como se mencionó, la identidad se encuentra relacionada con una vivencia individual.

Cabe mencionar, que algunas personas trans, se realizan una cirugía invasiva u operación para la reafirmación de su identidad de género; por ejemplo, hay personas, que sólo desean realizar el llamado tránsito, por medio de la terapia hormonal para la masculinización o feminización, según corresponda. Sin embargo, en cualquiera de los casos se debe hacer referencia a una reafirmación de identidad de género (Lengua, 2018).

Ahora bien, dentro de las intervenciones quirúrgicas con mayor demanda para la reafirmación de la identidad de género, se ha encontrado que en la mujer trans prevalecen los implantes mamarios, cambios a nivel del rostro para lograr rasgos más delicados, extirpación de una porción de garganta, implantes a nivel de glúteos principalmente y la vaginoplastia; y en cuanto a los hombres trans los procedimientos de mayor demanda son la mastectomía, faloplastia o la terapia hormonal, con el fin de lograr la masculinización de algunos rasgos físicos que también presentan efectos a nivel psicoemocional.

De acuerdo con lo anterior, se puede decir que cuando se hace referencia al tránsito de las personas trans, esto incluye aspectos que corresponden a una construcción y que pueden contemplar tanto lo social –a través

3. Persona la cual su sexo asignado al nacer corresponde con el género que se identifica

4. Siglas en inglés para referirse a la transición de hombre a mujer "Male to female".

5. Siglas en inglés para referirse a la transición de mujer a hombre "Female to male".

de los comportamientos, gestos, vestimenta, etc.– como las características físicas y anatómicas, que se pueden llevar a cabo con procedimientos invasivos y no invasivos, los cuales pueden incluir administración de hormonas y cirugías.

Asimismo, en la actualidad se ha logrado el reconocimiento del género no binario, entendido este como aquella dicotomía de géneros hombre-mujer; por lo tanto, cuando se indica un género no binario, simplemente se hace referencia a la no identificación con el sistema tradicional e impuesto históricamente de la binaridad exclusiva: hombre-mujer, masculino-femenina, hembra-macho. Aunque, hay algunos autores que dimensionan de este género una serie de subidentidades, como es el caso de Barrientos (2016) y López (2018), quienes las definen así: agénero, género fluido, transeúnte de género, género Queer, postgénero.

Según López (2018) las personas agénero y género fluido no se identifican con ningún género y, por lo tanto, están transitando constantemente en diferentes identidades, los transeúntes de género son similares, pero la diferencia radica en el tiempo de duración de cada identidad puesto que puede oscilar entre días, semanas o años. Estas personas no sienten ninguna confusión o disforias con su cuerpo, simplemente deciden transitar por las identidades para explorar nuevas situaciones que les hacen sentir cómodos sin dejar de lado su esencia y forma de ser.

Por último, dentro de este apartado se encuentra la apuesta denominada Queer, la cual también se aparta de las concepciones tradicionales y aparece como otra sub-identidad. Para Pérez (2017) sostiene que la palabra Queer en sus inicios se utilizaba para definir a los machos con características femeninas y a las hembras con características masculinas; sin embargo, con el tiempo se ha logrado el reconocimiento como una apuesta que se inscribe en los ámbitos políticos y que representa un movimiento que no se identifica con las estructuras tradicionales teniendo como objetivo la defensa de los derechos de toda la comunidad LGBT.

FACTORES PSICOEMOCIONALES EN LA CONSTRUCCIÓN DE IDENTIDAD

Dentro de los factores psicoemocionales que influyen en la construcción de una identidad de género se pueden encontrar emociones tanto positivas como negativas generadas a través de diferentes situaciones como el ambiente en que se desarrolla el sujeto, la familia, los prejuicios, la violencia, etc. Lozano (2018) explica que estos factores psicoemocionales se basan en el autocuidado que las personas practiquen con sí mismos y para lograrlo es necesario la conservación de un entorno sano, actividades de descanso, el manejo de la soledad integrándose con pares y ejercicio; se deben realizar desde el comienzo, durante y después de la transición de género para así lograr adaptarse a las situaciones y poder modificar las experiencias vividas con anterioridad.

Turban, Shadianloo, Vries & Zucker (2018) afirman que no todas las personas trans logran cultivar este autocuidado, ya sea porque no poseen las técnicas de afrontamiento a las situaciones generando alteraciones a su salud mental o simplemente no las realizan. En razón a lo anterior, la construcción de la identidad se basa en la autoexploración de diferentes factores inherentes al ser humano, por ello es importante aclarar que tanto en personas trans como en personas cisgénero el proceso de construcción será el mismo y, por ende, la influencia social de las creencias, valores, prejuicios, cultura, etc., son los primeros factores que tiene la persona para ir construyendo su identidad. Estas categorías no son de libre escogencia, pues las personas no pueden decidir en dónde nacer ni en qué ámbito familiar crecer, sin embargo durante todo este largo proceso el sujeto decide qué variables tomar para su propia construcción y cuáles desechar pues no todos serán de su interés.

Los adolescentes a quienes se les asigna el sexo masculino al nacer son los más afectados, pues al ser más visibilizados por la comunidad se convierten en una minoría y las tasas de acoso por pares se duplican, llegando a un 80% de prevalencia

y frecuencia, además del poco contacto social; lo cual se configura como el principal factor en las alteraciones conductuales y emocionales en los jóvenes que no están conformes con su género.

Igualmente con los estudios realizados en diferentes adolescentes con disforia de género por parte de Turban, Shadianloo, Vries & Zucker (2018), se ha evidenciado que a través de atenciones clínicas o en ámbitos académicos estos adolescentes tienen una prevalencia del 32.4% con dos o más alteraciones psiquiátricas, un 21% con ansiedad, 12.4% en alteraciones del estado de ánimo y un 11.4% en trastornos disruptivos. Asimismo Ruiz (2017) afirma que el estigma, los prejuicios y discriminación que se tiene sobre las personas trans, refuerzan una concepción negativa sobre sí mismos, aumentando los síntomas de depresión, ansiedad y estrés postraumático.

Además, los adolescentes que viven en un país con poca normatividad o leyes en contra de la discriminación tienden a experimentar maltrato físico, maltrato psicológico y aislamiento social pues al no contar con un apoyo legal y jurídico se pueden vulnerar los derechos fundamentales con más facilidad.

Según esta información Turban, Shadianloo, Vries & Zucker (2018) explican que entre más edad, los sujetos tienen más carga emocional al momento de realizar su transición de género. Es decir cuando se empieza la transición a una edad adulta

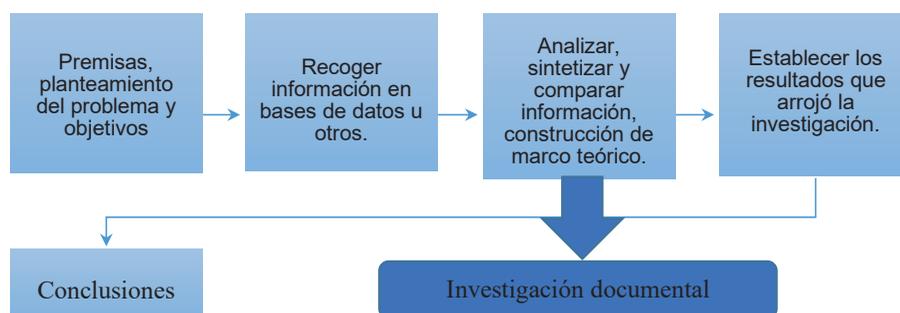
o más avanzada se tiende a generar más trastornos psiquiátricos y emocionales que en la adolescencia. Por otro lado, las alteraciones emocionales pueden causar en el adolescente intentos de suicidio y autoagresiones, que al parecer también van aumentando su prevalencia de acuerdo con la edad.

Aunado a esto, en las personas que ya han realizado intervenciones quirúrgicas en su cuerpo, ya sea cirugía de reasignación de sexo o cualquier otro procedimiento, también siguen presentando alteraciones psicológicas. En este sentido, los sistemas de salud según Ruiz (2017) al no poseer el conocimiento necesario para la intervención de personas transgénero se reafirma el estigma y el prejuicio que conduce a las prácticas discriminatorias y un mal cuidado del propio cuerpo al tener que recurrir a procedimientos quirúrgicos con personal que no es experto, al igual que el uso de sustancias o materiales que se pueden convertir en perjudiciales para la salud física.

METODOLOGÍA

Según Cadena, Rendón, Aguilar, Salinas, De la Cruz & San German (2017), la investigación se enmarca en un enfoque cualitativo, es el método de recoger información que no se centra en los resultados numéricos sino en describir información, situaciones, comportamientos observados, registros y estudios de caso que tengan relación con el tema que se desea investigar:

Figura 1. Metodología en investigación documental



Fuente: Elaboración propia 2020.

En la imagen se explica de forma breve el proceso y cada uno de los pasos que conlleva la construcción de un documento o investigación en donde se utiliza la metodología de investigación documental bajo en el enfoque cualitativo.

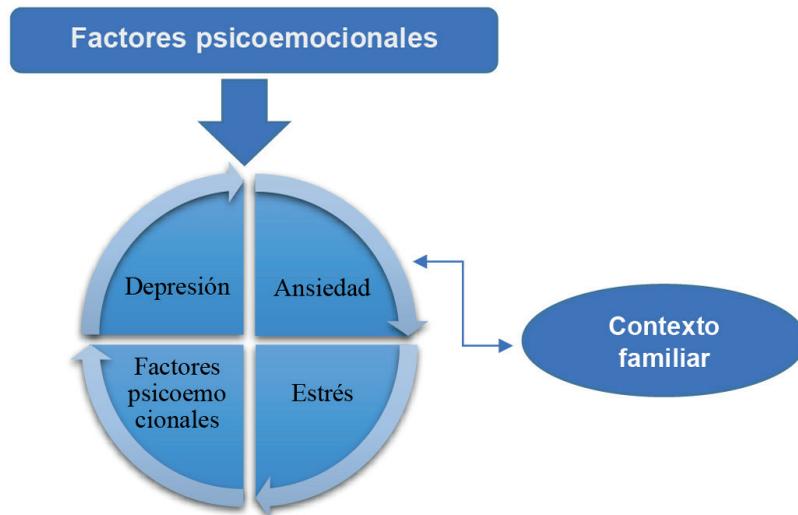
En razón a lo anterior, la perspectiva metodológica de investigación es documental definida por Orozco & Díaz (2018), como el proceso de recolección de datos, organización, análisis e interpretación sobre determinado tema para llegar a conclusiones; es por esto que el tipo de documento que aquí se plantea es una monografía puesto que es un escrito en donde se plasman diferentes investigaciones.

De igual forma para la creación del contenido teórico sobre el análisis categorial y la comprensión e interpretación de artículos científicos, publicados en revistas indexadas fueron encontradas en las bases de datos (Dialnet, Psico Doc, Doha, e-revistas, Latindex, Rebiun, Recolecta, Redalyc, Scielo), asimismo se estudiaron alrededor de 70 referencias que profundizan en el tema de identidad de género en adolescentes y jóvenes.

RESULTADOS

En el marco investigativo, se determinan los siguientes factores psicoemocionales dentro del proceso de construcción de identidad:

Figura 2. Factores psicoemocionales frecuentes en personas trans. Cabe aclarar que no tienen orden específico y todos los factores tienden a estar interconectados entre sí



Fuente: Elaboración propia 2020.

DEPRESIÓN

Una de las alteraciones psicoemocionales de las personas transgénero es la depresión. Este es un trastorno del estado anímico el cual se puede describir como las sensaciones frecuentes de tristeza, ira, frustración, entre otros. Es importante aclarar que la depresión

se diagnostica cuando estos sentimientos interfieren en la vida diaria del sujeto por un tiempo estipulado entre algunas semanas o más, de lo contrario no es una alteración de origen clínico.

Cabe aclarar que la prevalencia de presentación de un trastorno afectivo como

la depresión es mayor en el género femenino ya que tiene hasta el 50% de probabilidad para las alteraciones. En el caso de las personas trans, ocurre lo mismo ya que las mujeres transgénero o transexuales siempre tienden a ser las más afectadas por esta alteración emocional (Restrepo et. al. 2017).

La revisión literaria afirma que la comunidad es influenciada por prejuicios y estigmas que utiliza la sociedad para denigrar que no se encuentra dentro de lo aceptado, igualmente se encuentra el *bullying* o matoneo escolar como otro de los factores incidentes.

En consecuencia con lo anterior, el sitio donde habita la persona es otro factor influyente pues también tiene gran importancia al momento de la construcción de una identidad, según Griscti (2018), las personas que generalmente viven en territorios como veredas o zonas rurales tienden a demostrar más alteraciones emocionales a comparación de las personas ciudadanas, debido a que los roles femeninos y masculinos se encuentran un poco más marcados, preservando así las creencias generacionales; tal como el caso de las comunidades indígenas. Como no se cuenta con el fácil acceso a la educación, la expresión de género dentro de la comunidad para las personas trans se conforma como un gran reto.

Para Sevilla, Aparicio & Limiñana (2018), la prevalencia de las alteraciones en la salud mental para las personas trans es mayor y esto está directamente relacionado con la disforia de género⁶, ya que a comparación de quienes no la tienen, el no reconocimiento constante a la identidad de género de una persona trans se puede convertir en situaciones de rechazo social y de discriminación; que, a su vez, es una de las experiencias que produce mayores alteraciones a nivel emocional, generando que las personas trans lleguen a aislarse

socialmente o perder el interés por su vida social y emocional.

Es apropiado aclarar que al señalar el término de disforia de género, no se alude como tal a una patología, pues como se expone, contempla el entorno como una de las causas fundamentales por las cuales se causa afectación a las personas trans. Por tanto, corresponde a una mirada con un mayor enfoque desde el modelo del reconocimiento, donde no recae la causa de este tipo de problemáticas a la condición de la persona, sino que esta subyace de causas estructurales asociadas con las construcciones sociales.

En consecuencia, al no ser considerados como pares o iguales en etapas tempranas en donde el sujeto comienza a construir su identidad, el desconocimiento o prejuicio conlleva a que se genere el *bullying* o matoneo en el ámbito escolar, el cual no termina cuando culmina esta época, ya que las experiencias y recuerdos perduran en el tiempo y esto genera que estos individuos crezcan y se desarrollen con bajos niveles de autoestima y tendencia a la depresión.

En este sentido, Silva & Mejía (2015) explican que el paso de la adolescencia hacia la adultez es complejo para todos los sujetos y más aún cuando se le añade el proceso de transición de género, porque los cambios a nivel psicológico y corporal que se dan en esta etapa complejizan el proceso de transición en las personas trans. Una de las consecuencias de la inconformidad de género más frecuentes que se ha observado en los estudios a esta población es la baja autoestima, pues esta podría ser la causal para la adquisición o el desarrollo de un trastorno depresivo.

A partir de lo anterior, las personas trans evidencian tasas más altas de suicidios, conductas riesgosas, violentas o autolesivas como el *cutting*⁷ y actitudes negativas hacia

6. El término disforia hace referencia a un disgusto, malestar, desajuste, etc.; por lo tanto, la disforia de género alude al malestar producido por el género y el sexo asignado al nacer.

7. Hábito de autolesión generalmente para la expresión de sentimientos que ocurre mayormente en adolescentes, se utilizan elementos corto-punzantes con el fin de agredir o cortar diferentes partes del cuerpo como el antebrazo, muslos o abdomen.

sí mismos, generando que los mecanismos de adaptación a su medio no sean óptimos, no solamente en la etapa de infancia o adolescencia, sino también en la etapa adulta. Aunado a esto se conoce que en el ámbito social inmediato quien actúa como un facilitador para que la depresión aparezca y se agudice con el tiempo, es decir la sociedad actúa más como el facilitador que como el desencadenante.

La adquisición de conductas de riesgo solo preserva y aumenta la presencia de sentimientos negativos en el sujeto, debido a que la depresión tiende a alterar en forma irracional la percepción tanto de sí mismos como del mundo que les rodea, haciendo que los hábitos autolesionantes se conviertan en estilos de vida y es por ello que el abuso de sustancias psicoactivas, alcohol o cigarrillo, las peleas callejeras, el sexo apresurado y sin protección, modificaciones corporales, entre otras, se vuelvan recurrentes dentro de la población.

Respecto a las alteraciones a nivel perceptual causadas por la depresión, se puede afirmar que las modificaciones corporales son realizadas por las personas trans con el fin de acercarse más al sexo deseado y así mismo de mitigar un poco los sentimientos negativos que produce un cuadro depresivo. Según Álvarez (2019) la modificación corporal genera en las personas trans un reconocimiento social que les da cierto estatus, pues la percepción de los demás sobre el propio sujeto será diferente al igual que el trato; sin embargo todo esto lleva a este autor a plantearse cuál es el sentido del lugar de sí mismo en las personas trans.

Se podría decir entonces que la depresión es un trastorno emocional el cual tiene sus bases en lo psicológico, alterando algunos de los procesos cognitivos básicos y superiores en el individuo, tales como la sensación, la percepción, atención, pensamiento, motivación, entre otros; sin embargo, la consecuencia de este trastorno retorna directamente en lo conductual pues los actos realizados por el sujeto siempre tenderán a la autolesión y el nulo cuidado de sí mismos.

ANSIEDAD

La ansiedad también es otro de los factores psicoemocionales que las personas transgénero comúnmente presentan en su diario vivir. Estos estados emocionales se pueden definir como una respuesta automática ante determinadas situaciones que representen un riesgo para el bienestar del sujeto; la ansiedad presenta dos divisiones fundamentales, ya que los sujetos pueden presentar niveles de ansiedad normales en situaciones de exposición social, sintiendo algún tipo de miedo o estrés; sin embargo también se puede encontrar la ansiedad de tipo clínico la cual afecta en todas las áreas de ajuste del sujeto (ansiedad generalizada) o en un solo estímulo (ansiedad específica), esta se puede dar por fobias, obsesiones, manías, exposición social, entre otras; siendo la fobia a la exposición social la más frecuente en la población trans.

Esta fobia o trastorno de la exposición social (TAS) se determina por el temor y la evitación a interactuar en situaciones sociales en las que el sujeto siente poder estar siendo juzgado o evaluado por diferentes razones, ya sea por su forma de vestir, el modo de hablar, su voz u otras, en muchas ocasiones la realidad es otra puesto que los demás personajes pueden muy bien no estar pensando en eso (Campo, Vanegas & Herazo, 2017).

De lo anterior se puede deducir que en la mayoría de personas trans existen ya unas experiencias previas tanto negativas como positivas y esto explicaría el por qué se crea una expectativa aprehensiva en el sujeto hacia las situaciones sociales, esperando siempre el rechazo, una calificación negativa o una humillación por parte de los otros.

Continuando con la idea de Campo, Vanegas & Herazo (2017), el TAS suele conllevar un curso crónico⁸ y generalmente sus primeras manifestaciones se dan entre los 10 a los 20 años. Para este trastorno

8. El término crónico hace referencia a una patología o enfermedad que se padece por un muy largo tiempo y generalmente es de lento progreso.

también existen algunas bases genéticas que se desencadenarán con más rapidez dependiendo de los estresores ambientales, pero cuando una persona no tiene esta predisposición genética –pero atraviesa por situaciones traumáticas tales como la discriminación, violencia, etc.– también se crea esta fobia a nivel psicológico en el sujeto, la disminución o prevención de estos sentimientos en edades más avanzadas o en la etapa adulta dependerá directamente de la psicoterapia y el manejo que se le dé.

También es necesario aclarar que este trastorno de ansiedad social se encuentra muy relacionado en forma comórbida con el trastorno depresivo mayor, debido a la ansiedad; pues puede generar una alteración o modificación en los estados emocionales del sujeto y así mismo modificar su curso.

Rojas (2018) también afirma que las mujeres trans (MTF) tienen menos apoyo social a comparación de los hombres trans (FTM) en todos o la mayoría de ámbitos en los que se desenvuelve una persona trans, por ejemplo en lo laboral, pues a los hombres trans se les facilita un poco más la adaptación a este contexto y se les da la oportunidad; a nivel social y afectivo los hombres trans demuestran tener relaciones interpersonales y sentimentales más estables ya sea con personas transgénero o cisgénero y a comparación de las mujeres trans se les tiende a esconder o mantener una relación sentimental clandestina generando también discriminación y estigmatización hacia ellas.

Se puede deducir que la sensación de inestabilidad e inseguridad se mantiene durante la vida de las personas trans constantemente, en todos los ámbitos en los que se desarrolle su identidad y así mismo todas estas experiencias se van construyendo y cimentando en los esquemas cognitivos centrales de los sujetos, generando una tendencia de adelantarse a los hechos y de generar ansiedad antes de que ocurran.

MODELO DE ESTRÉS DE LAS MINORÍAS (MEM)

El estrés es otro factor que influye progresivamente en el desarrollo de la identidad causando que las personas trans sufren de algún nivel de estrés antes, durante y después de su transición de género debido a los diferentes factores psicosociales que les rodean. Este modelo retoma y analiza de forma explícita los estigmas, prejuicios y discriminación que afrontan no solo las personas trans sino también quienes practican el travestismo, personas gay, lesbianas, bisexuales, entre otras.

Según Barrientos et. al. (2019) los efectos del estrés en la población más exactamente en las minorías sexuales o de género, se evidencian principalmente por las prácticas discriminatorias que la comunidad mantiene en contra de la población trans y de las percepciones negativas hacia ésta, a este proceso se le ha denominado como “homofobia o transfobia interiorizada” y se caracteriza por el propio rechazo hacia su orientación o identidad acompañada por una evaluación negativa de sí mismos.

Igualmente estos autores reconocen dos tipos de estresores que se configuran como un riesgo inminente para estas personas, en primer lugar se reconocen los estresores distales que hacen referencia a situaciones específicas de discriminación, pensamientos machistas o heteronormativos y rechazo. Cabe aclarar que este primer tipo de estresor será de mayor o menor influencia dependiendo del tipo de sociedad en la que se encuentre el sujeto.

Se encuentran los estresores proximales, los cuales recaen directamente en las experiencias previas del sujeto, generando diferentes percepciones y reacciones frente a las situaciones antes mencionadas.

En consecuencia, el MEM explicaría las diferencias en las alteraciones a la salud mental de una persona transgénero en comparación a una persona cisgénero, pues

el tipo de estrés que las minorías sexuales deben afrontar es único y crónico ya que se mantiene estable en el tiempo debido a que las creencias y pensamientos están enraizados en una estructura social fuerte, en donde también se torna más difícil realizar algún tipo de modificación a nivel social con el fin de generar aceptación.

Contexto familiar

La familia es otro factor importante en la conformación de una identidad en una persona trans puesto que es allí donde se generan los valores, normas y costumbres en cualquier individuo. Según Ruiz (2017), el ambiente familiar es el primer espacio donde el sujeto se puede desarrollar y construir emociones a través de la interacción social, la cual determinará las normas de la conducta social, el rol en las relaciones interpersonales, las bases para la identidad sexual, la identidad de género, el desarrollo psicológico, entre otros.

Es importante aclarar que no solo el sujeto es quien debe atravesar por un proceso de transición, los miembros de la familia también deben hacerlo también, a medida que lo hace el sujeto. Ahumada, Wozny, Del Carmen & Zúñiga (2018) reconocen una serie de etapas las cuales denominan como “etapas de salida del closet familiar” las cuales se explicarán a continuación y así mismo se debe tener en cuenta que no necesariamente se cumplen en el orden descrito, pues si bien para algunos puede ser un proceso en donde se sienten incómodos, obligados y rechazados, para otros la familia puede facilitar en gran medida este proceso porque pueden aceptar la nueva identidad de género con más calma.

La primera etapa se denomina descubrimiento y la develación, que consiste en el conocimiento por parte del núcleo familiar sobre la identidad de género del individuo; en segundo lugar se encuentra la turbulencia, en este estadio los miembros de la familia generalmente atraviesan por un caos emocional, igualmente está

la negociación en la cual los miembros de la familia generan conciencia sobre la identidad entendiendo que no es una etapa momentánea; es el espacio para comprometerse con el proceso de transición, finalmente vendría el equilibrio en donde los aspectos emocionales de ambas partes tienden a estabilizarse, la identidad de género deja de ser un secreto, se opta por integrar al individuo con la familia extensa o amigos volviendo a su vida habitual con las costumbres y hábitos generales.

Se puede afirmar que las familias no siempre aceptan la transición de la mejor manera, desarrollando conductas negativas hacia ellos. Este rechazo social por parte del núcleo familiar puede causar cuadros de depresión fuertes en el joven, debido a la sensación de incertidumbre y miedo que puedan experimentar pues según Ruiz (2017), la construcción de una identidad se desarrolla desde la infancia, modificándose y estructurándose hasta la adolescencia y además es un proceso transitorio de alta complejidad, por ende este rechazo genera sufrimiento en el adolescente llevándolo incluso a una deserción escolar y a la pérdida de interés por todas las actividades.

Después de tomar la decisión de expresar su identidad de género y hacerla más pública dentro del núcleo familiar puede generar ciertas reacciones o respuestas en los demás miembros, para ello Ahumada, Wozny, Del Carmen & Zúñiga (2018), afirman que en la teoría Parental Acceptance-Rejection (PAR⁹), las expresiones de afecto o rechazo o las conductas de las personas son significativas para el sujeto y que generalmente es la familia puesto que son personas de gran importancia, pero aun así también explica que la violencia física no se logra comparar con la violencia psicológica, pues las consecuencias emocionales por un rechazo verbal o una palabra fuerte por parte de un ser querido hiere más que cualquier afición física.

Es por ello que la teoría propone cuatro fases: en primer lugar, está la *fase de calidez*

9. Aceptación-Rechazo Parental.

la cual se puede definir como cualquier factor o aspecto positivo a nivel conductual y emocional por parte de los miembros de la familia hacia la persona que está realizando la transición, por lo tanto cualquier expresión de afecto como abrazos, besos, palabras de apoyo, etc. hacen parte de esta fase y es por ello que para este tipo de familias la aceptación se dará de forma más fácil.

En segundo lugar se encuentra la *fase de hostilidad-agresión*, la cual según esta teoría es todo lo contrario a la anterior, ya que esta tipología familiar tiende a actuar o reaccionar de forma hostil agrediendo al individuo de forma física o psicológica por causa de su identidad de género. Igualmente se presenta la *fase de indiferencia-descuido*, allí se puede reconocer que los padres o cuidadores tienden a apartarse emocionalmente al momento de enterarse de la transición del sujeto, a pesar de no reaccionar de forma violenta o expresar malas palabras los miembros de la familia ya no estarán tan disponibles como antes, al igual que la provisión de necesidades materiales llegando a tornarse en actos negligentes.

Y por último, la *fase de rechazo-indiferencia*, propone que los miembros de la familia pueden seguir presentes, pero sin ninguna expresión ni buena ni mala; es decir, no existen expresiones de afectos ni de odio, no hay charlas amenas, no dan opiniones, la mayoría de personas trans definen esta fase como una expresión de amor y cuidado nula.

En razón a lo anterior es posible concluir que el núcleo familiar trae muchas consecuencias para el individuo, generando a su vez que adopte unas respuestas conductuales muy significativas para el desarrollo de su identidad. Aun así, el tipo de familia y la cohesión que se maneje en cada caso serán importantes para la continuación de un buen proceso de construcción de la identidad.

CONCLUSIONES

Uno de los hallazgos más significativos encontrados en la revisión teórica está enfocado en los sentimientos y emociones

negativas, producidas y construidas a lo largo de las transiciones. En tal sentido, se puede concluir que no se dan por la disforia de género como generalmente se cree pues este factor no es una enfermedad o patología como lo describe el Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales (DSMV, por sus siglas en inglés).

Las alteraciones emocionales se producen según el análisis por las constantes exclusiones, violencias físicas y psicológicas a las que son expuestos, lo cual les ayuda a construir creencias centrales negativas sobre sí mismos, que conllevan a las alteraciones emocionales; siendo las mujeres trans las más afectadas.

Partiendo de lo anterior, las consecuencias emocionales comienzan a salir a la luz desde la etapa escolar debido a que sus pares son los primeros en mantener conductas violentas. Así pues la depresión es la alteración más frecuente en las personas trans y esto es porque la construcción de creencias negativas se basan mayormente por la opinión y creencias externas.

Estas creencias generan que el sujeto no tenga una buena autoestima y se autoevalúe fuertemente; pues al evaluarse tan duramente se produce una sensación de inconformismo al no cumplir con las exigencias del medio externo (sociedad) y como resultado son las prácticas autolesivas que son muy frecuentes en la depresión, tales como el cutting, ideación o conducta suicida, abuso de sustancias psicoactivas, entre otras.

En tal sentido, las experiencias de vida negativas en las personas trans conlleva a que tienda a aislarse y a pensar que los demás sujetos siempre les harán daño. Se entiende el daño como violencia física y psicológica. Es por ello que la solución más fácil la encuentran en el aislamiento social, sin embargo esta decisión hará que el sujeto tenga más prevalencia en la presentación de un cuadro depresivo, pues al no contar con redes de apoyo o socialización secundaria no podrá expresar sus sentimientos y/o emociones y como es bien sabido, siempre es bueno expulsar todos esos sentimientos

negativos internos que aquejan la salud y estabilidad mental.

Consecuentemente la ansiedad también se configura como una de las alteraciones generadas directamente por el *bullying* o exposición social que las personas trans experimentan en el ámbito escolar y de allí parten estos sentimientos, los cuales – con el transcurso del tiempo– solo se irán profundizando hasta el punto de generar malestar e interferir en la socialización con sus pares.

Las vivencias negativas desde el ámbito escolar originan en el sujeto una cierta aversión a las situaciones sociales, como entablar nuevas amistades, hablar en público, reuniones sociales, etc., pues como se crea una expectativa de rechazo no se tiende a pensar objetivamente y solo se basan en lo que creen les puede llegar a ocurrir. Como consecuencia de ello, los niveles de ansiedad se aumentan generando que la persona no logre desenvolverse con la misma tranquilidad y seguridad que cualquier otro sujeto.

Igualmente se puede concluir que las personas trans no siempre cuentan con apoyo en el ámbito académico y bajo el contexto laboral se siguen manteniendo prácticas discriminatorias. En el contexto sentimental existen factores que preservan los prejuicios en contra de las mujeres trans porque se tiende a llevar relaciones amorosas a escondidas, por la falta de seguridad y afrontamiento de los hombres cisgénero heterosexuales y es debido también al constante matoneo al que se pueden ver sometidos los cisgénero por parte de sus pares, pues la creencia machista en ellos aún se preserva; en especial, en los jóvenes.

Esta situación de exclusión o clandestinidad en las relaciones sentimentales se puede presentar debido a que a las mujeres trans se les reconoce un poco más fácil en sus rasgos físicos, por lo tanto estarán a la vista pública y por ello los

hombres cisgénero tienden a evitar cualquier situación que le ponga en desventaja.

En el caso de los hombres trans es totalmente diferente porque los rasgos en ellos no se notan fácilmente y, por lo tanto, no estarán tan visibles ante la crítica social, pero sin embargo se tienden a invisibilizar, generando entonces una sensación de inestabilidad y falta de apoyo que, a su vez, genera ansiedad por la incertidumbre hacia la soledad y su futuro.

En cuanto al estrés psicológico que sufren las minorías sexuales es fuerte; se dice que todas las personas tienen un cierto tipo de estrés que ayuda a sobrevivir en el día a día, sin embargo a las personas trans se les debe añadir su transición de género, lo cual dificulta un poco más el proceso para superarlo.

En consecuencia, no es solo el sujeto quien transita, las personas que están a su alrededor también lo hacen, por ende se deben acoplar a su nueva identidad y utilizar el nuevo nombre, el trato diferente y demás situaciones. Es claro que para ellos también es un proceso largo y de adaptación en donde se pueden experimentar situaciones negativas para ambas partes, todo dependerá de las reacciones que tengan los miembros de la familia en cuanto a este tema. Las creencias, los esquemas centrales, costumbres, etc., harán que cada quien tome positiva o negativamente la noticia, lo ideal será que el sujeto siempre obtenga apoyo emocional y físico para disminuir cualquier nivel que les produzca malestar.

La familia al ser un factor importante durante y después del proceso de transición del sujeto, ayudará a generar estabilidad en la persona a nivel emocional y le orientará a crear valores y a tener creencias acordes al tipo de sociedad en que se encuentren. Cuando no se cuenta con este apoyo, se dificulta más el proceso de transición y las alteraciones emocionales son más frecuentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Ahumada, M., Wozny, M., Del Carmen, S., & Zúñiga, M. (2018). Narrativas de construcción identitaria de mujeres trans. *Revista digital de ciencias sociales MILLCAYAC*, Vol. 5 (Núm. 9). Obtenido de <http://revistas.uncu.edu.ar/ojs/index.php/millca-digital/article/view/1361>
- » Álvarez, A. (2019). El sentido del lugar de uno en mujeres trans adultas de la Ciudad de México: riesgos corporales e identitarios. *Revista Porto Alegre*, Vol. 21 (Núm. 52), Pp. 50-72. Obtenido de <https://www.scielo.br/pdf/soc/v21n52/1517-4522-SOC-15174522-v21n52-p50.pdf>
- » Barrientos, J. (2016). Situación social y legal de gays, lesbianas y personas transgénero y la discriminación contra estas poblaciones en américa latina. *Sexualidad, Salud Y Sociedad Revista Latinoamericana* (Núm. 22), Pp. 331-354. Obtenido de <https://www.scielo.br/pdf/sess/n22/1984-6487-sess-22-00331.pdf>
- » Basterrechea, J., Bonilla, N., Borrero, L., Bottaro, G., & Fuentes, L. (2017). Concepciones sobre transexualidad en estudiantes de Medicina de la Universidad de Carabobo. *Salus*, Vol. 21 (Núm 1), Pp. 10-15. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/3759/375952385003.pdf>
- » Cadena, P., Rendón, R., Aguilar, J., Salinas, E., De la Cruz, F., & San Germán, J. (2017). Métodos cuantitativos, métodos cualitativos o su combinación en la investigación: un acercamiento en las ciencias sociales. *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, Vol. 8, (Núm. 7), Pp. 1603-1617. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/2631/263153520009.pdf>
- » Campo, A., Vanegas, J., & Herazo, E. (2017). Orientación sexual y trastorno de ansiedad social: una revisión sistemática. *Revista Chilena de Neuropsiquiatría*, Vol. 55 (Núm. 2), Pág. 93-102. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/3315/331552284004.pdf>
- » Coyotzin, R. (2019). Derechos humanos de las personas trans: en búsqueda de la identidad y la justicia social. Cuadernos de la codhem, 9, pp. 1-27. Obtenido de <https://www.codhem.org.mx/LocalUser/codhem.org/htm/dhs/personas.pdf>
- » Chávez, M., Zapata, J., Petrzalová, J. & Villanueva, G. (2018). La diversidad sexual y sus representaciones en la juventud. *Psicogente*, 21(39), pp. 62-74. <http://doi.org/10.17081/psico.21.39.2822>
- » Durango, H, Vélez A. (2018). Procesos de subjetivación en la construcción de género no heteronormativo en una persona con discapacidad motora. Universidad de Antioquia. http://ayura.udea.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/3482/1/D0364_DurangoHenaoAlexandra_VelezMoraAna_ProcesosSubjetivacionGenero_2018_TG.pdf
- » García, A. (2019). Tacones, siliconas, hormonas. Teoría feminista y experiencias trans en Bogotá (Vol. Vol. 1.). Bogotá: Siglo del Hombre.
- » Griscti, S. (2018). Depresión en población LGTBQIA: El gris del arcoíris. Una revisión sistemática. Obtenido de https://sifp.psico.edu.uy/sites/default/files/Trabajos%20finales/%20Archivos/griscti_tfg_final_nov_5.pdf
- » Lengua Parra, A. R. (2018). Tesis: la trans-formación del derecho: la protección del derecho a la identidad de las personas trans desde el derecho internacional de los derechos humanos. Lima. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/12032/Lengua_Parra_Transformaci%3fb3n_derecho_protecci%3fb3n1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- » López. (2018). Impacto de la disforia de género en personas transexuales. Obtenido de https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/20887/L%C3%B3pezFabeiro_Natalia_TFG_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- » López, F. (2016). El reconocimiento legal de los grupos transgénero y el derecho a la identidad. Obtenido de <Http://Repositorio.Uta.Edu.Ec/Bitstream/123456789/23788/1/Fjcs-De-958.Pdf>
- » Lozano, J. (2018). Prácticas de autocuidado y apoyo en mujeres transgénero residentes en Bogotá, durante sus procesos de tránsito de género. *Revista Latinoamericana*, Vol. 10(Núm. 1), Pág. 99-119. Obtenido de http://vip.ucaldas.edu.co/revlatinofamilia/downloads/Rlef10_6.pdf
- » Orozco, J., & Díaz, A. (2018). ¿Cómo redactar los antecedentes de una investigación cualitativa? *Revista Electrónica de Conocimientos, Saberes y Prácticas*, Vol. 1 (Núm. 2).
- » Pérez, M. (2017). “La cadena sexo-género-revolución. *Artigos*, 25(2), pp. 435-451. Obtenido de <https://www.scielo.br/pdf/ref/v25n2/1806-9584-ref-25-02-00435.pdf>
- » Ramírez, B. (2017). La identidad como construcción de sentido. *Andamios- Revista de investigación social*. Vol. 14. Núm. 33. Pp. 195-216. Obtenido De <Http://Www.Redalyc.Org/Pdf/628/62849641009.Pdf>
- » Restrepo, M., Sánchez, E., Vélez, M., Marín, J., Martínez, L., & Gallego, D. (2017). Trastorno depresivo mayor: una mirada genética. *Revista Diversitas: Perspectivas en Psicología*, Vol. 13 (Núm. 2), pp. 279-294. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67955745012>
- » Rojas, M. (2018). Relación entre el apoyo social percibido y los sintoma de ansiedad y depresión en población transexual/transgénero. Obtenido de <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/31728/TFM000967.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- » Ruiz, E. (2017). Tesis: Depresión y apoyo familiar en personas transgénero. Revisión de literatura empírica acerca de la relación entre depresión y apoyo familiar en personas transgénero. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13484/Tesis%20final%20de%20Tatiana%20Ruiz.pdf?sequence=1>
- » Silva, I., & Mejía, O. (2015). Autoestima, adolescencia y pedagogía. *Revista Electrónica Educare*, Vol. 19(Núm. 1), pp. 241-256. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1941/194132805013.pdf>
- » Sentiido. (2014). *El bullying por homofobia debe salir del clóset*. Obtenido de <https://sentiido.com/el-bullying-por-homofobia-debe-salir-del-closet/>
- » Sentiido. (2016). *¡Listos los resultados de la primera encuesta de bullying LGBT de Colombia! 9 voces opinan*. Obtenido de <https://sentiido.com/listos-los-resultados-de-la-primer-encuesta-de-bullying-lgbt-de-colombia-9-voces-opinan/>
- » Sevilla, A., Aparicio, M., & Limiñana, R. (2018). La salud de adolescentes y adultos transgénero: Revisión sistemática desde la perspectiva de género. *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación*, Vol.1 (N. 50), pp. 5-20. Obtenido de <https://www.aidep.org/sites/default/files/2019-01/RIDEP50-Art1.pdf>
- » Turban, J., Shadianloo, S., Vries, A., & Zucker, K. (2018). Transgénero y jóvenes no conformes con su género. *Manual de Salud Mental Infantil y Adolescente. Otros trastornos Cap. 3*, pp. 1-30. Obtenido de <https://iacapap.org/content/uploads/H.3-gender-identity-Spanish-2018.pdf>

Diseño de los lineamientos generales para la indexación de la Revista Derecho y Realidad

I. Definición de los lineamientos generales de la Revista Derecho y Realidad

1. Generales

Nombre: Revista Derecho y Realidad
Publicación: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Institución: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia
Versión impresa ISSN No.1692-3936
Periodicidad: semestral
Período de publicación: enero–junio de 2020
Número de ejemplares: 100
Dirección postal: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Biblioteca Central. Avenida del Norte Tunja, Boyacá, Colombia.
Dirección electrónica de la Revista: derechoyrealidad@uptc.edu.co,
publicaciones@uptc.edu.co
Auditorio al que se dirige: comunidad científica, académica y público en general comprometido o interesado con la producción investigativa, reflexiva y doctrinal en los campos del derecho, las ciencias sociales y humanas.
Editor: UPTC, Dirección de Investigaciones –DIN-.

Aeroenvíos:
Revista Derecho y Realidad
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC
Dirección: Avenida Central del Norte, Tunja, Boyacá, Colombia. Tunja, Boyacá
Mayor información: PBX: (8) 7405626

2. Misión y visión

Misión

La Revista Derecho y Realidad contribuye a la divulgación científica y tecnológica de la producción intelectual e investigativa, portadora de nuevo conocimiento de profesores e investigadores de la comunidad universitaria y científica, para el desarrollo del derecho y las ciencias sociales y humanas, sobre la base de la formación integral, del pensamiento pedagógico, la ética, la cultura, la crítica y la efectividad de los derechos humanos, sociales, económicos y ecológicos, que identifican la esencia de este medio y la misión de la UPTC.

Visión

Ser reconocida nacional e internacionalmente como una revista que, a través de la divulgación de los resultados científicos, del desarrollo y la innovación, teje redes de producción para la integración, la construcción de pensamiento y de prácticas centrados en modelos de vida interesados en el bienestar social, para la transformación de la cultura jurídica y las normativas tradicionales.

3. Objetivos de la Revista

- Divulgar la producción de nuevo conocimiento, ciencia y tecnología, que aportan los investigadores y profesores a partir del desarrollo investigativo en el proceso de mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad y la sociedad.
- Incentivar la cultura de la investigación pedagógica, científica, tecnológica y crítica, que articule la producción de las ciencias sociales, humanas y normativas, especialmente por su relación con el derecho como objeto de estudio y problematización, en la medida de su papel para la construcción de sociedades basadas en la convivencia pacífica y la integración regional e internacional.
- Aportar a la acumulación y la construcción de modelos pedagógicos y alternativos que contribuyan a la formación de ciudadanos comprometidos con la identificación de problemáticas y propuestas de soluciones de sus propias realidades, entornos y territorios, el cuidado de la vida, los conocimientos y saberes teóricos y prácticos sobre diversos aspectos para la solución de conflictos de la realidad sociojurídica, local, regional, nacional e internacional.

4. Pautas para los autores

La Revista Derecho y Realidad es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. De acuerdo con sus objetivos y su carácter científico, incluye artículos de investigación catalogados según las siguientes categorías que establece Publindex:

1. Artículo de investigación científica y tecnológica. Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
2. Artículo de reflexión. Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
3. Artículo de revisión. Documento resultado de una investigación terminada, en el que se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones, publicadas o no, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.
4. Artículo corto. Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.
5. Reporte de caso. Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
6. Revisión de tema. Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.

7. Traducción. Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.

8. Documento de reflexión no derivado de investigación.

Al enviar los artículos los autores deben tener en cuenta los siguientes requisitos:

a) Todo artículo debe ser resultado de una investigación científica, ser original o inédito y no estar postulado para la publicación simultánea en otras revistas u órganos editoriales. El autor o autores garantizan esta condición en el documento de cesión de derechos.

b) Por tratarse de una publicación arbitrada, todo original será sometido a un proceso de revisión y dictamen, así:

- Una primera valoración por parte de los delegados de los comités Editorial y Científico, con el fin de evaluar el contenido y el cumplimiento de las normas de publicación.
- Una segunda evaluación por parte de un par académico (modalidad ciego), quien, en su condición de experto, determinará la originalidad, la calidad y la pertinencia del contenido y emitirá el dictamen correspondiente.
- La decisión final de publicación o de rechazo se comunicará al autor en un plazo máximo de tres meses.

c) La revista se reserva el derecho de:

1) publicar, tanto en soporte impreso como en medio electrónico, las colaboraciones recibidas, con el propósito de divulgarlas a la comunidad académica y científica nacional e internacional, directamente como a través de intermediarios.

2) solicitar modificaciones y decidir si el material se publica totalmente, por entregas o solo un extracto.

3) introducir modificaciones necesarias para adecuar el texto a las normas y estilo de la revista.

6. Requisitos formales de los artículos para publicar

1. El artículo deberá contener:

a. Título.

b. Resumen bibliográfico del autor (es).

Nombre(s) y apellido(s), profesión, estudios de pregrado y universidad, estudios de posgrado y universidad, cargo profesional o académico actual, institución a la

-
- que está(n) adscrito(s) y correo electrónico.
- c. Categoría del trabajo de investigación: por ejemplo: resultado de investigación, artículo de ciencia y de reflexión, ponencia, conferencia.
 - d. Nombre del proyecto de investigación del cual proviene el escrito.
 - e. Sumario (contenido): máximo cuatro niveles de titulación.
 - f. Resumen no mayor de 150 palabras, que abarque el contenido del artículo.
 - g. Abstract o traducción del resumen al inglés.
 - h. Palabras clave (máximo 10) que den una idea de los temas fundamentales que aborda el artículo, en español y en inglés.
 - i. Metodología de investigación.
 - j. Introducción (sin numeración).
 - k. Cuerpo del trabajo: presenta el contenido de acuerdo con los niveles de titulación enunciados en el sumario.
 - l. Resultados: hallazgos que arrojó su investigación.
 - m. Conclusiones.
 - n. Referencias: listar en estricto orden alfabético del primer apellido del autor únicamente las obras citadas en el texto.
 - o. Notas de pie de página: deberán usarse solo para aclaraciones, no para referencias bibliográficas.
 - p. Bibliografía: si se incluye, esta deberá corresponder a obras que el autor recomienda a los interesados en profundizar sobre el tema.

Nota: las citas, notas de pie de página y referencias bibliográficas deben seguir la metodología establecida por la American Psychological Association –APA– en su Manual de estilo:

<http://www.apastyle.org/faqs.html>. <http://apastyle.org/previoustips.html>.

2. Reglas de presentación:

- a. El texto debe presentarse en Word, fuente Arial de 11 puntos, a 1.5 de espacio, formato carta, en los cuatro bordes y numerado en la parte superior derecha.
- b. Las tablas y gráficos deberán numerarse en orden seguido, tener el título correspondiente, la fuente (si son elaboración propia o en su defecto, indicar la fuente de donde se tomaron) y enviarlas en archivo aparte en el programa original en que fueron elaboradas.
- c. Es responsabilidad del autor conseguir los permisos o cancelar los derechos de autor de las imágenes (fotografías, figuras, etc.) que incluya en el artículo que pertenezcan a otras personas.

3. Correo para envíos:

Todos los trabajos deben enviarse al correo electrónico de la revista en texto Word, con el formato del acta de aceptación y cesión de derechos debidamente diligenciado (el acta de aceptación y cesión de derechos se adjunta como anexo a este documento). Correo electrónico: derechoyrealidad@uptc.edu.co, publicaciones@uptc.edu.co

ACTA DE ACEPTACIÓN Y CESIÓN DE DERECHOS

Señores:

REVISTA DERECHO Y REALIDAD

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–

Tunja - Boyacá

En virtud de lo previsto en los artículos 76 y 77 de la Ley 23 de 1982 de la República de Colombia, y las demás normas internacionales sobre derechos de autor, y con la finalidad de que la revista pueda disponer del material adjunto, por medio de la presente autorizo(amos) la publicación en soporte impreso y en medio electrónico, siempre y cuando se haga sin fines de lucro, y con el propósito de divulgar el mismo a la comunidad académica y científica nacional e internacional, de acuerdo con las condiciones establecidas por el Comité Editorial de la revista, del artículo titulado:

cuyo autor es (son) el (los) firmantes:

Garantizamos que el artículo no ha sido publicado antes y que he(amos) obtenido permiso del titular del derecho de autor para reproducir en el artículo y en todos los medios el material que no es propio, que el artículo no contiene ningún planteamiento ilícito y que no infringe algún derecho de otros.

No obstante lo anterior, como autor(es) conservo(amos) los derechos morales y patrimoniales de autor, y autorizo(amos) la reproducción del artículo en la revista sin limitaciones en el tiempo o número de ejemplares, con la condición de que deberán identificarme(nos) como autor(es) del mismo y no alterar el texto sin mi (nuestro) consentimiento.

Por último, como autor(es) me (nos) reservo (amos) igualmente el derecho de realizar copias de todo o parte del trabajo para uso personal, incluyendo presentaciones, la enseñanza en aulas por sí o por parte de otros, procurando que las copias no sean puestas a la venta o distribuidas de un modo sistemático afectando la novedad y originalidad del artículo.

Asimismo, como autor(es) podremos utilizar todo o parte del artículo, después de la publicación en la revista, en un libro propio o en una colección de trabajos del (los) autor(es).

Manifiesto(amos), igualmente, que el contenido de este artículo ha sido revisado y aprobado por todos los firmantes y manifiesto(amos) que estoy (amos) de acuerdo con su publicación.

Nombre(s) y firma(s):

C.C.

C.C.

C.C.

C.C.

Fecha:

CERTIFICATE OF ACCEPTANCE AND TRANSFER OF RIGHTS

Messrs

REVISTA DERECHO Y REALIDAD

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–

Tunja – Boyaca

Under the provisions of Articles 76 and 77 of Law 23 of 1982 of the Republic of Colombia, and other international standards on copyright, and in order that the magazine may use the enclosed material, through hereby I authorize the publication in print and electronic media, provided it is done without profit, and for the purpose of publicizing it to the academic and scientific community, national and international, according to the conditions set by the Editorial Committee of the magazine, of the article entitled:

whose author is the signatory:

I guarantee that the article has not been published before and that I have obtained permission from the copyright holder to reproduce in the article and in every way the material which is not my property; that the article does not contain any illegal approach and does not infringe any rights of others.

Nevertheless, as the author, I retain moral and economic rights, and I authorize the reproduction of the article in the magazine without limitations in time or number of copies, provided that the journal must identify me as author thereof and not alter the text without my consent.

Finally, as the author, I reserve also the right to make copies of all or part of the work for personal use, including presentations, classroom teaching by myself or by others, ensuring that the copies are not offered for sale or distributed in a systematic way affecting the novelty and originality of the article.

Also, as the author, I can use all or part of the article, after the publication in the journal, into an own book or in a collection of works of the author.

I also manifest that the content of this article has been reviewed and approved by all signatories and express that I agree its publication.

Name (s) and signature (s):

C.C. _____ C.C.

C.C. _____ C.C.

Date:

