

TEMAS DE DERECHOS GENERACIONALES

- La corrección moderada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las niñas y niños no emancipados según la jurisprudencia de la Corte Constitucional** 11
ERIC LEIVA RAMÍREZ
ANA LUCÍA MUÑOZ GONZÁLEZ
- Legal panorama on regulations regarding the rights of older persons in Colombia** 23
OMAR HUERTAS DÍAZ
- Derechos Humanos y transcurso de la vida. Los Derechos Humanos en la vejez ¿son derechos diferentes?** 31
MARÍA ISOLINA DABOVE

GÉNERO, ETNIAS Y VIOLENCIA

- Violencia sexual: la guerra en contra de los derechos de las mujeres** 41
NAYIBE PAOLA JIMÉNEZ RODRÍGUEZ
- Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante** 49
MARCELA ROA AVELLA
- De la invisibilidad al esencialismo. La alteridad negra en el marco del multiculturalismo constitucional** 71
MARTHA ISABEL ROSAS GUEVARA
- La tensión entre los polos institucional y relacional en el debate actual sobre el “fortalecimiento” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comentarios con motivo de la XLII Asamblea General de la OEA** 81
BJÖRN ARP

DERECHOS HUMANOS Y ÁMBITOS INSTITUCIONALES

- Homosexualidad y gerencia social. El encuentro del ciudadano con las instituciones** 95
JOSÉ MIGUEL SEGURA GUTIÉRREZ
- Derechos humanos en las organizaciones de Armenia: Una evaluación de eventos de vulneración en los empleados** 109
JOSÉ G. CARVAJAL OROZCO
JULIÁN A. VALENCIA GARCÍA
- Responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas “Títulos jurídicos de imputación y reparación de víctimas”** 127
LUCERO RÍOS TOVAR

ISSN 0123-2614 novaetvetera

revista de derechos humanos

Nova et Vetera es una revista académica arbitrada que se edita desde el año de 1990 bajo el auspicio de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), en la ciudad de Bogotá, D. C. (Colombia). Tiene una periodicidad anual y se ocupa de la publicación de artículos de investigación y reflexión en el área de los derechos humanos (DDHH). Está abierta a todos los investigadores y estudiosos de los DDHH en el mundo y recibe artículos escritos originalmente en español, portugués e inglés.

Editor científico

Jaime Mejía Gutiérrez | jaime.mejia@esap.edu.co

Editor administrativo

Manfred Acero Gómez | revistas.esap@gmail.com

Comité editorial

Beatriz Londoño Toro, PhD Universidad del Rosario, Colombia

William Leguizamón Acosta, PhD ESAP, Colombia

Pablo Guadarrama González, PhD Universidad Central Marta Abreu de las Villas, Cuba

Omar Huertas Díaz, Mg Universidad Nacional, Colombia

Carlos José Herrera Jaramillo, PhD Secretaría de Educación del Distrito, Colombia

Comité científico externo

Jokin Alberdi Bidaguren, PhD Universidad del País Vasco, España

Henry Torres Vásquez, PhD Universidad Libre de Colombia, Colombia

María Eugenia Ibarra Melo, PhD Universidad del Valle, Cali, Colombia

Liliana Mayer, PhD(c) FLACSO, Argentina

Antonio Pelé, PhD Inst. de DDHH "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, España

Coordinador editorial

Roger Alexander Reyes Rojas | nova.vetera@esap.gov.co

TRADUCCIONES: Carol O'Flynn Chaves (inglés) / Roanita Dalpiaz (portugués)

PORTADA E ILUSTRACIONES: Agradecemos al maestro Diego Arango Ruiz por permitir la reproducción de sus obras en portada y a lo largo de las secciones de esta edición.
Correo-e: arango952@hotmail.com

CANJE Y SUSCRIPCIONES: Por su naturaleza académica, la revista *Nova et vetera* no tiene costo. Sin embargo, las personas naturales o las instituciones interesadas en vincularse como suscriptores pueden solicitar al correo electrónico de la revista que se les otorgue una "suscripción por donación". El suscriptor deberá asumir el costo del envío local o al extranjero.

INFORMES: nova.vetera@esap.gov.co | (57) (1) 2202790, ext. 7016

DIAGRAMACIÓN, IMPRESIÓN Y ACABADOS

Imprenta Nacional de Colombia, año 2011



Escuela Superior de
Administración Pública

DIRECTIVAS

María Magdalena Forero Moreno
Directora Nacional (E)

Olga Liliana Sandoval Rodríguez
Subdirectora de Proyección Institucional (E)

Jaime Antonio Quiceno Guerrero
Subdirector Académico (E)

María Magdalena Forero Moreno
Subdirectora de Alto Gobierno

María Fernanda Moreno
Subdirectora Administrativa y Financiera (E)

Luisa Fernanda Sierra Aldana
Secretaria General

Olga Liliana Sandoval Rodríguez
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Sandra Marcela Rojas Macías
Jefe de la Oficina Asesora de Planeación

Eurípides González Ordóñez
Jefe de la Oficina Control Interno

Isabel Ortiz Serrano
Decana Facultad de Investigaciones

Juan Fernando Contreras
Decano Facultad de Posgrado

Luz Stella Parrado
Decana Facultad de Pregrado

Facultad de Investigaciones, ESAP
Bogotá, D.C., Calle 44 No. 53-37, CAN.
pbx. 2202790, ext. 7230 / 7232
facultad.investigaciones@esap.edu.co
www.esap.edu.co

Apreciados lectores y lectoras:

CELEBRAMOS EN ESTA EDICIÓN la llegada por primera vez de una mujer a la Dirección Nacional de la ESAP, como nombramiento hecho por el Gobierno Nacional en la persona de la profesional Elvia Mejía Fernández. La igualdad en las oportunidades, en el accionar de hombres y mujeres en la conducción de organizaciones es un objetivo esencial en los derechos constitucionales, legales y humanos. Deseamos para esta distinguida dama, nacida en la costa atlántica, experimentada en el ejercicio ejecutivo, profesional y disciplinar en variadas entidades públicas y en diferentes programas sociales, los mayores éxitos. Le damos así la bienvenida a los altos oficios académicos.

Siempre debemos intentar ser contemporáneos en la vida académica, atrevernos a mirar los acontecimientos y los hechos con la responsabilidad que nos obliga el análisis de coyunturas o las evaluaciones que hacemos sobre las expresiones estructurales de los complejos socio-culturales que inventamos o transferimos como modelos de organización política y comunitaria. En el caso colombiano, nos movemos en el marco constitucional que promueve y respeta los Derechos Humanos a la manera de la concepción occidental, suscribiendo los pactos y acuerdos regionales e internacionales.

Recientemente se ha establecido por parte del gobierno una política pública de diálogos con actores armados insurgentes, que han actuado en contra de la población civil y han violado constantemente el Derecho Humanitario Internacional, han secuestrado, han usado la tortura, también han saqueado recursos e implementado sistemas de cultivos ilegales con participación activa en el tráfico de drogas. ¿A cuántos sacerdotes, a cuántos líderes comunitarios y civiles han asesinado? ¿A cuántos campesinos y a sus familias han desplazado y esclavizado? ¿A cuántos jóvenes y niños han reclutado, sometiendo a servidumbre? Las cifras son disputadas por organizaciones sociales, organismos públicos, agencias internacionales, ONG, investigadores individuales y expresiones de pesquisas académicas.

Esta revista y la ESAP comparten la política del diálogo, las conversaciones de paz, las respaldan, las animan y esperan, como institución académica del Estado, un final feliz, unos resultados positivos para la formación de una sociedad más justa, equitativa e incluyente. Será preocupación en convicción pacifista, revisar los elementos de las condiciones del diálogo, lo que tiene en las mesas reunidas al gobierno, a las guerrillas, a los actores empresariales, etc. La academia debe brindar los espacios del diálogo civilizado, científico, técnico, filosófico, pero también debe tomar posiciones. No debe aceptarse la impunidad. La aplicación de la llamada justicia transicional debe tener límites en la valoración de los delitos y las acciones contra seres humanos, cometidos tanto por los guerrilleros como por el Estado.

Uno de los temas candentes se refiere al manejo de la política agraria, al uso y tenencia de la tierra, a la capacidad de democratizar la propiedad, a la orientación de la estrategia alimentaria, tanto de seguridad como de soberanía de la misma, a las formas de la inversión extranjera en compras y orien-



DIEGO ARANGO. De la serie: *Desaparecidos* N° 3, 2000.
Serigrafía, pintura digital, 92 x 170 cm.

taciones productivas de las tierras, a la política de conservación de suelos y ecosistemas vitales. En próximas ediciones haremos un esfuerzo académico de revisión de este tema fundamental. Cuando en cierta ocasión se le preguntó a Aristóteles qué podría conseguir un hombre mediante la mentira, contestó: “Que no se le crea cuando diga la verdad” (Diógenes Laercio, Vidas, Aristóteles, XI). Como dice Julio Ernesto Marulanda Buitrago, un marsellés preocupado por la vida de la comarca, por los seres humanos, por las familias y sus tradiciones, “necesitamos tierra buena”.

Nos solidarizamos con las familias y amigos de los líderes comunitarios que han sido asesinados y perseguidos por defender los derechos de restitución de tierras, defendemos esta extraordinaria política pública del actual gobierno y del Estado colombiano, pues nos encamina a los actos civilizatorios de la reparación y la justicia, en medio de garantías y convivencia pacíficas.

Derechos generacionales

En el presente número, tenemos la contribución sobre “La corrección moderada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las niñas y niños no emancipados según la Jurisprudencia de la Corte Constitucional” de los investigadores Éric Leiva Ramírez y Ana Lucía Muñoz González, tema trascendente en el marco de la educación actual, que tantos problemas acarrea a profesores, directivos, docentes y padres de familia.

En el ámbito del “Panorama legal sobre la regulación de los derechos de los adultos mayores en Colombia”, Ómar Huertas Díaz nos adentra a una situación contemporánea esencial, a una realidad demográfica, a la gran responsabilidad social de la solidaridad y la cooperación.

En la misma línea, María Isolina Dabove se pregunta en su artículo si los derechos humanos en la ancianidad son diferentes, cuál sería su alcance y para qué servirían. Además, reflexiona sobre si es necesario desarrollar una nueva especialidad denominada “Derecho de la Vejez”.

Género, etnias y violencia

Un tema fundamental en la discusión de medios de comunicación, iniciativas legislativas y consternación de la sociedad por los episodios cotidianos en contra de las mujeres, “Violencia sexual: la guerra en contra de los derechos de las mujeres” de Nayibe Paola Jiménez Rodríguez.

Siguiendo la preocupación por la igualdad de género y la no discriminación en el artículo sobre “Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante” de la profesora Roa, se encuentran observaciones destacadas en este asunto crucial.

En “De la invisibilidad al esencialismo. La alteridad negra en el marco del multiculturalismo constitucional” de Martha Isabel Rosas Guevara encontramos un debate sobre el multiculturalismo y los roles étnicos que vemos

destacar en las reflexiones sociales y organizacionales de las relaciones humanas y el respeto a los derechos esenciales de comunidades raizales.

El artículo sobre “La tensión entre los polos institucional y relacional en el debate actual sobre el “fortalecimiento” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comentarios con motivo de la XLII Asamblea General de la OEA”, del profesor Björn Arp, se constituye en un pilar del debate en las esferas de actuación de las cortes y en el manejo de los procesos de justicia en defensa de los afectados por las acciones crueles de actores con poder desmedido y desbordado.

Derechos Humanos y Ámbitos Institucionales

En un asunto controvertido, difícil de tratar, encontramos una contribución muy importante en Homosexualidad y gerencia social. El encuentro del ciudadano con las instituciones, de José Miguel Segura Gutiérrez.

El estudio regional sobre “Derechos Humanos en las organizaciones de Armenia: Una evaluación de eventos de vulneración en los empleados” de José G. Carvajal Orozco y Julián A. Valencia García, nos encuentra con realidades que debemos afrontar en la consecución de la legalidad y la convivencia.

El trabajo sobre “Responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas. Títulos jurídicos de imputación y reparación de víctimas”, propuesto por Lucero Ríos Tovar, nos encamina a las instancias más relevantes de los compromisos en la reparación de las víctimas como un hecho social y constitucional del momento nacional.

Finalmente, quisiéramos insistir en la necesidad de que logremos el acto de verdad en medio de las conversaciones o diálogos de paz. En un sesudo ensayo Samuel Johnson, el escritor inglés, una de las figuras más notables de la literatura inglesa, dijo: “La característica peculiar de la falsedad y la mentira es que se ve detestada tanto por las buenas personas como por las malas”. Dice sir Thomas Brown que: “ni siquiera los malvados se mienten entre ellos, porque la verdad es algo que necesita todo grupo, incluso aquel que se dedica a hacer el mal” (Johnson, 2010: 174).

Un saludo especial a todos los lectores, a todos los académicos que nos acompañan con sus escritos y nos enseñan tanto, a toda la comunidad de la Escuela Superior de Administración Pública.

Jaime Mejía Gutiérrez
EDITOR CIENTÍFICO

Valued readers:

In this issue we celebrate the arrival of Elvia Mejía Fernández, the first woman ever appointed by the National Government to the National Direction of the ESAP. Equal opportunities for men and women in directing organizations is an essential objective in terms of constitutional, legal and human rights. We wish the greatest success to this distinguished woman from the Atlantic coast who has had considerable professional experience as an executive in a variety of public entities and in different social programs. We thus welcome her to this high academic office.

We should always try to be contemporary in academic life and we dare to look at events and facts with the responsibility required for the analysis of conjunctures or the evaluations that we do of structural expressions of the socio-cultural complexes that we invent or transfer as models of political and community organization. In the case of Colombia, we work within the constitutional framework that promotes and respects human rights in the sense in which it is understood in the western world, signing all the relevant regional and international pacts and agreements.

The Colombian government has recently established a public policy of dialogues with armed insurgents that have acted against the civil population and constantly violated International Humanitarian Law, they have kidnapped and used torture, and they have also stolen resources and implemented systems of illegal crops with active participation in drug trafficking. How many priests, how many community leaders and civilians have they murdered? How many campesinos and their families have they displaced and enslaved? How many young people and children have they recruited, subjecting them to servitude? The figures are disputed by social organizations, public entities, international agencies, NGOs, individual researchers and expressions of academic inquiries.

This magazine and the ESAP itself agree with the policy of dialogue and the peace talks. They support and encourage them and, as a public academic institution, they hope for a happy ending with positive results for the formation of a more just, equitable and inclusive society. It will be a concern based on a pacifist conviction, to review the elements of the conditions of dialogue that have brought the government, the guerilla, and representatives of the private business sector, etc. together at the negotiating table. The academic world should offer the space for civilized scientific, technical, philosophical dialogue, but it must also take positions. Impunity should not be accepted. The application of transitional justice should have limits in the valuation of crimes and actions against human beings that have been committed either by the guerrilla or by the State.

One of the hottest topics refers to the management of agrarian policy, to the use and ownership of land, to the capacity to democratize property, to the orientation of food strategy, in terms of both security and sovereignty regarding food, to the forms that foreign investment takes in the purchase and productive orientation of land, to conservation policy regarding soil and

vital ecosystems. In upcoming issues we will make an academic effort to review this fundamental topic. When Aristotle was asked on a certain occasion what could a man obtain by lying, he answered, “that they won’t believe him when he tells the truth” (Diógenes Laercio, *Vidas, Aristóteles*, XI). As Julio Ernesto Marulanda Buitrago, a native of Marseille who is concerned about the life of the region, about the human beings, about the families and their traditions says, “We need good land.”

We express our solidarity with the families and friends of the community leaders who have been murdered and persecuted for defending the rights to the restitution of lands. We thus defend this extraordinary public policy of the present government and the Colombian State, since it sets us on the path to the civilizing acts of reparation and justice in a context of guarantees and peaceful coexistence.

Generational rights

In the present issue we present the article “Moderate Correction and the Right to Free Development of the Personality of Non-Emancipated Boys and Girls According to the Jurisprudence of the Constitutional Court” contributed by researchers Éric Leiva Ramírez and Ana Lucía Muñoz González. This is a transcendental topic within the current framework of education that causes many problems for professors, directors, teachers and parents.

In his article “Legal Panorama on Regulation of the Rights of the Elderly in Colombia,” Ómar Huertas Díaz introduces us to an essential contemporary situation, to a demographic reality, and to the great social responsibility of solidarity and cooperation.

Following the same argument, Maria Isolina Davobe asks herself whether human rights in old age are different rights, what their scope would be, and what purpose would they serve. In fact, she suggests if it is necessary to develop a new speciality denominated “Old age law”.

Gender, ethnic groups and violence

A fundamental topic in any discussion of the mass communications media, legislative initiatives, and social consternation about daily episodes of violence against women is dealt with in “Sexual Violence: the War Against the Rights of Women” by Nayibe Paola Jiménez Rodríguez.

This preoccupation with gender equality and non-discrimination continues in the article “Battered Women and Exclusion of Responsibility. A Gender-based View of Legitimate Defense and the State of Exculpatory Necessity” by Professor Roa, who presents outstanding observations on this crucial matter.

“From Invisibility to Essentialism. Black Alterity within the Framework of Constitutional Multiculturalism” by Martha Isabel Rosas Guevara presents a debate about multiculturalism and the ethnic roles pointed out in social

and organizational reflections on human relations and respect for the essential rights of raizal (native) communities.

“The Tension between the Institutional and Relational Poles in the Current Debate on the ‘Strengthening’ of the Inter-American Human Rights Commission. Comments on the Occasion of the 42nd General Assembly of the OAS” by Professor Björn Arp, has already become a pillar of the debate in the spheres of action of the courts and in the management of justice processes in defense of persons affected by the cruel actions of those with excessive and uncontrolled power.

Human Rights and Institutional Spheres

“Homosexuality and Social Management. The Encounter of the Citizen with the Institutions” by José Miguel Segura Gutiérrez constitutes a very important contribution on this controversial and difficult matter to deal with.

In the regional study “Human Rights in the Organizations of Armenia: An Evaluation of Events of Transgression of Employees’ Rights” by José G. Carvajal Orozco and Julián A. Valencia García, we find ourselves faced with realities that we must face in the quest for legality and peaceful coexistence.

The work “Extra-Contractual Responsibility of the State for Terrorist Acts. Legal Titles of Imputation and Victim Reparation,” proposed by Lucero Ríos Tovar, guides us to the most relevant instances of commitment to victim reparation as a social and constitutional fact of the present moment in the life of the nation.

Finally, we wish to insist on the need to achieve the act of truth amidst the peace dialogues or conversations. In a wise essay, Samuel Johnson, one of the most notable figures of English literature, said: “The peculiar characteristic of falsehood and lies is that it is detested as much by good people as by bad.” Sir Thomas Brown said that: “not even bad people lie among themselves because the truth is something that every group needs, even those that are dedicated to doing evil” (Johnson, 2010: 174).

A special greeting to all our readers, to all the academics that accompany us with their writings and teach us so much, and to the entire community of the Escuela Superior de Administración Pública.

Jaime Mejia Gutierrez
SCIENTIFIC EDITOR



temas de derechos generacionales

novaetvetera



DIEGO ARANGO. Pintura digital, serigrafía, 228 x 76 cm.

La corrección moderada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las niñas y niños no emancipados según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Eric Leiva Ramírez*

Ana Lucía Muñoz González**

INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes de la sociedad occidental ha existido una norma primigenia que le ha servido de base: la autoridad que ejercen los mayores (adul-

RESUMEN

La corrección moderada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las niñas y niños no emancipados según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La patria potestad como un derecho – deber que tienen los padres para con sus hijos, poseía una concepción de absoluto –y en bastantes ocasiones– de omnipotente en relación a la crianza y educación de los hijos. Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, este derecho ha perdido su carácter de absoluto, para volverse en relativo cuando el ejercicio del mismo se ve enfrentado a los derechos que poseen los hijos que aun no han cumplido la mayoría de edad, especialmente, cuando del derecho al libre desarrollo de la personalidad se trata. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha establecido unos criterios que permiten resolver la eventual confrontación que se pueda presentar entre el derecho que poseen los padres de educar y criar a sus hijos con respecto al derecho del libre desarrollo de la personalidad que ellos (los hijos) como personas poseen y por ende, debe ser garantizado. Sin embargo, el Estado no puede intervenir en la crianza de los hijos que aun no han cumplido la mayoría de edad (salvo las excepciones que consagra el ordenamiento jurídico), razón por la cual, la Corte Constitucional considera que se hace necesario establecer unos límites al ejercicio de estos derechos.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad, libre desarrollo de la personalidad, corrección moderada, proporcionalidad entre derechos.

ABSTRACT

Moderate Correction and the Right to Free Development of the Personality of Non-Emancipated Boys and Girls According to Jurisprudence of the Constitutional Court

Patria potestad, as the rights and duties of parents with respect to their children, was considered absolute – and on many occasions – almost omnipotent in relation to the upbringing and education of children. Since the Political Constitution of 1991 entered into effect and the Constitutional Court began to hand down its jurisprudence, this concept has lost its absolute nature and has become relative when its exercise enters into conflict with the rights of under-age sons and daughters, especially when the right to free development of one's personality is involved. The jurisprudence of the Constitutional Court has established some criteria that make it possible to resolve possible confrontations between the right of parents to educate and raise their children with respect to the right to free development of personality that they (the children) have as persons, and therefore should be guaranteed. However, the state cannot intervene in the upbringing of children who have not yet come of age (save the exceptions stipulated in the legal ordering), for which reason the Constitutional Court considers it necessary to establish some limits on the exercise of said rights.

KEY WORDS: *Patria Potestad*, free development of personality, moderate correction, proportionality of rights

RESUMO

A correção moderada e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade das crianças não emancipadas segundo a jurisprudência da Corte Constitucional

O pátrio poder como um direito-dever que os pais têm para com seus filhos possuía uma concepção de absoluto – e em muitas ocasiões – de onipotente com relação à criação e educação dos filhos. Com a entrada em vigor da Constituição Política de 1991 e a jurisprudência da Corte Constitucional, esse direito perdeu seu caráter de absoluto para se tornar relativo quando o seu exercício se vê enfrentado aos direitos que possuem os filhos que ainda não são maiores de idade, especialmente quando se trata do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. A jurisprudência da Corte Constitucional estabelece uns critérios que permitem resolver a eventual confrontação que possa se apresentar entre o direito que os pais possuem de educar e criar seus filhos a respeito do direito do livre desenvolvimento da personalidade que eles (os filhos) como pessoas possuem e, conseqüentemente, deve ser garantido. Contudo, o Estado não pode intervir na criação dos filhos que ainda não são maiores de idade (salvo as exceções que o ordenamento jurídico consagra), razão pela qual a Corte Constitucional considera que é necessário estabelecer uns limites ao exercício desses direitos.

PALAVRAS CHAVE: pátrio poder, livre desenvolvimento da personalidade, correção moderada, proporcionalidade entre direitos.

* Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia. Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Docente e Investigador Universitario.

Correo-e: ea.leiva60@uniandes.edu.co, eric.leiva@ugc.edu.co

** Estudiante de Licenciatura en Educación Básica con énfasis en Humanidades y Lengua Castellana de la Pontificia Universidad Javeriana.

Correo-e: amunozg@javeriana.edu.co

CORREO IMPRESO: Carrera 6 No. 13-40, Facultad de Derecho – Unidad de Proyección Social, Bogotá, D.C., Colombia.

Leiva Ramírez, Eric y Muñoz González, Ana Lucía. 2012. La corrección moderada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las niñas y niños no emancipados según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Nova et Vetera* 21 (65): 11-22.

Recibido: agosto de 2011 / Aprobado: marzo de 2012

tos) sobre las personas menores (niños y niñas) de la comunidad. Dicha característica social se vio reflejada de manera especial en el derecho romano con la figura que adoptó el Código Civil colombiano y que se denomina patria potestad, la cual estaba radicada únicamente en el *pater familias* (Medellín 2000, 45).

Sin embargo, en la modernidad y más concretamente para el caso colombiano, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el concepto de patria potestad ha sido modificado, especialmente en lo que concierne al carácter de absoluto que este gozaba, viéndose limitado, entre otras razones, por el derecho que tienen las hijas e hijos no emancipados¹ a desarrollar libremente su personalidad en un ambiente sano y respetuoso que debe ser propiciado por la familia.

La presente investigación busca responder el siguiente problema jurídico: según la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ¿prima el derecho de corrección moderada de los padres sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de sus hijos no emancipados?

¹ Son niñas y niños no emancipados aquellas personas sobre las cuales recae el derecho de patria potestad. Un hijo o hija no emancipado (también denominado 'hijo de familia') adquiere la condición de emancipado cuando se presente un hecho que le ponga fin a la patria potestad y que pueden configurarse voluntariamente o por vía judicial y legal.

La emancipación voluntaria se efectúa a través de un instrumento en el cual los padres declaran emancipar al hijo adulto (el mayor de 18 años) y este consiente en ello. No valdrá esta emancipación si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa (para el caso de Colombia, los jueces de familia).

La emancipación legal se efectúa:

1º. Por la muerte real o presunta de los padres.

2º. Por el matrimonio del hijo.

3º. Por haber cumplido el hijo la mayoría de edad (para Colombia esta se adquiere a los 18 años).

4º. Por el decreto que da la posesión de los bienes de la madre o padre desaparecido.

La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

1ª. Por maltrato del hijo o hija.

2ª. Por haber abandonado al hijo o hija.

3ª. Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.

4ª. Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.

5ª. Cuando la niña o el niño hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas.

Para resolver el problema de investigación planteado, se hizo una selección de algunas providencias judiciales emitidas por la Corte Constitucional, aplicando como criterio para ello las obiter dicta empleadas por la entidad y que analizan la relación entre padres e hijos no emancipados. A su vez y para poder comprender los argumentos jurídicos expuestos en las sentencias, se hizo uso del método hermenéutico, instrumento de adquisición de conocimiento dentro de la tradición humanística y que se caracteriza por el estudio de documentos. En efecto, el texto es el objeto y al mismo tiempo el punto de partida y acontecimiento de esta comunidad metodológica porque su preocupación es la relación entre dicho texto y su escritor, su lector, su lenguaje y alguna perspectiva del mundo. Cada crítico enfatizará algunas de estas facetas, que se convertirán en parte de su búsqueda dialéctica del conocimiento (North 1987, 50 y ss.).

Para el caso en concreto de esta investigación, el método hermenéutico resulta propicio, toda vez que se estudiarán las providencias judiciales emitidas por la honorable Corte Constitucional que tengan relación con el problema jurídico propuesto.

En virtud de lo anterior, el orden mediante el cual se desarrolla el presente ensayo es el siguiente: en primer lugar, se brindará una definición de los conceptos de patria potestad y corrección moderada. Subsiguientemente, se relacionarán las nociones que posee el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los hijos no emancipados (y de los niños y niñas en general). A su vez, se realizará un análisis al test de proporcionalidad que aplica la Corte Constitucional, para resolver la confrontación que se presenta cuando el ejercicio de estos derechos ocurre de forma simultánea. Por último, se expondrán las conclusiones de la investigación realizada.

1. LA PATRIA POTESTAD

La *patria potestad* o la *potestad parental* se encuentra regulada en los artículos 62, 288 y siguientes del Código Civil colombiano, en donde se establecen las pautas básicas que permiten el funcionamiento y convivencia de la familia al concederles a los progenitores gozar de algunas facultades tendientes a facilitar el cumplimiento integral de los deberes que estos tienen para con sus hijos no emancipados. Dentro de estas potestades, se destaca aquella que les concede a padre

y madre, por regla general, encargarse de la representación y de la administración conjunta del patrimonio de los hijos de familia. Por ello, además de ser una herramienta a través de la cual se garantiza que la intervención de los menores en negocios civiles o comerciales se efectúe en condiciones de igualdad, que proteja su patrimonio y asegure la prevalencia de sus derechos, esta figura constituye un elemento material de las relaciones familiares y un parámetro esencial a partir del cual se hacen efectivos los derechos y las expectativas de los padres. (Valencia Zea 1995, 451 y ss.).

Tales dimensiones de la *potestad parental* han sido reconocidas por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

[..]

La patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). El ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados. En consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión (sentencia T-531 de 1992).

La patria potestad tiene como fundamento las relaciones jurídicas de autoridad que existen entre los padres frente a los hijos no emancipados, permitiéndoles el cumplimiento de los deberes que el ordenamiento jurídico les impone. Este derecho-deber concede a los padres el representarlos en todos los actos jurídicos y, con algunas limitaciones, el de administrar y gozar del usufructo de los bienes que los hijos no emancipados posean (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 25 de octubre de 1984).

El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores corresponde a los padres conjuntamente. A falta de uno, la ejercerá el otro. En efecto, la patria potestad solo pertenece al padre y a la madre, es decir, no rebasa el ámbito de la familia, y se ejerce respecto de todos los hijos, incluyendo a los adoptivos (sentencia C-1003 de 2007).

No obstante, debe precisarse que los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en favor del interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado:

[..]

Así las cosas, la patria potestad es un elemento material en las relaciones familiares en la medida que su ejercicio es garantía de la integración del hijo menor al núcleo familiar, el cual debe brindarle cuidado, amor, educación, cultura y en general una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental.

Desde esta perspectiva, el derecho constitucional preferente que les asiste a las niñas y niños, consistente en tener una familia y no ser separados de ella, no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad), sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos (sentencia T-378 de 1995).

El carácter instrumental de la figura, regida de manera preponderante por el interés del niño o la niña, fue reconocido en la sentencia C-997 de 2004 en los siguientes términos:

[..]

En el mismo sentido, la Carta Política de 1991 impuso a varios sujetos la obligación de asistir y proteger a los niños para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, señaló como obligados a la familia, a la sociedad y al Estado.

Este último a través de la legislación debe entonces establecer medidas y mecanismos para que dichos fines puedan ser eficazmente cumplidos, uno de esos instrumentos es la figura de la patria potestad.

[..] los derechos que se derivan de la patria potestad son derechos instrumentales, cuyo ejercicio, restrin-

gido única y exclusivamente a sus titulares, sólo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del menor.

Así las cosas, la patria potestad es un elemento material en las relaciones familiares en la medida que su ejercicio es garantía de la integración del hijo menor al núcleo familiar, el cual debe brindarle cuidado, amor, educación, cultura y en general una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental.

1.1 El derecho de corrección moderada de los padres frente a sus hijos

El derecho de corrección moderada se encuentra debidamente limitado a la no transgresión de los derechos inherentes del hijo no emancipado. Este avance es el principal cambio al paradigma que regía la autoridad parental, pues antes de la Constitución Política de 1991 el ejercicio de esta no gozaba de mayor limitación. Con la entrada en vigencia de la nueva Carta Política y con la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, el ejercicio de la corrección parental debe estar dirigido a la educación de la prole, sin que con ello se desconozca el ejercicio al desarrollo libre de la personalidad que tienen los hijos e hijas de familia, sin que esto desconozca la limitación que el ejercicio de este derecho debe tener si con ello se buscan el beneficio mismo del niño o adolescente, la estabilidad de la familia y los fines sociales y constitucionales que esta debe tener:

[...]

La facultad de sancionar a los hijos se deriva de la autoridad que sobre ellos ejercen los padres –indispensable para la estabilidad de la familia y para el logro de los fines que le corresponden– y es inherente a la función educativa que a los progenitores se confía, toda vez que, por medio de ella, se hace consciente al menor acerca de las consecuencias negativas que aparejan sus infracciones al orden familiar al que está sometido y simultáneamente se lo compromete a ser cuidadoso en la proyección y ejecución de sus actos. Por otro lado, la sanción impuesta a uno de los hijos sirve de ejemplo a los demás. Es importante observar que en el proceso de desarrollo psicológico del niño juega papel importante la sanción como elemento formativo.

En el trato con nuestros niños es esencial mantener un equilibrio entre el exceso y la ausencia de disciplina. Cerrar los ojos ante una pequeña travesura es una actitud muy sana, pero si la travesura se convierte en una continua falta de consideración, es necesario expresar desaprobación y exigir al niño un cambio (sentencia C-371 de 1994).

Sin embargo, el ejercicio de este derecho no puede en momento alguno vulnerar los derechos fundamentales que poseen los hijos de familia, quienes, como niñas y niños que son, gozan de especial protección por parte de la sociedad y del Estado. El ejercicio de la patria potestad debe ser moderado y carente de cualquier manifestación de violencia:

[...]

Es así como la patria potestad no puede traducirse en decisiones que violenten o transgredan los derechos fundamentales del menor. De hecho, por ejemplo, en aras de educar y corregir al hijo, el padre no puede maltratarlo y agredirlo sin atentar contra sus derechos fundamentales a la integridad personal y a la dignidad; tampoco puede el titular de la patria potestad tomar decisiones que afecten a sus hijos, contrarias o nugatorias de su condición de ser dotado de una relativa autonomía, salvo que con ellas el menor ponga en peligro su propia vida (sentencia T-474 de 1996).

El deber de educación de los padres comprende el respeto a la autonomía decisiva que poseen el niño y la niña. No obstante, padre o madre deben ejercer debidamente la autoridad dentro de los límites razonables para corregir. Ello significa que todo castigo debe ser proporcional a la falta cometida por el menor (Grosman Cecilia 2002, 168). Al respecto, la Corte Constitucional sostiene:

[...]

El derecho a la integridad física y moral consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal. Es conveniente considerar la armonía que debe haber entre el derecho-deber de corrección que tienen los padres con respecto a sus hijos y el derecho a la in-

tegridad física y moral de que son titulares todos los seres humanos. Los padres pueden, evidentemente, aplicar sanciones a sus hijos como medida correctiva, pero dicha facultad paterna no puede lesionar la integridad física y moral del menor bajo su potestad (sentencia T-123 de 1994).

2. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL²

La tipificación de este derecho es probablemente uno de los más grandes logros de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial por parte de los tribunales colombianos. La Constitución Política de 1991 lo consagra en el artículo 16, concediéndole el carácter de derecho fundamental, toda vez que es inherente a la persona humana. Al respecto, la Corte Constitucional lo define de la siguiente manera:

[...]

La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y de orden público (sentencia T-594 1993).

La Corte Constitucional ha señalado en varias de sus sentencias que dentro del concepto del derecho al li-

² Como el objeto de estudio de la presente investigación no es un estudio concreto del concepto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, fueron escogidas algunas sentencias de la Corte Constitucional que se encontraban inmersas en la relatoría elaborada por este tribunal judicial. Para la selección de las providencias judiciales se tuvo en cuenta que las *obiter dicta* que estas poseían, tuviesen la mayor generalidad posible y así extraer de ellas los aspectos necesarios (aunque elementales o básicos) para elaborar el concepto elemental, desde un punto de vista jurisprudencial, sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

bre desarrollo de la personalidad se encuentra inmersa la cláusula general de libertad, la cual considera que “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”.

El ámbito de aplicación que posee el derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido definido por la Corte Constitucional en estos términos:

[...] la libertad general de acción, esto es, “la libertad general de hacer o no hacer lo que se considere conveniente. La amplitud de su objeto se explica por el propósito del Constituyente de reconocer un derecho completo a la autonomía personal, de suerte que la protección de este bien no se limite a los derechos especiales de libertad que se recogen en el texto constitucional, sino que las restantes manifestaciones bajo la forma de derechos subjetivos de autonomía ingresen en el campo del libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, se ha sostenido con acierto que el mencionado derecho representa la cláusula de cierre de la libertad individual (sentencia T-542 de 1992).

El amplio campo de acción que posee el derecho al libre desarrollo de la personalidad acarrea intrínsecamente restricciones y limitaciones que necesariamente están inmersas dentro de los preceptos esenciales de todo ordenamiento jurídico (mandar, permitir o prohibir) y que repercuten directamente en el ejercicio de este derecho. En efecto, “las limitaciones que pueden imponerse a este derecho son aquellas que provienen de ‘los derechos de los demás’ y del ‘orden jurídico’. Sin embargo, no se remite a duda que la aplicación indiscriminada de limitaciones podría conducir a una inexorable erosión del contenido del derecho” (sentencia T-067 de 1998):

[...]

La Corte Constitucional se ha negado a aceptar que el libre desarrollo de la personalidad se circunscriba a proteger las acciones del sujeto que no hayan sido previamente limitadas por la ley: “El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquellas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución”.

La condición a la que se sujeta todo límite legal que pretenda restringir válidamente el libre desarrollo de la personalidad debe en la realidad asegurar un

ámbito de autonomía y de posibilidades subjetivas, en términos de competencias y de posiciones jurídicas individuales, adecuado y necesario en “una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política”.

No obstante, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no se reduce a la pretensión, por cierto legítima, dirigida a que las limitaciones legales a la libertad personal se ajusten a la Constitución Política. La Corte ha reconocido en el indicado derecho un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la Constitución Política. El artículo 16 de la Carta condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreducible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado. Ha dicho la Corte: “Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, en el sentido de su existencia” (sentencia C-221 de 1994).

La intangibilidad que posee el derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la completa autonomía que el individuo posee para trazarse a sí mismo y practicar su propio plan de vida, siempre y cuando no interfiera con los derechos fundamentales de los demás. A su vez, junto a esta intangibilidad “debe reconocerse que la persona humana como miembro de la comunidad tiene una condición social que constituye un factor para tener en cuenta por la ley con miras a armonizar el despliegue simultáneo de las libertades individuales y la necesaria conjugación de las conductas cuando ello sea necesario para alcanzar fines sociales merecedores de tutela constitucional” (sentencia T-523 de 1992).

Por lo anterior, resulta necesario diferenciar un campo de acción del derecho al libre desarrollo de la personalidad “donde el sujeto puede plantear ante las autoridades y los demás una pretensión absoluta de no injerencia, indispensable para que pueda forjarse un plan de vida propio, y un ámbito de libertad personal que tiene carácter *prima facie*, en el cual resulta menester armonizar debidamente las exigencias individuales y las comunitarias” (sentencia T-402 de 1992):

[...]

Tratándose de este ámbito de la libertad, las exigencias sociales solo podrán restringir válidamente la libertad si su finalidad se ajusta a la Constitución, si la medida legal es idónea respecto del fin pretendido, si la restricción es necesaria por no existir alternativa razonable menos limitativa de la libertad e igualmente eficaz y, finalmente, si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida.

Es importante subrayar que tratándose de facultades, posibilidades de acción, competencias y posiciones del individuo, referidas de manera directa a su plan de vida, que no afecta los derechos fundamentales de los demás, las injerencias de orden legal no están constitucionalmente permitidas, toda vez que ellas vulnerarían el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad (sentencia T-067 de 1998).

3. PROPORCIONALIDAD ENTRE EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LOS HIJOS Y EL DERECHO DE CORRECCIÓN MODERADA DE LOS PADRES

Para la Corte Constitucional, todo habitante del territorio colombiano, sin distingo alguno de edad, raza o sexo es titular del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, pues constituye emanación directa y principal del principio de dignidad humana (Constitución Política, artículo 1°):

[...] Sin embargo, el hecho de que el libre desarrollo de la personalidad sea uno de los derechos personalísimos más importantes del individuo, no implica que su alcance y efectividad no puedan ser ponderados frente a otros bienes y derechos constitucionales o que existan ámbitos en los cuales este derecho fundamental ostente una eficacia más reducida que en otros. Ciertamente, en tanto lo que este derecho protege son las opciones de vida que los individuos adoptan en uso de sus facultades de juicio y autodeterminación, es natural que la protección constitucional a las mismas sea más intensa cuanto más desarrolladas y maduras sean las facultades intelecto-volitivas de las personas con base en las cuales éstas deciden el sentido de su existencia (sentencia T-474 de 1996).

Lo anterior no solo encuentra fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación, sino también en lo dispuesto por el artículo 12-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991), en donde se establece que “los Estados parte garantizarán al niño *que esté en condiciones de formarse un juicio propio* el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, *en función de la edad y madurez del niño*”.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en torno a la posibilidad de que las niñas y niños adopten decisiones relacionadas con aspectos esenciales de su entorno vital. Aunque estos fallos no se han ocupado del alcance del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de hijas e hijos de familia, sí han fijado algunos parámetros generales que ameritan su descripción y análisis.

La primera decisión de la Corte Constitucional objeto de estudio hace referencia a la posibilidad de un menor adulto de decidir aspectos relativos a su identidad sexual, luego de haber sido emasculado accidentalmente y, como consecuencia de ello, sometido a una reeducación de sexo a fin de convertirlo en mujer, todo lo anterior sin su consentimiento. El menor, quien se rebeló contra todo tratamiento médico que implicara la imposición de una identidad sexual distinta a la masculina, recurrió a la acción de tutela con el fin de ser retornado a su condición inicial de varón.

En esa oportunidad, la Corporación estimó que, aunque, en ciertos casos, es legítimo que los padres y las autoridades adopten decisiones médicas en beneficio de los menores de edad, aun en contra de su voluntad, estas no pueden llegar hasta el punto de desconocer por completo la autonomía del menor, quien debe ser considerado como “una libertad y una autonomía en desarrollo”.

Así, en este tipo de casos, “el juez constitucional debe llevar a cabo un ejercicio de ponderación entre la autonomía del menor y el principio paternalista –conforme al cual los padres y las autoridades deben proteger los intereses de aquél– que consulte los siguientes elementos: (1) la urgencia e importancia del tratamiento para los intereses del menor; (2) el impacto del tratamiento en la autonomía actual y futura del menor; y (3) la edad del menor” (sentencia T-477 de 1995).

Con base en el análisis combinado de estos elementos, la Corte Constitucional concluyó que en el caso de aquellos tratamientos médicos que tiendan a la definición o modificación de la identidad sexual de un menor de edad, se debe contar con el consentimiento expreso de este, comoquiera que la sexualidad constituye un elemento inmodificable de la identidad de la persona, en el cual “no cabe determinismo extraño” (sentencia T-477 de 1995).

Posteriormente, esta corporación debió ocuparse del caso de un menor adulto enfermo de cáncer, próximo a la mayoría de edad, quien se negaba a recibir una transfusión sanguínea en razón de una prohibición impuesta por sus creencias religiosas.

El padre del menor recurrió a la acción de tutela, a fin de que se protegieran los derechos fundamentales a la vida y a la salud de su hijo, los cuales se encontraban gravemente amenazados en razón de su negativa a recibir la anotada transfusión de sangre.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional estimó que los menores de edad podían escoger libremente sus creencias religiosas y actuar de conformidad con ellas, siempre y cuando tal ejercicio no atentara contra su derecho a la vida, caso en el cual la intervención de los padres y de las autoridades públicas era legítima. A juicio de la Corporación, la capacidad de los menores y, por ende, el ámbito en el cual se despliega la protección del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad tienden a ampliarse en cuanto el menor de que se trate se acerque a la edad en que, según la ley, se presume la capacidad (mayoría de edad) o, dicho de otro modo, “la incapacidad [del menor] será inversamente proporcional a su edad hasta llegar a los dieciocho años” (sentencia T-474 de 1996).

De igual modo, la Corte Constitucional consideró que la capacidad de los menores se encontraba supe- ditada a la complejidad de los asuntos sobre los cuales se produce su decisión. En este sentido, si tales asuntos están relacionados con la vida o la integridad o afectan derechos de terceros, la capacidad del menor podrá ser complementada por la de los padres o el Estado. Por último, esta Corporación señaló “que la intervención de los padres y del Estado en tales decisiones solo es legítima si está destinada ‘al logro del bienestar del menor’ ” (sentencia T-474 de 1996).

En otra decisión judicial, la Corte Constitucional estableció la constitucionalidad de la norma que sancionaba la no utilización del cinturón de seguridad en los automóviles de modelo posterior al año de 1985. Aunque en esta ocasión no se encontraba de por medio la decisión de un menor de edad frente a la cual un adulto o el Estado pretendieran intervenir, la Corporación estableció una serie de elementos de juicio con base en los cuales determinar la constitucionalidad de las medidas de intervención sobre la autonomía de las personas.

En primer lugar, la Corte Constitucional determinó que, en Colombia, las medidas perfeccionistas, es decir, aquellas que tienden a la imposición de un modelo de virtud, vulneran las disposiciones constitucionales que protegen el pluralismo y la autonomía individual (Constitución Política, artículos 1º, 7º, 16, 17, 18, 19 y 20), motivo por el cual se encuentran prohibidas. Sin embargo, la Corporación estimó que son admisibles aquellas “medidas de protección coactiva de los intereses de la propia persona” o “medidas de protección” que tiendan a proteger las facultades decisorias de individuos que se encuentren en situaciones que “les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos” (sentencia C-309 de 1997).

Según la Corte Constitucional, este tipo de medidas son constitucionalmente legítimas siempre y cuando sean razonables y proporcionadas, lo cual se comprueba mediante la utilización del denominado juicio de proporcionalidad. En este sentido, la medida de que se trate (1) debe estar orientada a la protección de valores que tengan un sustento constitucional expreso; (2) debe ser eficaz; (3) debe ser la medida menos lesiva de la autonomía individual o, en otros términos, su legitimidad “se encuentra en proporción inversa al grado de autonomía y competencia de la persona para tomar decisiones libres en relación con sus propios intereses”; y (4) debe ser proporcional en sentido estricto, lo cual significa, por una parte, que la carga impuesta por la medida debe ser menor que los beneficios que se busca obtener a través de la misma y, de otro lado, la medida no puede invadir el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En opinión de la Corporación, tal invasión se produce cuando la medida “se traduce en una prohibición de un determinado proyecto de realización personal y de una opción vital, aun cuando ella sea riesgosa para

intereses que la propia Constitución considera valiosos como la vida o la salud” (ibidem).

A partir de los elementos señalados en las tres providencias judiciales antes reseñadas, es posible efectuar un ejercicio de abstracción y generalización dirigido a establecer las variables principales que han de tenerse en cuenta en la determinación del alcance que, en un cierto caso, debe otorgarse al libre desarrollo de la personalidad de un menor de edad.

En efecto, para la Corte Constitucional, la primera variable está constituida por la madurez psicológica del menor que efectúa una determinada decisión, susceptible de ser protegida por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Sobre este particular, el tribunal constitucional colombiano ha señalado que la protección deparada por el anotado derecho fundamental es más intensa si son mayores las facultades de autodeterminación del menor de edad, las cuales –se supone– son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad. Esta regla también ha sido formulada conforme a una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que este adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas (sentencia SU-642 de 1998).

La segunda variable para tener en cuenta en la determinación del alcance del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad está constituida por la materia sobre la cual se produce la decisión que adopte la niña o el niño no emancipado. Como ocurre en el caso del derecho a la igualdad, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad es un *derecho de carácter relacional*, lo cual significa que protege las decisiones de las personas frente a algún asunto particular o, dicho de otro modo, *protege la autonomía para decidir respecto de algo*.

Sobre este particular, la Corte Constitucional estima que pueden distinguirse dos situaciones: primera, el asunto sobre el que se produce la decisión solo interesa a quien la adopta y no afecta derechos de terceros ni compromete valores objetivos del ordenamiento que otorguen competencias de intervención a las autoridades, motivo por el cual el ámbito decisorio se encuentra incluido dentro del núcleo esencial del de-

recho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y, segunda, la decisión versa sobre un asunto que compromete derechos de terceros o se relaciona con valores objetivos del ordenamiento que autorizan la intervención de las autoridades, caso en el cual el asunto objeto de la decisión se localiza en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en la que, como es sabido, son admisibles aquellas restricciones que sean razonables y proporcionadas (sentencia SU-642 de 1998).

En el primer caso, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad despliega una eficacia máxima, motivo por el cual la protección que depara es absoluta. Consecuente con ello, no existen posibilidades de intervención sobre las decisiones que en ese ámbito se produzcan, pues, de lo contrario, resultaría afectado el núcleo esencial del anotado derecho. Ejemplo de este tipo de decisiones son aquellas que se relacionan con la identidad sexual de los individuos frente a las cuales, como se vio, la Corte ha señalado que “no cabe determinismo extraño” (sentencia T-477 de 1995).

En la segunda eventualidad, el nivel de protección desplegado por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad se ve reducido de manera proporcional a la protección que también es necesario dispensar a los derechos de terceros que resulten involucrados por la decisión de que se trate o por las competencias de intervención que ostenten las autoridades públicas (sentencia T-474 de 1996).

Lo anterior puede producirse en ámbitos como la vida, la integridad personal, la salud o la educación, que, además de constituir derechos fundamentales individuales, también son valores objetivos del ordenamiento en cuya promoción, defensa y protección las autoridades pueden intervenir, todo esto sin desmedro del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (sentencia C-309 de 1997).

Aunque para efectos analíticos sea posible establecer una separación entre las dos variables antes descritas, en la práctica estas se encuentran fuertemente ligadas, habida cuenta del señalado carácter relacional que posee el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

Ciertamente, las capacidades de autodeterminación de los individuos tienden a afirmarse y fortalecerse a

medida que estos, a través de la educación y de la experiencia, aprehenden aspectos cada vez más amplios de su entorno vital. En este sentido, es probable que una persona con niveles amplios de información y conocimientos pueda decidir de manera autónoma e informada frente a un mayor número de asuntos que un individuo que no dispone de ellos. Por este motivo, la aplicación a los casos concretos de las dos variables estudiadas no constituye un análisis en dos niveles, sino una construcción paralela en la cual resulten puestas en evidencia las posibilidades decisorias de una niña y un niño³ frente a uno o varios asuntos específicos.

El test de proporcionalidad solo se aplica al ámbito relativo del derecho donde es preciso advertir la existencia de un derecho *prima facie* a la libertad cuyo alcance y prevalencia no pueden establecerse a priori sin analizar la legitimidad constitucional del interés social en juego que, de verificarse positivamente, podría reducir en mayor o en menor medida el alcance de la autonomía individual:

[...]

El anotado test no tiene, de otra parte, una intención uniforme. En la medida en que la regulación legal restrictiva se acerca al ámbito intangible del

3 Sobre la inmadurez mental del menor, la Corte Constitucional se pronunció diferenciando entre el desarrollo mental y la madurez biológica, sentando de manera tajante que la primera no es consecuencia de la segunda:

La Corte precisó que la norma legal de la cual forma parte la expresión acusada tiene estrecha relación con el numeral 2º del artículo 140 del Código Civil en cuanto establece los supuestos en los cuales para los menores impúberes se puede solicitar la nulidad del matrimonio, con fundamento en la causal prevista en el citado numeral. Dicha causal alude al matrimonio celebrado entre personas menores de catorce (14) años o cuando cualquiera de los contrayentes es menor de esa edad. Esta medida constituye un instrumento de protección de los menores impúberes que carecen de la capacidad suficiente para tomar una decisión racional y responsable de contraer matrimonio y tener verdadera conciencia del compromiso que adquieren, además de no tener las condiciones de madurez que exige el cumplimiento de los deberes que se derivan del vínculo matrimonial. Frente a esa hipótesis, los menores impúberes que contraen matrimonio, independientemente de que haya o no concebido la mujer, están en la misma situación en lo relacionado con la nulidad del vínculo. Es evidente que el hecho de la gravidez, si bien es una manifestación de la madurez biológica de la niña, no trae consigo de forma automática la madurez psicológica de los contrayentes menores de catorce años, de forma que esta pareja está en la misma condición de los cónyuges menores de esa edad que no han concebido y que por lo mismo sí se les puede solicitar la nulidad del matrimonio (sentencia C-008 de 2010).

derecho en el cual éste opone a la injerencia un contenido sustancial, se hace más estricto. Igualmente, dependiendo del radio de acción de la injerencia legal y del mayor sacrificio que revista para la libertad individual la prosecución de metas colectivas, las exigencias de fundamentación de las restricciones serán superiores (sentencia T-015 de 1994).

El uso legítimo de la corrección moderada es una consecuencia directa de la patria potestad y se fundamenta en los niveles superiores de experiencia social, cultural y educacional que poseen los padres en relación con sus hijos no emancipados. Pero es precisamente por esta “superioridad” que se presume que ellos (los padres) ejercerán esta facultad de manera razonable y tendiente a la educación y buena crianza de la prole. Por ello, en el evento en que los padres se extralimiten en el ejercicio de este derecho, el Estado debe intervenir en pro del niño o niña de familia.

El Estado no puede prohibir a los padres que sancionen a sus hijos por las faltas que cometan, como tampoco crear una tabla de sanciones y menos ordenar que se observe un debido proceso, lo cual sería absurdo; pero sí puede sancionar las conductas de los padres y educadores por ejercicio abusivo y desmedido de tal facultad. Es claro que la tarea de educar comprende no solamente la instrucción, entendida como transmisión sistemática de conocimientos, sino que abarca, sobre todo, la formación de la persona, en sus aspectos físico, intelectual y moral, armónicamente integrados, con el fin de conducirla hacia los fines de su pleno desarrollo, para lo cual ha de seguirse un método previamente trazado por el educador; a éste corresponde sacar a flote las condiciones y aptitudes del educando, moldeándolas y perfeccionándolas (sentencia C-371 de 1994). (Negrillas fuera del texto).

CONCLUSIONES

“Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad, y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla” (sentencia T-477 de 1995).

No se debe, en aras de una falacia conceptual, pensar que para educar a un hijo se justifica cualquier me-

dio que conlleve la obtención de este objetivo, como el uso de la violencia (moral y física). “El ejercicio de la autoridad de los padres debe tener en cuenta la personalidad del hijo, su desarrollo. El deber de educación comprende el respeto a la autonomía del menor. No obstante, el padre debe ejercer debidamente la autoridad y estar dentro de sus límites razonables para corregir; todo castigo debe de estar proporcionado a la falta cometida por el menor” (Grosman Cecilia 2002, 168).

Un uso debido del ejercicio de la corrección moderada contribuye no solo a la educación de los hijos, sino a garantizar una convivencia armoniosa de la familia y por ende a un desarrollo social que genere un desarrollo en todos los aspectos (económico, cultural, moral, ético, etc.).

Lo anterior, sin embargo, no es óbice para llegar al ‘imperio de la sinrazón’, fenómeno inevitable, donde se abandone la obligación moral y legal de acompañar a los hijos ‘inexpertos’ en la toma de aquellas decisiones que les afectarían trascendentalmente en sus vidas. Las coyunturas sociales que deben afrontar las niñas y niños (especialmente en Colombia) hacen necesario que estos posean una orientación que les permita afrontar, sin traumatismos, los distintos eventos que se presentan durante su etapa infantil y adolescente. Ello es posible si cuentan con el apoyo y educación de los principales educadores: los padres.

Por otro lado, resulta importante resaltar que los parámetros establecidos por la Corte Constitucional están dirigidos al uso del sentido común. En efecto, una persona que viva en sociedad es consciente de que no es con el uso de la violencia como se va a instruir a su prójimo. A pesar de lo anterior, el Estado no puede intervenir en la forma como se deben educar en el hogar a los hijos, pues cada núcleo familiar tiene características particulares que lo diferencian de los demás.

A su vez y como consecuencia del estudio jurisprudencial y doctrinal realizado, se puede establecer que los hijos no son propiedad de los padres y por ende no se pueden ejercer sobre ellos derechos como si fuesen bienes. Esto significa que los niños y niñas gozan de un derecho a la libertad, el cual no puede ser constreñido, pero sí limitado y orientado, siempre y cuando sea para la conveniencia misma del infante.

Ahora bien, desde el punto de vista jurisprudencial, no existe primacía entre el derecho de corrección moderada y el ejercicio legítimo al libre desarrollo de la personalidad del que son acreedores los miembros de la prole, aunque sí presenta una limitación en su ejercicio. Esta afirmación resulta del hecho de que los hijos no emancipados son niños y niñas que por su inmadurez no son conscientes de los actos y decisiones que afrontan, razón por la cual es necesario que sean los padres quienes los instruyan y si es necesario (por medio de la corrección y orientación moderada) limiten su derecho al libre desarrollo de la personalidad si con ello se van a ver afectados a sí mismos o los demás.

En concordancia con lo anterior, cuando entren en confrontación estos dos derechos y haciendo uso del *test de proporcionalidad*, se puede afirmar desde el punto de vista jurisprudencial, estos poseen los siguientes límites:

- En relación con el derecho de corrección moderada sobre los hijos no emancipados, tiene como límites aquellas restricciones que sean razonables y proporcionadas que no atenten contra la integridad física, moral, intelectual o mental del niño o niña y busquen el bienestar del menor.
- En relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los hijos no emancipados, su ejercicio se encuentra limitado cuando su uso atente contra la propia integridad del menor, violente los derechos de los demás o su puesta en práctica atente contra el orden jurídico existente.

La Corte Constitucional no busca intervenir en la educación que los progenitores deben dar a sus hijos, básicamente, porque esa competencia se la entregó el Constituyente y el legislador a los padres (y por defecto, a otras personas u órganos del Estado) y por ende son los únicos con la legitimidad para llevar a cabo tan importante labor. Es por esto que en el evento en que el tribunal constitucional nacional intervenga en esta función, no solo se estaría extralimitando en sus funciones, sino que al mismo tiempo sus decisiones gozarían de ilegitimidad. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que no se proceda, por medio de las distintas providencias judiciales que está emite, a proteger los derechos que como niños y niñas poseen los hijos no emancipados. Para ello, la Corte Constitucional ha establecido un marco jurídico mínimo que los padres deben acatar, pues la potestad de

corrección moderada como derecho que es también posee límites.

La infortunada historia de violencia que ha vivido (y sigue viviendo) el pueblo colombiano y la errada concepción que rigió durante mucho tiempo, consistente en que el niño es semejante a un adulto⁴, han contribuido a dejar una ‘impronta’ social, la cual se fundamenta en que la única forma de educar a los hijos es a través del uso de la fuerza. El empleo de la violencia en la educación, especialmente en el campo familiar, no es ajeno a la idiosincrasia colombiana. Sin embargo, ello no la convierte en justa y a la luz del ordenamiento jurídico nacional es completamente ilegal. Así lo sostiene la enfática y reiterativa jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre este tema.

La jurisprudencia constitucional no ha creado nuevas teorías. Por el contrario, lo que ha hecho el máximo tribunal constitucional colombiano es que por medio de sus fallos se lleve a cabo una pedagogía constitucional (artículo 41 constitucional) que contribuya a la consolidación de un Estado más justo en el cual vaya desapareciendo de la sociedad colombiana aquella terrible, destructiva y funesta concepción de que “la letra con sangre entra”.

BIBLIOGRAFÍA

- Deval, Juan 2004. *El desarrollo humano*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Grosman, Cecilia 2002. *Violencia Familiar*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Medellín, Carlos 2000. *Lecciones de Derecho Romano*. Bogotá: Temis.
- Valencia Zea, Arturo 1995. *Derecho Civil, Derecho de Familia*. Tomo V. Séptima Edición. Bogotá D.C.: Temis.

⁴ *Los niños eran considerados como algo divertido que no se diferenciaba mucho de un animal. Si el niño moría, cosa que sucedía muy a menudo en los primeros años, la familia podía sentirlo, pero no constituía un gran drama y pronto un nuevo hijo vendría a reemplazarlo. Los hijos eran abundantes, y pocos llegaban a la edad adulta. El niño no salía de una especie de anonimato hasta que alcanzaba una cierta edad. Pero a partir de un momento en que el niño ya no necesitaba de cuidados especiales, entraba a formar parte de la sociedad de los adultos y se le empezaba a tratar como tal. Lo único que lo diferenciaba de los adultos era que sus fuerzas eran menores y que no podía hacer una serie de cosas que estaban al alcance de los adultos* (Deval 2004, 25).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 de octubre de 1984. Magistrado Ponente: Hernando Tapias Rocha.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-402 de tres (3) de junio de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-523 de 18 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

_____. Sentencia T-531 de septiembre 23 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-542 de 25 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T-594 de 15 de diciembre de 1993. Magistrado Ponente. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia T-015 de 25 de enero de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T-123 de 14 de marzo de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo

_____. Sentencia C-221 de cinco (5) de mayo de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-371 de 25 de agosto de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia T-378 de 28 agosto de 1995. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia T-477 de 23 de octubre de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T-474 de septiembre de 1996. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz

_____. Sentencia C-309 de 25 de junio de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T-068 de marzo cinco (5) de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia SU-642 de noviembre cinco (5) de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-997 de 12 de octubre de 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

_____. Sentencia C-1003 de 22 de noviembre de 2007. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia C-008 de 14 de enero de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

Estilo Chicago autor-fecha:

Leiva Ramírez, Eric y Muñoz González, Ana Lucía. 2012. La corrección moderada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las niñas y niños no emancipados según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Nova et Vetera* 21(65): 11-22.

Estilo APA:

Leiva Ramírez, E y Muñoz González, A. Lucía. (2012). La corrección moderada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las niñas y niños no emancipados según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Nova et Vetera*, 21 (65), 11-22.

Estilo MLA:

Leiva Ramírez, Eric y Muñoz González, A. L. "La corrección moderada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las niñas y niños no emancipados según la jurisprudencia de la Corte Constitucional". *Nova et Vetera* 21.65 (2012): 11-22.

Legal panorama on regulations regarding the rights of older persons in Colombia

Omar Huertas Díaz*

* Abogado, Profesor Asociado y Especialista en Derecho Penal Universidad Nacional de Colombia. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Correo-e: ohuertasd@unal.edu.co

CORREO IMPRESO: Calle 12 B Número 8-23 Oficina 410 Bogotá, D. C.

Omar Huertas Díaz. 2012. Legal panorama on regulations regarding the rights of older persons in Colombia. *Nova et Vetera* 21 (65): 23-30.

Recibido: febrero de 2012 / Aprobado: octubre de 2012

INTRODUCTION

“The world population is ageing progressively at a surprising rate. The total number of persons 60 years of age or more has grown from 200 million in 1950 to 400 million in 1982, reached 660 million in the year 2005, and is expected to grow to a total figure of 1,200 million in 2025 (Villareal, 2005), and approximately 70% of said population will be living in developing countries.

The number of people 80 years of age or older has maintained an even more accelerated growth rate: It has grown from 13 million in 1950 to much more than 50 million at present, and could reach 137 million by 2025. It is the fastest-growing population group in the world: Between 1950 and 2025 it will multiply tenfold, while the number of people 60 years of age or more will multiply six times and the total number of the planet’s inhabitants will triple during the same period” (Villareal, 2005).

RESUMEN

Panorama legal sobre la regulación de los derechos de los adultos mayores en Colombia

La población conocida como adultos mayores viene presentado un aumento significativo, lo que obliga a los Estados al reconocimiento de sus derechos y a la implementación de instrumentos que procuren su bienestar. En este marco es importante establecer que no existe un documento de protección de carácter internacional, y vinculante jurídicamente para los países sobre los derechos de los adultos mayores o personas de edad, sin embargo algunos organismos internacionales como Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA) han generado recomendaciones y algunas resoluciones que tratan de generar los antecedentes de protección y bienestar para esta población.

En este contexto presenta este documento los antecedentes de las normas, recomendaciones y resoluciones internacionales referentes a la defensa y amparo de las personas de edad, junto a la enunciación de las normas que regulan la materia en Colombia y los criterios establecidos por la Corte Constitucional sobre la protección a personas adultas mayores como sujetos de especial protección.

PALABRAS CLAVE: Vejez, envejecimiento, derechos, adultos mayores.

ABSTRACT

Legal Panorama on the Regulation of the Rights of the Elderly in Colombia

The elderly population has been increasing significantly, which obliges states to recognize their rights and to implement the instruments that procure their wellbeing. In this framework it is important to establish the fact that there is no international document that is legally binding for countries regarding protection of the rights of the elderly, although some international entities such as the United Nations (UN) and the Organization of American States (OAS) have produced recommendations and some resolutions that try to generate the background of protection and wellbeing for that population. Within said context, this document presents the background of the international rules, recommendations and resolutions referring to the defense and protection of the elderly, together with an enunciation of the rules that regulate the subject in Colombia and the criteria established by the Constitutional Court regarding the protection of the elderly as subjects requiring special protection.

KEY WORDS: old age, aging, rights, the elderly..

RESUMO

Panorama legal sobre a regulação dos direitos dos idosos na Colômbia

A população conhecida como idosos vem apresentando um aumento significativo, o que obriga os Estados a reconhecerem seus direitos e a implementarem instrumentos que procurem seu bem-estar. Nesse âmbito, é importante estabelecer que não há um documento de proteção de caráter internacional e vinculante jurídicamente para os países sobre os direitos dos idosos ou pessoas de idade; contudo, alguns organismos internacionais como as Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) têm gerado recomendações e algumas resoluções que tentam gerar os antecedentes de proteção e bem-estar para essa população. Nesse contexto, este documento apresenta os antecedentes das normas, recomendações e resoluções internacionais referentes à defesa e ao amparo das pessoas de idade, junto à enunciação das normas que regulam a matéria na Colômbia e os critérios estabelecidos pela Corte Constitucional sobre a proteção de pessoas idosas como sujeitos de especial proteção.

PALAVRAS CHAVE: velhice, envelhecimento, direitos, idosos.

This phenomenon of ageing requires the focused attention of the country on topics of planning and attention to the deficiencies that said population can experience both now and in the future, and for this reason both the international and national community have generated regulations, some binding and others that are not, to protect and defend the elderly.

1. CONCEPT OF OLD AGE IN HUMAN RIGHTS

Both old age and ageing refer to the process that a person experiences with the passage of time, which has repercussions in physiological and social as well as cultural aspects. It can be conceived of in at least three senses, which are: (a) chronological, (b) physiological and (c) social.

“In the chronological sense it refers to age in years. According to this concept, old age is supposed to begin at 60 or 65 years of age, a threshold that is often fixed by law using terms like ‘older adult’ or ‘elderly person’” (Huenchuan, 2010:14).

The physiological aspect refers to the process of physical ageing, which is linked to chronological age, but cannot be interpreted simply as age expressed in years. It is more closely related to the loss of functional capacities and the gradual decrease of bone density, muscular tone and strength that comes with the passage of years (Arber and Ginn, 1995).

Finally, the social aspect refers to the attitudes and conduct considered adequate for persons of a specific chronological age (Arber and Ginn, 1995), i.e., the cultural model constructed around a given age. For Human Rights matters, this concept is considered the determining factor for constructing instruments of protection for adult persons, since myths about and stereotypes of old age are socially accepted, due to the fact that old age is known to be a stage full of economic, physical and social limitations (Huenchuan, 1999, 2004 and 2009).

2. INTERNATIONAL INSTRUMENTS OF PROTECTION

The rights of elderly persons have not been specifically recognized in any concrete instrument of the United Nations Human Rights System like those that exist for the protection of other groups, i.e., women,

children or persons with disabilities. Despite this, the international community has shown interest in the human rights of the elderly and has managed to establish international instruments that, although most of them are not binding, serve as a starting point regarding respect for and integration of laws to the extent permitted in each state. Thus the background, the legislative initiatives on topics of the elderly, and the documents that set forth international criteria regarding protection are presented below:

2.1 Initiatives for a declaration of the rights of the elderly

There have been four initiatives in this sense, which have taken the following form (Sidorenko, 2008):

1. The original declaration of the rights of old age was presented by Argentina in 1948. The document proposed the rights to assistance, shelter, food, clothing, physical and mental health, moral health, recreation, work, stability and respect (Huenchuan, 2010). The General Assembly decided that the Economic and Social Council would examine the Declaration project. The following year the Economic and Social Council asked the Secretary General to elaborate a brief document on the subject. However, the Human Rights Commission in charge of studying it replied through a memorandum from the Secretary General that there was not enough time between the session of the Economic and Social Council and that of the Commission to prepare the documentation, so they proposed that it be considered again in the following session of the Human Rights Commission in 1949). “Nonetheless, there was no major follow-up or progress regarding this early initiative on the part of Argentina” (Huenchuan, 2010).

2. In 1991 the National Federation of Old Age and the Dominican Republic presented the Declaration on the Rights and Responsibilities of the Elderly, which constituted the basis of the United Nations’ principles in favor of the elderly (Huenchuan, 2010).

3. Later, in 1999 the Dominican Republic presented a project of Declaration of Interdependence before the Social Development Commission, in which it called for promotion of and respect for the links existing among different peoples on the international scale as well as those uniting individuals and groups on the

micro-social scale (Economic and Social Council, 1998).

4. Finally, the American Association of Retired Persons (AARP) of the United States presented a proposal for a society for all ages (Sidorenko, 2008) for consideration by the United Nations in 1999, the International Year of the Elderly. It was hoped that this initiative would follow the same process as the proposal promoted by the International Federation of Old Age in 1991, but it did not prosper (Huenchuan, 2010).

2.2 International instruments of protection

The international human rights instruments related to the older adult population are particularly limited to the protection of social security and the right to an adequate standard of living (Huenchuan, 2010), as manifest throughout the following instruments:

2.2.1 The United Nations System

- Universal Declaration of Rights – International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: It recognizes the right to social benefits in old age.
- Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women: It prohibits the use of age as a motive for discrimination, especially discrimination regarding access to social security in the case of old age, thus turning the convention into a binding instrument for the States Parties with respect to discrimination against women of any age. This prohibition was expanded and ratified by the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families. In addition, the Committee for the Elimination of Discrimination against Women has also paid attention to the situation of elderly women on topics such as violence against them, education and illiteracy and access to social benefits.

Resolutions issued by the United Nations: The General Assembly of the United Nations initiated its interest in the rights of adults in 1973 through Resolution 3137 of December 14 on the question of

persons of age and the elderly, reiterating the need to protect their rights and well-being. Later, in 1990 the Assembly recognized the rapid process of ageing of the world population, which led to the passage of Resolution 46/91 in 1991 on the United Nations' principles in favor of the elderly, a resolution based on five important principles that also correspond to the rights recognized in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which are: (a) independence, which establishes the basic guarantees of water, clothing, shelter, food, health, education, security and work; (b) participation, understood as the active inclusion of the elderly in formulating the policies that affect them, as well as participation in associations in accordance with their interests; (c) care, which establishes the duty of both the family and society in caring for and protecting the elderly, their access to social and legal services and the attention of institutional entities, as well as the enjoyment of human rights and fundamental freedoms when they are living in assistance institutions, and the right to decide on their own quality of life; (d) self-fulfillment, understood as the guarantee of development of the potentialities of the elderly, by providing them access to educational, recreational, cultural and spiritual services of society; and (e) dignity, such as the right to receive dignified treatment, free from physical and mental mistreatment, and to be valued regardless of their economic contribution.

- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights in General Observation No.14, which in paragraph 25 establishes that:

In reference to exercise of the right to health of older persons, the Committee, in accordance with the provisions of paragraphs 34 and 35 of General Observation No. 6 (1995), reaffirms the importance of an integrated focus on health that includes prevention, cure and rehabilitation. These measures should be based on periodical checkups for both sexes; physical and psychological rehabilitation measures aimed at maintaining the functionality and autonomy of older persons; and provision of attention and care for both the chronically and the terminally ill, sparing them avoidable pain and permitting them to die with dignity.

- International action plans: The Member States of the United Nations have promoted two plans to

mitigate the suffering and recognize the rights of the elderly. The first was the International Plan of Action generated in the first World Assembly on Ageing held in Vienna, Austria, establishing that the Member States

reaffirmed their belief that the fundamental and inalienable rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights apply fully and without detriment to the elderly, and recognized that quality of life is no less important than longevity and that the elderly should, as far as possible, enjoy a full, healthy and satisfactory life within their own family circle and community, and be esteemed as an integral part of society (United Nations, Resolution 37/51).

On the other hand, the second plan, which was drawn up in Madrid, Spain within the framework of the Second World Assembly on Ageing, had two central axis points: one, regarding respect for the human rights of all elderly persons and another, regarding the guarantee of economic, social and cultural rights, and the elimination of all types of violence and discrimination against the elderly.

2.2.2 The Inter-American Human Rights System

The Inter-American system of human rights has only incorporated the rights of the elderly since 1988, in comparison with the United Nations System. Nevertheless, some of the rights granted to the elderly are found in dispersed form in the regional system, including the following (Permanent Council of the OAS, 2011).

The right to life: enshrined in Articles 4 and 6 of the American Convention and in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) regarding specific measures to protect the right to life of older persons until the end of their lives, above all in relation to terminal patients under the protection of the State. These include: providing the palliative measures needed to alleviate their pain and support their nutrition; maintaining the quality of attention to the end of life, above all preventing their isolation, physical or mental mistreatment, inappropriate attention, abandonment, financial exploitation; taking specific steps to deal appropriately with

problems such as the fear of death so as to enable older persons to die with dignity.

The right to personal integrity: Articles 5 and 7 of the American Convention and Article 7 of the ICCPR, formulating specific measures of protection, above all in relation to older persons residing in long-term institutions such as assistance-providing residences or homes, to regulate the functions of care-givers and health personnel as well as their training regarding standards on human rights and ageing.

The right to freedom: Article 7 of the American Convention and Article 22 of the ICCPR on the obligation to create national policies and laws that establish specific measures in institutions and community homes to guarantee visits or contacts of older persons with the community, participation of the community in activities of the home and the physical structure of the institutions adapted to facilitate access and the right to mobility for older persons.

The right to personal security: Article 7 of the American Convention and Article 9 of the ICCPR on specific measures linked to the right to personal security, such as those that guarantee the freedom to make decisions and to accept or reject medical or scientific interventions or experiments - either physical or psychological - voluntarily and without duress, as well as clear protocols in this respect; the creation, through international human rights instruments and standards of measures to enable health personnel and other actors to determine whether a person is capable of receiving necessary information, using their own judgment and making a decision of their own free will.

The Additional Protocol to the American Convention on Economic, Social and Cultural Rights, also known as the Protocol of San Salvador, was limited to the sphere of welfare and social policies (Huenchuan, 2010), but Article 17, on the protection of the elderly, determined that:

Every person has the right to special protection during his or her old age. To this end, the States Parties to the protocol agree to progressively adopt the measures needed to enforce this right in

practice and in particular: (a) to provide adequate facilities as well as food and specialized medical attention, for elderly persons who lack them and are not able to provide them for themselves; (b) to execute specific work programs designed to give old people the opportunity to engage in productive activity appropriate for their capacities, while respecting their vocation or desires; (c) to stimulate the formation of social organizations designed to improve the quality of life of the elderly.

Likewise, in May 2009 the General Assembly of the OAS (Organization of American States) signed Resolution AG/RES 2654 (XLI-O/11) on human rights and the elderly, demanding of States the “creation of international instruments” and the “adoption of measures for their protection” (OAS, 2009). The resolution called for strengthening regional cooperation in this sphere and asked the Permanent Council of the OAS to call a meeting of experts in order to “examine the viability of elaborating an Inter-American Convention on the Rights of the Elderly” (OAS, 2009). The Permanent Council was also put in charge of creating a work group for the purpose of preparing a report analyzing the situation of older persons and the effectiveness of the binding universal and regional human rights instruments related to protection of the rights of older persons, before the end of 2011.

Subsequently, on October 28, 2010 the representatives of the Member States of the OAS and experts on the topic of human rights and older persons met in Washington, DC to debate the viability of creating a convention to protect and promote these rights. In addition, the possibility of creating a work group was discussed, along with the possibility of producing a declaration to present to the General Assembly of the OAS to be held in San Salvador in June of 2011 (United Nations, 2011).

3. NATIONAL INSTRUMENTS OF PROTECTION

In Colombia the protection of the elderly is regulated in Article 46 of the text of the national constitution, which obliges the State, society and the family to provide protection and assistance for senior citizens, promoting their active integration into the community, and determines the obligation of the

State to guarantee integral social security services and a food subsidy in cases of indigence.

Furthermore, in accordance with the legal authority of Article 93 of the Political Constitution of 1991, known as “the block of constitutionality”, the rights recognized in international treaties regarding the elderly have been included in the legal texts of Colombia, and within this framework Law 1251 of 2008 was recently enacted regarding old age in Colombia: “For which purpose rules are created to ensure the protection, promotion and defense of the rights of the elderly,” establishing the following criteria, principles, ends, guarantees, rights and institutional attentions:

Law 1251 of 2008 aims to protect, promote, reestablish and defend the rights of the elderly, to orient policies that take into account the ageing process, plans and programs on the part of the State, civil society and the family, and to regulate the functioning of the institutions that provide services of attention and integral development for people in their old age (Law 1251 of 2008). It is based on the principles of active participation, co-responsibility - understood as the action of the State as a whole together with the family, civil society and the elderly - to promote, assist and strengthen the active participation and integration of the elderly in the planning, execution and evaluation of the programs, plans and actions to be developed for their inclusion in the political, economic, social and cultural life of the nation (Law 1251 of 2008), equal opportunities, access to benefits, attention, equity, independence and self-fulfillment, solidarity, dignity, decentralization, permanent training, non-discrimination, universality, efficiency and effectiveness.

Furthermore, the law determines that it is the responsibility of the State to elaborate the National Policy on Ageing and Old Age, applying a gender perspective as its transversal axis and paying attention to the most vulnerable populations. It also generates the areas of intervention of said policy, concentrating on four themes: (1) protection of health and social welfare that includes (2) education, culture and recreation, (3) favorable physical and social surroundings, and (4) productivity.

With respect to institutionalization, it created the the National Council of the Elderly as a permanent consultancy of the Ministry of Social Protection. In addition, the Ministry of Social Protection must

present an annual report to the Congress on the progress, budget execution and fulfillment of the National Policy on Ageing and Old Age.

Although the above-mentioned law is dedicated primarily to the elderly, with a guaranteed governmental structure and with the effective initiative of a National Policy on Ageing and Old Age, there are also other important regulations to ensure the well-being of the adult population, such as Law 271 of 1996 which established the National Senior Citizens and Pensioners Day. Law 687 of 2001 authorized the emission of a pro-resources stamp and the functioning of the Centers for the Welfare of the Elderly, institutions and life centers for senior citizens, establishing their beneficiaries and enacting other provisions. Law 700 of 2001 provided for measures to improve the living conditions of pensioners, while Law 1171 of 2007 improves the benefits granted to older persons since it grants persons over 62 years of age special discounts in spectacles and educational institutions, a preferential fare for public transport, and priority in legal-aid centers and in obtaining medical appointments. Furthermore, Law 1276 of 2009 established new criteria for integral attention to the elderly in the so-called life centers, “as institutions that help to provide integral attention to their needs and improve their quality of life” (Law 1276 of 2009).

4. THE ELDERLY AND THE PROTECTION OF THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT

The Constitutional Court has developed its jurisprudence with respect to the fundamental rights of the elderly in relation to three main rights: the right to a dignified life, the right to health, and the right to satisfaction of their vital minimum needs.

The Constitutional Court has determined that senior citizens are special subjects protected by the State, as reiterated in Decision T-1752 of 2000 in which it presented the following arguments:

In the cases in which there is a threat of or an actual commission of a transgression of the right to live a dignified life, senior citizens enjoy an exceptional protection, that makes judicial tutelage appropriate, despite the existence of other means of defense, when it constitutes a necessary mechanism to prevent irreparable damages. This constitutional

sub-rule, that has been formulated as a preventive measure to ensure the enforcement of the rights of persons who due to their physical conditions are not in equal conditions with the general population, is grounded in the predominance that the axiology of the constitution itself grants to the protection of fundamental rights, as support and reason for being of the Social State of Law.

This was further supported by decision T-953 of 2010 through which the Court reiterated its jurisprudence, as follows:

Article 46 above established protection for senior citizens as subjects especially protected by the State to ensure they can live their lives in conditions of human dignity to the degree that, due to their condition, they have to face the irreversible and progressive deterioration of their health as a result of natural-wear-and-tear on the organism and also suffer the appearance of diverse illnesses proper to old age.

Likewise, regarding senior citizens’ right to health, the court considers that human beings need to maintain certain levels of health in order to survive and perform, so that when certain health anomalies appear, even when they do not really constitute diseases, they affect health levels and put personal dignity in danger. It is thus valid to think that the patient has the right to harbor hopes of recuperation, to obtain relief for his or her sufferings and to seek the possibility of a life that can be led with dignity¹ (Decision T- 949 of 2004).

What the jurisprudence seeks is therefore to respect a concept of life that is not limited to the restrictive idea of danger of death, nor to simple biological life, but to consolidate a broader sense of existence tied to the dimensions of dignity and decorum. The aim of said notion is to preserve the existential situation of human life in conditions with full dignity, since man does not deserve just any type of life, but rather a healthy life, to the degree that it is possible (Decision T-395 of 1998).

The right to social security, monthly pension payments and satisfaction of vital minimum needs is evaluated

¹ Concept established in Decision T- 224 of 1997 (Presiding Justice, Carlos Gaviria Díaz) and reiterated in the jurisprudence in Decisions T- 099 of 1999, T-722 of 2001 and T-949 of 2004.

by constitutional jurisprudence “from a viewpoint of the satisfaction of the individual’s minimum needs, for which it is necessary to evaluate the circumstances of each concrete case, doing a valuation more along qualitative than quantitative lines (Decision T-338 of 2001), verifying that whoever alleges that their rights have been infringed will have the possibility of enjoying the satisfaction of necessities such as food, clothing, health, education, housing and recreation as mechanisms to make their right to human dignity a reality (Decision T-581A de 2011).

“The situation of senior citizens regarding the satisfaction of vital minimum needs is especially relevant, since in many cases their only income is the pension they receive after retiring from the labor force, so that the effect it produces generally has a profound impact on the living conditions of pensioners” (Decision T-581A of 2011). Thus, the right to the satisfaction of vital minimum needs of pensioners “is affected by unjustified delay in payment, lack of payment or partial payment of their retirement benefit or monthly pension payment. As a result, the link between the right to social security and the fundamental right to satisfaction of vital minimum needs is greater when dealing with the elderly, including police and armed forces personnel, whose retirement benefits are equated with the concept of old age pension and retirement, which enjoy special protection on the part of the State” (Decision T-152 of 2010). This is so because pensioned persons can “find themselves deprived of their only source of income, with no certainty regarding the date on which they can expect to receive payment, [which] implies the progressive deterioration of the material, social and psychic conditions of their existence, in violation of the fundamental principles and rights to which pensioners are entitled in the Social State of Law” (Decision T-412 of 2006).

Together with this, in Decision T-416 of 2008 the Court ruled that non-payment of salary and pension for an indefinite period of time constitutes a violation of the right to satisfaction of the vital minimum needs of workers, pensioners and those who depend on them.

5. CONCLUSIONS

There is no international instrument that unifies or standardizes the needs of the elderly population, nor

any that is specifically dedicated to defending the rights of said population, although there are diverse universal, regional and national normative sources, a situation that causes difficulties for them with respect to practice and enforceability.

There is evidence of important normative advances in the protection and guarantee of the rights of senior citizens, which permit them to demand their welfare and respect. Nevertheless, the mere existence of a normative framework does not necessarily mean, much less prove, that the conditions of the population have improved.

The dispersion of regulations regarding the rights of the elderly has negative repercussions since it does not have international support that would concretely permit the enforcement and materialization of adequate rules for the promotion and protection of the rights of the elderly. It should also be emphasized that the few rules established in the different existing instruments do not conform to any clear set of principles that would make it possible to orient both the normative actions and the public policies of each State.

Regarding the reasons to support the need for an instrument that will specifically establish the rights of the elderly, we find the following: It would make it possible to shed greater light on the problems facing this social group in the exercise of their fundamental human rights; it would constitute a solid pedagogical instrument, especially within the national sphere, for combatting the predominant stereotypes and generating positive and realistic images regarding the ageing process; it would raise greater consciousness regarding the many contributions that the elderly make to society as a whole (OAS, 2011); it would clarify the content of the rights of the elderly; it would explain the obligations of States with respect to the elderly; it would strengthen international protection and, finally, it would permit the promotion of the Human Rights focus in policies related to ageing.

REFERENCES

- Arber, S. and J. Ginn (1995). *Relación entre género y envejecimiento. Enfoque sociológico*. Madrid: Narcea.
- CEDAW (Committee for the Elimination of Discrimination against Women) (2009),

- (CEDAW/C/2009/II/WP.1/R). 44th Period of Sessions, July 20 to August 7.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe). (2004). *Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, Intergovernmental Regional Conference on Ageing, Santiago de Chile, November 19 to 21, 2003.
- Colombia. Congress of the Republic. Law 1251 of 2008 “Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los adultos mayores”. November 27, 2008.
- Colombia. Congress of the Republic. Law 271 of 1996 “Por la cual se establece el Día Nacional de las Personas de la Tercera Edad y del Pensionado”. March 7, 1996.
- Colombia. Congress of the Republic. Law 687 of 2001 “Por medio de la cual se modifica la Ley 48 de 1986, que autoriza la emisión de una estampilla pro-dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano, instituciones y centros de vida para la tercera edad, se establece su destinación y se dictan otras disposiciones”. August 15, 2001.
- Colombia. Congress of the Republic. Law 1171 of 2007 “Por medio de la cual se establecen unos beneficios a las personas adultas mayores”. December 7, 2007.
- Colombia. Congress of the Republic. Law 700 of 2001 “Por medio de la cual se dictan medidas tendientes a mejorar las condiciones de vida de los pensionados y se dictan otras disposiciones”. November 7, 2001.
- Colombia. Congress of the Republic. Law 1276 of 2009 “A través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida”. January 5, 2009.
- Colombia. Constitutional Court. Decision T-1752 of 2000. December 15, 2000.
- Colombia. Constitutional Court. Decision T-953 of 2010. November 25, 2010.
- Colombia. Constitutional Court. Decision T- 949 of 2004. October 7, 2004.
- Colombia. Constitutional Court. Decision T-395 of 1998. August 3, 1998.
- Colombia. Constitutional Court. Decision T-338 of 2001. March 29, 2001.
- Colombia. Constitutional Court. Decision T-581A of 2011. July 25, 2011.
- Colombia. Constitutional Court. Decision T-152 of 2010. March, 2010.
- Colombia. Constitutional Court. Decision T-412 of 2006. May 22, 2006.
- Huenchuan, S. Rodríguez, L. (2010). *Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad*, CEPAL Project Documents Collection N° 305 (LC/W.305).
- Naciones Unidas (2009), Reportaje de La Reunión del Grupo Experto “Derechos de Personas Mayores”. Consulted June 18, 2012. Available online: <http://www.un.org/esa/socdev/ageing/documents/egm/bonn09/report.pdf>.
- Organization of American States (2009). “Derechos humanos y personas adultas mayores”, Resolution AG/RES. 2455, General Assembly, Thirty-Ninth Ordinary Session, June 4.
- Quinn, G. M. y T. Deneger (2002), *Derechos humanos y discapacidad: uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la CEPAL*. Project Documents Collection Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección, New York, United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights.
- Romieux, M. (1998), “La educación para el adulto mayor y su relación con la sociedad”, *Revista Enfoques Educativos*, Vol.1, N° 1, Santiago de Chile.
- Sidorenko, Alexandre (2007). *Una sociedad para todas las edades: retos y oportunidades*, Department of Economic and Social Affairs of the United Nations.
- United Nations (2000), *World Population Prospects: The 2000 Revision (POP/DB/WPP/Rev.2000/4/F1)*, New York.
- Villareal, M. (2005). *La legislación a favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe*. Population and Development Series. Regional Population Program of the Latin American and Caribbean Demographic Center (CELADE) – Population Division of the CEPAL / United Nations Fund for Population Activities (UNFPA). Santiago de Chile: CEPAL.

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:
Estilo Chicago autor-fecha:

Huertas Díaz, Omar. 2012. Legal panorama on regulations regarding the rights of older persons in Colombia. *Nova et Vetera* 21(65): 23-30.

Estilo APA:

Huertas Díaz, O. (2012). Legal panorama on regulations regarding the rights of older persons in Colombia. *Nova et Vetera*, 21 (65), 23-30.

Estilo MLA:

Huertas Díaz, Omar. 2012. “Legal panorama on regulations regarding the rights of older persons in Colombia”. *Nova et Vetera* 21.65 (2012): 23-30.

Derechos Humanos y transcurso de la vida. Los Derechos Humanos en la vejez ¿son derechos diferentes?¹

María Isolina Dabove*

... Una vez alguien salió al ancho mundo para aprender qué era el miedo.
Sin embargo...

...ha llegado el momento de que tengamos un sentimiento más acorde con nosotros...
se trata de aprender la esperanza... (Bloch 1957, 25)

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende reflexionar en torno a dos problemas centrales, en el campo de la problemática jurídica de la vejez. Por un lado, nos preguntamos si los derechos humanos en la ancianidad son derechos diferentes, cuál sería su alcance y para qué servirían. Mas de otro, nos interesa seguir pensando

* Abogada recibida en la Universidad Nacional de Rosario. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora Adjunta del CONICET en la Facultad de Derecho de la UBA. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad (Universidad Nacional de Rosario). Docente de grado y de postgrado en la UBA-Facultad de Derecho, en la Universidad Nacional de Rosario (UNR)-Facultad de Derecho, en la Universidad Nacional del Centro de la Provincia (UNICEN)-Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata-Facultad de Psicología, Universidad del Museo Social Argentino-Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.-Facultad de Derecho. Es autora del libro "Los Derechos de los Ancianos" y de "Derecho de las Ancianidad: perspectiva interdisciplinaria". Actualmente, es Directora y Autora del Tratado de Derecho de la Vejez, en elaboración con otros autores de su equipo de investigación, próximamente a ser editado por Abeledo Perrot-Thomson & Reuters.

Correo-e: rherrerar2008@hotmail.com

CORREO IMPRESO: Humberto Primo 454, 2
piso Departamento 4, Ciudad Autónoma de
Buenos Aires Código postal 1301, Argentina.

María Isolina Dabove. 2012. Derechos Humanos y transcurso de la vida. Los Derechos Humanos en la vejez ¿son derechos diferentes? *Nova et Vetera* 21 (65): 31-38.

Recibido: abril de 2012 / Aprobado: noviembre de 2012

¹ Una versión previa de este trabajo fue presentada en el "Simposio Internacional *Transcurso de la Vida: del nacer al morir*" realizado en Bogotá, Colombia, Agosto 10-11 de 2011.

RESUMEN

Derechos Humanos y transcurso de la vida. Los Derechos Humanos en la vejez ¿son derechos diferentes?

Este trabajo pretende reflexionar en torno a dos problemas centrales, en el campo de la problemática jurídica de la vejez. Por un lado, nos preguntamos si los derechos humanos en la ancianidad son derechos diferentes, cuál sería su alcance y para qué servirían. Mas de otro, nos interesa seguir pensando si es necesario desarrollar una nueva especialidad, ya denominada "Derecho de la Vejez", que incluya, entre otras cosas, herramientas e instituciones, principios, reglas, leyes prácticas judiciales y/o juzgados específicos de esta materia. O bien, tan sólo basta contar con una Convención Internacional de Derechos Humanos referidos a las personas mayores, tal como se ha planteado ya en Naciones Unidas desde diciembre de 2010.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, vejez, Derecho de la Vejez, Convención Internacional de Derechos Humanos.

ABSTRACT

Human Rights and the Course of Life. Human Rights in Old Age: Are these Rights Different?

This study seeks to reflect on two central problems in the field of the legal issues of old age. On the one hand, we ask whether human rights in old age are different rights, what their scope would be, and what purpose they would serve. Above all, we wish to continue thinking about whether it is necessary to develop a new specialty, already denominated "old age law", that would include, among other things, tools and institutions, principles, rules, practical tribunal laws and/or courts specialized in this area. Or perhaps it would be sufficient just to have an International Human Rights Convention referring specifically to the elderly, as has already been proposed in the United Nations since December of 2010.

KEY WORDS: human rights, old age, old age law, International Human Rights Convention.

RESUMO

Direitos Humanos e transcurso da vida. Os direitos humanos na velhice: são direitos diferentes?

Este trabalho pretende refletir sobre dois problemas centrais no campo da problemática jurídica da velhice. Por um lado, perguntamo-nos se os direitos humanos na ancianidade são direitos diferentes, qual seria seu alcance e para que serviriam. Mas, de outro lado, interessa-nos continuar pensando se é necessário desenvolver uma nova especialidade, já denominada "Direito da Velhice", que inclua, entre outras coisas, ferramentas e instituições, princípios, regras, leis práticas judiciais e/ou julgamentos específicos desta matéria. Ou se basta somente contar com uma Convenção Internacional de Direitos Humanos referidos às pessoas mais velhas, tal como se concebeu já nas Nações Unidas desde dezembro de 2010.

PALAVRAS CHAVE: Direitos Humanos, velhice, Direito da Velhice, Convenção Internacional de Direitos Humanos.

si es necesario desarrollar una nueva especialidad, ya denominada “Derecho de la Vejez”, que incluya, entre otras cosas, herramientas e instituciones, principios, reglas, leyes prácticas tribunalcias y/o juzgados específicos de esta materia (Dabove 2002; Dabove y Prunotto Laborde 2006). O bien, tan sólo basta contar con una Convención Internacional de Derechos Humanos referidos a las personas mayores, tal como se ha planteado ya en Naciones Unidas².

Desde una perspectiva filosófica el Derecho es una herramienta cultural que se fue construyendo a lo largo de la historia. No es una herramienta dada, es fruto de las decisiones y del transcurrir de la historia y es un instrumento que se ha ido desarrollando con un fin claro: resolver la problemática de la asociación humana en pos del intercambio de bienes que satisfagan necesidades y encaucen la convivencia. Por supuesto, no siempre lo logró, pero este es el fin. ¿Para qué sirve el Derecho? Para reorganizar este escenario de intercambio de bienes, de aspiraciones, de deseos, de posiciones, de debilidades, de poderes y también de afectos, aunque esto parezca extraño.

El Derecho muestra una dimensión interpersonal y tiene sentido cuando nos relacionamos con otro en particular. Y desde esa dimensión interpersonal también construimos identidad. Es decir, el Derecho también nos constituye en nuestra calidad de personas, de hecho el concepto “persona” es clave para la estructuración del mundo jurídico y su dinámica (Ciuro Caldani 2010). Por eso, como dice (Walzer 1993, 44-74), *mi posición dentro del Derecho, mi lugar, dentro incluso de la Economía con la cual el Derecho necesita siempre dialogar, mi postura en el orden político, mi reputación entre camaradas, mis posesiones materiales, todo ello me llega por otros hombres y mujeres...* y es en este escenario dentro del cual el Derecho adquiere sentido.

Este instrumento cultural se fue desarrollando a lo largo del tiempo en función de distintos escenarios, sociológicos, políticos, culturales, antropológicos. En la actualidad el escenario del envejecimiento global plantea un conjunto de interrogantes que no estaban debidamente individualizados en las realidades ante-

rios. Es por eso que hace unos 30 años el Derecho se incorpora a la Gerontología, a través de un documento que podríamos decir es “simbólico” dentro del mundo jurídico: el *Plan de Acción de Viena sobre el envejecimiento*³, del año 1982. A partir de allí lentamente, empezaron a desarrollarse trabajos en donde estaba latente, o a veces de manera explícita, la pregunta en torno a la responsabilidad que tenemos frente a las personas de edad. (Daniels 1988) plantea esta cuestión en una pregunta que es muy interesante como metáfora: “¿soy yo el guardián de mi padre?”, padre en sentido simbólico, no en el sentido familiar. Y esta pregunta, es central en nuestra temática, porque atraviesa el problema de la relación con el otro y de las maneras en que respondemos a ese otro y en el contexto en que lo hacemos.

Así pues, desde esta perspectiva vemos que el Derecho se introduce en la problemática de la vejez a través de la pregunta acerca de la responsabilidad por ese otro, -o por uno mismo situado en el papel de viejo- y dentro del grupo de cuestiones vinculadas a esa responsabilidad. En palabras de (Jelin 1988) -si se me permite-, podría decirse que cada vez que nos preguntamos “si somos guardianes o debemos cuidar a alguien”, se plantea inmediatamente lo referido a la *relación entre el pan y los afectos*. Nos interrogamos, en suma acerca de la distribución de los recursos, sobre el acceso a algún estándar de vida, que permita vivir -en un sentido mínimo o máximo- y también, lo hacemos acerca de la problemática de la articulación de los afectos que todo ello implica en la interioridad de cada decisión y de cada acción.

Por ello, dentro de estas cuestiones vinculadas a la responsabilidad jurídica respecto de las personas mayores, aparecen problemas que tienen un significado muy especial para el Derecho, tales como: el poder, la construcción de la persona desde ese lugar de fortalecimiento, la cuestión referida a la facultad negociadora y por supuesto, todo lo vinculado con el patrimonio, es decir, con la economía en la vejez. De todo eso trata o intenta desarrollar el **Derecho de la Vejez**.

² Naciones Unidas. Asamblea General. Informe (A/66/173) Seguimiento a la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento (Sesión 66, 22 de Julio de 2011). Disponible en: <http://www.un.org/en/documents>.

³ Naciones Unidas. Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Plan de acción internacional de Viena sobre el envejecimiento. Viena, 26 de Julio a 6 de agosto de 1982. Disponible en: <http://www.gerontologia.org/noticia.php?id=1550> (Consultado: 31 enero 2012).

I. EL DERECHO DE LA VEJEZ, UNA EMERGENCIA NECESARIA EN EL TRANCURSO DE LA VIDA

a) La persona de edad y sus derechos fundamentales: ¿vulnerabilidad y capacidad jurídica en la vejez?

Un problema de especificidad del Derecho a la Vejez tiene que ver precisamente con el concepto de **persona, autonomía y capacidad** y la interacción con las situaciones de vulnerabilidad, como puede ser el caso de alguien afectado por depresión que no necesariamente tiene demencia; alguien afectado por la reconstrucción de su identidad que lo coloca en una situación de crisis y que esto le genera aislamiento, pérdida del derecho de relación con su familia, pérdida de posicionamiento de poder con ese otro.

Dentro de este escenario urge preguntarnos si las personas de edad tienen derechos fundamentales, derechos humanos y cuáles serían. Y es aquí, en el mundo jurídico, donde aparece la primera paradoja en torno al tema: por un lado, el problema de la necesidad de un reconocimiento formal más vigoroso -normativamente hablando, de la capacidad jurídica de las personas de edad. Pero de otro, la cuestión del establecimiento de algún diálogo entre el régimen jurídico de la capacidad y aquellos rasgos fácticos que colocan a la persona mayor en situación de vulnerabilidad, por el transcurso vital. Por ello, la primera pregunta en torno al Derecho de la Vejez que debemos plantear es la relación que podemos establecer entre el régimen de la capacidad jurídica y la vulnerabilidad existencial y social de las personas, en su vejez.

Como sabemos, la capacidad es un instrumento jurídico clave, un atributo de la personalidad, que sirva para el posicionamiento de una persona, en una relación jurídica. En el Derecho occidental, en general, se adquiere la capacidad a partir de los 18 años, y no se pierde jurídicamente, salvo motivos graves que pongan en peligro a la persona y a su patrimonio. Dentro de este esquema básico, cada Derecho nacional establece las causales de la pérdida de la capacidad. Pero, suele suceder que su pérdida esté asociada a deterioros cognitivos graves, es decir, a estados de demencia, o alcoholismo, o drogadicción graves, que afecten lo que en Derecho se llama, la voluntad de una persona, su intención, su discernimiento y su

marco de libertad para actuar. Tan importante es la capacidad para el Derecho que sólo un juez puede establecer su restricción. A menos que el legislador, por alguna razón prevista de antemano, así lo haya decidido con carácter general. Pero son realmente contados los casos en los cuales la legislación restringe este atributo constitutivo de la persona.

Para el Derecho ¿qué es, pues, la capacidad? Es la facultad de ser titulares de derecho y de hecho... de derechos. En la vida cotidiana, la titularidad se manifiesta cada vez que decimos, por ejemplo: *tengo derecho a...*, *tengo derecho a...* "sí, usted tiene derecho a tener derechos. Sin embargo, luego habrá que observar si, además de "detentar un derecho", podemos ejercerlos fácticamente y de qué manera lo podemos hacer". Como ya dijimos, la restricción al ejercicio de esa facultad sólo la puede establecer un juez. Mas, en la práctica, hay muchísimas situaciones que requieren de matizaciones con respecto de esta regla frente a las cuales no siempre los sistemas jurídicos de cada país tienen instrumentos con que responder (Bariffi y Palacios 2012).

Así pues, en este entramado de cuestiones jurídicas referidas a la **persona** en su vejez, creo importante contar con una Convención Internacional de Derechos en la vejez que fortalezca y maximice de manera clara y vigorosa el concepto de persona, la autonomía y la capacidad en esta etapa de la vida. Tanto como es imperativo que el Derecho de cada país, a través de su Constitución Nacional, pueda receptor estos instrumentos para que, en última instancia, los jueces puedan diseñar sus soluciones a la luz de unos derechos fundamentales acordes con la realidad social de las personas en su ancianidad. Los instrumentos internacionales, como sabemos, son importantes como fuentes de propaganda. Mas también es relevante políticamente que se introduzca la idea de que cada Estado tiene que asumir constitucionalmente estos derechos, para que luego en la práctica jurídica ese juez no tenga las manos atadas para resolver los asuntos y pueda hacerlo con un instrumento como son los derechos constitucionales. Cuando hablamos de derechos fundamentales hacemos referencia a los Derechos humanos que se han incorporado a la Constitución.

En la **Constitución de Colombia** hay un excelente escenario para el desarrollo del Derecho de la Vejez basado en la concepción jurídica humanista de la persona, la autonomía y la capacidad cuando señala: en particular: **ARTICULO 13.** *Todas las personas nacen*

libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. **ARTICULO 14.** *Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*⁴.

Por otra parte, me gustaría resaltar que dentro de los **derechos fundamentales** y en el marco de la teoría de los derechos humanos, se suelen hacer distintas clasificaciones para referirnos a ellos. La más conocida es la de los derechos civiles y políticos, luego la de los derechos económicos, sociales y culturales; luego los derechos de las generaciones futuras, al desarrollo, etc. Dentro de este encuadre, la historia del Derecho muestra que el problema de los viejos ha sido un problema de la seguridad social y de los derechos económicos sociales y culturales. En concreto: un problema de jubilaciones y pensiones, salud y educación (Dabove 2002). Sin embargo, desde un paradigma integral de los derechos humanos y de la ancianidad, este enfoque necesario, ya no resulta suficiente. Así, desde la propia teoría de los derechos humanos se han desarrollado otras clasificaciones que se refieren a los **derechos de autonomía, participación y crédito o prestación**. La seguridad social incluye el último grupo de crédito o prestación dejando otros dos espacios importantes (Dabove y Prunotto Laborde 2006). Es a esta clasificación a la que vamos a apelar para referirnos al Derecho de la Vejez, en tanto rama transversal del mundo jurídico postmoderno.

b) Derechos de Autonomía: ¿a dónde irás, libertad, cuando sea viejo/a?

Los **derechos de autonomía** están atravesados por una pregunta filosófica que ha sido el *leit motiv* de la construcción del mundo jurídico: el problema de la li-

bertad. Y en la vejez se torna crucial interrogarnos *¿a dónde irás libertad cuando sea viejo?* Desde el Derecho ella no es una pregunta que pueda ser resuelta en el escenario actual, de manera clara, por varias razones.

La **libertad** va asociada a la capacidad, a la facultad de asumir derechos y contraer obligaciones –como ya vimos–, y esta posición afecta un conjunto de instituciones jurídicas que no siempre han sido leídas en los códigos del envejecimiento. Por ejemplo, dentro de la autonomía y la libertad un problema o unos matices nuevos se generan en relación con el derecho a la vida y al derecho a decidir hasta dónde uno quiere vivir. Otra problemática se refiere a la salud en relación al propio cuidado, a mi responsabilidad en esta materia. Antes se hablaba de los cuidados y de la responsabilidad familiar y estatal. Pero a esto hay que sumarle la responsabilidad individual, si uno quiere tomarse en serio al Derecho. Si hablamos de derechos tenemos que hablar primero de mi posición como persona y eso implica el auto respeto, implica la prevención, la promoción, en este caso, de la salud.

Otro conflicto importante de la autonomía personal tiene que ver con la integridad, lo que llamamos el derecho a la **integridad física y moral**. En relación con la vejez el escenario que aparece es el inverso: el abuso y el maltrato en la vejez y simultáneamente a esas prácticas que son negativas, pero que son jurídicas por estar dentro del mundo jurídico, en los derechos de los países, en la actualidad, no contamos en todos con una legislación, ni con una justicia, es decir, un poder judicial que pueda dar respuestas eficaces frente a estos problemas (Dabove y Prunotto Laborde 2006).

En Argentina, por ejemplo, rigen desde la década de los noventa, leyes nacionales y provinciales referidas a la violencia familiar. Pero ellas han sido diseñadas para luchar contra la violencia de género y contra los niños. De modo que poco dice en relación a la violencia que sufre un viejo o una vieja, por el sólo hecho de serlo. Las consultas jurídicas a las que tenemos acceso, en el Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad de la Facultad de Derecho de la UNR, por ejemplo, nos muestran cada vez más lo impotente que es el Derecho para dar respuesta a una situación de violencia, por ejemplo, que ocurre cada vez que se abandona a un viejo en su casa. Cuando la familia no se ocupa de ese viejo y genera alguna situación de abuso y violencia. O bien, cuando se produce violencia dentro de los ancianatos, geriátricos o residencias

⁴ Constitución de Colombia. TITULO II. DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES. CAPITULO I. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>.

gerontológicas, ya que los jueces argentinos se resisten a aplicar la ley de violencia ya que ella ha sido articulada para que funcione respecto del ámbito “familiar”, y no en un geriátrico, en tanto dos instituciones distintas (Dabove 1999).

Otra cuestión importante referida a la autonomía se vincula con todas las libertades: la libertad de circulación que es el derecho a salir, entrar, permanecer en un lugar. El escenario en donde habitualmente se vulnera, son los geriátricos y los geriátricos podrían ser instituciones alternativas válidas para la vivienda, podrían serlo en la medida en que modifiquen la mirada que ellos mismos las propias instituciones y la sociedad tengamos de ellas, comenzando por el respecto de lo que se llamaría el consentimiento informado que deben brindar los propios viejos cuando ingresan al geriátrico. ¿Por qué razón los directores de los geriátricos le piden a la familia que firme por ellos? cuando son los propios viejos capaces jurídicamente, por lo tanto, libres y responsables de decidir lo que quieren para sí.

Un nudo importante de la autonomía se refiere a lo **patrimonial**. Es posible que una persona, incluso en una posición privilegiada, tenga acceso a una buena pensión o jubilación. Sin embargo, también suele ser habitual que esa persona o bien comparta eso que tiene con la familia, con los hijos, como relataba alguien: “tengo que dejarles la ferretería... ¿para qué?” O, también es habitual que la persona vieja porque no quiere ir al banco, no quiere cobrar, delegue el cobro de su jubilación en un apoderado y esa persona sabemos que ocupa un lugar complicado jurídicamente porque existe el conflicto de interés. Cómo controlamos que ese conflicto de interés entre quien cobra la jubilación, la ambición, la envidia, el afán de lucro, no vaya en contra de la persona vieja, la que tiene derecho, porque es su patrimonio.

Otro tanto puede decirse en relación con la **vivienda**. Hay infinidad de casos jurídicos en los que ocurren estas situaciones. En la pareja muere uno y entonces se abre la sucesión, que es otro gran derecho referido a la autonomía. En la sucesión hay herederos. Cada país regula esta función de diversa manera, pero en general el conyugue supérstite, el que queda vivo, comparte ese haber hereditario con los hijos. Estos hijos, porque lo necesitan, con buena o mala intención, por las razones que sean, comienzan a ejercer presión respecto de ese viudo o viuda que se quedó con una casa muy grande, que quizás no es necesaria

ria desde el punto de vista económico, pero que a lo mejor la necesita desde un punto de vista afectivo. Entonces ahí se generan múltiples situaciones de manipulación de la voluntad, de la capacidad de la persona vieja que además tiene que atravesar el duelo y que se resuelve de una manera nefasta para el viejo porque no está fuertemente posicionado en su identidad como viejo. El viejo o la persona vieja ceden sus derechos a través de diversos mecanismos jurídicos. Le da la casita, ese lugar que fue su historia, la sede de esa familia, se la da a ese hijo o hija con la promesa de que el hijo lo va a mantener: *si yo te voy a pagar una pensión, un dinero todos los días...* Después le da la casa, el hijo o la hija se apropia de este lugar y luego: *si te he visto no me acuerdo*; y vaya usted a resolver esto judicialmente. También eso es específico de las personas de edad. Entonces hablamos de las libertades, de lo patrimonial, de lo sucesorio y de lo geriátrico como frente a los temas que componen la autonomía (Dabove y Prunotto Laborde 2006).

c) Derechos de Participación: En la vejez... ¿"pertener tener privilegios"?

Un segundo grupo de problemas específicos que justifican el desarrollo de una especialidad nueva en torno a la vejez son los **derechos de participación**. Uno de los principales obstáculos o motores de conflicto en torno a la vejez es el problema de la no inclusión generada por las prácticas discriminatorias. La discriminación negativa es un problema jurídico además de un problema psicológico, sociológico y antropológico, porque impide el desarrollo del sentido de pertenencia a una comunidad, a un grupo y desde allí se obstaculiza la vinculación con el otro, el establecimiento de derechos y obligaciones.

Desde el Derecho *ser viejo* -como decía una propaganda argentina, de Visa, muy famosa- *¿tiene privilegios?* Realmente, por ahora, no. *¿Necesita privilegios?* Lamentablemente, por ahora, sí. Por eso es necesaria la Convención, para poder desarrollar la idea de la pertenencia desde lo distinto, siendo eso distinto, la vejez, una posición de debilidad que tengo que nivelar con las posiciones de los demás. Aquí hay un problema de compensaciones de lugares: para participar tengo que estar a nivel del otro. Puedo estar por encima del otro, por ejemplo, en las relaciones de familia, los padres respecto a los hijos menores de edad, el padre ejerce una posición de poder, pero esa posición

está justificada. En un viejo no, a menos que haya sido declarado incapaz judicialmente.

¿Qué derechos se incluyen? Hay muchísimas herramientas, algunas son muy novedosas, tales como las que ha introducido en todo el mundo la *Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad*⁵. Si bien la vejez no es sinónimo ni de enfermedad, ni de discapacidad, como ya se ha dicho, es una etapa de la vida en la que crece el riesgo de la dependencia y así se mostró estadísticamente. Entonces, esta Convención ya está introduciendo en los derechos del mundo instrumentos jurídicos que son muy interesantes, tales como **el problema de las barreras**, la obligación de desarrollar ciudades accesibles, sin obstáculos arquitectónicos, sin obstáculos tecnológicos, etc. Y también introduce el fortalecimiento de la autonomía de las personas con discapacidad, incluso de las que hayan sido declaradas incapaces. Esto también es muy osado. En Argentina, por ejemplo, se aprobó una nueva *Ley de Salud Mental*⁶ en la que se introducen reformas importantes al régimen de la capacidad. Entre ellas, se obliga a los jueces a revisar la decisión de incapacidad, que es la más grave, cada tres años. Antes era de por vida, salvo que aparecieran realmente pruebas de que la persona haya cambiado su estado de su lucidez, su discernimiento, Este concepto lo introduce una convención internacional que produjo una gran modificación en el Derecho, en este caso, Argentino (Bariffi y Palacios 2012).

Cuando hablamos de participación, hablamos del derecho a poder salir de mi casa sin escalones, sin una ciudad que me sea hostil, sin una tecnología que me agrede, sino que me habilite a la participación; sin una sociedad o familia que me condene en la posición de viejo y además incapaz.

Otro grupo importante de derechos en toda la participación se refiere, obviamente, a **las relaciones de familia**. El Derecho de familia es una rama muy interesante que alimenta al Derecho de la Vejez por-

que es la más tradicional. Además de plantearse la pregunta ¿quién debe responder por nuestros viejos, en sentido patrimonial?, hay que preguntarse ¿quién debe responder, o si hay que responder, en sentido afectivo? porque también los coloca jurídicamente en un lugar distinto a otro.

Lo patrimonial en el derecho de familia tiene un lugar, pero en relación a la vejez, en especial quiero recordar algunas instituciones que si bien cuentan con normas muy claras y antiguas en países occidentales no siempre van acompañadas de prácticas y de decisiones judiciales que también vayan en ese sentido. Por ejemplo, el derecho al matrimonio. En la ancianidad este derecho puede ser sujeto a la oposición de los hijos. En Argentina hubo muchos casos de denuncias judiciales de hijos que no querían permitir que sus padres se casen por la diferencia de edad, por lo que sea. El interés de fondo es patrimonial, es el miedo a perder la herencia. El Derecho tiene que intervenir de una manera más eficaz para garantizar el derecho a la sexualidad y además al matrimonio en la vejez. No importa la diferencia de edad, no importa el género: *usted tiene que tener la posibilidad de ser autónomo y responder en este caso por sus afectos*.

Otra institución muy interesante en relación a la familia y a la participación es el derecho de alimentos y luego el derecho de visita o comunicación entre parientes. ¿Qué es el derecho de alimentos? Es el derecho que tenemos todos a recibir algo que nos permita nuestra subsistencia. Ese algo, puede ser dinero, comida, educación, muchas cosas. En cada país los jueces van determinando el sentido de la palabra "alimentos". Esta institución es de las más viejas: el primer código importante en occidente fue el Código Civil Francés de 1804⁷, que incluía el derecho de alimentos entre parientes (Dabove y Di Tullio Budassi 2011).

Sin embargo, en Argentina sólo se localizan cuatro fallos publicados en donde los viejos reclaman a sus hijos o nietos por alimentos. ¿Quién debe responder?... ¿el Estado con las pensiones y jubilaciones? Sí, claro. ¿La familia?... En Colombia como se ha señalado en este Simposio existe un alto porcentaje de personas que no preven su porvenir y por lo tanto,

⁵ Naciones Unidas. Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad Disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497> (Consultado: 31 enero 2012).

⁶ Argentina. Ley Nacional N° 26.657. Salud pública: derecho a la protección de la salud mental. Sancionada el 25 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://www.msal.gov.ar/saludmental/index.php/informacion-para-la-comunidad/ley-nacional-de-salud-mental-no-26657> (Consultado: 31 enero 2012).

⁷ Code civil des Français: édition originale et seule officielle. - A Paris, de l'Imprimerie de la République, An XII 1804. Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp> (Consultado: 31 enero 2012).

si bien podían jurídicamente hacerlo, no tomaban la decisión de contratar un seguro o una renta vitalicia, por ejemplo, para paliar la no responsabilidad del Estado, o la no responsabilidad de la familia..

Dentro de la participación también una problemática específica de la ancianidad es el papel de los **centros y clubes de jubilados**, que nacen en el marco del derecho laboral, que tienen un sentido sindicalista, gremialista, pero que sin embargo hoy podrían ser reciclados, repensados en su función para la posición jurídica de las personas de edad. Lo último tiene que ver dentro de la participación con el derecho al **ocio y al esparcimiento**, el derecho al **turismo** en concreto. Se observa casos de contratos con cláusulas abusivas en el objeto cuando hay un viejo. Este es un problema de los países ricos y de los países pobres. Se deben revisar todos esos instrumentos en relación a la posición que ocupa un viejo y a su especial vulnerabilidad.

d) Derechos de Prestación: ¿qué igualdad? ¿qué inclusión? ¿qué vejez?

El último grupo de Derechos humanos se refiere a la seguridad social. ¿Qué igualdad queremos? ¿Qué inclusión y qué vejez queremos en relación con esta responsabilidad social y estatal que la seguridad social plantea? La seguridad social que nace en Alemania a fines del Siglo XIX se debe una autocrítica importante y en esta autocrítica un papel, un diálogo necesario es con la economía.

La **Seguridad Social y el Derecho Previsional** nacen con el propósito de cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través de prestaciones adecuadas a cada contingencia, en el marco de la justicia social. Desde este marco, las contingencias han sido definidas como todas aquellas circunstancias de la vida de una persona que traen como consecuencia la disminución o pérdida de su capacidad de trabajo que afectan directamente en el nivel de ingresos. Estas pueden afectar a la persona individualmente o al conjunto de los derechohabientes con necesidad de protección. En estos casos la ley otorga las prestaciones a modo de cobertura, dentro de los principios de la seguridad social que descartan un origen contractual. En Europa y Latinoamérica existe reconocimiento formal de estos derechos. En tanto que, en Argentina, la seguridad social, tiene garantía constitucional ya que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, señala que el estado

otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrán carácter de integral e irrenunciables (Dabove y Prunotto Laborde 2006).

Sin embargo, el escenario del envejecimiento global actual, la sostenida expansión de la esperanza de vida y los nuevos paradigmas del empoderamiento de la gerontología postmoderna, obligan a un replanteo crítico profundo del concepto de vejez en tanto fenómeno de “contingencia”, tanto como de los organismos y de los sistemas de distribución de los recursos en esta materia.

e) Sistemas de Protección y Garantías Acceso a la justicia y debida defensa: ¿utopía gerontológica envejecida?

En el Derecho aparecen las cuestiones de fondo, los derechos sustanciales, materiales que responden la pregunta: ¿qué derechos tengo? Tengo derecho a la autonomía, a la participación, a la jubilación, a la recreación, etc. La historia del Derecho nos muestra verdaderos “poemas” plasmados en sus instrumentos. La Declaración francesa de 1789⁸, sin ir más lejos, es un texto bello, cuando dice *que: “es una verdad evidente que los hombres nacen y permanecen libres e iguales...”* Sin embargo, además de ello, hacen falta herramientas de cumplimiento de esos textos bellos de modo que, además de poemas, sean “realidades”. ¿Cómo se instrumenta esto? El Derecho tiene mucho que decir y mucha responsabilidad. Y se ocupa de ello, en gran medida cuando desarrolla los sistemas de protección y garantías. En concreto, cuando diseña todo el campo del acceso a la justicia y del respeto a la debida defensa en un juicio, en la vejez.

Dentro de este escenario, el principal problema en el acceso a la justicia y a la debida defensa en un juicio son, sin dudas, **los tiempos**. El derecho procesal, los tribunales... funcionan con tiempos que no están categorizados, pautados a escala de las edades de la vida. Salvo en la niñez o en los problemas de familia, en donde sí, por suerte, ya hay una instalada tradición de respeto procesal de los tiempos de los niños, o afectivos de las parejas en los divorcios, hay divorcios exprés, hay países como Costa Rica en los que rigen instituciones de rápida resolución en el tiempo, como

8 Asamblea Nacional Constituyente Francesa. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789.

el llamado: divorcio “al vapor”, porque estos pedidos suelen concluirse en días. Pero todo ello no está pensado en relación a un viejo, menos aún si nos referimos a los recursos procedimentales en materia de seguridad social En Argentina desde que uno inicia el reclamo administrativo en el organismo que financia la jubilación o pensión, hasta que llega al máximo tribunal de justicia: la Corte Suprema de la Nación, mínimo lleva un promedio lleva diez años.

El acceso a la justicia, pues, requiere un urgente cambio de miradas, de perspectivas y de instrumentos para que hagan sustentable el ejercicio de los derechos humanos en la vejez. En Brasilia se desarrolló una Cumbre Iberoamericana de Poder Judicial, la número 14⁹, en la que se trató precisamente del acceso a los problemas, del acceso a la justicia y los grupos vulnerables. Este es el primer documento elaborado por los propios operadores de la Justicia en esta materia y allí, un lugar explícito y destacado lo ocupaban los problemas de acceso a la justicia de las personas de edad.

CONCLUSIÓN

Sobre este apretado panorama acerca de los conflictos jurídicos referido a la vejez, entonces volvemos a preguntarnos si ¿el Derecho de la Vejez es necesario? Y nos seguimos respondiendo de manera afirmativa. También parece necesaria la construcción de derechos humanos especiales para las personas viejas. De modo tal que, un significativo papel en esta trama de la historia lo desplegará la futura Convención internacional de Derechos Humanos de las Personas Mayores. Tanto como es de desear que el Derecho de la Vejez tenga un anclaje constitucional para poder liberar a la ciudadanía, pero también a los jueces, reitero, en la toma de decisiones, con esta mirada gerontológica que al menos hoy, consideramos valiosa.

En esta nueva realidad del envejecimiento global, como diría (Bloch 1957) se trata de aprender de nuevo la esperanza... Y, tal vez, ¿por qué no decirlo? Un camino sea el desarrollo estratégico de este **Derecho de la Vejez**, que cuente en su haber con una Convención tácticamente eficaz **en todos los países del mundo, para el logro de una sociedad incluyente de todas las edades.**

⁹ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Disponible en: <http://www.cumbrejudicial.org>. (Consultado: 31 enero 2012)

BIBLIOGRAFÍA

- Bloch, Ernst. 2007. *El Principio esperanza*. 2º ed., ed. Francisco Serra. Madrid: Trotta. Tomo I.
- Bariffi, Francisco; Palacios, Agustina, coord. 2012. *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*. Mar del Plata: EDIAR.
- Ciuro Caldani, Miguel Angel. 2010. Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado - Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho - Afirmación de una sociedad pluralista). In: *Investigación y Docencia*, N° 43, p. 21-35. Disponible en: http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD43_4.pdf.
- Dabove, María Isolina. 1999. “Violencia y ancianidad”. *Revista Doctrina Judicial*. La Ley, Año XV, 34: 1165-1171.
- Dabove, María Isolina. 2002. *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dabove, María Isolina; Prunotto Laborde, Adolfo. 2006. *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva Interdisciplinaria*, Rosario: Juris.
- Dabove, María Isolina; Di Tullio Budassi, Rosana. 2011. “Familias multigeneracionales y derecho de alimentos en los geriátricos. Nuevos escenarios de responsabilidad jurídica familiar en la vejez”. *Jurisprudencia Argentina*. número especial. III, fascículo 13: 71-80.
- Daniels, Norman. 1988. *Am I my parents' keeper? an essay on justice between the young and the old*. New York: Oxford University.
- Jelin, Elizabeth. 1988. *Pan y afectos. La transformación de las familias*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Walzer, Michel. 1993. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica.

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

Estilo Chicago autor-fecha:

Dabove, María Isolina. 2012. *Derechos Humanos y transcurso de la vida. Los Derechos Humanos en la vejez ¿son derechos diferentes?* *Nova et Vetera* 21(65): 23-30.

Estilo APA:

Dabove, M. I. (2012). *Derechos Humanos y transcurso de la vida. Los Derechos Humanos en la vejez ¿son derechos diferentes?* *Nova et Vetera*, 21 (65), 23-30.

Estilo MLA:

Dabove, María Isolina. 2012. “Derechos Humanos y transcurso de la vida. Los Derechos Humanos en la vejez ¿son derechos diferentes?”. *Nova et Vetera* 21.65 (2012): 31-38.



género, etnias y violencia

novaetvetera



DIEGO ARANGO. Pintura digital, serigrafía, 228 x 76 cm.

Violencia sexual: la guerra en contra de los derechos de las mujeres¹

Nayibe Paola Jiménez Rodríguez*

INTRODUCCIÓN

La violencia sexual es una actividad delictiva que puede ocurrir en todos los ámbitos en los que una persona se puede desenvolver, ocurre en el ámbito laboral, en la calle, con mucha frecuencia en el espacio personal, y en los conflictos y guerras, área sobre la cual se llama la atención en el presente documento. Esta área “tiene una connotación armamentista, es decir, se utiliza a la mujer como un medio, un arma para destruir al enemigo, para desmoralizarlo, disolver su voluntad y sus ganas de vivir, se caracteriza por ser premeditada, sistemática y generalizada, y jamás se podrá considerar

* Abogada y Especialista en Derecho Público Universidad Autónoma de Colombia. Máster en Docencia e Investigación Universitaria, Universidad Sergio Arboleda. Profesora de la Universidad Pedagógica Nacional y de la Escuela en derechos humanos “Antonio Nariño y Álvarez”, e investigadora del grupo Antonio Nariño y Álvarez”.
Correo-e: npjimenezr@pedagogica.edu.co

CORREO IMPRESO: Avenida Carrera 50 No. 38B-45 Sur Bogotá, D. C.

Nayibe Paola Jiménez Rodríguez. 2012. Violencia sexual: la guerra en contra de los derechos de las mujeres. *Nova et Vetera* 21 (65): 41-48.

Recibido: abril de 2012 / Aprobado: noviembre de 2012

¹ Artículo de investigación desarrollado en el “Grupo de Investigación en Derechos Humanos Antonio Nariño y Álvarez”, registro Colciencias COLO053849 (Categoría B - 2010), Universidad Autónoma de Colombia - Universidad Pedagógica Nacional - Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

RESUMEN

Violencia sexual: la guerra en contra de los derechos de las mujeres

La violencia sexual es un delito soportado generalmente por las mujeres en diferentes contextos sociales y personales. La violencia sexual cometida en el marco del conflicto armado es utilizada como arma de guerra y pone a las mujeres en la posición de objeto y de estrategia militar. Este artículo tratará de dar respuesta a cómo funciona la violencia sexual como arma dentro de los conflictos armados. Para dicho fin se conceptualizará esta problemática y se describirán las distintas normativas de regulación y de sanción tanto internacional como colombiana de la materia. Para concluir se expondrán algunos problemas en la sanción de abusos sexuales en Colombia que han podido ser establecidos por organizaciones sociales y no gubernamentales.

PALABRAS CLAVE: Violencia sexual, mujeres, arma de guerra, derechos humanos.

ABSTRACT

Sexual Violence: The War On Women's Rights

Sexual violence is a crime that is generally endured by women in different social and personal contexts. Sexual violence committed within the framework of the armed conflict is used as a weapon of war and puts women in the position of object and of military strategy. This article will try to answer the question of how sexual violence functions as a weapon in armed conflicts. For this purpose, the problem will be conceptualized and a description will be given of the different norms of regulation and sanction, both international and Colombian, on the subject. To conclude, certain problems in sanctioning sexual abuses in Colombia that social and non-governmental organizations have been able to establish will be presented.

KEY WORDS: sexual violence, women, weapon of war, human rights.

RESUMO

Violência sexual: a guerra contra os direitos das mulheres

A violência sexual é um delito suportado geralmente pelas mulheres em diferentes contextos sociais e pessoais. A violência sexual cometida no âmbito do conflito armado é utilizada como arma de guerra e coloca as mulheres na posição de objeto e de estratégia militar. Este artigo se propõe a dar resposta a como funciona a violência sexual como arma dentro dos conflitos armados. Para esse fim, será conceituada essa problemática e descritas as diferentes normativas de regulamentação e de sanção tanto colombiana quanto internacional da matéria. Para concluir, serão expostos alguns problemas na sanção de abusos sexuais na Colômbia que têm podido ser estabelecidos por organizações sociais e não governamentais.

PALAVRAS CHAVE: violência sexual, mulheres, arma de guerra, direitos humanos.

como un conjunto de conductas aisladas (Comisión Colombiana de Juristas y Colectivo de Mujeres Ex-combatientes, 2009), ya que ocurren antes, durante y después del conflicto.

“Las consecuencias son nefastas: las familias tienden a desaparecer, hay proliferación de embarazos no deseados producto de las violaciones y enfermedades de transmisión sexual. En definitiva, estos crímenes destruyen la salud reproductiva de la mujer y arruinan la dignidad de su comunidad porque siembran el terror de una manera definitiva” (Muñoz y Aranda 2011).

La violencia sexual contra la mujer es un problema de carácter universal que tiene su origen en los valores patriarcales que nutren la percepción de que el hombre compone el sexo dominante y tiene la necesidad de reafirmarse como tal a través de conductas aberrantes pero toleradas por las sociedades que se niegan a valorar estas maneras al margen de los criterios culturales, poniendo a las mujeres como lo afirma la autora Marcela Lagarde “en grandes dificultades para ser reconocidas como pares y legítimas”.

La violencia sexual cometida en el contexto del conflicto armado es tan antigua como la guerra misma, pero se ha usado de diversas formas y con propósitos diferentes a lo largo de la historia. Se encuentran antecedentes del abuso sexual en los antiguos ejércitos, tanto orientales (hunos, mongoles) como occidentales (romanos, griegos), allí las agresiones sexuales se cometían con el fin de estimular al ejército invasor, permitiendo que los cuerpos de los conquistados (en su mayoría mujeres) fueran botín de guerra de los soldados (Muñoz y Aranda 2011).

Estas conductas fueron aceptadas hasta la Segunda Guerra Mundial como conductas normales; solo hasta el fin de esta se creó la Organización de Naciones Unidas y esta creó los convenios de Ginebra en los cuales se determinó que los abusos sexuales eran crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, a pesar de la tipificación de estas conductas delictivas, solo hasta el 2 de septiembre de 1998 por parte del *Tribunal Penal Internacional* se produjo la primera condena por violación o delitos sexuales en el marco de la guerra como un crimen de lesa humanidad, frente al caso del genocidio perpetrado en Ruanda.

Las violaciones masivas de mujeres en situaciones de conflictos bélicos se han perpetrado con gran reite-

ración; en contextos como Asia las mujeres coreanas, chinas y filipinas fueron violadas por las tropas de Japón, igualmente sucedió por parte de los soldados de Estados Unidos en Vietnam durante la guerra de 1958 a 1975, en el conflicto étnico-político de Bosnia y Herzegovina y en los conflictos sucedidos en África donde se implantaron los abusos sexuales como táctica dentro de la guerra, allí los paramilitares serbios promovieron las violaciones de mujeres bosnias musulmanas con el propósito de ‘limpiar’ el territorio de población musulmana. Las violaciones fueron permanentes y numerosas, tanto así que se asegura por parte de las organizaciones de derechos humanos de Bosnia que aproximadamente 30.000 y 50.000 niñas y mujeres habían sido violadas por los militares serbios en toda la república (Carbajosa 2010). Por su parte, la entidad de Naciones Unidas para la igualdad entre géneros y el empoderamiento de la mujer ha descrito que más de 200.000 casos de violación han sido documentados en el este de la República Democrática del Congo desde 1996 y que entre 250.000 y 500.000 mujeres fueron violadas durante el genocidio en Ruanda. En Guatemala durante la guerra interna, según la comisión de esclarecimiento histórico, 1.465 mujeres fueron víctimas de abuso sexual, en su mayoría por parte del Ejército.

Igualmente, la relatora ha recibido casos de violaciones y abusos sexuales en zonas de la India donde se libran conflictos armados, como Jammu, Cachemira, Assam y Manipur, entre otras regiones, ha informado que la policía y las fuerzas de seguridad utilizan la tortura, incluida la violación y otros actos de violencia sexual en los que mujeres de determinadas castas y minorías étnicas o religiosas son vulnerables a los abusos policiales.

1. CÓMO OPERA LA VIOLENCIA SEXUAL COMO ARMA DE GUERRA

La violencia sexual es un arma de guerra polifuncional, su uso permite alcanzar diversos objetivos: dominar, regular, callar, obtener información, castigar, expropiar o exterminar a quienes se consideran enemigos, hasta recompensar o cohesionar al grupo que la comete. (Corporación Humanas 2009, 11).

El uso de la violencia sexual por parte de actores armados es una forma de dominación masculina, pero no es solo una forma de demostrar quién detenta el

poder, es la materialización de la dominación sobre la persona, sobre un grupo humano particular, conformado por mujeres y niñas, porque en el marco del conflicto armado los delitos sexuales no son cometidos por individuos enfermos o afectados por alguna particularidad que los impulsa a ello, se realizan como parte de una estrategia militar (Corporación Humanas 2009).

El cuerpo de la mujer, que es considerado propiedad masculina y propiedad de la sociedad (Mackenzie 2010, 202), es el medio para transmitir un mensaje de humillación y poder al enemigo. Mediante el cuerpo de las mujeres no solo se ejerce un control sobre ellas, sino que este control se hace extensivo a toda la comunidad enemiga. Las mujeres víctimas de la violencia sexual evidencian el poder que sobre su sociedad tiene el enemigo. Los cuerpos de las mujeres se convierten en transmisores de mensajes de humillación, control y poder (Coomaraswamy 1999). Así pues, la violencia sexual, más que motivada por un deseo sexual del victimario hacia la víctima, obedecería a la voluntad de destruir el tejido social y familiar de una comunidad determinada (Mackenzie 2010, 208).

En muchas sociedades, las mujeres son consideradas las depositarias del honor de la comunidad. Además, las mujeres son las transmisoras de generación en generación de los valores y las tradiciones considerados propios de una cultura, puesto que en ellas recae la socialización y educación de los miembros de la comunidad (Kandiyoti 2000).

Mediante la violación de las mujeres se logra romper esta cadena de honor que se pasa de generación en generación. Esta situación resulta de particular importancia en los grupos etnopolíticos, en muchos de los cuales se han controlado los límites del grupo mediante el control de la sexualidad de la mujer: la reproducción del grupo se produce dentro de unos límites establecidos. Así pues, la violencia sexual y los embarazos forzados en los conflictos armados con un componente étnico o nacionalista tienen también el objetivo de romper estas fronteras creadas. Olujic (1998) sostiene que la violencia sexual genera sufrimiento en los hombres al poner de manifiesto que no han sido capaces de ‘proteger su propiedad’, que incluiría a las mujeres. Así, el ocultamiento de la violencia sexual, tanto individual como social, buscaría proteger este honor masculino, puesto que el reconocimiento público de la violencia sexual conlleva re-

conocer que han fracasado en su tarea de protectores (Villegas 2010), invisibilizando así a las mujeres y su sufrimiento en el marco de la relación de pareja.

Los abusos sexuales proyectan una imagen autoritaria que permite conseguir respeto e intimidación, permite difundir temor, y mantener el orden que el victimario desea, lo que se busca es entonces convertir el cuerpo de la mujer en un medio para alcanzar fines militares. “A través de estos actos se consigue sobrecoger a la población civil y degradar sus propios valores para facilitar el control de territorios y la ejecución de actividades económicas ilícitas” (Oxfam Internacional 2009).

Otro fin del abuso sexual es su empleo como medio de tortura, tanto para quien lo recibe como para quien lo debe presenciar; así se puede obtener información del familiar de la mujer de la que se abusa o maximizar la humillación de los hombres y mujeres al realizar la violación en público. Si el conflicto armado tiene su fundamento en diferencias étnicas o raciales, el abuso sexual normalmente se sistematiza, con el fin de desmoralizar a las víctimas y sus familiares, de torturarlos y de evitar la reproducción de ellos (Mesa de trabajo mujer y conflicto armado, 2008). En los conflictos que tienen el componente étnico y racial, observamos que la violencia sexual es, además de un medio de humillación, un medio para evitar una próxima generación, ya que normalmente esta va acompañada de mutilación sexual o esterilización forzada (Muñoz, y Aranda 2011).

El *Relator Especial de las Naciones Unidas contra la Tortura* (1986) ha señalado que la violación sexual es uno de los métodos de tortura física utilizado en algunos casos para castigar, intimidar y humillar a la mujer que es víctima de ella. En el contexto del conflicto armado colombiano, la violencia sexual se ha constituido en un medio de ataque perpetrado por todos los actores del conflicto armado interno, desde hace muchos años.

Como afirma Aguilar (2000, 4), muchas de las mujeres que son víctimas de la violencia sexual son convertidas también en esclavas sexuales de los combatientes, perpetuándose así la violencia sexual en el tiempo y acabando con cualquier atisbo de autonomía personal o sexual de las mujeres. Igual sucede con las mujeres que se encuentran en las filas de los grupos armados que participan en el conflicto, pues

a estas mujeres se les utiliza como esclavas sexuales y como objetos de satisfacción.

La violencia sexual implica apropiación y daño, se refleja en la cosificación de la mujer, del uso de la mujer como objeto de placer y destrucción y la realización extrema de la condición machista de lo masculino. El sufrimiento de las mujeres tiene lugar dentro de un cuerpo, que es violable (Bocchetti 1996). La violencia sexual tal vez sea el ejemplo que mejor permite ilustrar esta doble realidad: la del impacto sobre el cuerpo de la violencia armada, porque este se configura como un espacio para controlar, y al mismo tiempo el desprecio que el cuerpo despierta. (Villemas 2010).

Así, la violencia sexual es un arma de guerra, y posee dos dimensiones: una individual y una colectiva. En lo que a la dimensión individual respecta, es el sometimiento de la víctima mediante el terror que provocan los abusos sexuales, junto con los sentimientos de vergüenza, depresión, trastorno de estrés posttraumático, somatización de sus sentimientos, culpa, ira, ideas paranoicas, rechazo a la propia sexualidad y ansiedad, entre otros. Frente a la dimensión colectiva, es la utilización de los abusos para la humillación a toda la comunidad enemiga y no solo a la mujer que es víctima de esta (Villemas 2010). Arma que desconoce los derechos de las mujeres a la dignidad, autonomía, integridad física y psicológica de la persona.

Sobre los autores y perpetradores de los abusos sexuales en el marco del conflicto armado, estos bien puede ser agentes estatales, miembros de grupos armados y ciudadanos particulares. “Es frecuente que los soldados que invaden un territorio cometan violaciones y asesinatos. Muchos grupos armados secuestran a mujeres y las obligan a combatir o a realizar tareas domésticas. Incluso se han conocido casos de acoso sexual y abusos contra mujeres por parte de las personas que la comunidad internacional envía para ayudar” (Amnistía Internacional 2005).

2. SANCIÓN AL DELITO DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO

La violencia sexual en el marco del conflicto armado ha sido generalmente reconocida como un efecto colateral; sin embargo, algunos instrumentos internacionales reconocieron la extrema urgencia que merecía su atención. El primer instrumento preocupado

por la situación fue la *Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993*, donde se hace referencia al maltrato, la mutilación y la violación; luego la *Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Violencia contra la Mujer*, aprobada por la ONU en 1994, enuncia que las mujeres son especialmente vulnerables en conflictos armados; y en Beijing, en 1995, el tema se instituyó como una de las dos esferas de preocupación sobre las cuales se debían generar acciones urgentes. Sin embargo, fueron sobre todo los tribunales de Yugoslavia y de Ruanda los que marcaron un cambio frente al tratamiento del problema, pues hubo violaciones masivas para degradar, doblegar y acabar con un grupo étnico. Tras los fallos de estos tribunales, los delitos sexuales se contemplan explícitamente como crímenes de lesa humanidad (Fiscó 2005).

Al respecto, la ONU ha desarrollado resoluciones y recomendaciones para los Estados que se encuentren en conflicto armado bajo los siguientes argumentos:

- *Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la Mujer, la Paz y la Seguridad*: este documento presenta dos numerales que al respecto establecen que de acuerdo al numeral 9, las partes del conflicto deben aplicar las leyes del Derecho Internacional Humanitario, de forma prioritaria a las mujeres y niñas, especialmente cuando son civiles; y el numeral 10 impulsa a todas las partes del conflicto a brindar especial cuidado a las mujeres y niñas para evitar que sean víctimas de cualquier tipo de violencia, particularmente la sexual, como consecuencia de su sexo.
- *Resolución 1820 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*: Muestra cómo las mujeres y niñas son particularmente propensas a la violencia sexual y a la discriminación por razón de sexo, determina que las partes en conflicto deben respetar a las mujeres civiles y ofrecerles apoyo cuando haya posibilidad de que sus derechos sean vulnerados. Igualmente, sugiere que las partes inmersas en el conflicto deben generar disciplina y doctrina para la no concurrencia de delitos sexuales en su numeral 3.
- *Resolución 1889 del Consejo de Seguridad*: estipula que los Estados miembros deben estimular la participación femenina en los procesos de solución del conflicto, y se les asigne un presupuesto

destinado a programar actividades para la reparación de las afectadas, garantizando salud mental y física, acceso a la educación y a la justicia.

2.1 Legislación en Colombia sobre delitos sexuales y el conflicto armado

En Colombia, desde la Constitución Política, aunque no expresamente, se puede interpretar que bajo los derechos y garantías de prohibición de torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, prohibición de la desaparición forzada, prohibición de la esclavitud, derecho a la honra, a la libertad, se encuentran prohibidos los delitos sexuales y protegidos la dignidad, autonomía, integridad física y la autodeterminación sexual.

Por su parte, el Código Penal colombiano tipifica las conductas de acceso carnal violento, actos sexuales violentos, prostitución forzada, circunstancias de agravación, esclavitud sexual y normas relativas a la protección de personas amparadas por el Derecho Internacional Humanitario.

La *Ley 1257 de 2008*, que dicta normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, resaltando que establece lo que se entiende por violencia en contra de las mujeres así: “Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción” (art. 2º).

Frente al tema, la Corte Constitucional se pronunció en una decisión muy importante, auto 092 de 2008, creando un hito en el tema de protección a las mujeres en el marco de un conflicto armado, ya que reconoce la comisión de violencia sexual en el conflicto armado y ordena a la Fiscalía la investigación de dichos delitos. Además, realiza una descripción de acuerdo a la información recibida de los actos que incluyen violencia sexual, los cuales son:

Actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura –tales como masacres, tomas, pillajes y destrucciones de poblados– cometidos contra las mujeres, jóvenes, niñas y adultas de la localidad afecta-

da por parte de los integrantes de grupos armados al margen de la ley.

Actos deliberados de violencia sexual cometidos ya no en el marco de acciones violentas de mayor alcance, sino individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos armados que forman parte en el conflicto.

La violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados legales e ilegales por parte de los bandos enemigos, como forma de retaliación y de amedrentamiento de sus comunidades.

La violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas por los grupos armados al margen de la ley.

El sometimiento de las mujeres, jóvenes y niñas civiles a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos por parte de los miembros de los grupos armados que operan en su región, con el propósito de obtener estos su propio placer sexual.

Actos de violencia sexual contra las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de facto por los grupos armados al margen de la ley en amplias extensiones del territorio nacional.

Actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas, o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos; o contra mujeres miembros de sus familias, como retaliación, represión y silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados.

Casos de prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles perpetrados por miembros de los grupos armados al margen de la ley.

Amenazas de cometer los actos anteriormente enlistados o atrocidades semejantes (Mesa de trabajo mujer y conflicto armado 2008).

Efectividad del Estado colombiano en la protección de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado

Conocer con precisión la magnitud de la violencia sexual contra las mujeres, en Colombia, es una tarea aún inconclusa. Persiste por parte de las entidades encargadas la dificultad para formular criterios, categorías e indicadores compartidos que puedan ser utilizados por las instituciones responsables de investigar, sancionar y prevenir las violencias contra las mujeres, para establecer sistemas de registros (Oxfam Internacional 2009, 10).

Del lado de las mujeres, existen obstáculos que contribuyen a desestimular la denuncia de los delitos cometidos contra ellas y, por lo tanto, a no disponer de información oportuna y confiable. Limitaciones como el no reconocimiento de las mujeres como sujetos de derechos y como víctimas; la desconfianza frente a las instituciones estatales; el temor a la estigmatización y la revictimización; la naturalización de las violencias; el miedo y el silencio; el desconocimiento de las instituciones responsables para la protección, la prevención, la atención, la investigación y la sanción de las violencias, y de los mecanismos para la exigibilidad de su derecho a una vida libre de violencias (Mesa de trabajo mujer y conflicto armado 2009).

Aún no existen sistemas de información ni categorías de registro por parte de las instituciones públicas que crucen los hechos de violencia sexual con el conflicto armado y desplazamiento. El informe de vigilancia sobre la situación de violencia contra las mujeres en Colombia (2009), de la Procuraduría General de la Nación, reiteró su preocupación sobre la precariedad e insuficiencia en el manejo de la información, y confirma la baja capacidad técnica de las fuentes a nivel departamental y de la calidad de los datos suministrados (Procuraduría General de la Nación 2009, 4).

De igual forma, la Consejería para la Equidad de la Mujer ha impulsado la conformación de un observatorio de asuntos de género como una herramienta *“para investigar, documentar, sistematizar, analizar y hacer visible la situación de las mujeres y de la equidad de género en Colombia, con el objeto de formular recomendaciones en materia de políticas, planes, programas y normas, que contribuyan a cerrar las brechas de equidad de género en el país”* (Mesa de trabajo mujer y conflicto armado 2009, 36), pero a pesar de ello no se han mostrado resultados sobre el cumplimiento de las recomendaciones al Estado.

La expedición en diciembre de 2008 de la Ley 1257, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, constituye un avance importante hacia el cumplimiento de decisiones y recomendaciones de órganos supranacionales destinados a proteger los derechos de las mujeres en el contexto del conflicto armado interno. Sin embargo, el cumplimiento de las obligaciones que esta genera no se han cumplido; en 2008 la Procuraduría General de la Nación realizó una vigilancia superior a las instituciones responsables de prevenir, detectar, atender, investigar y sancionar la violencia y la discriminación contra las mujeres, se evidenció que el 50% de las entidades territoriales responsables de prevenir, atender, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres no han realizado acciones de diagnóstico en violencia sexual; el 57% de las secretarías de Educación departamentales no realizan acciones o no cuentan con información sobre acciones de prevención temprana de dicha violencia. Entre las razones expuestas por estas últimas instituciones se encuentra que no consideran la atención de estas violencias como una responsabilidad asignada por la ley general de educación (Mesa de trabajo mujer y conflicto armado 2009).

Frente a la Ley 975 de 2005, ley de justicia y paz, en lo referente a la investigación de delitos sexuales se puede evidenciar: 1) La existencia de malas prácticas jurídicas por parte de los actores legales y operadores jurídicos involucrados en la creación, reglamentación y aplicación de la mencionada ley, y 2) Las limitaciones de la ley en su formulación y aplicación por los operadores jurídicos de garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las mujeres víctimas. Al respecto, se presentan importantes consideraciones de las organizaciones nacionales e internacionales que realizan el seguimiento de esta ley; la Mesa de mujer y conflicto armado ha establecido que

De las 138.000 víctimas, 96 han sido reconocidas como víctimas de violencia sexual. En las versiones libres se han mencionado 15 casos de violencia sexual, de los cuales solo cuatro han sido confesados. La ley no considera medidas para garantizar el acceso a la verdad para las mujeres víctimas cuando el paso del tiempo la dificulte o cuando los elementos probatorios que sustentan los hechos desaparezcan, tal como sucede en los casos de violencia sexual. Las versiones libres son en teoría la oportunidad procesal

para que las víctimas tengan la oportunidad de contrastar la información sobre los hechos. Sin embargo, no siempre son públicas. La verdad contada por los paramilitares no tiene en cuenta aquellos casos en que las mujeres fueron víctimas de esclavitud doméstica, coaccionadas a prestar servicios o cualquier tipo de ayuda a grupos paramilitares (lavado de ropa, preparación de alimentos, alojamiento, etc.), y los jueces y fiscales no indagan por este tipo de crímenes.

Por último, las víctimas no pueden aportar pruebas y testimonios debido a las continuas intimidaciones y asesinatos que las dejan expuestas nuevamente a retaliaciones si se deciden a contribuir al proceso; y las mujeres aún no cuentan con programas especiales de protección según lo ordenado por la sentencia T-496 de 2008. Adicionalmente, **ni la ley ni la normativa que regula la participación de las víctimas en el proceso consagran mecanismos que permitan brindar a las mujeres.**

Así las cosas, uno de los criterios que mayor preocupación puede presentar el tema es el asunto de la impunidad, generado por el aparato jurisdiccional para las mujeres víctimas de abuso sexual, debido a la precariedad del proceso de investigación y de los obstáculos impuestos a las mujeres en el momento de ejercer su derecho de acceso a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Y Fulchiron, A. 2000. "El carácter sexual de la violencia contra las mujeres". *Las violencias en Guatemala. Algunas perspectivas*. Unesco, Colección Cultura de Paz, n.º 10, Guatemala.
- AI, Amnistía Internacional 2005. *Hacer los derechos realidad*. La violencia en contra de las mujeres en los conflictos armados. No más violencia en contra de las mujeres. España: Editorial Amnistía Internacional.
- Bocchetti, A. 1996. *Lo que quiere una mujer*. Ediciones Cátedra, colección Feminismos.
- Carbajosa, A. *Mujeres Bosnias: Mujeres musulmanas violadas y torturadas en la guerra de Milosevic*. <http://www.portalplanetasedna.com.ar/generocidio1.htm>. [Consultado en 2010].
- Comisión Colombiana de Juristas y Colectivo de Mujeres Excombatientes 2009. "La violencia sexual como tortura en Colombia: 1979-2009". *Mesa de trabajo mujer y conflicto armado*. Bogotá: Ediciones Antropos.
- Corte Constitucional Colombiana. Auto 092 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.
- Comisión Colombiana de Juristas y Colectivo de Mujeres Excombatientes 2006. "La violencia sexual como tortura en Colombia: 1979-2009". *IX informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia mesa de trabajo*. Bogotá: Ediciones antropos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006. Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr. 17.
- Coomaraswamy, R. 1999. Citado en Scola de cultura de pau, 2012: *La violencia sexual como arma de guerra*. http://escolapau.uab.es/img/qcp/violencia_sexual_guerra.pdf.
- Corporación Sisma Mujer 2007. *Violencia sexual, conflicto armado y justicia en Colombia*. Bogotá: Sisma Mujer.
- Corporación Humanas - Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2009. "Interpretaciones androcéntricas de los delitos de violencia sexual cometidos contra las mujeres, otro obstáculo para acceder a la justicia en Colombia". *Mesa de trabajo mujer y conflicto armado*. Bogotá: Ediciones Antropos.
- Fiscalía General de la Nación. *Informe de gestión 2008-2009*. Consultado en 2009. <http://www.fiscalia.gov.co/PAG/DIVULGA/noticias2009/fiscalmario/Informe%20de%20Gesti%C3%B3n%202009%20final.pdf>
- Fiscó, S. 2004. *Atroces realidades: la violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Kandiyoti, D. 2000. "Guest Editor's Introduction. The awkward relationship: gender and nationalism". *Nations and Nationalism*. Vol. 6, No. 4:491-99.
- Lagarde, M. s. f. Identidad de género y derechos humanos. La construcción de humanas. Disponible en línea http://200.4.48.30/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/3_d_h_mujeres/24.pdf
- Mackenzie, M. 2010. "Towards a theory of the utility of wartime sexual violence". *International Feminist Journal of Politics*, 12:2, 202-221.
- Mackinnon, C. 2007. "Crimes of war, Crimes of Peace", *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge, The Harvard University Press.
- Muñoz, C. y Aranda, L. 2011. *Violencia sexual contra la mujer como arma de guerra*. Bogotá: Universidad de Caldas.
- Mesa de trabajo mujer y conflicto armado 2009. *IX informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia mesa de trabajo*. Bogotá: Ediciones Antropos.
- Mesa de trabajo mujer y conflicto armado 2008. *VIII Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y*

niñas en Colombia, 2007- 2008 *Violencia sexual*. Bogotá: Ediciones antropos.

Mesa de trabajo mujer y conflicto armado 2010. *X Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia 2000-2010*. Bogotá: Ediciones Antropos.

Oxfam Internacional 2009. *La violencia sexual en Colombia un arma de guerra*; Bogotá.

Procuraduría General de la Nación 2006. *Informe de seguimiento y vigilancia de los derechos humanos de las mujeres en 23 departamentos, el Distrito Capital y tres municipios pilotos*. Bogotá.

Procuraduría General de la Nación 2009. "Aproximación a la situación de la violencia contra las mujeres en Colombia. Informe de Vigilancia". *Procurando la Equidad* 4. Bogotá.

Villellas, M. 2010. *La violencia sexual como arma de guerra*. España, Barcelona: Escola de Cultura de Pau.

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

Estilo Chicago autor-fecha:

Huertas Díaz, Omar. 2012. Legal panorama on regulations regarding the rights of older persons in Colombia. *Nova et Vetera* 21(65): 41-48.

Estilo APA:

Huertas Díaz, O. (2012). Legal panorama on regulations regarding the rights of older persons in Colombia. *Nova et Vetera*, 21 (65), 41-48.

Estilo MLA:

Huertas Díaz, Omar. "Legal panorama on regulations regarding the rights of older persons in Colombia". *Nova et Vetera* 21.65 (2012): 41-48.

Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante

Marcela Roa Avella*

* Docente investigadora de tiempo completo, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia. Integrante del Grupo de Investigación Conflicto y Criminalidad.
Correo-e: mroa@ucatolica.edu.co

CORREO IMPRESO: Carrera 13 No. 47-48
Bloque E Piso 5, Centro de investigaciones
Sociojurídicas.

Marcela Roa Avella. 2012. Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. *Nova et Vetera* 21 (65): 49-70.

Recibido: junio de 2012 / Aprobado: octubre de 2012

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre hombres y mujeres tradicionalmente han estado enmarcadas en un ámbito de desigualdad tolerada socialmente y a la cual nos hemos acostumbrado, llevándola hacia el terreno de la legitimidad y llegando incluso a invisibilizarse.

El género ha estado ligado al sexo de los individuos, pero a diferencia de este último, que es una consecuencia de la configuración biológica, aquel es el producto social. Así, el género se ha identificado entonces con ciertas implicaciones sociales, laborales y familiares que dan a entender que aquel

RESUMEN

Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante

El inusitado crecimiento de la violencia en contra de las mujeres, y la insuficiencia de las medidas, programas y políticas estatales, para contrarrestarlo, ameritan poner énfasis en el desentrañamiento del fenómeno. Por lo anterior, el propósito del presente artículo es dar a conocer la posibilidad de la posibilidad de aplicación de las excluyentes de responsabilidad, especialmente la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante, a los casos de mujeres maltratadas que originan la muerte a sus maltratadores. Se señalarán las dificultades en el alcance de algunos de los requisitos de las mencionadas causales, respecto de los cuales se indicará su insuficiencia para responder a la hipótesis planteada. Se concluirá a partir de la necesidad de reinterpretar tales requisitos desde una óptica de género que permite reconocer la realidad de las mujeres sometidas a malos tratos constantes.

PALABRAS CLAVE: Violencia contra la mujer. Legítima Defensa. Estado De Necesidad Exculpante. Síndrome de la mujer maltratada.

ABSTRACT

Battered Women and Exclusion of Responsibility. A Gender-Based View of Legitimate Defense and the State of Exculpatory Necessity

The unusual increase of violence against women and the insufficiency of state measures, programs and policies to offset it, merit placing emphasis on disentangling the phenomenon. For this reason, the purpose of this article is to give an account of the possibility of applying the exclusionary factors of responsibility, especially legitimate defense and the state of exculpatory necessity to cases of battered women who cause the death of their abusers. The difficulties in the scope of some of the requirements of the causes mentioned above will be pointed out, with respect to which their insufficiency will be indicated in order to respond to the hypothesis set forward. It will be concluded based on the need to reinterpret such requisites from a gender-based optics that makes it possible to recognize the reality of women subjected to constant mistreatment.

KEY WORDS: violence against women, legitimate defense, state of exculpatory necessity, battered woman syndrome.

RESUMO

Mulher maltratada e exclusão de responsabilidade. Um olhar de gênero à legítima defesa e ao estado de necessidade exculpante

O inusitado crescimento da violência contra as mulheres e a insuficiência das medidas, programas e políticas estatais para amenizá-lo fazem com que o desentrañamiento do fenômeno mereça ser enfatizado. Pelo anterior, o propósito do presente artigo é dar a conhecer a possibilidade de aplicação das excluyentes de responsabilidade, especialmente a legítima defesa e o estado de necessidade exculpante, aos casos de mulheres maltratadas que originam a morte de seus maltratadores. Serão indicadas as dificuldades no alcance de alguns dos requisitos das mencionadas causais, a respeito das quais se indicará sua insuficiência para responder às hipóteses propostas. A conclusão será a partir da necessidade de reinterpretar tais requisitos a partir de uma ótica de gênero que permite reconhecer a realidade das mulheres submetidas a maus tratos constantes

PALAVRAS CHAVE: violência contra a mulher, legítima defesa, estado de necessidade exculpante, síndrome da mulher maltratada.

crea desigualdades, **diferenciación de los mismos en virtud de opuestos**. De esta forma, en la dinámica de las parejas, el hombre es percibido como dominante y la mujer como frágil, y dentro de ese escenario, favorecido además por la ‘intimidad’ de las relaciones de pareja, la sociedad ha tolerado un cierto nivel de violencia en contra de la mujer que se ha entendido casi como connatural a tales relaciones. Adicionalmente, ciertos mitos que rodean la violencia en contra de la mujer han permitido que este fenómeno sobreviva y se expanda de manera vertiginosa, pudiéndose afirmar que no existen grupos sociales libres de esta tragedia.

En medio de este escenario, los movimientos de mujeres, en concreto los movimientos feministas, han logrado desde hace algunos años visibilizar la gravedad y dimensión de la violencia en contra de la mujer, la violencia de género y la violencia en el marco de las relaciones de pareja. Como consecuencia de lo anterior, organismos internacionales y gobiernos locales han tomado medidas al respecto; sin embargo, la realidad sigue siendo desalentadora.

Uno de los fenómenos derivados de la creciente violencia en contra de las mujeres son los eventos en que mujeres víctimas de maltratos causan la muerte a sus agresores. Esta situación ha generado la necesidad del análisis de las posibles circunstancias de exclusión de responsabilidad que podrían aplicarse a tales eventos. De manera meramente enunciativa, vale la pena anotar que el Instituto Nacional de Medicina Legal indica en su informe Forensis del año 2011 que con ocasión de violencia de pareja murieron 17 hombres y 68 mujeres. Igualmente, las siguientes cifras permiten vislumbrar la magnitud del fenómeno.

Homicidio, casos según presunto agresor y sexo de la víctima, Colombia 2011¹

Presunto agresor	Hombre	Mujer	Total
Pareja o expareja	37	130	167
Amante	4	4	8
Compañero permanente	14	52	66
Esposo	9	33	42
Exesposo	5	18	23
Examante	1	3	4
Exnovio	-	9	9
Novio	3	10	13
Pareja o expareja	1	1	2

1 Tomado de *Comportamiento del homicidio*. Colombia 2011. Instituto Nacional de Medicina Legal. Cuadro No. 6. Homicidio, casos según presunto agresor y sexo de la víctima, Colombia 2011.

En este artículo se analiza la posibilidad de aplicación de la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante, con especial énfasis en las dificultades teóricas y prácticas que presentan tales figuras. Igualmente, se analizará la posibilidad de dar cierto contenido a estas causales desde una perspectiva de género que valore las especiales circunstancias derivadas de la violencia en contra de la mujer, el síndrome de mujer maltratada o el síndrome de indefensión aprendida, y si es válido afirmar que tales circunstancias pueden influir en la interpretación que de la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante se dé en estos eventos.

Si bien otra de las alternativas analizadas por la doctrina ha sido la figura del miedo insuperable, de esta posibilidad se dará cuenta en escrito posterior.

2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El presente artículo constituye uno de los resultados del proyecto de investigación “Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad”. La metodología utilizada es la investigación documental, mediante la revisión, recolección y análisis de los materiales existentes sobre los diferentes temas relacionados con la investigación. Los documentos no han sido exclusivamente jurídicos, ya que el tema de la violencia de género y sus implicaciones en la exclusión de responsabilidad deben ser analizados desde diversas ramas del conocimiento que permiten su comprensión de una forma más completa.

3. RESULTADOS

3.1. Legítima defensa. ¿Limitación adecuada o incapacidad estatal?

En la exclusión de antijuridicidad puede advertirse una autolimitación que el propio Estado hace frente a su poder punitivo, buscando eliminar cualquier margen de injusticia o irracionalidad que pueda darse; ello implica el reconocimiento de la necesidad de racionalizar la utilización del derecho penal, el cual se advierte como especialmente invasivo de la órbita de libertad de los ciudadanos.

En la esfera de las causales de exclusión de antijuridicidad, nos encontramos entonces con eventos en los que si bien el comportamiento del sujeto puede satisfacer la descripción típica, es decir, es antimormativo, existen circunstancias que han hecho que en ese escenario el Estado considere necesario autolimitar su poder punitivo, por lo que convierte la conducta en lícita a través de una norma permisiva que autoriza al sujeto a desplegar esa conducta antinormativa, sin que por ello supere ese primer estadio, es decir, no alcanza a satisfacer la antijuridicidad y en consecuencia no aparece el injusto.

Si bien una conducta puede reunir los requisitos para satisfacer la tipicidad, la existencia posterior de un precepto permisivo descartará la presencia de la antijuridicidad, no pudiendo en consecuencia establecerse el injusto. “En definitiva, la diferencia entre la licitud por atipicidad y por justificación se basa en que la ilicitud de la primera se descarta con la sola consideración de la norma deducida del tipo, en tanto que la segunda es descartada por la de un precepto permisivo, cuyo análisis sólo corresponde si la acción es antinormativa” (Zaffaroni 2002, 591).

En los eventos de mujeres que causan la muerte a sus agresores –parejas o exparejas– por ser sometidas a actos violentos, normalmente el primer análisis que se hace desde la defensa de tales mujeres es la aplicabilidad de la legítima defensa. Este camino normalmente supone ingentes esfuerzos y superación de obstáculos complejos. Me refiero particularmente a la dificultad de demostrar algunos de los requisitos tradicionalmente exigidos para la configuración de la causal y respecto de los cuales se analizará al final de este escrito cómo la lectura desde una perspectiva que reconozca la violencia en contra de la mujer podría permitir la aplicación de la causal.

Fundamento de la justificación

Al buscar el contenido de la legítima defensa, puede afirmarse que esta figura tiene que ver con la imposibilidad de que el derecho tolere injusticias. Sería un contrasentido que a través del derecho se permitiera la materialización de injusticias cuando quiera que el derecho se entiende como la materialización de lo justo o por lo menos como un camino en la búsqueda del ideal de justicia. En ese sentido se han planteado dos fundamentos diferentes de ella, uno indivi-

dual, de acuerdo con el cual se debe garantizar que aquel que no logre la adecuada protección por parte del Estado y se vea enfrentado a un ataque injusto que lesione o ponga en inminente peligro sus bienes jurídicos pueda defenderse válidamente de tal agresión. Por otra parte, se ha formulado una explicación colectiva o supraindividual que pone su acento en la prevalencia del orden jurídico.

“La idea fundamental en que se basa esta causa de justificación es la de que el derecho no está en situación de soportar lo que es injusto... Esta idea fundamental se concreta en dos principios: el principio de protección y el principio de mantenimiento del orden jurídico. El primero de estos principios está en referencia a la persona, esto es, al individuo como ser social (en su interrelación con otras personas) e implica por ello la defensa de su persona o derechos. El segundo, en cambio, hace referencia al ordenamiento jurídico y de la defensa que de él se hace al defenderse a la persona y sus derechos. Es lógico afirmar que si se defiende a la persona y sus derechos, también se está defendiendo el orden jurídico, pues es precisamente éste el que reconoce a la persona como tal y sus derechos” (Bustos y Hormazábal 1999, 121).

De acuerdo con la idea anterior, Zaffaroni clasifica los argumentos de legitimación de la justificación en objetivistas y subjetivistas, señalando que para los primeros prima el mantenimiento o defensa del orden jurídico (derecho objetivo), en tanto que para los subjetivistas, como su nombre lo indica, el acento estaría puesto en la defensa del derecho subjetivo agredido. El objetivismo está entonces fundamentado en la defensa del orden jurídico como valor superior en cuyo mantenimiento descansa la legítima defensa, lo cual plantea una mayor exigencia, principalmente en materia de la proporcionalidad. Por otra parte, la tesis subjetivista en su faz más radical se apoya en la protección del individuo cuando quiera que el Estado o –mejor– la normativa aparecen como insuficientes en la protección y garantía de sus derechos. La consecuencia, claro, es la renuncia a la estricta proporcionalidad entre la agresión y el daño causado (Zaffaroni 2002).

Es claro que ambas tesis en sus versiones extremas presentan dificultades; así, “El mantenimiento del orden jurídico no puede llegar al extremo de negar a la persona. Ahora, si bien toda persona tiene derecho a defenderse en contra de ataques injustificados contra sus bienes jurídicos, ésta no puede ser irrestricta y de ahí

el criterio de la necesidad racional. Por eso, la legítima defensa tiene que fundamentarse en la doble base de defensa de la persona y de mantenimiento del orden jurídico, pues así se garantiza el equilibrio entre ambos principios” (Bustos y Hormazábal, 1999, 122). Es pertinente entonces optar por una fundamentación que combine adecuadamente ambas tendencias. La doble legitimación, en la defensa de los intereses del individuo y el mantenimiento del orden jurídico a través de tal defensa, no solamente da cuenta de la fundamentación de la causal de justificación, sino que adicionalmente constituye, como se verá más adelante, la barrera de contención de su aplicación.

De acuerdo con Zaffaroni, cuando estamos frente a la legítima defensa, “no se trata de considerar que en la defensa legítima media una tolerancia de la iniciativa individual o colectiva frente a las agresiones ilegítimas, porque ningún Estado de derecho tolera el derecho y, además, si algo habría que deplorar en el caso sería precisamente la ineficacia del propio Estado y no la acción del ser humano que impide o interrumpe la agresión” (Zaffaroni, 2002, 612). La conducta justificada no está siendo simplemente tolerada por el derecho, sino que el propio Estado la ha vestido de legalidad, la ha llevado del campo de lo prohibido a lo permitido. Mal podría el Estado indicar que está tolerando una conducta que se produjo precisamente por su ausencia de su protección al individuo; en consecuencia de allí surge la legitimidad del sujeto para actuar en contra del ataque injusto, encontrándose dentro del derecho no simplemente en una conducta ilícita que el Estado tolera.

En la base de la legítima defensa se encuentra la propia justicia, en la medida en que el ordenamiento reconoce la importancia de la protección del individuo, más aún cuando se trata de normas cuya finalidad es precisamente la protección de los individuos y de sus bienes jurídicos. No podría el derecho penal obligar a determinado individuo a soportar aquello que para cualquier observador objetivo se advierte injusto.

Ahora bien, comoquiera que la legítima defensa implica vulneración de bienes jurídicos, es preciso que tal figura se rodee de las garantías necesarias que eviten que se convierta en una permisión para lesionar bienes jurídicos ajenos sin control alguno. Por lo anterior, se han intentado precisar los límites de esta causal de justificación, poniendo conteras que impidan su utilización más allá de los límites derivados de

su propia naturaleza. No obstante, pareciera que los requisitos y el nivel de exigencia frente a los mismos obedecen a cierta inseguridad en relación con la efectividad de las acciones del Estado. Es claro que en la sociedad actual muy pocos Estados logran conjurar la inseguridad y permanentes ataques a los ciudadanos, y también muy pocos logran tener instituciones policiales y judiciales que garanticen la adecuada prevención, persecución y juzgamiento de las conductas que previamente se han establecido como delictivas.

Requisitos de la legítima defensa. ¿Limitación adecuada de la causal?

El siguiente recuento se limitará a aquellos requisitos de la legítima defensa que encuentran problemáticas específicas en el escenario de la violencia de género; no se analizarán, en consecuencia, todos los requisitos o características de la legítima defensa.

De la agresión: ilegítima, actual o inminente

Cuando se afirma que la agresión inicial debe ser ilegítima, quiere indicarse que debe provenir de una conducta humana que genere peligro para el individuo o para sus intereses jurídicos; la ilegitimidad implica contrariedad con el ordenamiento jurídico. Puede afirmarse que esa ilegitimidad conlleva conductas que el individuo no tiene la carga de tolerar.

La ilegitimidad de la agresión implica su antijuridicidad. En sentido amplio esto es, como contraria a derecho, no se requiere que tenga el carácter de delictual, ya que puede darse por contradicción con normas de la totalidad del ordenamiento jurídico. Implica eso sí la puesta en peligro de bienes jurídicos. En sentido amplio, no solamente aquellas conductas recopiladas en los ordenamientos penales, sino aquellas que sean contrarias a derecho, análisis que debe hacerse respecto de la universalidad del ordenamiento jurídico².

² Al respecto véase a Bustos y Hormazábal: “La conducta agresiva debe ser... ilegítima, lo que es sinónimo de antijurídica, es decir, toda conducta que afecta bienes jurídicos (lesiva) sin derecho”, es lo que otros denominan la ilegitimidad de la agresión. El indicar que se requiere que la agresión sea ilegítima está planteando que tiene que ser antijurídica, esto es, contraria a derecho. El carácter antijurídico de la agresión tiene que estimarse con relación a todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no es necesario que sea típica y, con mayor razón, que sea constitutiva de un injusto o delito” (1999, 125).

La ilegitimidad de la agresión delimita el campo en el que el individuo está autorizado para defenderse; al respecto debe aclararse que no se trata de que la agresión constituya un delito, se habla en consecuencia de agresión antijurídica para referir aquellas actuaciones contrarias a derecho.

Ahora bien, en materia de “los límites temporales de la acción defensiva, cabe señalar que ésta puede realizarse mientras exista una situación de defensa, que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos” (Zaffaroni 2002, 623). “Se dice en consecuencia que la agresión debe ser actual. No cabe, pues, apreciar la legítima defensa cuando la agresión ha cesado... lo mismo hay que decir cuando la agresión no ha comenzado. La legítima defensa preventiva no se basa en una agresión, sino en una predicción, y no constituye, por tanto, legítima defensa” (Muñoz y García 2000, 370).

Es claro que no cabe la defensa frente a una agresión que no ha iniciado, o que no es inminente; esto implica que no es posible defenderse frente a situaciones en las que no puede establecerse que la agresión está en curso, o que su inicio será inevitable. No obstante, el concepto de la inminencia aparece como absolutamente gaseoso, pues si bien se exige que no se trate de una predicción de una agresión de la que no hay suficientes indicios, tampoco es claro cómo determinar que existen elementos suficientes y ciertos que permitan determinar que la agresión es inminente y en consecuencia va a producirse. Es un campo de valoración que puede perder con facilidad la objetividad.

La exigencia de la actualidad o inminencia de la agresión es quizás una de las limitantes más importantes en la aplicación de esta causal; se ha dicho que implica que “haya indicios suficientemente claros de su proximidad y que una mayor espera frustre las posibilidades de una defensa... Basta con que la agresión esté pronta a desencadenarse. Por otra parte, una agresión sigue siendo tal mientras la lesión del bien jurídico no se haya consumado totalmente. Lo mismo sucede con los delitos permanentes en que la agresión dura mientras se mantiene la situación ilegítima generada” (Bustos y Hormazábal 1999, 125).

El concepto de inminencia puede ser difícil de dotar de contenido, en el esfuerzo de precisarlo se señala que “con este término se designa el requerimiento de

un signo de peligro inmediato para el bien jurídico. Pero no sería correcto identificar la inminencia con la inmediatez en el tiempo cronológico entre agresión y defensa. La agresión es inminente cuando es susceptible de percibirse como amenaza manifiesta, dependiendo su realización sólo de la voluntad del agresor”. “La existencia del agredido se ve amenazada desde que el agresor dispone del medio y por ello puede legítimamente privarle de él. En estos casos hay una correcta comprensión de la agresión como inminente, aunque no sea inmediata” (Zaffaroni 2002, 624).

Doctrinariamente se ha tratado de acudir a criterios que permitan delimitar adecuadamente los límites dentro de los que es admisible la legítima defensa, en particular tratando de definir de manera precisa las exigencias que debe reunir la agresión. “Los márgenes admisibles en la apreciación de esta circunstancia deben establecerse con... módulos objetivos... (riesgo permitido, adecuación social), situándose el juzgador *ex ante* en las circunstancias en las que el sujeto activo actuó” (Muñoz y García 2000, 370).

La referencia a los criterios presuntamente objetivos relacionados con los ‘modelos medios’, los cuales, por su amplitud e imprecisión, es claro que son insuficientes y por ello deben acompañarse de valoraciones particulares, de la situación del sujeto concreto que doten de contenido a las abstractas categorías ya mencionadas. No puede perderse de vista que las actuaciones de los seres humanos no pueden observarse como si un conjunto de circunstancias y condiciones pudiera llevar indefectiblemente a un específico resultado, se están analizando conductas, reacciones de seres humanos, con lo cual dejar establecidos criterios medios absolutos es desconocer las particularidades de cada ser humano derivadas de su educación, contactos sociales, familiares, culturales, de salud, las cuales van a condicionar las decisiones que tome y, claro está, las reacciones que tenga frente a determinadas circunstancias.

“En general, se puede decir que el margen de apreciación subjetiva que debe concederse al individuo en la constatación de las circunstancias fácticas que permiten una legítima defensa se debe establecer de acuerdo con un doble baremo: uno objetivo, que corresponde con la apreciación que cualquier persona razonable hubiera podido hacer, y otro, subjetivo, teniendo en cuenta las circunstancias y conocimientos del que se defiende, valorándolos, a su vez, con el cri-

terio objetivo antes mencionado” (Muñoz y García 2000, 370-371).

Necesidad, racionalidad y proporcionalidad del acto defensivo

Puede afirmarse que la defensa es necesaria cuando quiera que existe una agresión en curso, o cuando ella es inminente, y por otra parte cuando la defensa aparece como el único camino válido para la defensa de los bienes jurídicos. “Para determinar la necesidad de la acción es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la acción de defensa y establecer si la emprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño” (Bacigalupo 1996, 126).

Si bien es necesario valorar los medios que el sujeto tenía a su disposición para defender sus bienes jurídicos, tal como se anotará más adelante, ello no puede hacerse en abstracto, sino que es imperioso que se valoren las circunstancias especiales en las que se encontraba el autor, no solamente las del entorno, sino aquellas particulares del autor. No quiero decir con esto que el análisis deba tener en cuenta la mayor o menor resistencia del autor frente a un ataque y beneficiar a aquellos que adolecen de un carácter pusilánime, pero sí valorar circunstancias especiales que afecten las percepciones del autor, sus emociones y sus reacciones.

La racionalidad implica “que el orden jurídico no puede tolerar que la legítima defensa se lleve hasta un grado en que la conducta defensiva resulte contraria a la seguridad... cuando la acción defensiva causa una lesión de una intensidad inusitada, cesa la legitimidad de la acción defensiva por su falta de racionalidad” (Zaffaroni 2002, 612). La racionalidad ha venido a reemplazar o moderar el concepto de la proporcionalidad, y en relación con ella se ha dicho que “Si se entiende la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el que se causa, sin perjuicio de precisar las particularidades de la fórmula en supuestos especiales, cabe reconocer que se dispone de un criterio mucho más preciso que los generalmente usados” (Zaffaroni 2002, 612).

El concepto de la racionalidad excluye aquellas defensas que por tornarse excesivamente desproporcionadas frente a la magnitud de la agresión inicial carezcan de posibilidades de legitimación. Podría afirmar en consecuencia que la racionalidad viene a ser la medida con la que se determina la proporcionalidad. La racionalidad implica el reconocimiento de que la facultad que tiene el sujeto que recibe una agresión ilegítima o está en peligro inminente de sufrirla, para defenderse, no implica una autorización genérica de implementar su acción defensiva sin limitación alguna. Así, la racionalidad pareciera ser el límite más genérico que se impone a la defensa. Esa racionalidad implica en consecuencia que la defensa no sea absurdamente lesiva frente a la agresión originariamente recibida. Se trata de excluir de esta categoría aquellas acciones defensivas groseramente más nocivas que la agresión inicial.

“En las situaciones concretas en que deba resolverse si la antijuridicidad de la agresión justifica la desproporción con la lesión inferida, la racionalidad es el principio correctivo que debe proporcionar la respuesta, que siempre es equívoca cuando se la denomina tolerancia o se la desvía erróneamente hacia la ponderación de males del estado de necesidad. Si se entiende la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el que se causa, sin perjuicio de precisar las particularidades de la fórmula en supuestos especiales, cabe reconocer que se dispone de un criterio mucho más preciso que los generalmente usados” (Zaffaroni, 2002, 612-613).

La denominada proporcionalidad generalmente es relacionada con los medios utilizados para efectuar la acción defensiva; se indica que debe materializarse “tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa, una vez que ésta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión; de lo contrario, no habría justificación plena y, todo lo demás, vendrá en consideración la eximente incompleta (exceso defensivo)” (Muñoz y García 2000, 371).

Antes de determinar la proporcionalidad de los medios y de la acción defensiva como tal, debe indicarse que ha de constatar la necesidad de la acción defensiva, es decir, “la situación ha de exigir el uso de la defensa para proteger a la persona o sus derechos. El requisito debe entenderse en un doble sentido que no

sólo limita el medio, sino la defensa misma. Este requisito implica, en primer lugar, la necesidad racional de la defensa misma y, en segundo lugar, la necesidad racional del medio” (Bustos y Hormazábal 1999, 128).

Tradicionalmente se ha relacionado el criterio de proporcionalidad con los bienes jurídicos involucrados, lo que conlleva la ponderación de jerarquías de tales bienes o intereses jurídicos, derivada de la protección que desde el ordenamiento jurídicos se hace de ellos, y valorando, claro está, los ataques que sobre ellos se producen.

La racionalidad “no se puede determinar en forma abstracta, objetiva y general como la proporcionalidad, sino que dependerá de su situación concreta y de las circunstancias de ella (de la persona y sus derechos). Luego la racionalidad tendrá que ser apreciada *ex ante* conforme a la situación personal y circunstancias en que se encontraba el defensor en el momento de defenderse. En definitiva, se trata de un concepto necesariamente abierto y que tendrá que ser cerrado por el juez en el momento de la apreciación de los hechos” (Bustos y Hormazábal 1999, 129).

El concepto de racionalidad responde a la necesidad de moderar las dificultades generadas por el concepto de proporcionalidad, logrando que se realice un examen que pondere las reales circunstancias en las que se desarrolló la defensa y no solamente un juicio abstracto de ponderación de bienes jurídicos.

El concepto racionalidad viene a subjetivizar el análisis de la causal, y no debe darnos miedo emplear este término, ya que los referentes objetivos no siempre implican de suyo la idea de justicia, y de igual manera las valoraciones subjetivas no llevan consigo siempre a la fatídica conclusión de injusticia. En particular, cuando se trata de valoraciones que incluyen emociones, reacciones, escogencia de alternativas, toma de decisiones, determinación de medios adecuados, defensa de bienes jurídicos, no puede partirse exclusivamente de criterios objetivos, ya que ellos desconocerían la naturaleza particular de cada individuo. Si bien es claro deben fijarse reglas que limiten el campo de valoración del juzgador, no puede desconocerse que un análisis absolutamente abstracto, objetivo de la situación de agresión, los medios disponibles de defensa y de la proporcionalidad implicarían desconocer que quien reacciona frente a la agresión es un ser humano, un individuo particular respecto de

quien debe hacerse una valoración de las circunstancias particulares que rodearon su acción defensiva.

Elemento subjetivo. Intención de defenderse

En relación con este elemento se ha señalado “la exigencia de que el que se defiende haya obrado conociendo las circunstancias de la agresión ilegítima de la que era objeto y con intención de defenderse (*animus defendendi*)” (Bacigalupo 1996, 127).

Frente a tal elemento subjetivo se han diferenciado dos elementos, el primero de ellos el conocimiento o conciencia de la agresión, y el segundo, la intención de defenderse. Respecto del conocimiento se ha señalado que “quiere decir que quien acomete a otro sin darse cuenta de que está protegiendo un bien jurídico no actúa en legítima defensa. El azar no lo puede beneficiar. El requisito del conocimiento guarda coherencia con la exigencia de la realidad de la agresión... para que haya legítima defensa, una coincidencia entre lo que el sujeto conoce y lo que sucede en la realidad” (Bustos y Hormazábal 1999, 132).

En tratándose del segundo elemento, esto es, la intención o voluntad de defenderse, la doctrina no ha sido pacífica, ya que algún sector se inclina por su aceptación en tanto que otro sector propende a su no aceptación. Como se verá, es un elemento de importante dificultad en los casos de mujeres maltratadas, especialmente cuando la ‘defensa’ se produce por fuera de un episodio de confrontación.

Sería entonces extremo exigir una expresa y precisa intencionalidad de defenderse, ya que más allá de las dificultades que ello presenta a nivel probatorio, el contenido mismo de la causal aparece más alineado con la voluntad de protegerse, es decir, la simple voluntad de estar actuando con la finalidad de repeler un ataque que el sujeto advierte como ilegítimo.

En relación con este aspecto, Roxin pone el acento en la conciencia del sujeto de estar actuando para que su derecho prevalezca frente a la actuación injusta, la cual considera suficiente para satisfacer el requisito subjetivo. “Para que el defensor esté justificado ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio no es necesaria una ulterior voluntad de defensa en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defen-

sa”. “No es cierto que solo concurra una ‘defensa’ si el agredido obra para defenderse, sino que ya la hay si sabe que está repeliendo una agresión actual y anti-jurídica. Y a la idea de prevailecimiento del derecho, que está tras la legítima defensa, ya se le da cumplida satisfacción, tanto objetiva como subjetivamente, si el sujeto –por los motivos que sea– actúa con conciencia de que está imponiendo al derecho frente al injusto” (Roxin 1997, 667).

Como veremos más adelante, en materia de violencia en contra de la mujer, es preciso interpretar esta intención de defensa más desde la óptica planteada por Roxin, ya que en muchos casos derivados de los síndromes producidos por la violencia la mujer no se reconoce como víctima, y su afectación psicológica impediría demostrar una precisa intención de defenderse, pero bien podría demostrarse la acción de prevailecimiento de su derecho a una vida libre de violencia.

3.2. El estado de necesidad exculpante

Naturaleza

Tradicionalmente, la figura del estado de necesidad obedece a la colisión entre dos bienes jurídicamente tutelados, uno de los cuales es violentado para proteger el otro. “Se define el estado de necesidad como una situación de peligro actual para un interés legítimamente protegido por el derecho, el cual solo es posible salvar mediante la lesión de bienes jurídicos de un tercero, su esencia consiste en una situación de conflicto o colisión de bienes o deberes, cada uno de los cuales solo puede conservarse con sacrificio de otro, bien que es así mismo jurídicamente tutelado” (Gómez 1996, 830).

En relación con el contenido de la figura del estado de necesidad, existen dos corrientes: la unificadora y la diferenciadora. La primera de ellas considera que aun tratándose de bienes jurídicos de igual o similar valor, puede hablarse de justificación. La segunda propugna la distinción entre el llamado estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante en atención precisamente a la ponderación de bienes, de acuerdo con la cual si el bien salvado es de mayor valor frente al sacrificado, estaríamos en presencia de estado de necesidad justificante, y, por el contrario, cuando se trate de bienes de igual o similar

valor, estaríamos en presencia de estado de necesidad exculpante, con exclusión, claro, de la culpabilidad.

La discusión es relevante en la medida que la ubicación en la justificación o la exculpación implica la presencia o ausencia del injusto; así, en la justificación se está en una conducta que el ordenamiento ha legitimado, lo ha definido como adecuado al ordenamiento jurídico, mientras que en la exculpación se encuentra la presencia del injusto, pero se prescinde del reproche a pesar de tratarse de una conducta anti-jurídica. “La doctrina contemporánea ha trazado los límites entre justificación y exculpación partiendo de la apreciación del valor de los bienes jurídicos en colisión. Cuando se sacrifica un bien menor para salvar un bien mayor, se habla de estado de necesidad justificante; cuando los bienes son de similar valor y se sacrifica uno de ellos para salvar al otro de un peligro grave y extremo, se habla de estado de necesidad exculpante o inculpable” (Gómez 1996, 831).

La anterior diferenciación encuentra su razón de ser en la propia naturaleza de las circunstancias en las que se excluye la antijuridicidad o la culpabilidad. En las denominadas causales de justificación, se está en una situación en la que el propio legislador cubre de legalidad una situación que él mismo inicialmente previó como prohibida, en tanto que en las causales de inculpabilidad estamos en presencia de conductas respecto de las cuales se mantiene intacta la prohibición del acto, pero por circunstancias ajenas al autor se reconoce que no puede endilgársele culpabilidad; se asume que no hay lugar a reproche a pesar de que la antijuridicidad de la conducta y la presencia del injusto se mantienen incólumes.

Cuando quiera que en la colisión que se presenta entre bienes de diferente valor el bien sacrificado es de menor valor, tiene sentido que se aplique legalidad a la situación, pues el individuo no tenía otra forma de evitar el daño al bien jurídico de mayor valor, y en el juicio de ponderación se acepta que en esas circunstancias sacrifique un bien de menor valor. Es decir, en este caso, de acuerdo con la ponderación, se encuentra como ‘justo’ el sacrificio del bien de menor valor, pero ello no ocurre cuando se trata de bienes de similar o igual valor, situación en la que el sacrificio de uno de ellos no aparece como ‘justo’ con la misma claridad. “Cuando el bien sacrificado es de similar o igual valor que el salvado, no se produce un resultado cuantitativamente superior o más valioso, y por ello el acto no

será justo sino apenas exculpado, o sea, simplemente, tolerado por el derecho” (Gómez 1996, 831).

Muñoz Conde se refiere al asunto indicando que “la doctrina española dominante considera que en la actual eximente... se regulan conjuntamente el estado de necesidad como causal de justificación y como causa de exculpación. El primero se daría cuando el estado de necesidad surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, el segundo, cuando los bienes jurídicos en conflicto son del mismo valor. Mientras que en el primero la ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor, en el segundo, se dice, la ley no puede inclinarse por ninguno de los dos bienes, que son de igual valor, pero por razones preventivas (falta de necesidad de pena), disculpa a quien actúa en dicha situación” (Muñoz y García 2000, 373).

Como se ve, acoge la teoría unificadora al considerar que al tratarse de bienes de igual valor, se aplicaría la causal de justificación, indicando que “nada impide que aquí también opere como causa de justificación, pues no se trata sólo de comparar el valor de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro era la única vía adecuada dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria” (Muñoz y García 2000, 449).

Requisitos

Al igual que en el análisis que se hizo de la legítima defensa, me circunscribiré a aquellos en los cuales pueden presentarse dificultades en escenario de la violencia de género.

Peligro, situación de necesidad

El estado de necesidad parte de la base de la existencia de un peligro para un bien jurídico protegido ya sea propio o ajeno, el cual solo puede conjurarse mediante la lesión de bienes jurídicos ajenos. Este peligro debe ser real, no supuesto, y revestir cierto margen de gravedad, el cual “dependerá de la correlación de los bienes en conflicto, de la intensidad del peligro asumido por los bienes, del valor social e individual de esto o de los deberes en colisión, teniendo en cuenta que solo una ponderación total de los aspectos individuales, sociales, materiales, morales nos ofrece un criterio más seguro para determinar la proporción” (Gómez 1996, 837).

Al igual que en el caso de la legítima defensa, el peligro requerido en relación con el estado de necesidad exige que el mismo sea actual o inminente, entendiéndose que ello implica que el peligro se esté desarrollando o vaya a ocurrir en momento muy cercano, incluyéndose también las situaciones de peligro permanente.

En relación con el peligro requerido en el estado de necesidad exculpante, Roxin incorpora un importante concepto de acuerdo con el cual “en el estado de necesidad excluyente de responsabilidad posee especial relevancia el hecho de que la actualidad del peligro comprende periodos de tiempo sustancialmente más grandes que la actualidad de la agresión... esto rige sobre todo para el llamado peligro permanente, en el que una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá tal cosa” (Roxin 1997, 903).

Igualmente, se exige que el necesitado no tenga el deber jurídico de afrontar el riesgo; este requisito se relaciona entonces con las obligaciones derivadas de profesiones u oficios, que de suyo implican el deber de soportar un cierto nivel de riesgo o peligro.

La acción necesaria

Como ya se anotó, cuando se habla del estado de necesidad, el sujeto se encuentra en una situación de peligro, riesgo grave e inminente para un bien jurídico propio o ajeno, la cual solamente puede ser conjurada mediante la lesión de otro bien jurídico. Se ha insistido en que el camino escogido por el autor es el único posible. “Es preciso, además, que la realización del mal o la infracción del deber que el sujeto realiza para evitar un mal a sí mismo o a un tercero sea el único camino posible para conseguir la meta salvadora. La comisión del tipo de injusto de un delito que la lesión de un bien jurídico la infracción de un deber jurídico realizan ha de ser, por tanto, necesaria, es decir, la evitación del mal que amenaza al bien jurídico solo puede ser conseguida realizando otro mal” (Muñoz y García 2000, 376).

Si bien se afirma que la acción realizada debe ser el único camino posible, no podemos perder de vista que de existir otras alternativas menos lesivas para conjurar la situación de peligro, estas deben ser reales, ob-

jetivamente disponibles para el sujeto a las que este no podría haber accedido de manera rápida, expedita y eficaz, no simplemente posibilidades teóricas.

El tratadista colombiano Gómez López afirma: “Como se trata de una situación de inculpabilidad, la acción de salvaguarda deberá ser el único camino o mecanismo a mano para poder salvar el bien. Se dice que la acción cometida en estado de necesidad debe constituir, como *ultima ratio*, el único y último recurso para salir de ese estado, y debe ser objetivamente indispensable y apta para evitar el peligro, dejará de ser necesaria, y por lo tanto será inadecuada cuando el hecho disponía de otros mecanismos menos lesivos que los que utilizó y sin embargo prefirió utilizar los de mayor poder o dañosidad. En concreto, el autor deberá utilizar los medios o instrumentos menos lesivos que tenga a disposición, pudiendo incurrir en responsabilidad penal cuando teniendo a mano medios menos lesivos prefirió utilizar otros” (Gómez 1996, 841).

Respecto de lo anterior, debo decir que este es uno de los principales inconvenientes para la aplicación de la hipótesis planteada, ya que el análisis de las posibilidades con las que cuenta el que actúa en estado de necesidad normalmente se hace abstracto, quitando importancia a las circunstancias personales del autor y a aquellas que lo rodearon en el preciso momento en el que tomó la decisión de emprender la acción lesiva de otro bien jurídico, con la finalidad de salvar uno propio o ajeno.

Como se verá más adelante, si bien el estado de necesidad defensivo aparece como una alternativa posible de defensa en casos de mujeres maltratadas que causan la muerte a sus agresores, la especificidad de la exigencia de que la acción defensiva sea la única alternativa posible implica casi de entrada la imposibilidad de la aplicación en el escenario de la violencia contra la mujer. Me refiero en particular a los mitos sociales que rodean este tipo de violencia y que tanto daño hacen en la lucha en contra de tan nocivo fenómeno. Muchos de esos mitos colaboran a que se establezca un sinnúmero de posibilidades alternativas para las mujeres, que no pasan de ser soluciones hipotéticas carentes de efectividad en la realidad, pero que sí dificultan la aceptación de esta causal de exclusión de culpabilidad, ya que la argumentación teórica siempre encontrará una posible alternativa diferente que constituirá obstáculo para la eficacia de esta causal de exculpación.

3.3. La violencia invisible. Mitos

La naturalización de la violencia en contra de la mujer ha permitido durante muchos años que el fenómeno sea invisible e intocable para el Estado, y solamente a través del movimiento feminista³ y las declaraciones de organismos internacionales se ha logrado poner sobre la óptica pública el análisis del fenómeno. Tradicionalmente se ha entendido que el maltrato a la mujer en el ámbito de la pareja es un asunto privado que debe resolverse puertas adentro. En ese escenario se han alimentado muchos mitos que aún escuchamos de muchos sectores de la sociedad, mitos todos estos que terminan por legitimar tal violencia e invisibilizarla a los ojos de las autoridades.⁴

“La movilización política de las mujeres en todo el mundo fue elevando progresivamente el perfil de la problemática evidenciándola como una consecuencia de la discriminación y como expresión de la violación de derechos humanos de las mujeres. Las organizaciones y movimientos de mujeres en el mundo fueron captando progresivamente la atención internacional, hasta que en la década destinada por las Naciones Unidas para la mujer (1975 a 1985) se logró una creciente escucha de las entidades multilaterales y se generaron espacios de articulación entre las organi-

³ Al respecto véase Fondo de las Naciones Unidas y España para el Cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2010). “Estudio sobre tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia”: “En la década de 1970 la violencia contra las mujeres en la pareja comenzó a denunciarse de forma específica como problema y nació en Inglaterra el movimiento de mujeres maltratadas con el establecimiento de una primera casa de acogida en 1971, que fue seguida por la apertura de una segunda en Holanda en 1974 y luego por muchas más en Estados Unidos”.

⁴ Coincidimos al respecto con Fries y Hurtado (2010). “Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe”. Naciones Unidas. Cepal. Serie Mujer y Desarrollo. Publicación de las Naciones Unidas: “... el espacio público se concibió como el espacio de los ciudadanos, de la relación entre pares hombres y en última instancia el de la presencia del Estado respecto de cuyos abusos los derechos humanos protegerían. El espacio privado se ligó a la familia, entidad natural en la que mujeres tienen un mismo estatus, el de desiguales frente al jefe de familia. ‘La distinción público/privado separa y concentra formas jurídicas de poder propias de la función del Estado Moderno’ (Charlesworth 1991... Las mujeres estando relegadas al mundo privado, espacio que supuestamente no controla el Estado y en el que se producen las principales violaciones a sus derechos, quedan excluidas por tanto de dicha protección. Charlotte Bunch ha señalado que esta dicotomía entre las esferas pública y privada se ha utilizado de manera amplia para justificar la subordinación de las mujeres y para excluir del escrutinio público los abusos en materia de derechos humanos cometidos en el ámbito privado (Gómez Isa 2003)”.

zaciones sociales, las agencias de cooperación y los Estados para tratar el problema” (Fondo de las Naciones Unidas y España para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio 2010, 20).

A pesar de lo mucho que actualmente hablamos acerca de la violencia en contra de las mujeres, especialmente de aquella derivada del género, lo cierto es que poco ha mejorado el escenario, las cifras de violencia en el mundo siguen siendo alarmantes, la persecución, prevención y castigo de este fenómeno parece aún ser ineficaz. Los esfuerzos legislativos realizados por muchos Estados han estado permeados por el abordaje estrictamente penal del asunto, mediante medidas legislativas que no logran materializar una lucha efectiva contra el fenómeno. Si bien se ha reconocido la necesidad de asumir la regulación del fenómeno mediante el contacto y colaboración de diversas ramas del derecho que permitan establecer un verdadero escenario de protección y restablecimiento de los derechos de las mujeres, los avances legislativos se han reducido a la implementación de nuevos tipos delictuales o aumentos de penas.

Se echa de menos el establecimiento de verdaderas estructuras especializadas en la prevención, persecución y penalización de la violencia, enfocada en atención especial de estas mujeres, su protección, la garantía de los derechos de sus hijos, centros de acogida, asesoría psicológica y jurídica gratuitas.

Caminando de lo privado a lo público. La lucha contra los mitos

La violencia contra la mujer encuentra plena comodidad en los históricos escenarios patriarcales y en la aceptación cultural de la inferioridad de la mujer. La legitimación de la violencia en el ámbito de la pareja ha estado mediada por una superioridad masculina socialmente aceptada y complementada con la esperada docilidad u obediencia femenina. “El sistema de desigualdad se sostiene en una estructura de desequilibrio de los géneros. La violencia familiar constituye una de las manifestaciones más brutales de las relaciones de desigualdad entre los géneros, ya que se basa en el abuso del poder” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) 2009, 28).

La madre, la esposa, la frágil, la sumisa, versus el jefe del hogar, el proveedor, el fuerte, son cualidades que

desde la niñez son asignadas a uno y otro género con efectos muy perjudiciales en las relaciones entre uno y otro. “La noción de patriarcado re-emerge para enfatizar el componente de poder en las relaciones de género. Se trata de un sistema de dominación masculina enraizado en las normas sociales, culturales, en las estructuras políticas y jurídicas, en las economías locales y globales que requiere de la violencia como dispositivo real y simbólico para el disciplinamiento de las mujeres” (Frías y Hurtado 2010, 13).

“Otro código cultural que ha mostrado un efecto prevalente en el incremento de la violencia contra las mujeres es la separación del espacio público y el espacio privado. De acuerdo con este código propio de las sociedades más patriarcales, ‘lo que pase en casa se queda en casa’, lo que quiere decir que los vecinos y la comunidad en general no tienen el permiso social de intervenir en lo que ocurre en el interior de una familia” (Fondo de las Naciones Unidas y España para el Cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio 2010, 43). Lo anterior favorece la falta de denuncia por parte de las mujeres, y adicionalmente refuerza uno de los principales mecanismos utilizados por el agresor para inmovilizar a la mujer, el cual es precisamente aislarla de cualquier posibilidad de obtener ayuda.

Muchos son los mitos que rodean la violencia en contra de la mujer en el ámbito de la pareja; uno de ellos tiene que ver con la “anormalidad del agresor”, con lo cual se busca justificar su comportamiento violento en patologías, enfermedades mentales, nada más dañino que tal mito. Si bien es probable que la violencia ejercida por el hombre vaya acompañada de trastornos mentales, ellos no son la explicación de su violencia, como tampoco lo son el alcohol o las drogas, aunque todos ellos pueden ser factores concomitantes y desencadenantes de la violencia. El hombre maltratador puede ser cualquiera, no existe un tipo específico de hombres especialmente proclives a ejercer la violencia en contra de sus parejas. “Si tuviéramos que definir un perfil que pudiera recoger al agresor en todas sus manifestaciones, éste vendría dado por tres características fundamentales: hombre, varón, de sexo masculino. No hay perfil, se trata de un perfil elástico, maleable que puede adoptar cualquier forma sin que se modifique su esencia” (Lorente 2004, 45).

Es muy importante aceptar que las antiguas teorías basadas en la existencia de ciertos tipos, perfiles o

características que determinaban la existencia de un maltratador solamente han constituido una efectiva cortina de humo que ha ocultado y justificado durante años el tema del maltrato femenino, por hacerlo parecer una situación normal, que se debe mantener puertas adentro del hogar y que en la mayoría de los casos es el resultado, o bien de carencias psicológicas de la mujer, o de trastornos mentales del hombre que le hacen inevitable comportarse de esa forma, o, lo que es peor, son el resultado de factores externos que hacen que el hombre actúe determinado por los factores licor, drogas, maltrato en la infancia. Hoy en día se reconoce que estos mitos ocultan las verdaderas razones del maltrato, principalmente la desigualdad de poderes y la dominación por parte del hombre en el núcleo familiar. Todo ello en un marco de dominación y subordinación donde el más fuerte utiliza la desigualdad para imponerse, violentar, maltratar.⁵

De lo anterior se desprende que la lucha contra la violencia de género solamente puede ser eficaz en la medida en que se ataque de sus profundas raíces sociales y culturales, con miras al desmonte de los estereotipos y paradigmas machistas que la justifican. Solamente en la medida que se luche contra los imaginarios sociales de superioridad del hombre y de legitimidad de los actos violentos en contra de las mujeres, las alternativas legislativas y de política criminal tendrán oportunidad de exterminar esta nefasta realidad. Obviamente, el papel en la educación es de radical importancia en la eliminación de los mitos y estereotipos que alientan la violencia en contra de la mujer. La eliminación de los roles, actitudes, conductas deseables o exigidas en función de los roles solo puede ser combatida eficazmente mediante

la educación. Solamente en la medida que nuestros niños y niñas empiecen a ser despojados de las diferencias atribuidas en virtud del género, y se les permita ejercer actividades, tener emociones y reacciones naturales y no condicionadas por exigencias sociales, habremos emprendido el camino de la verdadera lucha en contra de esta pandemia.

Ciclo de la violencia, síndrome de mujer maltratada y síndrome de indefensión aprendida

La teoría del ciclo de la violencia fue elaborada por Leonore Walker (1979), en su libro *La mujer golpeada*, donde plantea que el maltrato a la mujer se produce de forma cíclica, pudiendo identificarse ciertas etapas que se producen, en diversos lapsos. Básicamente, el ciclo de la violencia se compone de tres etapas, una de acumulación de tensión, seguida de un episodio muy explosivo de violencia, luego del cual viene la denominada etapa de luna de miel, etapa esta última en la que el maltratador pide perdón, manifiesta arrepentimiento y promete a la mujer que estos episodios nunca van a repetirse, inclusive compra regalos a la mujer y la trata de manera excesivamente cariñosa. Debe aclararse que las etapas varían en su duración e intensidad, e inclusive puede ocurrir que alguna de ellas no existe o sea casi imperceptible, sin que ello desconozca la ciclicidad del fenómeno.

“Uno de los aspectos más importantes que debemos conocer es que la violencia desaparece y reaparece en diferentes momentos. Primero se acumula ‘mucho malestar’ y se producen roces permanentes entre los miembros de la pareja; después ocurre el ‘acto más violento’, en el que explota todo ese malestar y se produce la mayor agresión, que puede ser física o verbal. Finalmente, se genera una situación llamada ‘luna de miel’, en la que el agresor se arrepiente, pide disculpas y le promete que nunca más volverá a violentarla. Pasado cierto tiempo, este ciclo vuelve a repetirse” (Goldman, 2008, 31).

Esta figura es de vital trascendencia en la explicación de la situación de peligro permanente, de gran importancia en el análisis de la legítima defensa en casos de mujeres maltratadas, especialmente en la legitimación del denominado peligro permanente, derivado precisamente de la naturaleza cíclica de esta violencia, y la conclusión de que estos episodios de estallidos de violencia frecuentemente vuelven.

⁵ Al respecto véase Organización Panamericana de la Salud (2000, 13): “Este tipo de violencia no es el resultado de casos inexplicables de conducta desviada o patológica. Por el contrario, es una práctica aprendida, consciente y orientada, producto de una organización social estructurada sobre la base de la desigualdad. ...la violencia intrafamiliar es el resultado de las relaciones desiguales de poder y es ejercida por los que se sienten con más derecho a intimidar y controlar. En el interior de la familia, las desigualdades producidas por el género y la edad son las principales determinantes de las relaciones violentas que allí se construyen... el uso de la violencia contra las personas con menos poder dentro del ámbito familiar es no solo uno de los medios por los cuales se controla y oprime, sino también una de las expresiones más brutales y explícitas de la dominación y la subordinación basadas en el género y la edad. Este modelo de poder y dominio que produce las prácticas cotidianas de violencia intrafamiliar atraviesa todas las clases sociales, niveles educativos, grupos étnicos y etarios; es decir, la violencia intrafamiliar se da en todos los sectores de la sociedad”.

Otro importante concepto es el del síndrome de indefensión aprendida, también acuñado por Lenore Walker (1979), y que ha sido llamado también teoría de la indefensión de la mujer maltratada. En desarrollo de esta teoría, “La Dra. Walker explica cómo la mujer que ha experimentado la violencia queda incapacitada para controlar su voluntad, a través del tiempo, desarrollando así la ‘condición de impotencia aprendida’. Esta condición previene el que una mujer maltratada pueda percibir o actuar cuando se le presenta una oportunidad para poder escapar de la violencia. Se basa en la hipótesis de que tempranas influencias sociales en una mujer facilitan la condición psicológica de impotencia, lo que hace que las mujeres se sientan incapaces de poder controlar positivamente sus vidas. La Dra. Walker expone que la ‘impotencia aprendida’ es la responsable de la deficiencia cognoscitiva emocional y conductual que se observa en la mujer maltratada, es lo que le afecta negativamente y le retiene en la relación abusiva” (Portal de víctimas maltrato, abuso y hostigamiento sexual 2008).

Es entonces esta afectación psicológica la que impide que la mujer rompa el ciclo de la violencia y abandone al maltratador, o lo denuncie y busque ayuda; por cuanto los episodios frecuentes de maltrato la imposibilitan para ello, ya que no logra ver una posibilidad clara de escapar a esta situación de violencia. No logra ver con esperanza su futuro, le parece imposible escapar a su situación actual, y termina por considerarse condenada a padecerla.

Por otra parte, y en relación con el denominado síndrome de mujer maltratada, se ha señalado que los continuos episodios de maltrato físico y psicológico sufridos por las mujeres víctimas de la violencia a manos de su pareja pueden producir un estado patológico que se traduce en un conjunto de síntomas físicos o psicológicos. Este síndrome es tan intenso que algunos autores lo han comparado con el síndrome de Estocolmo, indicando que en el primero de ellos la mujer termina por justificar a su agresor, a quien ella misma obliga a que la maltrate por incumplir sus reglas, defraudar sus expectativas; todo ello producido claramente por la permanente manipulación psicológica ejercida por el agresor sobre la mujer maltratada. Algunos autores lo han denominado síndrome de

Estocolmo doméstico⁶, teoría que se ha desarrollado para tratar de explicar los vínculos paradójicos que se producen entre estas mujeres víctimas y sus agresores, llegando en ocasiones inclusive a justificar la conducta de estos. Se afirma que en este escenario de violencia se presenta un desequilibrio del poder y periodos intermitentes de buen y mal trato que conllevarían la construcción de ese vínculo paradójico y el sometimiento de la mujer. (Montero, Andrés s/f).

Cuando este síndrome hace presencia, la mujer se abandona en su situación, renuncia a luchar y simplemente siente que está condenada a sufrir esta situación; está tan débil física y psicológicamente que pierde cualquier esperanza de salir de esa situación; tristemente, se resigna, no tiene posibilidades de luchar. Además de los diversos síntomas físicos que evidencia este síndrome⁷, llaman poderosamente la atención los signos psíquicos tales como angustia, ansiedad, falta de autoestima, inseguridad, sensación de peligro constante, dificultad de dimensionar el peligro, abandono, sensación de incapacidad. Como se verá enseguida, estos signos exigen un redimensionamiento en el análisis de los requisitos de figuras como la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante.

3.4. Hacia una nueva lectura de exclusión de responsabilidad. Una mirada de género

La realidad de la violencia en contra de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja está rodeada de causas, consecuencias, síntomas y síndromes muy específicos que afectan no solo la salud física, sino

⁶ Al respecto véase Montero, Andrés. “El síndrome de Estocolmo doméstico en mujeres maltratadas”, quien entre otras afirmaciones dice: “Sin entrar en descripciones demasiado técnicas, el síndrome de Estocolmo doméstico (abreviadamente SIES-d) sería descrito como un vínculo interpersonal de protección, construido entre la víctima y su agresor, en el marco de un ambiente traumático y de restricción estimular, a través de la inducción en la víctima de un modelo mental (red intersituacional de esquemas mentales y creencias). La víctima sometida a maltrato desarrollaría el SIES-d para proteger su propia integridad psicológica y recuperar la homeostasis fisiológica y conductual”. Disponible en: <http://www.nodo50.org/mujeresred/violencia-am.html>.

⁷ Dolores de cabeza, insomnio, problemas estomacales, pérdida del apetito, cansancio, sudoración, dolores corporales.

también la mental y la social⁸ de la mujer, circunstancias que considero deben impactar la valoración de las posibilidades de exclusión de responsabilidad. No se plantea una especial consideración en la aplicación de las causales por tratarse de mujeres, ni mucho menos se pretende quitarle objetividad a los parámetros de la figura, pero sí reconocer que en el escenario de la mujer maltratada debe hacerse un examen de los requisitos de algunas de estas causales bajo una perspectiva situada que pondere y tenga en cuenta que no se trata de una 'mujer media' cualquiera, sino de una mujer en un contexto específico, en un especial escenario.

El carácter marcadamente masculino de las investigaciones realizadas en general en las ciencias sociales ha traído como consecuencia un 'conocimiento' con un marcado acento androcéntrico (Harding 1987, 3)⁹. Lo anterior implica reconocer la necesidad de aceptar que muchos de los referentes que se han considerado como parámetros objetivos responden a una visión parcializada y masculina que no puede satisfacer ese pretendido don de la objetividad.

Uno de los conceptos que más genera conflicto en el análisis de la aplicación de causales de ausencia de responsabilidad en la hipótesis planteada¹⁰ es precisamente uno de aquellos denominados conceptos jurídicos indeterminados cual es el del hombre medio, el cual plantea serias dificultades en la valoración de la realidad vivida por estas mujeres, permitiendo que tenga impacto en los requisitos de las eventuales causales de ausencia de responsabilidad. Por razones culturales e históricas, las construcciones que se refieren al individuo, al hombre, al ciudadano, han sido identificadas y construidas desde lo masculino con un referente que no es inclusivo en materia de género. Lo

anterior trae consecuencias en el análisis de la ausencia de responsabilidad, derivadas de las elaboraciones marcadamente masculinas que acompañan la satisfacción de los requisitos de estas figuras.

La insuficiencia del referente objetivo 'hombre medio'

Si bien la doctrina tímidamente reconoce la insuficiencia de la utilización de criterios presuntamente objetivos tales como 'el hombre medio', es importante indicar que aún se aprecia notable resistencia en la incorporación de valoraciones subjetivas relacionadas con las circunstancias particulares del autor en las condiciones específicas en materia de causales de exclusión de responsabilidad, lo cual es entendible teniendo en cuenta que se trata de figuras respecto de las cuales debe prevenirse una ampliación inusitada en su ámbito de aplicación.

Partir del supuesto teórico de que a quien se defiende o actúa en virtud de un estado de necesidad exculpante puede exigírsele una conducta equivalente a la de un 'hombre medio razonable' en las condiciones del autor es un contrasentido, ya que la situación en la que se presenta la posibilidad de legítima defensa o estado de necesidad exculpante es de suyo una situación rodeada de anormalidad en la que la razonabilidad del sujeto claramente está afectada.

Partir de la referencia al hombre medio desconoce que ese hombre medio (o mujer media) actúa rodeado de especiales circunstancias que deben ser valoradas. ¿Podemos acaso hablar del parámetro genérico de la mujer media cuando quiera que la mujer de la que hablamos ha sido sometida a malos tratos constantes que pueden haber afectado su capacidad de reacción, su autoestima, su autopercepción, sus posibilidades de defensa? La respuesta es clara, el análisis requiere que se valore una mujer situada en ese escenario y con las consecuencias que de ello se derivan. La mujer víctima de maltrato no es una mujer media, es precisamente una mujer ubicada en un contexto específico, con características especiales derivadas de ese maltrato y que harían desigualitario y discriminatorio que se le exija actuar negando esa realidad que la rodea.

El enfrentamiento de la formulación teórica con la realidad. La racionalidad como limitante de la legítima defensa

El fundamento de la legítima defensa "no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coer-

⁸ El maltrato frecuente disminuye y casi anula las habilidades sociales de la mujer, derivado ello de su deteriorada autoestima, lo que se refuerza con la limitación que normalmente el maltratador impone en los contactos con amigos o familiares. Recuérdese que una de las estrategias principales de dominación del maltratador es el aislamiento de su víctima, disminuyendo sus posibilidades de buscar ayuda.

⁹ Véase Harding (1987, 3): "Las feministas argumentan que las epistemologías tradicionales excluyen sistemáticamente, con o sin intención, la posibilidad de que las mujeres sean sujetos o agentes del conocimiento; sostienen que la voz de la ciencia es masculina y que la historia se ha escrito desde el punto de vista de los hombres (de los que pertenecen a la clase o a la raza dominantes); aducen que siempre se presupone que el sujeto de una oración sociológica tradicional es hombre. Es por eso que han propuesto teorías epistemológicas alternativas que legitiman a las mujeres como sujetos de conocimiento".

¹⁰ Homicidio del maltratador a manos de la mujer maltratada.

ción directa cuando el Estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia. Como todo derecho, tiene límites, que no son solo los impuestos por la necesidad, sino también los que devienen de la racionalidad” (Zaffaroni 2002, 612).

Existen importantes implicaciones relacionadas con las mujeres víctimas de maltrato, respecto de quienes existe evidencia de la insuficiencia, ausencia e ineficacia de las eventuales medidas de apoyo por parte del Estado. Lo anterior, en particular en casos como el colombiano, donde la eficacia, eficiencia y rapidez de la justicia no son características presentes en el sistema.

Es claro que esta vía de sustentación de la legítima defensa puede causar un ensanchamiento importante de esta; teóricamente el fundamento de la ausencia de protección del Estado encuadra perfectamente con la figura, pero cuando quiera que ello se contrasta con las limitaciones que en la realidad tienen algunos Estados, se hace necesario matizar el concepto, aumentando por ejemplo la rigurosidad de la denominada racionalidad.

Lo que no puede desconocerse es que la realidad social e institucional está enviando un mensaje que debe ser leído adecuadamente y no por el contrario buscando su acomodo a las figuras y herramientas elaboradas teóricamente cuando quiera que el impacto de la realidad produce en ellas un efecto diferente del que en la formulación teórica se había dimensionado.

Lo que afirmo es que la racionalidad debe aplicarse no con miras a proteger la insuficiencia e ineficacia del sistema, sino para constituir verdaderamente una limitante adecuada no extendida que responda a la realidad social. La racionalidad ha demostrado ser necesaria en la limitación y justificación de la causal de la legítima defensa; sin embargo, ese concepto implica de suyo reconocer que la racionalidad debe ser revisada a la luz de la situación real de aquel que actúa en virtud de la causal. Esto es, es en el caso examinado, debe entenderse la racionalidad exigible a una mujer víctima de maltrato¹¹

¹¹ En el mismo sentido véase Olmedo (2003, 191): “Las circunstancias de extraordinaria tensión en las que suelen suceder este tipo de acontecimientos y en las que resulta decisivo el análisis del estado de exaltación (miedo, pánico, terror) de la víctima y de los efectos que eventualmente puede padecer a causa del síndrome de mujer maltratada. Estos son, sin duda, elementos que deberían incidir en una mayor flexibilidad a la hora de sentar parámetros que midan la racionalidad del medio empleado en la defensa”.

Elena Larrauri indica que desprender el dolo de matar del arma utilizada y el área del cuerpo afectada no parece ser adecuado para el caso de estas mujeres maltratadas. “Este razonamiento, creíble cuando la constelación es una pelea entre hombres, pierde plausibilidad cuando quien se enfrenta es una mujer a un hombre... los tribunales deberían pensar que aun cuando quisiera lesionar, la mujer debería utilizar un arma de grandes proporciones” (Larrauri 1994, 1). En el mismo sentido, Myrna Villegas insiste en que “parece adecuado que el parámetro para medir la racionalidad de la respuesta en situaciones de VIF no ha de hacerse sobre la base del ‘hombre medio’, sino de la ‘mujer media en ese contexto’” (Villegas 2010, 149-174).

“En efecto, requerir que quien se defiende use sólo la defensa necesaria para repeler la agresión no tiene por qué operar de manera perjudicial para las mujeres que, armadas, responden a agresiones de quienes no están armados. Esto por cuanto el requisito de la necesidad racional del medio empleado también invita a pensar en las capacidades de quien se defiende. A fin de evaluar si el uso de un arma por parte de una mujer golpeada constituye una legítima defensa, se debe reflexionar sobre las desventajas típicas de las mujeres con relación al tamaño y a la fuerza y la falta de entrenamiento en su protección física, a diferencia del que reciben los hombres. La superioridad física de quien ataca es un factor por tener en cuenta para analizar la necesidad racional de la defensa ensayada” (Di Corletto 2006, 11).

Consideramos entonces que la racionalidad, si bien criterio objetivo, debe recoger la realidad de la mujer maltratada, el drama que vive diariamente al lado del tirano de la casa, su desventaja natural física y psicológica para enfrentarse a él y sus minadas capacidades como resultado de la feroz violencia que influye en los medios, momentos y escenarios en los que puede defenderse.

La agresión entre personas unidas por ‘relaciones de garantía’ o las relaciones familiares como límite de la legítima defensa

Una de las exigencias más estrictas en materia de legítima defensa es aquella derivada de los lazos familiares, la cual encuentra relación con la posición de garantía, figura que encuentra fundamento en los especiales deberes surgidos de los vínculos existentes entre sus miembros. “Durante mucho tiempo se ha

afirmado que la familia es una de las instancias sociales en las que el sujeto ejercita su libertad en concreto, en relación con determinadas personas, a saber: con el cónyuge, los hijos, los padres. La decisión libre de la persona de formar una familia, se dice, trae consigo la asunción de deberes y obligaciones frente a los sujetos con los que se configura un mundo en común” (Perdomo 2008, 12).

En el escenario de situaciones de agresión entre personas vinculadas por relaciones de garantía, en especial aquellas ocurridas en relaciones matrimoniales o de pareja, existe la tendencia a reconocer que en virtud de los deberes de solidaridad, socorro y ayuda mutua que presuponen tales relaciones, el concepto de preavalecimiento del derecho se ve limitado por especiales exigencias aplicables a la figura de la legítima defensa.

En particular, se ha afirmado que cuando quiera que uno de los miembros de la pareja sufra agresión a manos del otro o esté en peligro inminente de sufrirla, está en la obligación de escoger el medio defensa que aparezca como menos lesivo, aunque este no resulte absolutamente eficaz, e inclusive implicando la exposición del agredido a ser lesionado en sus bienes jurídicos.

“Tiene menor importancia el principio de preavalecimiento del derecho en el marco de las relaciones que según las reglas de la teoría de la omisión fundamentan una posición de garante, lo que cobra importancia práctica sobre todo en la relación paternofilial y entre cónyuges. Allí donde los intervinientes están recíprocamente obligados bajo amenaza de pena a evitar daños para los otros, en caso de agresiones de uno contra otro ciertamente podrá el agredido protegerse defendiéndose, pero el interés en el preavalecimiento del derecho retrocede ante el deber de consideración humana mientras se pueda considerar aún subsistente una relación de solidaridad entre los implicados” (Roxin 1997, 651).

No obstante lo anterior, tal como lo plantea Roxin, estos deberes especiales existentes para la pareja implican en principio que el preavalecimiento del derecho ceda ante ellos, siempre y cuando sea verificable que tales deberes de solidaridad, convivencia y socorro aún subsistan. La posición de garante de la que se deriva este especial deber que hace que la legítima defensa sea más rigurosa puede encontrarse anulada en ciertos eventos. Esto es, esos especiales deberes se mantienen mientras no se rompan como consecuen-

cia, por ejemplo, de eventos de violencia doméstica permanente¹².

Es claro que cuando los vínculos de fraternidad, solidaridad y afecto han sido rotos por los episodios de maltrato, esa violencia continua –ya sea física, sexual, psicológica o económica– hace que el especial deber de consideración que afecta la legítima defensa en este tipo de relaciones desaparezca, ya que la motivación de tal deber ha desaparecido también. Aquel que ha agredido permanentemente a su pareja ha roto con tal conducta los lazos de solidaridad, y en consecuencia no puede exigirse a la mujer que ha sido víctima constante de maltrato que en el momento de enfrentarse a un peligro o lesión deba moderar la escogencia de los medios o de su acción defensiva so pretexto de unos lazos que es evidente ya han desaparecido. La exigencia especial en materia de legítima defensa que parece natural cuando se habla de vínculos derivados de la existencia de una pareja deja de tener legitimidad cuando quiera que la violencia ha irrumpido en el escenario; es evidente que la violencia ejercida a la pareja rompe de tajo los lazos originales que la vinculaban y en consecuencia no sería lógico mantener tal exigencia. Debemos aceptar que la fundamentación de la posición de garantía en materia de la pareja está ligada a la idea de la familia como institución, como estructura con reconocimiento por parte del Estado, y que existen rupturas de tales lazos derivadas del desconocimiento de la dignidad del otro que impiden que los deberes de socorro, compañía y ayuda mutua permanezcan.

En la jurisprudencia española y alemana este criterio ha dificultado la aplicación de la figura en casos de mujeres víctimas de maltrato que causan la muerte a sus agresores. Se insiste en que en atención a los vínculos derivados de la relación, la exigencia en la escogencia de utilización de los mecanismos de defensa menos lesivos implica de suyo que la mujer acuda antes

¹² Véase Roxin (1997, 652). “...existen dos casos en que hay que admitir la extinción del deber de consideración... Una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos. Y en segundo lugar, ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse”.

de defenderse a otras herramientas posibles. Por ejemplo, que a la mujer le asiste la posibilidad de abandonar el hogar, denunciar, pedir ayuda a la policía. Lo que es peor aún: los antecedentes de maltrato se interpretan en contra de la mujer, llegándose a afirmar que por haberlo sufrido en anteriores episodios, la mujer está preparada para saber que este no será mortal.

Quizás el reto más importante en relación con esta especial exigencia es determinar si la existencia de la familia como institución, como estructura dotada de reconocimiento estatal, basta para que se hable de que los lazos invisibles de solidaridad, afecto, confianza, socorro, que teóricamente se da por sentado, deben existir entre sus miembros. Llegar a tal conclusión sería tanto como proteger a la familia solo como valor abstracto, desconociendo la dignidad de sus miembros.

¿Qué ocurre cuando la realidad rompe tales lazos? ¿Es legítimo mantener conceptos, deberes y derechos derivados de la familia como institución cuando quiera que la violencia de parte de uno de los miembros parece haber roto la familia afectivamente hablando? ¿Es posible limitar o aumentar las exigencias en materia de legítima defensa en función de la existencia de una vinculación como familia en abstracto, a pesar de que entre sus miembros haya fracturas derivadas del maltrato?

Es claro que la motivación de esta especial exigencia en el interior de la familia, particularmente entre cónyuges, obedece a la mirada de una familia que se encuentra en condiciones normales, es decir, en la que permanecen el afecto en el cual se ha fundado; sin embargo, esta especial exigencia podría jugar en sentido contrario, al convertirse en una autorización para las lesiones por parte de un cónyuge amparado en la tranquilidad de que mientras se trate de ‘lesiones leves’, el otro cónyuge estará en cierta obligación de soportar tales agresiones y no reaccionar frente a ellas.

“Es objeto de discusión el alcance de la limitante, pues evidentemente afirmar su existencia sin definir su alcance significaría darle una “autorización jurídica” al cónyuge para que actúe violentamente ya que, entonces, el otro cónyuge –que generalmente es la mujer– debería limitar de alguna forma su defensa legítima. Así, se discute bajo qué parámetros se puede hablar de una limitación, y algunos llegan a la conclusión de que ésta procede en el caso de lesiones

corporales leves, aunque saber cuándo una lesión tiene esas características es muy complejo. Un problema adicional es si la limitante conduce a un “deber de soportar” el ataque o solamente a uno de “soportar una situación de riesgo elevado”; esto tiene especial relevancia cuando, ante el ataque leve, el cónyuge cuenta solamente con medios de defensa graves que pueden atentar directamente contra la vida del que ataca. Si sólo se trata del deber de soportar una situación arriesgada, el derecho de legítima defensa no decae por principio ante lesiones leves; por el contrario, un deber de soportar el ataque excluye de plano el ejercicio de este Derecho” (Perdomo 2008, 34).

Consideramos que aun en tratándose de lesiones leves, no debe permitirse que el derecho a la legítima defensa desaparezca o decaiga ante los deberes especiales de los cónyuges; la motivación última de que este derecho ceda frente a los deberes surgidos de la pareja es precisamente la vinculación afectiva y respetuosa, en ausencia de la cual no es legítimo exigir que se soporte ningún tipo de maltrato. Debe aceptarse que cuando quiera que uno de los cónyuges despliega en contra del otro actos de violencia, por más leves que parezcan, tal fundamento se rompe. Es absurdo que tal limitación de la legítima defensa se mantenga aun en casos de lesiones leves; ¿es que acaso como sociedad estamos enviando el mensaje de que la violencia, si no tan grave, es admisible en la pareja y en ese sentido la mujer debe soportarla? Pareciera que en lugar de avanzar en la lucha contra la violencia intrafamiliar estuviéramos legitimándola calladamente.

“...Se podría preguntar si la existencia de una vinculación jurídica especial implica la renuncia al mínimo de derechos personales. Ya que esto no es así y ninguna sociedad que se conciba como liberal puede aceptarlo, nos parece que no es acertado hablar de límites al Derecho de legítima defensa con base en una relación especial. Cuando exista un deber especial, es decir, cuando la relación jurídica entre las personas esté intacta y se pueda afirmar una relación de confianza legítima especial, cualquier ataque o agresión de una de las partes anula para el caso concreto todo tipo de vinculación jurídica especial en el sentido de las posiciones de garante; lo contrario significaría reconocer que las palizas entre cónyuges son parte normativa integrante de cualquier relación de pareja que ya haya adquirido significado normativo para el derecho penal” (Perdomo 2008, 34-35).

Es claro que cuando la violencia aparece en el escenario de la familia, la especial vinculación de la que se deriva la posición de garante, o en particular el aumento de las exigencias en materia de legítima defensa, desaparece por cuanto su fundamento ha desaparecido también. Es importante reconocer que la exigencia debe desaparecer aun en los casos de ataques leves, ya que ningún tipo de violencia debe ser patrocinado por la sociedad ni por el Estado, más aún cuando es tan difícil establecer la levedad o gravedad de las lesiones. Piénsese por ejemplo en el caso de la violencia psicológica, en la cual las consecuencias o efectos son casi imperceptibles y fácilmente subvalorables; un insulto, la descalificación permanente pueden parecer a los ojos de un observador objetivo lesiones leves, a pesar de que pueden dejar graves y permanentes huellas en las mujeres agobiadas por ellas día a día. Por lo anterior, considero que es equivocado entender que estas ‘pequeñas agresiones’ son ‘metidas de pata’¹³ que no trascienden el ámbito familiar. Estas concepciones precisamente son las que invisibilizan la violencia de género en contra de las mujeres y las que hacen que en ciertos sectores aún se considere que el Estado no debe intervenir en estos asuntos domésticos, y que deben ser episodios que se solucionen ‘puertas adentro’. Nada más nocivo y peligroso para las mujeres.

Algunos doctrinantes parecen inclinarse hacia la tolerancia del mantenimiento de estos especiales deberes cuando quiera que se trate de episodios ‘leves’ de violencia, retomando nocivos paradigmas antiguos de legitimación de cierta violencia privada de la pareja¹⁴. No puedo menos que separarme de esta posición por cuanto seguir desconociendo que aun los más mínimos ataques a la pareja son una expresión de

violencia que debemos contrarrestar implica dar pasos hacia atrás en la lucha que desde los organismos internacionales se ha señalado como indispensable. No puede indicarse que la violencia leve hace parte de la normalidad de la pareja; seguir convencidos de que una cachetada, las groserías, las descalificaciones, las humillaciones constantes, los empujones leves son ‘metidas de pata’ implica reiterar los nocivos estereotipos legitimadores de la violencia. Nada justifica la violencia en la pareja; lo que sí es claro es que esa violencia aparece rompiendo los vínculos que justifican la especial relación que legitima la mayor exigencia en materia de legítima defensa.

El peligro inminente en la legítima defensa y en el estado de necesidad exculpante

Una de las mayores dificultades que se enfrenta cuando se busca aplicar figuras como la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante a los casos de homicidio de maltratadores por parte de sus mujeres, especialmente en los eventos no confrontacionales (cuando el maltratador duerme luego de amenazar de muerte a su pareja por ejemplo), es el requisito de la actualidad o inminencia de la agresión o del peligro.

No es poco común advertir posiciones doctrinales que excluyen de plano la aplicación de las figuras recién mencionadas por no estarse produciendo en el preciso instante una agresión o ser esta inminente. Frente a estas hipótesis, debo reiterar que es necesario leer estas causales con una perspectiva de género, comprensiva del fenómeno de la violencia en contra de la mujer y los síndromes de mujer maltratada y de indefensión aprendida antes mencionados.

En el escenario de la violencia a manos de la pareja, es común que la violencia psicológica, el amedrentamiento, las amenazas y las coacciones sean una constante en la relación, todo ello como antesala de los episodios denominados estallidos de violencia de acuerdo con el planteamiento del Ciclo de la Violencia. Debe entenderse que en ciertos eventos la mujer sometida a maltrato constante sufre una circunstancia de peligro permanente que a nuestro juicio es equiparable a la inminencia exigida por las causales.

El propio Roxin reconoce esta situación al referirse al tirano de la casa, indicando que “el peligro permanente puede ser un peligro amenazante proveniente

¹³ Disentimos en ese aspecto de lo plantado por Roxin (1997 654); “El argumento, que siempre se repite, de que el cónyuge agresor no puede exigir ninguna consideración porque él mismo infringe sus deberes conyugales solo es cierto en casos de malos tratos continuos o de amenaza de daños graves; pero las acciones incorrectas leves no anulan la recíproca solidaridad entre los cónyuges. Ningún matrimonio podría existir si no se reaccionara con moderación y una cierta indulgencia ante ‘meteduras de pata’ de uno de sus miembros...”.

¹⁴ Véase (Perdomo 2008, 15): “...no se desconoce que las relaciones de vida íntima, por principio, llevan implícito el intercambio de experiencias personalísimas, que en ellas los sujetos se muestran como son en realidad y que, además, ellos comparten un sinnúmero de momentos privados en los que hasta, y dicho de forma coloquial, se puede ‘meter la pata’; cuando estas situaciones no tengan significado para el derecho penal, la misma relación estrecha se encargará de liquidar el conflicto”.

de cosas... pero también constituye un peligro permanente el tirano familiar que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder de nuevo a los malos tratos” (Roxin 1997, 903).

Inclusive puede que el peligro permanente no esté dado por manifestaciones verbales ni físicas, el maltratador logra establecer un lenguaje no verbal para mantener intimidada a su víctima y hacerle entender con una mirada, un gesto amenazante o una seña que represente una agresión mortal que en cualquier momento el ataque se producirá. Y en efecto, el ciclo de la violencia permite afirmar que el violento ataque se producirá, más tarde o más temprano, pero es evidente que se producirá ¿No es ello el vivo ejemplo de la permanencia del peligro? Es claro que tal peligro es asimilable a la inminencia¹⁵.

La intención de defenderse

En cuanto al denominado elemento subjetivo de la legítima defensa, es claro que ha planteado serias dificultades en la hipótesis planteada, especialmente en los eventos no confrontacionales, ya que el aprovechamiento de la mujer, de periodos en los cuales el maltratador está dormido o ha bajado la guardia, ha sido interpretado como alevosía, venganza, descartándose de plano la existencia de la intención de defenderse. En este punto considero que debe estarse al concepto planteado por Roxin, el cual implica avanzar más allá de la exigencia de la especial intención de defenderse y transitar hacia el concepto de preavalecimiento del derecho. Así, bastaría con que la mujer actúe con conciencia de hacer prevalecer su derecho para que el requisito se encuentre satisfecho.

No puede perderse de vista que en muchas ocasiones la mujer maltratada no hace conciencia de su calidad de víctima, e inclusive se siente merecedora del maltrato, o indefensa frente a la situación sin posibilidades de salir de ella. Por lo anterior, el elemento subjetivo de la causal también debe responder a la

realidad de la mujer víctima de maltrato, enfocándose su exigencia a la intención de hacer prevalecer su derecho a una vida sin violencia, más allá de la intención específica de defenderse del maltratador.

La inexistencia de otros medios de defensa

Otro requisito que supone dificultades en el reconocimiento de figuras como la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante es la inexistencia de otros medios a través de los cuales pueda conjurarse el peligro, la agresión o lesión para los bienes jurídicos.

No en todos los casos es dable exigirle a la mujer que acuda a otros remedios que evitarían la lesión de bienes jurídicos, ya que en la realidad se ha comprobado la ineficacia de dichos remedios, y en esta situación de violencia en contra de la mujer la espera a que medidas diferentes surtan efecto puede terminar con la muerte de la mujer. En el caso alemán, por ejemplo, ha señalado el BGH que “no ve como otra posibilidad de evitación para la mujer del tirano familiar alcohólico el tramitar una separación matrimonial o un internamiento en un establecimiento; pues a ella no le sería exigible seguir soportando el trato inhumano del marido hasta el eventual éxito de estas medidas” (Roxin 1997, 904).

“La existencia de otras posibilidades de evitación no se puede apreciar a la ligera... la apelación a la policía contra el padre de familia que comete malos tratos se ha demostrado a menudo ineficaz... y un abandono de la casa no es a menudo viable por razones familiares” (Roxin 1997, 905). Tal como se ha señalado previamente, en países con altos índices de impunidad o dificultades en la eficacia del sistema policial y judicial, es claro que exigir a la mujer agotar estas alternativas antes de defender sus derechos (ya sea por vía de legítima defensa o estado de necesidad exculpante) implica ponerla aun en un riesgo mayor de perder la vida o sufrir lesiones aún más violentas cuando el maltratador se entere de que ella ha emprendido esas medidas.

Adicionalmente, y más allá de la ineficacia de las medidas ofrecidas por el Estado, deben analizarse las reales posibilidades con las que cuenta la mujer que se encuentra hundida en el espiral de la violencia; me refiero a que la percepción de un observador objetivo ajeno a la realidad vivida por la mujer puede resultar demasiado optimista en relación con las oportunidades de defensa. Las alternativas o medios de defensa

¹⁵ En ese sentido seguimos a Villegas Díaz, Myrna (2010, 157): “... la reiteración de actos conectados espacio-temporalmente entre sí crea un estado antijurídico de violencia inminente en el hogar, en el que la vida, la integridad, la libertad y la seguridad de la mujer y de sus hijos se ven constantemente en peligro. Por ende, a su respecto cabría apreciar la existencia de una agresión incesante, una agresión latente, capaz de configurar el requisito de actualidad en la legítima defensa”.

deben analizarse a la luz de la vivencia de la mujer, de la atroz violencia vivida por ella, del miedo profundo que el maltratador arraiga en ella y de la posibilidad de que ella sea víctima del síndrome de indefensión aprendida o síndrome de mujer maltratada, los cuales pueden haber afectado su percepción de las posibilidades de defensa o inclusive su percepción de sus propias capacidades de superar las constantes agresiones.

No puede desconocerse que es tan profunda la manipulación que el maltratador ejerce sobre su víctima que logra paulatinamente alejarla de las personas que eventualmente podrían ayudarla a salir de la situación de maltrato, le restringe o prohíbe cualquier contacto con su familia y amigos, le impide trabajar, y con ello limita sus recursos económicos. Busca con todas estas medidas doblegarla, mostrarle que su única esperanza es mantenerse junto a él. La convierte en una persona triste, inestable emocionalmente, con una muy baja autoestima, que se siente atrapada en una situación que encuentra desesperada, pero de la que se siente merecedora o culpable. Esto influye directamente en la ineficacia de las posibles alternativas que teóricamente tendría la mujer.

Es pertinente utilizar el concepto de la ‘ruta crítica’, acuñado por la OMS, con el cual se ha buscado referir el tortuoso camino que debe recorrer la mujer víctima de maltrato para tomar la decisión de romper el ciclo de la violencia y denunciar la situación. En el estudio realizado por la OMS se evidencian las graves dificultades a las que deben enfrentarse y a su vez se explica por qué muchas de ellas prefieren permanecer en silencio.

“Los principales obstáculos que se presentan cuando se habla de este tipo de violencia son la culpa y la vergüenza, pues se tiene un imaginario cultural en el que se asume que la víctima es culpable de lo que pasó, bien sea porque lo provocó o porque no hizo nada para evitarlo. Además, a las víctimas se les dificulta hablar sobre esos temas porque son íntimos... se les pide que pongan en palabras situaciones muy violentas y dolorosas en las cuales se les ha generado un gran daño. Adicionalmente, se presentan el miedo y la desconfianza como otros obstáculos permanentes cuando se enfrenta este tipo de casos” (Wilches 2011, 49).

“En la decisión de no abandonar el hogar influyen la dependencia económica y emocional, el miedo, la depresión, la falta de autoestima y el deseo de que las

promesas de cambio de su pareja se hagan realidad. Por otra parte, desde la psicología se ha explicado que esta inacción “conocida como “desamparo aprendido”” es consecuencia de que las mujeres víctimas de violencia no solo pierden la capacidad de ejercer un control sobre sus propias vidas, sino que incluso pierden la capacidad de defenderse y no pueden detener las agresiones. La mujer permanece en la relación no porque le guste, o porque en realidad no tema por su vida; no se va porque no cuenta con los recursos o la fuerza para hacerlo” (Di Corletto 2006, 6).

Dentro del estudio mencionado se encontró que muchas de las mujeres que acudieron a las autoridades no solo no obtuvieron ayuda, sino que fueron víctimas de nuevos ataques en contra de su integridad física o sexual.

En relación con la búsqueda de otras posibles soluciones “tales como denunciar a carabineros, acudir al tribunal, cabe indicar que hasta ahora ni la autoridad administrativa ni la judicial han demostrado eficacia en la prevención de delitos cometidos en contra de mujeres por parte de sus cónyuges o convivientes. Por otra parte, el abandono de hogar puede traer consecuencias nefastas de persecución y agresividad. La policía puede no llegar a tiempo, el vecino o los parientes pueden no querer o temer involucrarse con el agresor. Por tanto, el argumento de que la mujer pudo buscar otras vías de solución más parece moverse en el plano de lo teórico que de lo real” (Villegas 2010, 149-174).

Al respecto vale la pena hacer una breve referencia a las siguientes cifras que presenta el Instituto Nacional de Medicina Legal acerca de las razones esgrimidas por las mujeres para no denunciar, las cuales dan muchas luces acerca de las dificultades que la adaptación paradójica a la violencia produce en las reacciones de estas mujeres. En Forensis 2011, en relación con las razones para no denunciar se indican los siguientes porcentajes: una tercera parte de las mujeres (31 por ciento) señaló que la principal razón para no denunciar al agresor es que ella sola puede resolver el problema; el 18 por ciento argumentó que los daños no fueron tan serios que ameritaran poner una denuncia; el 17 por ciento teme a recibir más agresión de parte del agresor; el 13 por ciento se siente avergonzada o humillada al poner una denuncia. Una de cada 10 mujeres manifiesta que no sabe a dónde acudir para hacer la denuncia; un 10 por ciento manifiesta abiertamente que no desea

dañar al agresor; un 7 por ciento cree que estos episodios no se volverán a repetir; otro 7 por ciento piensa que estas agresiones son parte de la vida normal; el 6 por ciento teme a una separación; el 4 por ciento manifiesta que no cree en la justicia colombiana; el 3 por ciento afirma que aún quiere al agresor; y el 2 por ciento siente que ella merece el abuso.

4. CONCLUSIÓN

Hemos señalado las dificultades prácticas que algunos de los requisitos de la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante suponen en los eventos de mujeres que causan la muerte a sus agresores. A su vez, consideramos necesario poner de presente la realidad de las mujeres sometidas a maltrato, logrando dimensionar las particularidades que pueden impactar en estos requisitos, sin miedo a que por realizar análisis situados se pierda su apreciada objetividad.

La realidad de la violencia en contra de las mujeres, en especial aquella ejercida por sus compañeros o ex-compañeros, implica serias consecuencias en su salud física y mental; el carácter cíclico de la violencia y el permanente estado de peligro que ello implica exigen nuevos abordajes jurídicos de este fenómeno.

En particular, en eventos en los que la mujer causa la muerte al maltratador, la posibilidad de aplicación de la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante requiere un análisis de sus requisitos atendiendo a la mujer situada y particular en ese escenario, y de esta forma dotar de contenido real requisitos tales como la inminencia de la agresión, la racionalidad de la defensa o la inexistencia de otros medios de defensa. Lo anterior, con miras a entender que criterios como el hombre medio o la mujer media en el lugar del autor deben ser complementados con particularidades derivadas de las reales condiciones en que esa mujer de carne y hueso víctima de maltrato reacciona en defensa de sus bienes jurídicos.

No puede perderse de vista que en muchos de los episodios en los que la mujer maltratada causa lesiones o la muerte a su pareja maltratadora, lo hace en unas muy especiales condiciones psicológicas, las cuales, sin constituir una hipótesis de inimputabilidad, sí inciden de manera determinante en la decisión tomada por la mujer de actuar para romper finalmente ese ciclo de la violencia. Hay que dar lectura a es-

tas causales, valorando lo que significa sufrir violencia permanente a manos de lo que la jurisprudencia alemana ha denominado el “haustyrann” (tirano de la casa); entender que los análisis de los requisitos de estas causales no pueden exigir que la mujer que actúa lo haga en un estado de racionalidad comparable a la de la mujer media; ella no es una mujer media, es una mujer víctima de maltrato cuya autoestima casi ha desaparecido, a quien el maltratador simplemente ha llevado a considerarse como ‘la nada’, una mujer que lo ha perdido todo. Ella no es una mujer media.

La evidencia de la proliferación de la violencia en contra de la mujer y la ineficacia de las medidas tomadas por los Estados hacen necesario reconocer que en este ámbito se requiere un análisis situado que reconozca que las tradicionales estructuras objetivas de análisis de exclusión de responsabilidad se advierten insuficientes y, por sobre todo, pueden conducir a decisiones injustas que permiten la perpetuación de la nefasta violencia en contra de las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Enrique. 1996. *Manual de Derecho Penal*. Tercera Reimpresión. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malaree, Hernán. 1999. *Lecciones de derecho penal*. Volumen II. Madrid: Trotta.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2009. “¡Ni una más! Del dicho al hecho ¿Cuánto falta por recorrer? “Únete para poner fin a la violencia contra las mujeres”. <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/mujer/noticias/noticias/2/37892/P37892.xml&xsl=/mujer/tpl/p1f.xsl&base=/mujer/tpl/top-bottom.xslt> [Recuperado 28 de junio de 2012].
- Di Corleto, Julieta. 2006. *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*. <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/genero65.pdf> [Recuperado 12 de julio de 2012].
- Fries, Lorena y Hurtado, Victoria. s. f. *Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas. Cepal. Serie Mujer y Desarrollo. Publicación de las Naciones Unidas. <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/8/38978/P38978.xml&xsl=/mujer/tpl/p9f.xsl&base=/mujer/tpl/top-bottom.xslt>. Recuperado el 23 de julio de 2012.
- Fondo de las Naciones Unidas y España para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio.

2010. *Estudio sobre tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia*. http://www.programacontraviolenciasdegenero.org/vbg_docum_publicac.php?id_clase_doc=2 [Recuperado 18 de julio de 2012].
- Goldman, Adriana. 2008. *Maltrato de la mujer*. www.fo-roaps.org/files/viole.pdf [Recuperado 20 de junio de 2012].
- Gómez López, Jesús Orlando. 1996. *Culpabilidad e inculpabilidad*. Santafé de Bogotá: Doctrina y ley.
- Harding, Sandra. 1987. *¿Existe un método feminista?*. Trad. Gloria Bernal. Recuperado el 15 de julio de 2012. <http://es.scribd.com/doc/51359377/SANDRA-HARDING-%C2%BFExiste-un-metodo-feminista>
- Larrauri, Elena. 1994. "Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal". *Revista Jueces para la Democracia* 23:22-23, 1994. pp <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552598> [Recuperado 5 de julio de 2012].
- Lorente Acosta, Miguel. 2004. *El rompecabezas: anatomía del maltratador*. España: Ares y Mares.
- Montero, Andrés. "El Síndrome de Estocolmo doméstico en mujeres maltratadas". Sociedad española de Psicología de la Violencia. <http://www.nodo50.org/mujeresred/violencia-am.html> [Recuperado 3 de diciembre de 2012].
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. 2000. *Derecho Penal. Parte General*. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olmedo Cardente, Miguel. 2003. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor: tratamiento del denominado 'haustyrann'*. www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2937/8.pdf [Recuperado el 5 de julio de 2012].
- Organización Panamericana de la salud. 2000. "La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina - OPS OMS". *Programa mujer, salud y desarrollo. Subtítulo: Estudio de caso en diez países*. <http://www.paho.org/spanish/hdp/hdw/ruta-critica.htm>. [Recuperado 21 de junio de 2012].
- Perdomo Torres, Jorge Fernando. 2008. *¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?*. *InDret*. Revista para el análisis del derecho. 1/2008. http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=10&fc=108&sn=96. [Recuperado 13 de julio de 2012].
- Roxin, Claus. 1997. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas.
- Villegas Diaz, Myrna. 2010. "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal". *Revista de Derecho* (Valdivia). Vol. XXIII. 2. Diciembre 2010. 149-174. <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=173719209008> [Recuperado 12 de julio de 2012].
- Wilches M., Ivonne. 2011. Conceptos en violencias de género. *Visibilizar la violencia de género. Sistematización de la experiencia en género*. Bernal, Gloria Lucía (Comp.). ProFis, p. 48. GIZ.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2002. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediar.

Páginas consultadas

<http://victimasportal.org/2008/04/23/sindromemujer-maltratada/>
<http://www.cepal.org>
<http://www.paho.org/spanish>

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

Estilo Chicago autor-fecha:

Roa Avella, Marcela. 2012. Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. *Nova et Vetera* 21(65): 49-70.

Estilo APA:

Roa Avella, M. 2012. Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. *Nova et Vetera*, 21 (65), 49-70.

Estilo MLA:

Roa Avella, Marcela. "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante." *Nova et Vetera* 21.65 (2009): 49-70.

De la invisibilidad al esencialismo. La alteridad negra en el marco del multiculturalismo constitucional¹

Martha Isabel Rosas Guevara*

*¿Alguna vez la historia ha desmentido
que la práctica norma a la teoría,
como en este caso la práctica del subalterno
norma a la historiografía oficial?
Spivak, G.*

Representaciones de la alteridad étnica: entre la esencia y la construcción

Las últimas décadas han estado signadas por la demanda de reconocimiento a nivel global por parte de sectores sociales, largamente invisibilizados o

¹ El presente artículo corresponde a un resultado de investigación del proyecto "Representaciones jurídicas de la otredad negra en Colombia. De la esclavización al multiculturalismo", financiado por el Comité Nacional para el Desarrollo de la Investigación (Conadi).

RESUMEN

De la invisibilidad al esencialismo. La alteridad negra en el marco del multiculturalismo constitucional

La diversidad étnica y cultural ha sido tramitada en Colombia a través de dispositivos y estrategias que pasan por la negación, asimilación, invisibilidad y reconocimiento; éste último gestado al abrigo del multiculturalismo como hecho social global, que se consagró hacia finales del siglo XX en múltiples ordenamientos jurídicos. La alteridad negra ha ingresado tardíamente al cúmulo de identidades entendidas como constitutivas de etnicidad, puesto que las disciplinas sociales durante largo tiempo circunscribieron ésta al prototipo de la comunidad indígena idealizada. Por ello, las recientes dinámicas político-jurídicas desplegadas en torno a la construcción de la comunidad negra como sujeto colectivo de derechos territoriales, económicos y culturales, han representado un reto en el que se ven involucrados actores sociales, étnicos e institucionales, y que a la postre determinan el nivel de reconocimiento y visibilidad obtenido por este colectivo, a dos décadas de que el Estado Colombiano asumiera su diversidad étnica y cultural y se autorigiera en garante y protector de la misma.

PALABRAS CLAVE: Etnicidad, multiculturalismo, subalternidad, reconocimiento, comunidad negra.

ABSTRACT

From Invisibility to Essentialism. Black Alterity within the Framework of Constitutional Multiculturalism

Ethnic and cultural diversity has been implemented in Colombia through mechanisms and strategies that pass through denial, assimilation, invisibility and recognition; the last of these phases conceived under the mantle of multiculturalism as a global social fact that would be consecrated towards the end of the 20th century in multiple legal orderings. Black alterity has only lately entered the cumulus of identities understood as constituting ethnicity, since the social disciplines have long circumscribed this to the prototype of the idealized indigenous community. For that reason, the recent political-juridical dynamics surrounding the construction of the black community as a collective subject of territorial, economic and cultural rights, have represented a challenge in which social, ethnic and institutional actors are involved, and which subsequently determine the level of recognition and visibility attained by this collective, two decades after the Colombian state assumed its ethnic and cultural diversity and erected itself as guarantor and protector of the same.

KEY WORDS: ethnicity, multiculturalism, sub-alterity, recognition, black community.

RESUMO

Da invisibilidade ao essencialismo. A alteridade negra no âmbito do multiculturalismo constitucional

A diversidade étnica e cultural tem sido tramitada na Colômbia por meio de dispositivos e estratégias que passam pela negociação, assimilação, invisibilidade e reconhecimento; este último gestado ao abrigo do multiculturalismo como ato social global, que se consagraria no final do século XX em múltiplos ordenamentos jurídicos. A alteridade negra entrou tardiamente no cúmulo de identidades entendidas como constitutivas de etnicidade, muito embora as disciplinas sociais durante longo tempo circunscrevessem esta ao protótipo da comunidade indígena idealizada. Por isso, as recentes dinâmicas político-jurídicas empregadas sobre a construção da comunidade negra como sujeito coletivo de direitos territoriais, econômicos e culturais, têm representado um desafio no qual se veem envolvidos atores sociais, étnicos e institucionais, e que finalmente determinam o nível de reconhecimento e visibilidade obtido por este grupo, a duas décadas de que o Estado Colombiano assumisse sua diversidade étnica e cultural e se autoerigisse em garantia e proteção dela.

PALAVRAS CHAVE: etnicidade, multiculturalismo, subalternidade, reconhecimento, comunidade negra.

* Abogada de la Universidad del Cauca. Estudiante de Maestría en Historia de la Universidad del Valle. Docente investigadora de tiempo completo de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Pasto. Universidad Cooperativa de Colombia.
Correo-e: martha.rosas@campusucc.edu.co, mrosas81@hotmail.com

CORREO IMPRESO: Calle 18 No. 47-150
Torobajo. Pasto, Colombia.

Martha Isabel Rosas Guevara. 2012. De la invisibilidad al esencialismo. La alteridad negra en el marco del multiculturalismo constitucional. *Nova et Vetera* 21 (65): 71-80.

Recibido: junio de 2012 / Aprobado: noviembre de 2012

subalternizados, tal es el caso de los grupos étnicos, las mujeres y los individuos de orientación sexual diversa. Estas dinámicas de empoderamiento están atravesadas por debates sobre la identidad, los cuales fluctúan entre la concepción de esta como categoría ontológica o como una construcción producto de un proceso imaginativo y muchas veces circunstancial. Lo anterior se complejiza aún más al abordar el tema de la identidad étnica.

La noción de etnicidad que se ha manejado en el ámbito de las ciencias sociales resulta un tanto problemática puesto que tiende a idealizar ciertos rasgos constitutivos de determinadas sociedades como esenciales, naturales e inmutables. En este contexto, buena parte de la literatura antropológica construyó un tipo ideal de grupo étnico cuya identidad interna y externa los distingue de otros merced a elementos raciales, culturales y lingüísticos. Barth (1976, 3) critica esta categorización bajo el entendido de que no solo gira en torno a factores preconcebidos, sino que además resulta reduccionista para explicar la diversidad cultural. Al respecto, agrega el mismo autor:

Se nos induce a imaginar a cada grupo desarrollando su forma social y cultural en relativo aislamiento y respondiendo, principalmente, a factores ecológicos locales, inserto en el curso de una historia de adaptación fundada en la invención y la adopción selectiva. Según ello, esta historia ha producido un mundo de pueblos separados con sus respectivas culturas y organizados en una sociedad que, legítimamente, puede ser aislada para su descripción como si fuese una isla (Barth 1976, 12).

Buena parte de un debate desarrollado en diversos ámbitos disciplinares radica en determinar si las características culturales de ciertos grupos son ontológicas y por tanto constitutivas de su identidad *per se* o sí, por el contrario, son producto de una construcción de carácter maleable, que si bien no deja de poseer rasgos simbólicos definitorios, a la postre, obedece al autointerés y la coyuntura (Hall 1996, 15). Para Barth, el hecho de tener una cultura común es una ‘implicación’ o un ‘resultado’ más que un rasgo primario

y determinante de un grupo étnico. De ser esto último, constituiría una concepción prejuiciada que tendería a “identificar y distinguir a los grupos étnicos por las características morfológicas de las culturas de que son portadores”. (Barth 1976, 12).

CONSOLIDACIÓN DEL MULTICULTURALISMO CONSTITUCIONAL A NIVEL GLOBAL

Es importante diferenciar entre multiculturalidad y multiculturalismo, a fin de evitar equívocos en la utilización de estos términos, que varios teóricos usan a guisa de sinónimos. Todas las sociedades han experimentado algún grado de multiculturalidad en su conformación, referida esta a la diversidad de culturas que coexisten en un espacio determinado; ahora bien, la respuesta de los sectores institucionales o gubernamentales frente a esa diversidad cultural ha sido diferente en diversos periodos históricos, pues ha oscilado entre el aniquilamiento, la negación, la asimilación y el reconocimiento; esto último es lo que se entiende por multiculturalismo¹.

Si bien prácticamente todas las sociedades han sido en cierta medida multiétnicas, la tradición política occidental ha privilegiado un modelo organizativo inspirado en la polis griega, en el que el grueso de la población tiene en común determinado linaje, lenguaje y cultura. Lo anterior produjo que los grupos minoritarios, si no fueron extinguidos físicamente, fueran objeto de estrategias de asimilación, aculturación y, en últimas, alienación (Kymlicka 1996, 13).

El multiculturalismo como proyecto político y jurídico que pretende dar cuenta de la diversidad cultural es un fenómeno más bien reciente y de evolución multilínea. En este sentido, Restrepo (2004) señala que puede hacerse referencia a la existencia de varios tipos de multiculturalismos, dependiendo de lo que se entienda por diferencia cultural; así, puede

¹ El multiculturalismo como política oficial se ha convertido en estándar de muchas sociedades liberales en la consolidación de la equidad, puesto que tiene como base la promoción de tolerancia hacia las manifestaciones de prácticas culturales diversas dentro del marco del Estado-nación. En este sentido, el multiculturalismo incentiva el respeto por las diferencias, llegando incluso a exaltarlas (Barker 2004, 127).

aludirse a multiculturalismos liberales, neoliberales, conservadores y corporativistas. Catherine Walsh (2002), desde una postura crítica, prefiere referirse a la interculturalidad como proyecto que pretende construir relaciones entre grupos, lógicas y conocimientos distintos, a fin de transformar las relaciones estructurales de poder que han legitimado asimetrías sociales. Esta noción superaría la de multiculturalismo, limitada al reconocimiento de la diferencia.

El último tercio del siglo xx presenció la eclosión de fenómenos de reindigenización y etnización en América Latina en general y en Colombia en particular. Un ejemplo paradigmático de reivindicación 'autogestionaria' (Gros 2000, 39) corresponde al movimiento indígena gestado durante la década del 70, que si bien no contó con características unívocas en todo el hemisferio, basó buena parte de sus demandas políticas y jurídicas en la recuperación de tierras y en la implementación de un sistema educativo acorde con las particularidades étnicas.

Este tipo de política cultural agenciada por las organizaciones indígenas –y que precedió en poco más de una década a la emergencia de organizaciones de base de campesinos negros en el Chocó– coadyuvó a cambiar la cultura política nacional, que finalmente efectuó un viraje hacia el multiculturalismo (Rojas 2005, 42) a inicios de los noventa. De manera paralela a la proliferación de este tipo de movilización social, múltiples ordenamientos legales latinoamericanos –entre ellos Colombia– reconocieron la diversidad étnica y cultural de sus poblaciones, y por contera iniciaron la implementación de políticas públicas enmarcadas en lo que se ha denominado 'constitucionalismo multicultural' (Van Cott', citado por Walsh 2002).

Esta tendencia hacia un ordenamiento constitucional que exalta la diversidad étnica y erige a los Estados como sus garantes tiende a ser catalogada como la evolución de las políticas homogeneizantes típicas de la modernidad, y a menudo se referencia como producto de las luchas de sectores subalternizados –en este caso las minorías étnicas– con claras pretensiones contrahegemónicas. No obstante, una lectura crítica de este fenómeno como la que realiza Wade (2007) sugiere que tal evolución más bien corresponde a una

continuidad y que en ese sentido el reconocimiento de la diversidad cultural y los límites del multiculturalismo son creados por las ideologías nacionalistas.

En este sentido, las demandas por el reconocimiento asociado a las dinámicas identitarias que reclaman ciertos sectores poblacionales minoritarios pueden constituir un arma de doble filo, puesto que algunas políticas supuestamente inclusivas encarnan lo que Taylor (2003, 59) refiere como 'falso reconocimiento', el cual no solo constituye una falta de respeto, sino que puede ser nocivo en el sentido de llegar a producir opresión, estereotipia y en últimas lo que presuntamente estaban llamadas a proscribir: exclusión. Frente a este tipo de enunciaciones político-jurídicas que a la postre moldean identidades, los llamados grupos subalternos enfrentan una 'doble conciencia' (Fanon 2007, 94), dado que la mirada de los otros, además de ser una concepción del mundo impuesta exteriormente, crea a su vez una realidad dialéctica entre el subalterno y la sociedad mayoritaria.

EMERGENCIA DE LA ALTERIDAD NEGRA COMO CATEGORÍA ÉTNICA EN COLOMBIA

En este contexto, el inicio de la década de los 90 traería para el país dos grandes acontecimientos en lo que a grupos étnicos respecta: por una parte, se produjo la ratificación del Convenio 169 de la OIT mediante la Ley 21 de 1991 y, por otra, en el mismo año fue promulgada la Constitución Política que reemplazaría el ordenamiento superior vigente desde 1886.

La nueva Constitución representó un hito sin precedentes respecto a las relaciones entre el Estado y los grupos étnicos, puesto que la otrora república monolítica, católica, hablante del castellano y autodefinida como 'mestiza' por antonomasia cedió el paso a un Estado laico, pluralista y participativo que enaltece y valora como parte de su componente humano la presencia de identidades tradicionalmente subalternizadas. De esta suerte, se zanja –al menos enunciativamente– aquella disociación entre el Estado y la etnicidad, que imposibilitaba no solo cualquier tipo de reconocimiento legal efectuado con base en criterios étnicos, sino también el uso de estos a la hora de

realizar la distribución de recursos, derechos y deberes (Kymlicka 1996, 13).

Al dar el viraje hacia el multiculturalismo, la actual Carta Política consagra como principio fundamental la diversidad étnica y cultural de la nación, a la vez que erige al Estado en su garante y protector. La introducción de varios preceptos de tipo étnico y cultural en el sustrato constitucional supuso la adquisición de identidad jurídica de los grupos étnicos como sujetos colectivos de derechos y establecería el punto de referencia para su consecuente elaboración dogmática.

La inclusión de tres representantes indígenas en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente y la consecuente consagración en la Carta Política de varias disposiciones normativas referentes a este grupo étnico en particular evidencian no solo un momento cumbre en el largo proceso de empoderamiento agenciado por aquellas comunidades a partir del surgimiento del indianismo, sino también el influjo de la presión ejercida por la sociedad civil internacional.

La consagración constitucional de principios hasta cierto punto contradictorios –no necesariamente irreconciliables–, como los derechos de grupo y la prevalencia del interés general, la descentralización administrativa y la autonomía territorial reconocida a determinadas colectividades, la primacía del estatuto superior y las leyes de la república frente al reconocimiento de la jurisdicción especial indígena –entre otros–, ha constituido un punto complejo a nivel hermenéutico y fáctico, máxime si se tiene en cuenta el contexto nacional, marcado por la existencia de profundas desigualdades y asimetrías políticas, económicas y sociales entre los grupos étnicos y los sectores hegemónicos².

Pese a que la irrupción del multiculturalismo en el texto superior adoptado en el 91 –bajo la impronta de instrumentos internacionales como el Convenio

² Boaventura de Sousa, refiriéndose al pluralismo jurídico y la jurisdicción especial indígena, resalta la complejidad y especificidad que representa el caso colombiano, por tratarse de un país que reconoce la legitimidad de varios sistemas jurídicos fundados en culturas que –además de diversas– presentan diferencias de poder considerables (De Sousa 1997).

169 de la OIT– representó para los grupos étnicos en general la potencialidad de convertirse en sujetos con capacidad de participación en la formulación de políticas públicas, en lugar de ser concebidos como sus simples receptores; el tratamiento obtenido por las comunidades indígenas y los afrocolombianos en el marco constitucional encarna una doble connotación: mientras que las disposiciones expresas relativas a los primeros sugieren una respuesta frente a las demandas reivindicatorias planteadas por el movimiento indígena desde décadas atrás, la referencia a los afrocolombianos, manifestada en el artículo transitorio 55 (en adelante AT 55) –si bien no de manera explícita a nivel de identidad étnica–, y su posterior desarrollo legislativo se erigieron en un insumo para su visibilización y configuración como actores sociales influyentes a través de los procesos organizativos que habían logrado fortalecerse hacia la década del ochenta.

Un momento significativo en la emergencia de la etnicidad afrocolombiana se encuentra marcado por los procesos organizativos de comunidades de campesinos negros en el Pacífico³ norte en un periodo previo a la expedición de la Carta Política del 91. Estas movilizaciones sociales en las que jugaron un rol determinante organizaciones de base, organizaciones no gubernamentales y algunas diócesis católicas asentadas al margen del Atrato (Khittel 2001, 75), en principio, pretendían la defensa de los territorios del Andén Pacífico de la explotación indiscriminada y su utilización como corredor estratégico en el tráfico de drogas, lo que jurídicamente se dificultaba por la declaratoria de ‘baldíos’ que sobre esta zona había efectuado la Ley 2ª de 1959. “Por esa razón, casi todos los afrodescendientes del país nunca fueron catalogados como personas en ejercicio de dominios territoriales creados por ellos mismos, sino invasores de tierras de la nación, y por lo tanto susceptibles de ser expulsados a voluntad del gobierno de turno” (Arocha 2009, 198).

³ Un estudio exhaustivo sobre las relaciones entre raza, geografía y movimientos sociales de comunidades negras en el Pacífico como ‘espacio acuático’ puede encontrarse en Oslender (2008).

Este tipo de movilización presenta un rasgo distintivo frente a fenómenos de protesta social y de reclamos territoriales en los que se habían visto involucradas comunidades negras hasta aquel entonces, como el caso del movimiento cívico en Tumaco –conocido como el “Tumacazo”–, en el cual la alusión a la identidad étnica no constituyó el basamento político por antonomasia⁴.

Un segundo momento, que corresponde a la reglamentación del AT 55, que tendría lugar en el Pacífico nariñense (Restrepo 2002, 37), constituyó un proceso en el cual se movilizaron sectores significativos de campesinos en aras de expedir la que sería la Ley 70 de 1993.

El AT 55 subordina el reconocimiento de derechos territoriales a las siguientes circunstancias: a) la *existencia* de unos sujetos específicos, ‘las comunidades negras’; b) su ubicación en un contexto geográfico determinado: las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca Pacífico consideradas baldías; c) el aprovechamiento de los recursos mediante prácticas tradicionales de producción.

El texto del artículo prevé que estas ‘comunidades’ tienen una ‘identidad cultural’ que debe ser protegida a la vez que se fomenta su desarrollo económico y social. Uno de los párrafos contempla la posibilidad de extender la aplicación del artículo a otras zonas del país que presenten ‘similares condiciones’. Ahora bien, determinar qué rasgos constituyen o deben constituir la etnicidad negra o afrocolombiana constituye un nudo gordiano en las ciencias sociales que estudian la alteridad cultural.

Lo que complejiza la construcción étnica de la población negra –visibilizada ahora como afrocolombiana– es el molde indígena con el que se han trazado las políticas multiculturales, constituyendo una suerte de ‘indianización del negro’ (Wade, citado por Agudelo, 1999). Resulta problemática la aplicación de la

concepción idealizada de ‘alteridad indígena’ a las poblaciones negras, puesto que al trasladar la clásica tríada territorio-identidad-comunidad, el marco jurídico constitucional –y posteriormente legal– alusivo a las comunidades negras pretendió circunscribirlas al área rural del Pacífico, lo que evidencia no solo una reminiscencia de la biopolítica segregacionista colonial, sino también cómo el multiculturalismo se diseña a partir de un modelo estático y esencialista de la etnicidad (Cunin 2004, 144).

El texto superior del 91 y posteriormente la Ley 70 de 1993 construyen un nuevo actor étnico al que dotan de ciertas particularidades y ubican en un espacio determinado. Además de no consagrar una alusión expresa del carácter étnico de las comunidades negras⁵, el AT 55 se caracteriza por el matiz territorial al que subordina la protección a la identidad y el fomento del desarrollo económico y social de estos colectivos, situación que en buena parte obedece a la emergencia simultánea del Pacífico biogeográfico como espacio significativo de conservación en el marco del llamado ‘desarrollo sostenible’.

Al respecto, resulta pertinente la transcripción de un acápite jurisprudencial relativo a la protección de los derechos colectivos de una comunidad de pescadores negros: La comunidad está integrada por un grupo de personas que ligeramente llega a las mil, desde el punto étnico su cultura negra se edifica sobre la única labor que tradicionalmente han desarrollado: la pesca. Estos elementos permiten identificarlos como una minoría, dentro de tal contexto se aprecia un alto grado de solidaridad entre ellos, son proclives a la paz y estos factores culturales: raza negra, temperamento pacífico, integrados artesanalmente al mar por su oficio, son imprescindibles para su supervivencia como seres humanos y como minoría étnica (sentencia T-574 de 1996).

Como evidencia del párrafo anterior, el manejo de una noción naturalizada y esencialista de la diversi-

⁴ Una investigación significativa sobre el Movimiento Cívico en Tumaco es la elaborada por Oviedo (2009) en ocasión de los veinte años del Tumacazo, en la obra *Relatos, revueltas y desventuras de la gente entintada del Pacífico Sur*.

⁵ El término mismo de comunidad negra como categoría es problemático, puesto que se asume la etnicidad como una identidad en bloque que actúa a la manera de un todo monolítico, lo que diluye bajo una noción comunitarista –y a la postre estigmatizadora– la multiplicidad de identidades que pueden coexistir en el conjunto.

dad cultural construida a partir de la discursividad occidental, con el multiculturalismo por estandarte, encarna el peligro de reducir lo étnico a la exhibición de rasgos fijos, ancestrales e inmutables –usualmente referidos a lo indígena–. En este orden de ideas, condicionar el acceso a cierto tipo de derechos –generalmente territoriales– a la presencia notoria de algunas características culturales que se presumen ontológicas produce en los sectores sociales discursos y narrativas que obedecen a construcciones de carácter maleable.

Un ejemplo de las implicaciones de este tipo de dinámicas representativas de lo étnico es el estudiado por Rojas (2004, 36) en la zona geográfica de Tierradentro (Cauca), epicentro de un movimiento telúrico que desencadenó una avalancha hacia mediados de los 90. Los procesos emprendidos en aras de lograr la reconstrucción del territorio visiblemente golpeado por este desastre natural incluyeron la puesta en marcha de programas y planes de ayuda por parte de actores estatales y no gubernamentales en los que el componente étnico de esta región entró a jugar un rol principal.

En un territorio asumido mayoritariamente como indígena, la presencia de una población negra que se remonta al siglo xvii y el empeño por su visibilización y recuperación de la memoria histórica, en aras lograr el acceso a los derechos derivados del reconocimiento de la etnicidad, entrañan hasta cierto punto una serie de tensiones y desafíos en el marco de las políticas multiculturales vigentes en Colombia a partir de 1991. La coexistencia de diversos actores sociales ha entrado recientemente en tensión merced a los procesos de oferta de recursos por parte de la intervención de instituciones de diversa índole que han privilegiado la representación oficial de la región como indígena, lo que ha implicado que poblaciones que no se encuentran incluidas en los parámetros constitutivos de lo étnico por antonomasia desplieguen con urgencia dinámicas organizativas que suponen estrategias identitarias de ‘etnización’, a fin de lograr un reconocimiento político y por contera el acceso a determinados derechos económicos y sociales.

La consagración constitucional y legal de derechos étnicos específicos tal y como se encuentra plasmada en el estatuto superior y sus normas comple-

mentarias permite entrever dos fenómenos: por una parte, el marcado sesgo territorial con el que se ha revestido a la alteridad étnica, lo que condiciona el reconocimiento de los *otros* a su confinación en un entorno determinado (Gómez y Gnecco 2008, 21) –la cuenca del Pacífico en el caso afrocolombiano–, y, por otra, la construcción jurídica de sujetos colectivos notablemente inspirada en imaginarios académicos y disciplinares, lo que presupone *hasta cierto punto* la invención de una ‘comunidad negra’ circunscrita en una topografía cultural y en una identidad idealizada y exotizada.

MODULANDO LA VOZ DEL SUBALTERNO. LA CONSTRUCCIÓN E INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA ETNICIDAD NEGRA

Debe tenerse en cuenta que la construcción de la identidad no corresponde a un proceso solipsista, sino que obedece a la interacción entre diversos actores y roles en la que dinámicas como la manipulación, la mimesis, la seducción y el exterminio permean la producción de la mismidad y la alteridad. En este orden de ideas, la ausencia o presencia del reconocimiento actúa como coadyuvante en el proceso de moldeación identitaria.

Respecto al tratamiento jurídico de la alteridad étnica, cobran importancia los imaginarios creados por las ciencias sociales y asimilados por el discurso jurídico, puesto que actúan como regímenes de representación⁶ que determinan en gran medida la vida social, especialmente las relaciones entre el Estado y aquellos sujetos representados jurídicamente por aquel mediante la retórica jurídica. En este sentido, “la juridicidad del otro no es otra cosa que su reco-

⁶ Spivak (2003), en uno de sus ensayos –ya clásico– sobre la subalternidad, diserta sobre las diversas acepciones del término representación en sus variantes política, artística y filosófica. Frente a la afirmación hecha por Deleuze sobre la erradicación de la representación por la acción en la teoría y la práctica entre los intelectuales y los grupos oprimidos en el marco del posestructuralismo, la autora esgrime una elaborada crítica en la que conjuga la presencia y la ausencia de los subalternos en la retórica académica –teniendo por trasfondo la división internacional del trabajo– y a la postre devela dejos de etnocentrismo y colonialidad en los intelectuales del primer mundo, supuestamente comprometidos con la visibilización de la subalternidad. En este sentido, la investigadora poscolonial esboza “la posibilidad de que el intelectual sea cómplice en la persistente constitución del Otro como la sombra del Yo” (Spivak 2003, 316), un Yo rotundamente europeo y androcéntrico.

nocimiento (negativo o positivo) en el discurso del Estado, de manera que su (in)existencia legal es, simultáneamente, el signo de su (in)visibilidad nacional” (Gómez y Gnecco 2008, 55).

Ahora bien, establecer qué rasgos constituyen o deben constituir la identidad que porta el sujeto colectivo ‘comunidad negra’ y que la hacen específica frente al resto de la sociedad colombiana es una cuestión harto compleja, puesto que la cotidianidad del contacto entre amos y esclavizados durante la vigencia de la esclavitud determinó que durante mucho tiempo las poblaciones negras no hayan sido consideradas como portadoras de una cultura particular por no exhibir los típicos rasgos de la etnicidad, generalmente asociados al prototipo indígena.

A efectos de lograr la reglamentación del AT 55, se dispuso la creación de una comisión especial para que con el concurso de representantes de las comunidades involucradas y expertos en la materia se encargaran de diseñar el texto de la que sería la Ley 70 de 1993. Puesto que la ‘comunidad negra’ como sujeto jurídico no tenía antecedentes en la legislación colombiana, se recurrió a la experticia en asuntos culturales —en este caso profesionales de la antropología—, quienes acudiendo a criterios como la construcción de ‘identidad por rasgos o por imaginarios’ conceptuaron que aspectos como el parentesco y la distribución espacial de acuerdo a troncos eran relevantes para reglamentar el uso y la titularización del territorio.

Finalmente, la Ley 70 definiría a la comunidad negra como El conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

La comunidad negra como performativo jurídico se erige en el motor de un fenómeno interesante: dado que la legislación evoca un sujeto colectivo que no tenía un antecedente en los textos normativos y que con ocasión de la expedición de la ley es necesario crear o recrear, se inicia entonces un proceso de etnización que requiere el establecimiento de una ‘otredad’ fren-

te a una sociedad mayoritaria ante la cual se esgrime una especificidad cultural que debe además ser protegida por mandato constitucional.

El texto de la Ley 70 parece presumir que esa ‘conciencia de identidad’ que conserva la comunidad negra corresponde a un estatuto ontológico que evoca las ‘huellas de africanía’⁷ indelebles a pesar de la diáspora. Esta noción corresponde a una versión restringida de la alteridad cultural en la cual el sujeto étnico se representa como una entidad fija e inmutable, condicionado inexorablemente por su pasado. Como antípoda de esta concepción, Restrepo (2008, 47) argumenta que la etnización de la comunidad negra es más bien el resultado de la puesta en marcha de una ‘pedagogía de la alteridad’ producida en una coyuntura determinada. Esta pedagogía se encargaría de ‘producir’ la diferencia cultural que en el caso de los colectivos negros o afrocolombianos, de acuerdo a los recientes discursos jurídico-políticos, se halla condicionada a la ancestralidad, el territorio, el pasado común (esclavización) y la armonía con el entorno biodiverso.

Así las cosas, resulta pertinente problematizar la forma en que las representaciones oficiales han reconocido espacio y legitimación a la multiculturalidad en los ámbitos político y jurídico. Peter Wade llama la atención sobre la necesidad de considerar con beneficio de inventario estas inclusiones constitucionales de raigambre multiculturalista, argumentando que Estas reformas no son puntos de partida tan radicales como parecen, porque, de un lado, varios países tienen ideologías indigenistas muy fuertes que, aunque solo ofrecen un lugar simbólico para los indígenas idealizados y exotizados junto con prácticas asimilacionistas y racistas, consideran sin embargo heterogénea la nación y confieren cierta forma de reconocimiento oficial y popular, aunque en últimas perjudicial, a las comunidades indígenas... De otro lado, naciones que se enorgullecían de su carácter mestizo crea-

⁷ La noción de huellas de africanía fue acuñada por Nina de Friedemman para referirse a cadenas asociativas simbólicas que establecieron una continuidad entre África y América a través de la diáspora, y que perviven en la memoria y la cotidianidad de los descendientes de africanos. Véase Friedemman y Arocha (1986) y Friedemman (1993).

ron también un espacio para los pueblos indígenas y de ascendencia africana en los relatos sobre cómo los mestizos y la nación mestiza surgen continuamente de la mezcla de negros, blancos e indígenas: los elementos constitutivos de la mezcla no desaparecen, sino que se mencionan continuamente en el discurso sobre la nación y sus rasgos culturales heterogéneos. (Wade 2006, 65).

Por otra parte, de manera paralela a la frecuente asociación del multiculturalismo con la reificación de las identidades y las nociones ‘naturalizadas’ de etnicidad, y en desarrollo de la propuesta planteada por Spivak (2007), podría aludirse al uso de una suerte de esencialismo estratégico⁸ por parte de los colectivos negros en aras de obtener el acceso a los derechos de una ciudadanía diferenciada consagrada constitucional y legalmente, lo que evidentemente ha permitido que pese a la retórica discursiva oficial –permeada por representaciones ontológicas y fosilizadas– se hayan logrado reivindicaciones importantes para este tipo de poblaciones, impensables antes de la vigencia de la actual Carta Política.

La enunciación de la comunidad negra como sujeto jurídico en términos étnicos logra politizar una serie de dinámicas culturales que hasta cierto punto son creadas y recreadas mediante procesos de producción de historias por parte de actores sociales, gubernamentales y académicos. Khittel (2001, 75) presenta en un estudio de caso en el Chocó cómo a partir de intersticios de memoria y olvido, las organizaciones de base, misiones católicas, ONG y asesores han contribuido a la gestación de un discurso histórico propio para las comunidades negras, de marcada rai-gambre contrahegemónica, que –aludiendo a la ancestralidad africana, el proceso de esclavización y la invisibilidad–, ha constituido un insumo identitario para este tipo de colectivos.

Cunin argumenta que la alusión a la invisibilidad del negro desempeña un rol político en la creación de

una nueva poética que resignifica el rol de los descendientes de africanos en el seno de una sociedad multicultural que –a diferencia de la otrora sociedad homogeneizante– tiende a exaltar las diferencias por lo que, hasta cierto punto, “la invisibilidad es un producto del discurso multicultural” (Cunin 2003, 4). Ahora bien, la nueva representación que se hace del negro como ‘afrocolombiano’ aparejará reivindicaciones políticas, culturales y jurídicas, especialmente en el marco de acciones afirmativas⁹.

CONCLUSIÓN

Los textos jurídicos constituyen un régimen de representación que incluye o excluye, visibiliza o invisibiliza, crea y re-crea sujetos y subjetividades. En el caso de la alteridad negra, la discursividad jurídica ha tomado en préstamo imaginarios desarrollados por las ciencias sociales, a efectos de reconocer el carácter étnico de un colectivo social con una gran impronta de subalternización.

Este proceso de construcción de la etnicidad negra se ha visto permeado por dinámicas académicas, políticas y jurídicas que representan un tipo ideal de alteridad que debe esgrimirse frente a una sociedad mayoritaria, en aras de acceder al reconocimiento y por ende a los derechos de diversa índole que de aquel se derivan. Si bien, el multiculturalismo constitucional entraña el riesgo del manejo de una noción reduccionista de la alteridad étnica que raya en un esencialismo que en últimas condiciona la producción de subjetividades, este puede ser utilizado por los colectivos negros como estrategia identitaria que trascienda al plano político. El reto para estas comunidades –a varios lustros del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y de la consagración legal de derechos territoriales y culturales como grupo étnico– radica en la imaginación de diversas formas de tramitar su identidad, lejos de los

⁸ La intelectual india advierte en los estudios de la subalternidad el potencial para efectuar una reinscripción del subalterno en una posición-de-sujeto que le permita mediante una operación metaléptica, usar de manera estratégica el esencialismo positivista en aras de un interés político. (Spivak 2007, 270).

⁹ “En Colombia, las organizaciones que se adhieren a la política del reconocimiento parten de la afirmación de que existen personas que pertenecen a pueblos étnico-raciales que han sufrido y sufren desventajas sistemáticas a causa de eventos históricos trágicos de larga duración y repercusión. En el caso colombiano, estos eventos comprenden la trata negrera transatlántica y luego la institución económica de la esclavitud”. (Mosquera 2009, 54).

prototipos ideales homogéneos y exotizados trazados académica y jurídicamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo, Carlos. 1999. "Política y Organización de Poblaciones Negras en Colombia": *Hacer política en el pacífico Sur: Algunas Aproximaciones*. Proyecto CIDSE-IRD. Documento de trabajo 39. Cali: Universidad del Valle.
- Arocha, Jaime. 2009. Invisibilidad y espejos para las ciudadanías afrocolombianas en debate. *A Contra Corriente* vol. 6. No. 2. 191-211.
- Barker, Chris. 2004. *The Sage Dictionary of Cultural Studies*. Sage Publications.
- Barth, Frederik. 1976. *Los grupos étnicos y sus fronteras. La organización social de las diferencias culturales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cunin, Elisabeth. 2004. "De la esclavitud al multiculturalismo: el antropólogo entre identidad rechazada e identidad instrumentalizada". *Conflicto e invisibilidad. Retos en los estudios de la gente negra en Colombia*. Restrepo y Rojas, A. 141-156. Popayán: Editorial Universidad del Cauca.
- _____. 2003. "El negro, de una invisibilidad a otra: permanencia de un racismo que no quiere decir su nombre". *Palabra* 5. Universidad de Cartagena.
- De Santos, Boaventura. 1997. "Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena". *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas - La jurisdicción especial indígena*. V. A. Bogotá, Ministerio de Justicia y Derecho. Consejo Regional Indígena del Cauca y Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas.
- Fanon, Franz. 2007. *Los condenados de la tierra*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Friedemman, Nina y Arocha Jaime. 1986. *De sol a sol. Génesis, transformación y presencia de los negros en Colombia*. Bogotá: Planeta.
- Friedemman, Nina. 1993. *La saga del negro. Presencia africana en Colombia*. Bogotá: Instituto de Genética Humana. Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Javeriana.
- Gómez, Herinaldy y Gnecco, Cristian. 2008. *Representaciones legales de la alteridad Indígena*. Popayán: Colciencias, Universidad del Cauca.
- Gros, Christian. 2000. *Políticas de la etnicidad: Identidad, Estado y modernidad*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Bogotá: ICANH.
- Khittel, Stefan. 2001. "Usos de la historia y la historiografía por parte de las ONG y OB de las comunidades negras en el Chocó". *Acción colectiva, Estado y Etnicidad en el Pacífico colombiano*. Pardo, M. (ed.) Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia - Colciencias.
- Kymlicka, William. 1996. *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Lasso, Maritza. 2007. "Un mito republicano de armonía racial: raza y patriotismo en Colombia, 1810-1812". *Estudios Sociales* 27. Universidad de los Andes.
- Mosquera, Claudia. 2009. "Los Bicentenarios de las Independencias y la ciudadanía diferenciada étnico-racial negra, afrocolombiana, palenquera y raizal". *Acciones afirmativas y ciudadanía diferenciada étnico-racial negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*. Mosquera, C. y León, R. (ed.) Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Oslender, Ulrich. 2008. *Comunidades negras y espacio en el pacífico colombiano*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH).
- Oviedo, Ricardo 2009. *Relatos, revueltas y desventuras de la gente entintada del Pacífico Sur*. San Juan de Pasto: Universidad de Nariño.
- Restrepo, Eduardo. 2008. *Acción colectiva, Estado y etnicidad en el Pacífico colombiano*. Mauricio Pardo (ed.). 41-70. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia - Colciencias.
- Restrepo, Eduardo. 2004. "Hacia los estudios de las colombias negras". *Estudios Afrocolombianos. Aportes para un estado del arte*. Axel Rojas (comp.) 19-57. Popayán: Universidad del Cauca.
- Restrepo, Eduardo. 2002. "Políticas de la alteridad: etnización de "comunidad negra" en el Pacífico sur colombiano". *Journal of Latin American Anthropology*. 7(2):34-59.
- Rojas, Axel y Castillo, Elizabeth. 2005. *Educar a los otros. Estado, políticas educativas y diferencia cultural en Colombia*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca.
- Rojas, Axel. 2004. *Si no fuera por los quince negros. Memoria colectiva de la gente negra de Tierradentro*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca.
- Spivak, Gayatri 2007. "Estudios de la subalternidad: Deconstruyendo la historiografía". *Debates Postcoloniales. Una introducción a los Estudios de la Subalternidad*. Rivera, S., Barragán, R. (comp.) Bogotá: Universidad Surcolombiana.
- Spivak, Gayatri. 2003. "¿Puede hablar el Subalterno?". *Revista Colombiana de Antropología* 39. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia: 297-364.

- Taylor, Charles. 2003. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Madrid: Fondo de Cultura Económica España.
- Wade, Peter. 2006. "Etnicidad, multiculturalismo y políticas sociales en Latinoamérica". *Tabula rasa* 4, 59-81. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.
- Wade, Peter. 1997. *Gente negra Nación mestiza. Dinámicas de las identidades raciales en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre editores, ediciones Uniandes.
- Walsh, Catherine. 2002. *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*. Ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. Ecuador.

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

Estilo Chicago autor-fecha:

Roa Avella, Marcela. 2012. Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. *Nova et Vetera* 21(65): 71-80.

Estilo APA:

Roa Avella, M. (2012). Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. *Nova et Vetera*, 21 (65), 71-80.

Estilo MLA:

Roa Avella, Marcela. "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante." *Nova et Vetera* 21.65 (2012): 71-80.

La tensión entre los polos institucional y relacional en el debate actual sobre el “fortalecimiento” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comentarios con motivo de la XLII Asamblea General de la OEA

Björn Arp

I. INTRODUCCIÓN

El 20 de marzo de 2012, un día después del inicio del cxliv período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Go-

RESUMEN

La tensión entre los polos institucional y relacional en el debate actual sobre el “fortalecimiento” de la comisión interamericana de derechos humanos. Comentarios con motivo de la XLII Asamblea General de la OEA

El artículo analiza las más recientes críticas al sistema interamericano de derechos humanos proferidas por Ecuador y Venezuela, y que en 2011 han desencadenado el proceso de “fortalecimiento” del sistema. Se ponen de relieve las distintas iniciativas de dichos Estados en relación con este tema: cambio de las reglas de funcionamiento de la Comisión para amoldarse a sus intereses; creación de un nuevo mecanismo latinoamericano de derechos humanos; y la simple denuncia de los tratados interamericanos en vigor. El estudio concluye que ninguna de estas tres opciones es viable para Ecuador, Venezuela o alguno de sus Estados seguidores, y, además, formula propuestas para contrarrestar sus fuertes críticas, que por sí son objetivamente infundadas. Estas propuestas se refieren al aumento significativo de las contribuciones voluntarias al presupuesto de la CIDH, la expresión más clara de apoyo al sistema interamericano, y un mayor respaldo a la CIDH por parte de las demás instituciones interamericanas.

PALABRAS CLAVE: sistema interamericano de derechos humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estados del ALBA, eficacia del Derecho Internacional, denuncia de un tratado internacional, Organización de Estados Americanos.

ABSTRACT

The tension between institutionalized cooperation and inter-governmentalism in the current debate on the “strengthening” of the Inter-american Human Rights Commission. Comments on the occasion of the 42nd General Assembly of the OAS

This article analyzes the most recent criticisms of the Inter-American human rights system on the part of Ecuador and Venezuela, which have triggered the process of “strengthening” the system since 2011. It highlights the different initiatives of said states in relation to this topic: change in the operating rules of the Commission to adjust to their interests; creation of a new Latin American human rights mechanism; and the simple denunciation of the Inter-American treaties presently in force. The study concludes that none of these three options is viable for Ecuador, Venezuela or any of the member states and, furthermore, it formulates proposals to offset the strong criticisms, which in themselves are objectively unfounded. These proposals refer to the significant increase in voluntary contributions to the IHRC, the clearest expression of support for the Inter-American system, and major backing for the IHRC on the part of the other Inter-American institutions.

KEY WORDS: Inter-American human rights system, Inter-American Human Rights Commission, ALBA member states, effectiveness of international law, denunciation of an international treaty, Organization of American States.

RESUMO

A tensão entre a cooperação institucionalizada e a intergovernamentalidade no debate atual sobre o “fortalecimento” da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Comentários com motivo da 42ª Assembleia Geral da OEA

O artigo analisa as mais recentes críticas ao sistema interamericano de direitos humanos proferidas pelo Equador e Venezuela, e que em 2011 desencadeou o processo de “fortalecimento” do sistema. Destacam-se as diferentes iniciativas desses Estados com relação ao tema: mudança das regras de funcionamento da Comissão para se ajustar a seus interesses; criação de um novo mecanismo latino-americano de direitos humanos; e a simples denúncia dos tratados interamericanos em vigor. O estudo conclui que nenhuma dessas três opções é viável para o Equador, Venezuela ou para algum de seus Estados seguidores; além disso, formula propostas para neutralizar suas fortes críticas, que por si só são objetivamente infundadas. Essas propostas se referem ao aumento significativo das contribuições voluntárias ao orçamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a expressão mais clara de apoio ao sistema interamericano, e um maior respaldo à CIDH por parte das demais instituições interamericanas.

PALAVRAS CHAVE: sistema interamericano de direitos humanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Estados da Alba, eficácia do Direito Internacional, denúncia de um tratado internacional, Organização de Estados Americanos.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad de Alcalá.
Correo-e: barp@aparicioarp.com

CORREO IMPRESO: Facultad de Derecho
c/ Libreros, 27 E-28801 Alcalá de Henares
(Madrid) España/Spain.

Björn Arp. 2012. La tensión entre los polos institucional y relacional en el debate actual sobre el “fortalecimiento” de la comisión interamericana de derechos humanos. Comentarios con motivo de la XLII Asamblea General de la OEA. *Nova et Vetera* 21 (65): 81-92.

Recibido: julio de 2012 / Aprobado: noviembre de 2012

bierno ecuatoriano anunció la creación de una “nueva arquitectura latinoamericana de derechos humanos”, en clara alusión a su oposición al trabajo que realiza la CIDH (Ecuador, 2012). Poco después, el 1º de mayo, Hugo Chávez anunció la retirada ‘inmediata’ de la Comisión Interamericana (Hugo Chávez propone..., 2012). Durante la XLII Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada en Cochabamba (Bolivia) los días 3 a 5 de junio de 2012, ambos Estados unieron filas con Bolivia y Nicaragua para arremeter una larga lista de críticas contra la CIDH y reiteraron su intento, ahora común, de salir del sistema interamericano y de crear su propio mecanismo latinoamericano de protección de los derechos humanos.

La propuesta de creación de un nuevo mecanismo de derechos humanos parece un renovado intento de desinstitucionalizar la CIDH y profundizar en la progresiva fragmentación a que parece abocada Latinoamérica desde el cambio de siglo. Al mismo tiempo, y a la vista de las implicaciones jurídicas y políticas del debate suscitado por esta propuesta, puede también ser una extraordinaria oportunidad para que el sistema interamericano reafirme su capacidad de liderar la protección de los derechos humanos en el hemisferio, resistiendo a la propuesta de los Estados de la ‘Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América’ (ALBA). Por esto es conveniente analizar estos recientes eventos a la luz de la tensión entre el polo institucional y el polo relacional, es decir, entre la cooperación institucionalizada entre los Estados, por una parte, y la simple yuxtaposición de las relaciones bilaterales de los Estados. Los actores involucrados en esta tensión tienen por delante en los próximos meses el reto de administrar con destreza y firmeza esta crisis institucional.

El presente artículo comienza exponiendo los elementos esenciales del sistema interamericano, que ha sobrevivido a regímenes políticos de extrema derecha y de extrema izquierda en el hemisferio, y se exponen los antecedentes del actual proceso de fortalecimiento del sistema (apartado II). A continuación, el trabajo analiza las principales opciones disponibles para los Estados que quieran sustraer a sus ciudadanos de la protección internacional de sus derechos humanos

(apartado III). El artículo termina con unas conclusiones sobre los efectos que, desde una perspectiva del derecho internacional, tienen las conductas de los Estados con regímenes populistas en el hemisferio, así como cuáles pueden ser las respuestas de los demás Estados latinoamericanos y de la propia OEA (apartado IV).

II. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN BREVE ESBOZO

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos es un subsistema regional de protección constituido a partir de dos tratados: la Carta de la OEA, adoptada en Bogotá en 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada en San José de Costa Rica en 1969.

Los Estados miembros de la OEA crearon la CIDH en 1960 para supervisar el cumplimiento e interpretar las obligaciones internacionales contraídas en materia de derechos humanos por parte de los Estados miembros de la OEA (art. 106 de la Carta de la OEA). La Carta de la OEA había dado lugar, ya que en el año 1948, a la adopción de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Posteriormente, esta declaración inspiró la adopción de la Convención Americana, que codificó los derechos humanos susceptibles de ser protegidos por un tribunal internacional con competencia sobre situaciones individuales de violación de derechos humanos. Este tribunal es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La Declaración y la Convención Americanas y el sistema de protección que supervisa su aplicación por los Estados se insertan en un complejo régimen jurídico que en el continente americano regula los derechos humanos, protege las instituciones democráticas y garantiza la seguridad jurídica. Además, existen otras organizaciones internacionales e instrumentos internacionales que reconocen el valor universal de los derechos humanos consagrados en la Convención y los demás instrumentos interamericanos en vigor.

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El artículo 106 de la Carta de la OEA reconoce a la CIDH como un órgano principal y autónomo de la organización. La comisión había sido creada en 1960. La CIDH se compone de siete miembros independientes, expertos en derechos humanos, que no representan a ningún Estado y que son elegidos por la Asamblea General de la OEA (art. 2 del Estatuto de la CIDH). Mientras que los comisionados solo celebran tres sesiones ordinarias al año, la Secretaría Ejecutiva de la Comisión tiene naturaleza permanente y su sede se encuentra en Washington D.C., Estados Unidos.

La Comisión tiene la función general de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. El Estatuto de la Comisión establece las funciones y las atribuciones de dicho organismo, distinguiendo sus atribuciones respecto de los Estados partes en la Convención Americana de aquellas referidas a los Estados miembros de la Organización que no son partes en esta Convención (arts. 18, 19 y 20 del Estatuto de la Comisión). A estos últimos Estados, la Comisión aplica la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

En cumplimiento de su mandato estatutario, la Comisión desarrolla diversas competencias para la promoción y protección de los derechos humanos. En la práctica, la función más visible y eficaz para la protección de los derechos humanos es el estudio y tramitación de peticiones individuales en que las propias víctimas alegan violaciones de derechos humanos, tanto respecto de Estados miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana, como de aquellos Estados que aún no la han ratificado. Al término del estudio de una petición individual, la Comisión o el Estado afectado la pueden someter a la Corte IDH si versa sobre una violación atribuible a un Estado parte en la Convención Americana y que ha reconocido la jurisdicción de esta corte (art. 61.1 de la CADH). Con el fin de proteger al objeto del proceso, la Comisión puede dictar medidas cautelares a la atención de los Estados.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH fue instalada en 1979 en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 52-69 de la CADH). De ahí que técnicamente no es un órgano (ni principal ni subsidiario) de la OEA, aunque mantiene estrechas relaciones con esta. La Corte IDH tiene su sede en San José (Costa Rica) y está compuesta por siete jueces elegidos a título personal, provenientes de los Estados miembros de la OEA (art. 4º del Estatuto de la Corte IDH). La Corte tiene como objetivo aplicar e interpretar la Convención Americana y otros tratados interamericanos de derechos humanos ratificados por los Estados (art. 62.3 de la CADH y art. 1º del Estatuto de la Corte). Para cumplir este objetivo general, la Corte tiene dos funciones: una contenciosa y otra consultiva.

En cuanto a la función contenciosa, solo la Comisión y los Estados partes en la Convención Americana que hubieren reconocido la competencia de la Corte pueden someter a su decisión una demanda por un caso individual relativo a la interpretación y aplicación de la Convención Americana. Para ello, es necesario que se haya terminado el procedimiento ante la Comisión. En ejercicio de su función judicial contenciosa, la Corte adopta sentencias jurídicamente vinculantes para los Estados (art. 68.1 de la CADH) y además puede adoptar medidas provisionales para proteger al objeto del proceso.

La función consultiva de la Corte está prevista en el artículo 64 de la Convención Americana. Cualquier Estado miembro de la OEA puede consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados interamericanos sobre protección de los derechos humanos (art. 64.1 de la CADH). También los órganos enumerados en el artículo 53 de la Carta de la OEA tienen este derecho de consulta. La Corte puede también, a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA, emitir una opinión sobre la compatibilidad entre sus leyes internas y los tratados sobre protección de los derechos humanos en los Estados americanos (art. 64.2 de la CADH).

3. Los procesos de fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos

Desde los primeros años de funcionamiento de la Comisión Interamericana, y posteriormente también de la Corte, los Estados miembros han tratado de desarrollar progresivamente las funciones de ambos órganos. En la práctica, todos los procedimientos de fortalecimiento han contribuido a mejorar el funcionamiento del sistema, aun cuando a veces los Estados iniciadores de los respectivos procesos de fortalecimiento perseguían más bien debilitar al sistema.

Desde el año 2000 se han producido cuatro procesos de fortalecimiento de la Comisión, protagonizados por el diálogo entre la Asamblea General de la OEA y la Comisión. Una vez que se habían suscitado los temas objeto de mejora en el sistema, la Comisión procedió a modificar, mediante una decisión autónoma, su reglamento, que es el instrumento jurídico que recoge las normas de procedimiento.

Desde el término de la última reforma del reglamento de la Comisión, en noviembre de 2009, la Comisión ha continuado evaluando críticamente sus procedimientos, iniciándose a partir de los albores de 2011 un nuevo 'proceso de fortalecimiento'. En esta evaluación, la Comisión ha recibido el apoyo de los Estados miembros del sistema, representados en el Consejo Permanente de la OEA. Para encauzar institucionalmente la reflexión, el Consejo Permanente creó el "Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Este grupo de trabajo adoptó su informe final en diciembre de 2011, pasando a la Asamblea General de junio de 2012 la tarea de tomar en cuenta sus recomendaciones para adoptar las resoluciones adecuadas, con el fin de orientar las modificaciones del reglamento de la Comisión.

III. LAS OPCIONES A DEBATE: ENTRE FORTALECIMIENTO Y ABANDONO DEL SISTEMA INTERAMERICANO

1. El fortalecimiento del sistema existente: un debate abierto y permanente

Enlazando con la discusión sobre el fortalecimiento del sistema interamericano, la XLII Asamblea Gene-

ral endosó el informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que había aprobado el Consejo Permanente en enero de 2012 (OEA/Ser.G/CP/doc.4675/12, de 25 de enero de 2012). No obstante, en vista de que los Estados no lograron un consenso sobre el alcance y modalidades de las reformas previstas para la Comisión, la resolución de la Asamblea General fue muy escueta (Res. 2761, 2012). Ni siquiera contiene un preámbulo, tal como viene siendo habitual en las resoluciones de la Asamblea. La resolución, en última instancia, devuelve el tema al Consejo Permanente, pidiéndole que en el plazo de seis meses, o a más tardar en el primer trimestre de 2013, dichas propuestas se pongan a la consideración de una Asamblea General (OEA posterga..., 2012). Esta Asamblea General tiene lugar en Washington, D. C., el 22 de marzo de 2013.

El único Estado que formuló un comentario público sobre esta resolución fue Estados Unidos, que expresó su cautela ante las recomendaciones del grupo de trabajo. El texto de la nota de Estados Unidos es el siguiente:

Estados Unidos no bloqueará el consenso sobre esta resolución. Estados Unidos apoya un diálogo abierto y constructivo sobre la manera de fortalecer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). [...] Las recomendaciones adoptadas por el Consejo Permanente el 25 de enero de 2012 no son obligatorias y con respecto a las recomendaciones dirigidas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("la Comisión"), sigue concerniendo a la Comisión implementarlas, según sea conveniente, de tal manera que se fortalezca su labor. No se debe emprender ningún esfuerzo para intentar forzar la implementación de estas recomendaciones no obligatorias. [...].

En su intervención ante la Asamblea General para presentar el informe anual de la Comisión correspondiente al año 2011, el presidente de la Comisión Interamericana, José de Jesús Orozco Henríquez, indicó que el fundamento de la actuación de la Comisión es "su autonomía e independencia" (discurso del Presidente José de Jesús Orozco Henríquez..., 2012). El comisionado reconoció que el sistema interamericano

se encuentra en un momento crítico y que “lo que está en juego, y que nadie tenga dudas, es el patrimonio que los Estados miembros, la sociedad civil y los órganos interamericanos hemos construido para que las nuevas generaciones en el Hemisferio puedan gozar de sus derechos” (discurso del presidente José de Jesús Orozco Henríquez..., 2012).

Incluso el secretario general de la OEA, José Miguel Insulza, quien durante los meses anteriores a la Asamblea General había mantenido una posición ambigua ante los ataques contra el sistema interamericano proferidos por Ecuador y Venezuela, abrió la Asamblea General el 3 de junio de 2012 resumiendo los principales retos que tiene por delante el sistema interamericano:

- a) queremos un sistema integral y universal del cual formen parte todos los países miembros de la OEA; ya lo son todos con relación a la Comisión, que está en la Carta de la OEA, pero no respecto de la Corte, que depende de la Convención Americana que no ha sido ratificada por varios países. Obtener la adhesión de todos los países al sistema es pues un objetivo que compartimos; b) queremos también un sistema en que los países miembros respeten las recomendaciones de la Comisión y acaten las decisiones obligatorias de la Corte; c) queremos un sistema mejor dotado de recursos, en condiciones de actuar con rapidez ante las crecientes demandas que se le plantean; y d) estamos convencidos de que, para ser eficaces, los órganos del sistema deben gozar de plena autonomía en la adopción de sus resoluciones.

Durante las sesiones de la Asamblea, el secretario afirmó que la Comisión y la Corte son “algunas de las instituciones más brillantes que tiene esta Organización” (XLII Asamblea General..., 2012). Continuó afirmando que “[s]i no lo estimara así, ciertamente no hablaría de fortalecerla. Hemos tenido algunas discrepancias, yo mismo las he tenido, pero creo que realmente tenemos un sistema interamericano de derechos humanos sin el cual la OEA no podría ser” (XLII Asamblea General..., 2012). El secretario general agregó que la CIDH “se ha ganado un prestigio muy merecido a lo largo de los años y ojalá que el calor de la discusión no nos lleve a dañar esa ins-

titución tan importante que tenemos para nosotros” (XLII Asamblea General..., 2012).

Estas afirmaciones, que coincidían con lo expresado también por numerosos Estados miembros de la OEA, confirman la relativamente buena salud del sistema interamericano, aun a pesar de las fuerzas centrífugas de los Estados del ALBA.

En este escenario, algunos Estados incluso advirtieron que la primera medida necesaria para fortalecer el sistema interamericano es aumentar el presupuesto de la Comisión Interamericana. Al calor de las discusiones que precedían a la Asamblea General, Estados Unidos había anunciado el aumento de su aportación directa y voluntaria a la Comisión Interamericana. La Comisión recibió en 2011 algo más de 4,6 millones de dólares del presupuesto de la OEA y más de 5 millones de dólares de donantes externos. De esos 5 millones, Estados Unidos aportó la mayor parte (un 30%), seguido por España (21%), que es observador permanente de la OEA. El anuncio estadounidense del aumento de la ayuda financiera se produjo al calor de la publicación de las recomendaciones sobre el sistema interamericano de derechos humanos del grupo de trabajo del Consejo Permanente. Estas recomendaciones pretendían limitar la autonomía de la Comisión y, en particular, la de su Relatoría para la Libertad de Expresión a raíz de dictámenes críticos contra los gobiernos de Estados tales como Venezuela y Ecuador (EE.UU. aumentará financiación..., 2012).

2. La creación de una ‘nueva arquitectura’ de derechos humanos: la propuesta de Ecuador

A. La propuesta de Ecuador de crear una ‘nueva arquitectura’

El 20 de marzo de 2012, el presidente de Ecuador, Rafael Correa, anunció a través de su Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración una reunión de expertos cuyo objetivo sería reflexionar sobre una nueva ‘arquitectura hemisférica de derechos humanos’ (Ecuador, 2012). Estos expertos eran cinco activistas políticos que desde distintas perspectivas han tenido alguna experiencia en materia de derechos humanos. Estas personas eran calificadas de ‘solidarias’ (Ecuador, 2012) con Ecuador por las críticas recibidas de la CIDH, y desde esta perspectiva debían aportar

“conceptos, definiciones y experiencias respecto a la creación de un nuevo sistema regional de derechos humanos en el continente” (Ecuador, 2012).

Las críticas que movían a Ecuador a sugerir la creación de un mecanismo completamente nuevo fueron esencialmente las medidas cautelares en el caso *El Universo* (medida cautelar MC 406/11, otorgada el 21 de febrero de 2012). Poco después, el 9 de marzo de 2012, la CIDH levantó estas medidas cautelares y archivó el expediente después de recibir una comunicación de fecha 29 de febrero de 2012 mediante la cual los solicitantes requerían dicho levantamiento en vista de que habían cesado las causas de urgencia inmediata que las motivaron. De hecho, a consecuencia de la medida cautelar de la Comisión, Rafael Correa había desistido de su millonaria pretensión contra los periodistas que habían publicado un libro crítico sobre él y su hermano.

El descontento de Rafael Correa con el sistema de derechos humanos existente se vio reflejado también en su carta abierta al presidente de Colombia para excusar su ausencia en la VI Cumbre de las Américas el 14 y 15 de abril de 2012. En esta carta, Rafael Correa reiteró su apreciación de que “todavía existen demasiados abismos por superar”, entre los que incluye la “profunda transformación del sistema interamericano de derechos humanos” (Carta, 2012).

El 22 de marzo de 2012 tuvo lugar en Quito la anunciada reunión o seminario sobre esta materia, en la que se pretendían perfilar los elementos del nuevo mecanismo. El seminario no llevó a resultados concretos en relación con la creación de esta ‘nueva arquitectura’ de derechos humanos, aunque una de las asistentes, Estela de Carlotto, destacó al término del seminario que las épocas han cambiado y se ha avanzado mucho en cuanto al reconocimiento y protección de derechos humanos en América Latina. En ese sentido, puntualizó la existencia de gobiernos democráticos y progresistas como el de Hugo Chávez en Venezuela, Lula Da Silva (expresidente) y Dilma Rousseff en Brasil, Cristina Fernández en Argentina, Evo Morales en Bolivia, Fernando Lugo en Paraguay y José Mujica en el Uruguay (Expertos internacionales..., 2012).

Esta afirmación confirma una observación que se repite una y otra vez cuando en Latinoamérica se habla de derechos humanos: se confunde la política con el derecho. Esta concepción lleva a que los derechos humanos sean nada más que una herramienta de discurso político, sin contenido real, de los respectivos gobiernos. Con la propuesta de creación de una ‘nueva arquitectura latinoamericana’, Ecuador no solo pone al servicio del discurso político los derechos humanos, sino también los mecanismos internacionales que los aplican.

El desarrollo de la iniciativa ecuatoriana no fue continuado después de la reunión del grupo de expertos ante la evidencia de la colosal tarea que estos Estados tendrían por delante, la falta de recursos y dificultades jurídicas de toda clase. Solo se revelaron los ejes fundamentales de la propuesta, que pueden resumirse en los siguientes tres puntos:

1. *Limitación de la libertad de prensa*: en vista del descontento de Rafael Correa con los medios de comunicación, se proponía incorporar en el nuevo mecanismo reglas que permitirían limitar la libertad de expresión para todos aquellos que critiquen a los mandatarios de los Estados participantes en el sistema.

2. *Cambio paradigmático de la ‘concepción liberal’ de los derechos humanos hacia una concepción centrada en valores comunitarios*: se señala en la documentación disponible sobre la materia que el nuevo mecanismo se centraría en las “actuales necesidades y realidades de los pueblos, y no [...] la concepción liberal, que no han sido modificadas en décadas” (Ecuador, 2012). Esto parece implicar que la ‘nueva arquitectura’ regularía los derechos económicos, sociales y culturales, pero no los derechos civiles y políticos. Estos últimos habían sido tildados, especialmente por la doctrina jurídica soviética, de derechos ‘liberales’. Reducir la validez de los derechos civiles y políticos implicaría una aproximación hacia ideas comunitarias de los derechos humanos, en donde prevalece el interés de la comunidad por encima de la protección del individuo.

3. *Restricción geográfica del mecanismo a los Estados ‘latinoamericanos’*: el propio título de la iniciativa de Rafael Correa hablaba de “nueva arquitectura latinoamericana”. Con ello se describía con claridad el ámbito geográfico de aplicación del nuevo mecanis-

mo, que excluía a los Estados del Caribe y a América del Norte.

Estos puntos también inspiraban las propuestas de modificación que Ecuador y otros Estados con los que ha consultado al respecto han propuesto para el sistema interamericano en los debates sobre el fortalecimiento de la CIDH. En concreto, las propuestas presentadas por Ecuador y otros países del ALBA eran esencialmente cambios en materia de medidas cautelares y de financiación. Los cambios propuestos para las medidas cautelares perseguían restringir la libertad de la Comisión de adoptar estas medidas de protección urgente (Informe del Grupo Especial de Reflexión..., 2011, 10-12), y las propuestas relacionadas con la financiación se referían a restringir las fuentes de financiamiento extrarregionales a la CIDH, evitando que los Estados donantes, que no suelen ser los latinoamericanos, puedan dirigir sus contribuciones a determinados programas o iniciativas de la Comisión (Informe del Grupo Especial de Reflexión..., 2011, 16-17). Ecuador, en particular, criticaba a la relatora para la libertad de expresión por lo que intentaba limitar su presupuesto a través de estas propuestas.

B. Falta de transparencia en la creación del nuevo mecanismo

El Gobierno de Ecuador inició este proceso de creación del nuevo mecanismo a espaldas de la sociedad civil. No existía transparencia acerca de qué Estados apoyaban este proceso ni de qué personas estaban directamente involucradas. Parece que en los primeros momentos solo Ecuador apoyaba públicamente la creación de esta nueva arquitectura hemisférica. No obstante, a juzgar por la composición del grupo de personas que asesoraban a Rafael Correa en los detalles operativos del mecanismo, parece que Argentina, Bolivia, Chile y Venezuela podrían haber estado simpatizando con este nuevo mecanismo, aunque los miembros del referido grupo no actuaban en representación oficial de dichos Estados. La falta de un sitio web y de documentos explicativos sobre este mecanismo tampoco ayudaban a entenderlo.

En la composición del grupo de personas a cargo de elaborar los detalles de este nuevo mecanismo podían observarse conflictos de intereses de algunos miem-

bros, los que solo incrementaron la falta de legitimidad de este grupo de personas. En concreto, se trataba de la representante venezolana Luz Patricia Mejía Herrera y del representante boliviano Sacha Llorentti.

Sacha Llorentti, como ministro de Gobierno en el gabinete de Evo Morales en septiembre y octubre de 2011, dio instrucciones a la policía de reprimir brutalmente una marcha pacífica de indígenas bolivianos que se manifestaban contra la construcción de una carretera a través de su territorio originario que sirviera intereses de cocaleros y traficantes de la hoja de coca. Ante la iniciación de diversas actuaciones judiciales contra él en Bolivia, Llorentti se vio obligado a dimitir de su cargo ministerial (Objetan participación de Llorentti..., 2012).

Durante aquel incidente con los indígenas en Bolivia, la relatora para las peticiones individuales y de medidas cautelares para Bolivia en la CIDH era la comisionada venezolana Luz Patricia Mejía Herrera. La CIDH en aquel momento no adoptó medidas cautelares, sino solo un comunicado de prensa. La Comisión, que en este caso estaba representada por la comisionada Luz Patricia Mejía, adoptó esta decisión a pesar de la existencia de un grave riesgo para los pueblos indígenas que estaban marchando hacia La Paz, en medio de amenazas y hostigamientos del gobierno de Evo Morales y Sacha Llorentti. Luz Patricia Mejía Herrera actuó más como agente del presidente Hugo Chávez, que le había encargado proteger a los países del ALBA y de deshacerse del secretario ejecutivo de la CIDH, Santiago Cantón. El mandato de Mejía Herrera en la CIDH terminó el 31 de diciembre de 2011. En vista de estos antecedentes, no sorprende que Llorentti y Mejía Herrera se volvieran a encontrar en el 'grupo de personas' establecido en marzo de 2012 para reflexionar sobre el nuevo mecanismo de derechos humanos. Estas coincidencias contradicen abiertamente cualquier norma ética para altos cargos, especialmente en el ámbito de instituciones que protegen los derechos humanos. En vista del papel que la comisionada Luz Patricia Mejía Herrera ha jugado en relación con los casos de Bolivia y Ecuador, parece insólito que tres meses después de haber terminado sus servicios para la CIDH apa-

rezca como integrante de un ‘grupo de personas’ que diseñaron un nuevo mecanismo de derechos humanos que sustituyera al existente, para el que ella misma ha trabajado durante cuatro años.

Llorentti no se resistió a las críticas en la prensa sobre su participación en esta actividad, y no acudió a la invitación al seminario sobre la ‘nueva arquitectura’ el 22 de marzo en Ecuador. Mejía Herrera sí acudió a la cita. Los ejemplos de Llorentti y Mejía Herrera demuestran que la iniciativa de Rafael Correa carecía de legitimidad, y esto puede ser una de las razones por las que se ha abandonado esta iniciativa.

3. La ‘salida’ del sistema interamericano: el camino seguido por Venezuela

A. El planteamiento de una ‘salida’ del sistema

De manera paralela a la discusión sobre la creación de un nuevo mecanismo de derechos humanos en Latinoamérica, algunos Estados del grupo del ALBA han afirmado que su deseo es ‘salir’ del sistema interamericano. En efecto, en años recientes, Ecuador, Venezuela y Bolivia ya han denunciado algunos tratados internacionales que los obligaban a prestaciones a favor de las personas que se encontraban bajo su soberanía. Los tres Estados son los únicos que han denunciado el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio CIADI). Bolivia ha denunciado la Convención Única de Estupefacientes de Naciones Unidas de 1961, y ha vuelto a acceder con una reserva que legitima la producción y el consumo de la hoja de coca.

La opción de la salida del mecanismo interamericano de derechos humanos fue abiertamente planteada y discutida por los representantes de los Estados miembros de la OEA reunidos en la XLII Asamblea General de la OEA. Fueron, en particular, los gobiernos de Bolivia, Ecuador y Venezuela los que acusaron a la Comisión Interamericana de defender intereses políticos y económicos contrarios a sus Estados, e intentaron iniciar una campaña para recortar sus poderes (Gobiernos izquierdistas..., 2012). Este ataque contra la Comisión se produjo después de que ya lo anunciara Hugo Chávez en mayo de 2012, en un momento especial en Venezuela, apenas unos me-

ses antes de unas reñidas elecciones generales (Venezuela denunciará..., 2012). Por la parte ecuatoriana, la crítica se dirigía a que, en opinión de Rafael Correa, la Comisión defendía la “libertad de extorsión del periodismo”, lo que le llevó a pedir urgentes reformas que acabaran con “su espíritu de ONG” que servía a corporaciones (Gobiernos izquierdistas..., 2012).

Las críticas del embajador de Venezuela ante la OEA, Roy Chaderton, no fueron menos radicales. Señaló que la Comisión “es un instrumento del imperio compuesto por cómplices y pusilánimes” (Gobiernos izquierdistas..., 2012). Mientras que en Cochabamba el embajador cumplía con su encargo de criticar a la Comisión, en Caracas el presidente Hugo Chávez se preguntó: “¿Para qué la OEA y para qué la CIDH?”, señalando que “[v]amos a crear nuestros mecanismos en estos espacios geopolíticos de unidad y de integración que están naciendo” (Gobiernos izquierdistas..., 2012). Esta afirmación de Chávez sugiere que probablemente exista un acuerdo con Rafael Correa en la necesidad de crear un propio mecanismo de derechos humanos, al margen del sistema interamericano. Sin embargo, por el momento, solo Venezuela ha hecho efectiva su ‘salida’, cuando denunció la CADH mediante carta al secretario general de la OEA del 6 de septiembre de 2012.

Bolivia también ha adoptado una posición adversa a la Comisión. Evo Morales manifestó durante la Asamblea General que hay que ‘refundar’ a la propia OEA y el sistema interamericano, que él considera “mecanismos de dominación” estadounidense (Gobiernos izquierdistas..., 2012). Morales, en realidad, no tiene ningún motivo para quejarse del sistema interamericano, puesto que la Comisión hasta ahora no se ha pronunciado formalmente sobre ninguna de las múltiples violaciones de derechos humanos producidas durante los últimos años en su Estado. Quizás esta falta de motivo objetivo de queja explica por qué sus críticas se dirigen hacia Estados Unidos. Morales afirmó durante la Asamblea General que “[e]n esta refundación de la OEA es importante la universalización de la jurisdicción de la CIDH para supervisar la vigencia de los derechos humanos no solo en Latinoamérica sino también en Estados Unidos”,

confundiendo la jurisdicción de la Corte con la de la Comisión. Estados Unidos, de hecho, está sometido a la jurisdicción de la Comisión, y, como enfatizó el presidente de la CIDH durante la Asamblea General, es uno de los Estados contra el que la Comisión ha adoptado más medidas cautelares en el año 2011 (discurso del presidente José de Jesús Orozco Henríquez..., 2012). La razón de ello estriba no tanto en la 'masividad' de las violaciones, sino en que en Estados Unidos es posible que las personas se dirijan libremente al sistema interamericano, mientras que en otros Estados, como por ejemplo Bolivia, los peticionarios a menudo son sometidos a duras represalias en caso de que se atrevan a presentar solicitudes de medidas cautelares a la Comisión.

Frente a estas acusaciones y críticas a la Comisión por estos tres Estados con regímenes populistas, otros Estados con peso en el hemisferio, como Brasil y Argentina, mantienen una posición más prudente. Brasil defendió reformas al funcionamiento de la CIDH, aunque manteniendo su pleno compromiso con la autonomía de la Comisión y el sistema interamericano (Gobiernos izquierdistas..., 2012). Durante la XLII Asamblea General, los gobiernos de Canadá, Colombia, Chile y Estados Unidos también han defendido el funcionamiento del sistema (Gobiernos izquierdistas..., 2012).

B. Calificación jurídica de la 'salida' del sistema

Como puede verse a partir de lo que ocurrió en Cochabamba, los Estados que están planteando una salida del sistema son los pertenecientes al ALBA. Además, no parece que pueda encontrarse un consenso general entre los Estados miembros de la OEA que permita suprimir o sustancialmente reducir las competencias de la Comisión. Por esto, si los Estados del ALBA ya no quieren estar sometidos a las competencias de la Comisión, puede ser que estén considerando su salida del sistema. De este modo, tan solo Bolivia, Ecuador y Venezuela lograrían sustraer a sus ciudadanos, aproximadamente 54 millones de personas, de la protección jurídica que les otorga la Comisión Interamericana y, en su caso, la Corte IDH.

Una hipotética 'salida' está abierta a diversas interpretaciones. Cabría que el Estado denuncie la Convención Americana, o que retire plenamente su membresía en la OEA.

Un Estado puede denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Convención regula la denuncia en su artículo 78 con el siguiente tenor:

1. Los Estados partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.
2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

Como puede observarse, los efectos de la denuncia solo se producirían dentro de un año a partir de la notificación de la denuncia. Si Rafael Correa y Hugo Chávez hubieran querido evitar los juicios por las violaciones de los derechos humanos cometidas durante sus presidencias, deberían haber denunciado la Convención al principio de su primer mandato, tal como Correa lo hizo con el Convenio CIADI. Chávez solo dio el paso de denunciar la Convención Americana en septiembre de 2012, poco antes de las elecciones generales.

En principio, parecería difícilmente explicable ante la opinión pública nacional e internacional que algunos Estados denunciaran la Convención Americana en un momento en que se había llegado a una comunidad de Estados democráticos en las Américas. En los años ochenta y noventa del siglo xx, ni los regímenes militares más siniestros se atrevían a plantear la denuncia de la Convención Americana, con la excepción de Trinidad y Tobago, por razones que tenían que ver con la institución jurídica de la pena de muerte, y Perú, a consecuencia de los atroces hechos ocurridos durante el régimen de Alberto Fujimori. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana, privando así a la Corte de jurisdicción sobre los hechos ocurridos después de la denuncia, el 26 de mayo de 1998. Perú retiró su aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH el 8 de julio de 1999, y el 29 de enero de 2001 volvió a reconocer esta competencia. A la vista de todo esto, sorprende

observar que el público en Venezuela haya aceptado sin más consecuencias la denuncia de la Convención Americana. Pareciera que Venezuela se encontrara en una ‘parálisis social’ en la que los gobernantes pueden hacer cualquier cosa sin que nadie les advierta de los límites legales de su actuar.

Según los artículos 53.e) y 106 de la Carta de la OEA, la CIDH constituye un órgano principal de la OEA, y dado que la Comisión es competente para aplicar la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948, aun denunciando la Convención Americana el Estado sigue sometido al procedimiento de peticiones individuales de la CIDH, por lo menos en relación con la Declaración Americana (art. 23 del reglamento de la CIDH). Por esto, el Estado podría valorar la opción de denunciar la propia Carta de la OEA, con lo que retiraría a todos los efectos su membresía en esta organización internacional. Esta opción, en el estado actual de las relaciones internacionales en el hemisferio, es prácticamente imposible.

IV. CONCLUSIONES

Este estudio versa de un tema recurrente en derecho internacional y en las relaciones internacionales, referido a la tensión entre el polo institucional y el polo relacional de las relaciones de cooperación entre los Estados. En el presente caso, el estudio se centra en las discusiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos. Los Estados de Latinoamérica, en particular los del ALBA, no respetan los parámetros fijados por las instituciones y tratados internacionales en vigor, de la misma manera que tienen dificultades de respetar sus propios sistemas jurídicos internos. Estos Estados, en consecuencia, llevan a cabo una política de denuncia de los tratados internacionales. De este modo, los Estados del ALBA ya han denunciado varios tratados que confieren derechos que protegen a las personas que se encuentran bajo su soberanía. Pero en el caso de los tratados de derechos humanos, estos Estados han de superar un mayor escrutinio de la sociedad civil, por lo que buscan argumentos para legitimar esta denuncia. Parece que los argumentos esgrimidos por estos Estados son el del supuesto “control por ONG apoyados por los Estados Unidos”, el hecho de que “los

Estados Unidos no son parte en el mecanismo interamericano”, e incluso que “la sede de la Comisión está en Washington, D.C.”. Estos argumentos, aparte de esgrimir en gran medida datos erróneos, no guardan ninguna relación con la situación jurídica de los Estados que los publicitan como excusa para crear un mecanismo propio o simplemente para ‘salir’ del mecanismo existente. Este estudio ha demostrado que existen razones jurídicas para la falta de legitimidad y aplicabilidad práctica de estas soluciones propuestas por los Estados del ALBA.

Estas consideraciones nos hacen sugerir algunas ideas para responder a las tensiones centrífugas en el sistema interamericano.

En primer lugar, los propios Estados latinoamericanos deberían aumentar considerablemente sus contribuciones financieras voluntarias al sistema interamericano. En la actualidad, los Estados que llevan el mayor peso de la financiación de la CIDH son Estados Unidos y España. A diferencia de lo que opinan los Estados del ALBA, esto no se debe a ninguna ambición colonial, imperial o de alguna otra manera siniestra, sino a que los Estados de Latinoamérica hacen contribuciones muy reducidas. Con estas contribuciones exclusivamente latinoamericanas, la CIDH no podría cumplir todas sus competencias en virtud de su Estatuto. Si las contribuciones financieras de los Estados latinoamericanos aumentaran significativamente, la Comisión se transformaría en un órgano latinoamericano en el sentido planteado por Ecuador. No obstante, no parece que este sea realmente el objetivo de este Estado. El objetivo de Ecuador es –como se ha demostrado en este trabajo– reducir la competencia de la Comisión para que no pueda llevar a cabo el escrutinio sobre la libertad de expresión, entre otros derechos y libertades fundamentales.

En segundo lugar, se observa un desequilibrio retórico entre los Estados que atacan al sistema interamericano y los que lo defienden. En la última Asamblea General esto quedó manifiesto, por ejemplo, a raíz de que solo Estados Unidos manifestó formalmente su posición respecto al proceso de ‘fortalecimiento’ del sistema interamericano, mientras que los Estados del

ALBA criticaban abiertamente, y en toda oportunidad que tenían, a la Comisión. Sería deseable que especialmente los Estados latinoamericanos adoptaran una posición más clara y pública en defensa del sistema interamericano, en el entendido de que el efecto erga omnes de los derechos humanos es una garantía importante para la gobernabilidad democrática de todos los Estados en el hemisferio. Por esto, la defensa ante los totalitarismos solo puede hacerse con un sólido respeto de los derechos humanos, garantizado a través de una legalidad objetiva aplicada por instituciones autónomas e independientes, tales como la Comisión Interamericana.

En tercer lugar, el estudio también demuestra que la institucionalidad del sistema interamericano sufre mucho cuando no recibe el apoyo objetivo de las otras instituciones interamericanas, como el Consejo Permanente, la Asamblea General, y la Secretaría General. Es importante que estas últimas reconozcan como una cuestión de equilibrio institucional imprescindible el papel de la Comisión como órgano de protección y promoción de los derechos humanos, sin cuestionar sus competencias estatutarias ni la eficacia jurídica de sus resoluciones. Hacer lo contrario es adentrarse en un círculo vicioso de desinstitucionalización mutua que, en el peor de los casos, podría llevar a la implosión de todo el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- “Carta de Rafael Correa a Juan Manuel Santos”, de 2 de abril de 2012 (Carta, 2012)
- “Discurso del Presidente José de Jesús Orozco Henríquez ante la Asamblea General de la OEA en su XLII Período Ordinario de Sesiones”, Cochabamba, Bolivia, 5 de junio de 2012, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/actividades/discursos/06.05.12.asp> (Discurso del Presidente José de Jesús Orozco Henríquez..., 2012).
- “Ecuador hacia una nueva arquitectura latinoamericana de derechos humanos”, nota de prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, publicada en Quito, 20 de marzo de 2012, disponible en <http://www.mmrree.gob.ec> (Ecuador, 2012)
- “EEUU aumentarán financiación a CIDH en medio de polémica sobre su autonomía”, *Hoy.com.ec*, de 27 de enero de 2012, disponible en <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/eeuu-aumentaran-financiacion-a-cidh-en-medio-de-polemica-sobre-su-autonomia-531338.html> (EE. UU. aumentarán financiación..., 2012)
- “Expertos internacionales impulsan construcción de un nuevo sistema de derechos humanos”, nota de prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, publicada en Quito, 22 de marzo de 2012, disponible en <http://www.mmrree.gob.ec/2012/bol0294.asp> (Expertos internacionales..., 2012)
- “Gobiernos izquierdistas endurecen sus ataques a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Diario de Cuba*, 5 de junio de 2012, disponible en <http://www.diariodecuba.com/internacional/11432-gobiernos-izquierdistas-endurecen-sus-ataques-la-comision-interamericana-de-dere> (Gobiernos izquierdistas..., 2012)
- “Hugo Chávez propone que Venezuela abandone la CIDH ‘de inmediato’”, *La Jornada*, 1º de mayo de 2012, disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2012/05/01/mundo/031n1mun> (Hugo Chávez propone..., 2012)
- “Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consideración del Consejo Permanente, adoptado por el Grupo de Trabajo en su reunión del 13 de diciembre de 2011, OEA/Ser.G, GT/SIDH-13/11 rev. 2, de 13 de diciembre de 2011 (Informe del Grupo Especial de Reflexión..., 2011)
- “Objetan participación de Llorentti en foros internacionales sobre DD. HH.”, *eju.com*, de 23 de marzo de 2012, disponible en <http://eju.tv/2012/03/objetan-participacion-de-llorentti-en-foros-internacionales-sobre-ddhh/> (Objetan participación de Llorentti..., 2012)
- “OEA posterga reforma a la CIDH”, 6 de junio de 2012, disponible en <http://impactocna.com/2012/06/06/oea-posterga-reforma-a-la-cidh> (OEA posterga..., 2012)
- Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2761 (XLII-O/12), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2012, “Seguimiento de las Recomendaciones del “Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Hu-

manos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (Res. 2761, 2012)

“Venezuela denunciará Convención Interamericana de DDHH para salir de CIDH”, eluniversal.com.co, de 2 de mayo de 2012, disponible en <http://www.eluniversal.com.co/comision-interamericana-de-derechos-humanos-cidh/venezuela-denunciara-convencion-interamericana-de-d> (Venezuela denunciará..., 2012)

“XLII Asamblea General de la OEA finalizó con la aprobación de la Declaración de Cochabamba” de 6 de junio de 2012, disponible en http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-212/12 (XLII Asamblea General..., 2012)

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

Estilo Chicago autor-fecha:

Arp, Björn. 2012. La tensión entre los polos institucional y relacional en el debate actual sobre el “fortalecimiento” de la comisión interamericana de derechos humanos. Comentarios con motivo de la XLII Asamblea General de la OEA. *Nova et Vetera* 21(65): 81-92.

Estilo APA:

Arp, B. (2012). La tensión entre los polos institucional y relacional en el debate actual sobre el “fortalecimiento” de la comisión interamericana de derechos humanos. Comentarios con motivo de la XLII Asamblea General de la OEA. *Nova et Vetera*, 21 (65), 81-92.

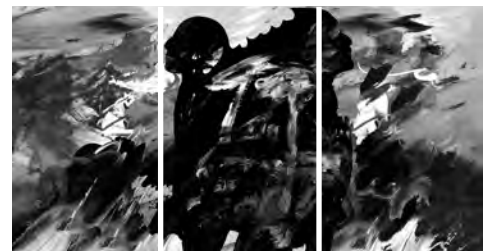
Estilo MLA:

Arp, Björn. “La tensión entre los polos institucional y relacional en el debate actual sobre el “fortalecimiento” de la comisión interamericana de derechos humanos. Comentarios con motivo de la XLII Asamblea General de la OEA.” *Nova et Vetera* 21.65 (2012): 81-92.



derechos humanos y ámbitos institucionales

novaetvetera



DIEGO ARANGO. Pintura digital, serigrafía, 228 x 76 cm.

Homosexualidad y gerencia social. El encuentro del ciudadano con las instituciones¹

José Miguel Segura Gutiérrez*

* Administrador Público (Escuela Superior de Administración Pública, Medellín). Especialista en Gerencia Social (Corporación Universitaria Minuto de Dios, Bogotá). Miembro-colaborador Línea en Derechos Humanos. Grupo de investigación Ciencias Forenses y de la Salud, categoría C de Colciencias, Tecnológico de Antioquia-Institución Universitaria. Correo-e: josemielsegura@gmail.com

CORREO IMPRESO: Carrera 31 No. 34-23 San Fernando, Meta – Colombia

Segura Gutiérrez, José Miguel. 2012. Homosexualidad y gerencia social. El encuentro del ciudadano con las instituciones. *Nova et Vetera*, 21 (65): 95-108.

Recibido: enero de 2012 / Aprobado: septiembre de 2012

1. INTRODUCCIÓN

Ampliar la reflexión en torno a la gerencia social y su entrega de propuestas frente a la exclusión por razones de orientación sexual implica considerar que aquello que se dice con respecto a la homosexualidad como manifestación del libre ejercicio de la sexualidad² (conjunto de expresiones socio-afectivas y de realización de prácticas sexo-eróticas) puede llegar a alarmar tanto a

¹ Artículo de reflexión.

² Son varios los artículos promulgados por la Constitución Política de 1991 que se relacionan con temas de sexualidad –derecho a la igualdad, libertad y no discriminación (art. 13); a la intimidad personal y familiar (art. 15); al libre desarrollo de la personalidad (art. 16); a la atención de la salud (art. 49) y a la educación (art. 67)–, al igual que los avances jurídicos (sentencia de tutela (ST) 594/93 –derecho al libre desarrollo de la personalidad–, sentencia de constitucionalidad (SC) 507/99 –unión marital de hecho–, ST1021/2003 –Sistema General de Salud–, SC 811/2007 –régimen de seguridad social en salud de parejas homosexuales–) y legislativos (las uniones de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes) respecto a los derechos sexuales.

RESUMEN

Homosexualidad y gerencia social. El encuentro del ciudadano con las instituciones

El texto busca ampliar la reflexión en torno a la Gerencia Social y sus planteamientos frente al tema de la exclusión por motivos de orientación sexual. En ese sentido, se considera que las relaciones homoeróticas como sucesos de la cotidianidad, acontecen en un contexto histórico-cultural particular que ofrece oportunidades de intervención socio-estatal ante la hostilidad social registrada hacia grupos históricamente oprimidos (homosexuales), en razón a su experiencia vital y cuya reducción, necesita la valoración del carácter dual de la democracia (integración y lucha).

PALABRAS CLAVE: Gerencia social, diversidad sexual, instituciones y políticas públicas.

ABSTRACT

Homosexuality and Social Management. The Encounter of Citizens with Institutions

The text seeks to broaden reflection on social management and its position with respect to the topic of exclusion based on sexual orientation. In this sense, it considers homoerotic relations to be everyday events that occur in a particular historical-cultural context that offers opportunities for socio-state intervention in the face of social hostility registered toward historically oppressed groups (homosexuals), in the light of their vital experience and reduction which requires valuation of the dual nature of democracy (integration and struggle).

KEY WORDS: social management, sexual diversity, public policies and institutions.

RESUMO

Homossexualidade e gerência social. O encontro do cidadão com as instituições

O texto pretende ampliar a reflexão sobre a Gerência Social e suas concepções ante o tema da exclusão por motivos de orientação sexual. Nesse sentido, considera-se que as relações homoeróticas como acontecimentos da cotidianidade ocorrem em um contexto histórico-cultural particular. Portanto, oferece oportunidades de intervenção socioestatal ante a hostilidade social registrada a grupos historicamente oprimidos (homossexuais), em razão de sua experiência vital e cuja redução precisa da valorização do caráter dual da democracia (integração e luta).

PALAVRAS CHAVE: gerência social, diversidade sexual, instituições e políticas públicas.

sujetos conservadores³ como a otros menos idealistas, lo cual no sorprende. Cada vez nos acostumbramos más a escuchar cosas del ámbito de lo privado⁴, que ahora se convierten en temas públicos, producto de la acción informativa que adelantan los medios de comunicación y el uso de nuevas tecnologías. Además del trabajo de personas y organizaciones sociales, defensoras de los derechos sexuales.

Por esta razón, tratar de esbozar una relación clara y directa entre gerencia social y homosexualidad no resulta fácil. Algunos de los acercamientos que actualmente se registran vienen dados por la aplicación de teorías de género y psicoanálisis a casos puntuales de violencia y exclusión⁵ perpetrados contra individuos homosexuales que han hecho pública su manifestación de afecto hacia personas del mismo sexo, o por comentarios de índole político-religiosa a los intentos legales y de fundamentación jurídica que abogan por el reconocimiento de iguales derechos civiles para parejas del mismo sexo.

Algunos de los comentarios que resuenan sobre este tipo de orientación sexual se dirigen a que se entienda que el producto final de las relaciones homoeróticas como prácticas sexuales no reproductivas son las manchas de leche y miel derramadas sobre las sábanas luego del encuentro sexual. No hay amor, solo sexo, algo circunstancial, que pretende competir con el designio sagrado y natural entregado a

los varones, es decir, que el hombre preñe a la mujer para que esta pueda parir. Lo anterior revela el desconocimiento que las los ciudadanos, organizaciones e instituciones guardan frente al papel socializador de la homosexualidad. Esta es una variable contextual que inserta al sujeto en una comunidad y lo define a sí mismo como persona y sujeto social.

Por esto, anhelar que la intervención institucional se oriente a superar las fronteras entre el ‘buen sexo’ y el ‘sexo malo’ entre prácticas sexuales promovidas y aceptadas y las que son condenadas o simplemente toleradas, como diría Gayle Rubin, amerita plantear algunos interrogantes en torno al ejercicio profesional del gerente social frente a las condiciones sociales y de garantías político-institucionales que trae consigo la homosexualidad en cuanto expresión sexual diversa. ¿Qué se entiende por gerencia social y homosexualidad?, ¿cuál es la relación entre el proceso gerencial y la visibilidad de las identidades homosexuales?, y ¿cómo se armonizan los elementos ético-políticos y administrativos de la gerencia social para el abordaje de la homosexualidad con sus cuerpos y subjetividades ya estigmatizadas? son preguntas clave en este diálogo académico.

2. GERENCIA SOCIAL. APROXIMACIONES A UN CONCEPTO

“Las transformaciones socioeconómicas experimentadas por las sociedades contemporáneas, y más aún las latinoamericanas, han conjugado cambios en la orientación de nuevas demandas y expectativas sociales” (Romero & Díaz 2007, 333). Tanto así que ahora se subraya la necesidad de acercarse a ellas a través de un espíritu crítico y plenamente consciente de las diferencias entre el contexto político, institucional, cultural y organizacional en que se hallan insertos los sujetos individuales y colectivos.

Este giro explícitamente pragmático y con enfoque contextual no está exento de críticas. La forma en que se abordan los problemas sociales, así como la entrega de respuestas dentro de un marco normativo por parte de la Administración Pública a las demandas sociales, provenientes de grupos con capacidad de decisión o de individuos directamente afectados por la toma de decisiones gubernamentales, parece hoy actualizarse con la contribución que la

³ “¿Cómo definirías a un conservador? Como el policía de las costumbres. Tiene más relación con cómo se comportan los demás que con el comportamiento propio. No cesará nunca de controlar la vida sexual y personal de los otros, para que se adapten a sus propias restricciones... las de su mente, no de sus actos” (Serrano 1997, 111).

⁴ Recordar la demanda feminista de mediados del siglo xx “lo personal es político” ejemplifica la panorámica de significados atribuidos al cuerpo y sexualidad dentro de los ámbitos público y privado a lo largo de la historia. Al respecto, Brown (2009, 14) ofrece mayor claridad al afirmar que “desde una perspectiva liberal, la sexualidad –incluida la reproducción o no de la especie– pertenece al ámbito íntimo y privado. Para una perspectiva republicana –y particularmente en su versión comunitarista– este es un asunto que pertenece a aquellos que se dirimen en el ámbito público mediante la aplicación de políticas sexuales (leyes de matrimonio, divorcio, adopción, concubinato, códigos de convivencia) y sobre todo políticas demográficas concretas”.

⁵ Para Minujin (1998), la exclusión contempla dos dimensiones, “la primera, de carácter socioeconómico, relacionada con el problema del asalaramiento; y la segunda, la del perfil sociocultural vinculada a la desincorporación de las redes institucionales y de los planes de acción de las personas como sujetos activos y dueños de sus propias vidas”.

gerencia social en cuanto campo de conocimiento y acción en pro de la transformación social hace a la realización de la dignidad humana de un público cada vez más exigente y crítico de las acciones del aparato político-administrativo.

Si bien es cierto que los problemas públicos actuales son en extremo complejos, multidimensionales y no permiten soluciones simples en razón a la incertidumbre y riesgo que acompaña a toda decisión pública, la labor del gerente social como profesional integral capaz de desempeñarse en el sector público, privado y social, y de ser un líder y gestor, deberá ser la de consolidar con base en informaciones pertinentes, que incluyan visiones desagregadas sobre la percepción de los problemas y sus relaciones causales, condiciones favorables – concertación o consenso – para la realización de una vida humana digna y el establecimiento de un escenario de bienestar social plural y equitativo para todos los asociados al Estado.

Alcanzar ese fin en sí mismo solicita de “la necesidad de llevar adelante una gestión estratégica adaptable a los cambios, que sea proactiva y posea capacidad para fomentar ámbitos y técnicas de negociación, además de promover la articulación entre múltiples actores, organizaciones e instituciones” (Repetto 2005, citado en Brachet 2006, 502).

En relación con la sexualidad, los programas sociales⁶ y prácticas cotidianas han partido del supuesto de que las cuestiones sexuales solo se hallan vinculadas a las historias de vida individual y no a coordinadas más amplias que permitan rastrear los desajustes producidos por una estructura histórico-social desigual que impacta en la constitución de las subjetividades y crea límites sociales a las elecciones personales, pues “La heterogeneidad y la contingencia son atributos constitutivos de los programas sociales; la primera se manifiesta en áreas problemáticas, poblaciones objetivo, contextos institucionales y sociales, instrumentos y recursos, la naturaleza de los actores participantes, procesos desencadenados, mientras que las contingencias que

deben enfrentar la implementación y su gerencia hacen que esta deba operar en un mundo de tensiones, ambigüedades, ambivalencias, conflictos e incertidumbres” (Martínez 2007, 64-65).

No obstante, como componentes de las políticas públicas, los programas sociales buscan provocar un impacto sobre los individuos o grupos de beneficiarios, ya sea ordenando o segmentando las situaciones, prácticas y sujetos sociales que se deben controlar socialmente.

Por esa razón es que “fortalecer una ciudadanía plural y generar inclusión social requieran de intervenciones públicas amplias y complejas” (Cossio 2008, 97) en donde saber leer las realidades en términos de implementación (intersectorialidad e interdependencia) y gerencia hacen recordar que son las instituciones las que tienen “el deber de proteger a los individuos en el desarrollo de sus propias características” (Fajardo 2006). “Esta noción ha sido una de las más usadas por las personas homosexuales como por las cortes para resolver una serie de situaciones relacionadas con la protección de la identidad personal, la autonomía y la dignidad” (Serrano *et al.* 2010). En otras palabras, de la reducción de las afectaciones negativas generadas con relación a la condición existencial que cada ser humano otorga a la vida en razón a su libertad.

Aunque el desarrollo de una auténtica subjetividad ocurre en la mayoría de casos en ámbitos de la intimidad, con réplicas que responden a aquello que socialmente es mejor visto, esta siempre genera alguna visibilidad que define lo público del ciudadano y su responsabilidad para con la organización social. Por lo anterior, uno de los valores que la sociedad debiera ratificar es el de garantizar en términos histórico-políticos el desarrollo de la igualdad material y real ante la ley de aquellos que siendo portadores de una orientación sexual diversa se hallan contenidos en el constructo social.

De conformidad con los fines del Estado social de derecho, este debe proveer las condiciones mínimas para el desarrollo de los individuos y el derecho en tanto categoría de mediación social basado en la justicia, superar los obstáculos que determinan a dichos sujetos como un instrumento para la realización de la sociedad y el alcance del bienestar colectivo.

⁶ Para Martínez (2007, 65) “Los programas sociales se definen como artefactos de naturaleza instrumental y simbólica, cristalizaciones inacabadas de conocimientos, construcciones sujetas a restricciones, arenas de tensión, conflicto y colaboración, y *locus de fuerzas* homogeneizadoras”.

Con respecto al poder, las “relaciones de fuerza múltiples que se forman y actúan en los aparatos de producción” (Foucault 1976/2006, 99), los cambios surtidos en las sociedades occidentales de fines del siglo XVIII definen el paso de una ‘sociedad soberana’ a una ‘sociedad disciplinaria’; se trata de un cambio que opera, sobre todo, en la naturaleza de las relaciones de poder. Si para la sociedad soberana el poder y su resistencia se entendían, ante todo, en términos de ritualización de la muerte, para las sociedades modernas la muerte no es sino un límite del poder que ahora se (re)produce por el cálculo y la gestión de la vida. A esta forma de poder, reguladora de la vida, la denomina biopoder: un despliegue de tecnologías sociales asumidas por ‘instituciones de poder’, tales como “la familia, el ejército, la escuela, la policía, la medicina individual o la administración de colectividades” (Foucault 1976/2006, 149).

Es decir, a espacios de intermediación social, que a través de la presencia de autoridades públicas, agentes civiles y la aplicación de tecnologías administrativas, identifican sujetos y problemáticas sociales que hacen de la gerencia social “un campo de acción (o práctica) y de conocimientos estratégicamente enfocado en la promoción del desarrollo social⁷. Su tarea consiste en garantizar la creación de valor público por medio de la gestión, contribuyendo a la reducción de la pobreza y la desigualdad, así como al fortalecimiento de los estados democráticos y de la ciudadanía” (Mokate & Saavedra 2006, 6).

En otras palabras, de una dupla político-civil, que se comprende mejor cuando se incluyen aspectos como la construcción de identidad –de la aplicación histórica de dispositivos de represión socio-institucional–, el ejercicio de la autonomía –límites u obstáculos a la consolidación de los individuos como sujetos de derechos– y la capacidad de empoderamiento (prácticas y formas organizativas) de los nuevos sujetos sociales.

7 La concepción de “desarrollo social” como proceso se entiende desde Pérez et al. (2006, 22) como “la promoción y generación de las condiciones que posibiliten a todas las personas el disfrute de una calidad de vida digna, y el desarrollo de sus capacidades y potencialidades humanas para que sean lo que quieren y pueden ser, de acuerdo con el contexto social e histórico en el que transcurre su existencia, en relación respetuosa con su entorno natural y social, y espera llegar a una conceptualización socialmente incluyente y más compleja”.

Ante problemas estructurales como pobreza, desigualdad y corrupción “el modelo de gestión y los principios o fines de la gerencia social se combinan para lograr una nueva conceptualización de la responsabilidad de los gerentes sociales, la que enfatiza ampliar las libertades de las personas, generando las condiciones para la inclusión y la equidad social, asegurando procesos que promuevan un ejercicio activo de ciudadanía, y garantizando el impacto de políticas y programas sociales” (Mokate & Saavedra 2006, 38).

Todos ellos, indiscutiblemente impregnados de las propias voces, deseos y necesidades de los beneficiarios, dentro del tiempo y espacio en el que les correspondió vivir. Siguiendo los planteamientos de Cristina de Robertis (2003, 15), “hoy se asume que los objetivos de las políticas sociales han de orientarse hacia la restauración de la ciudadanía a partir del acceso a derechos sociales y cívicos de los sujetos y la dinamización del vínculo o tejido social, que implica relacionar a las personas con otras y con las instituciones”.

Al hablar de gerencia social, se hace referencia a una visión del mundo en donde la organización de roles y actividades define la intervención en el entorno y el cumplimiento de responsabilidades por parte de los actores involucrados, la solución o tratamiento a las diferentes problemáticas sociales que caracterizan a cada entorno como un todo social, cultural y político.

De acuerdo con Licha (1999, 8) “la gerencia social tiene su propia especificidad y autonomía, que la hace distinta de la gerencia privada, movida por otra lógica y propósitos, y también de la gerencia burocrática tradicional, rígida, centralizada, poco transparente y participativa. Su singularidad estaría dada por las características propias de las políticas sociales en sociedades profundamente desiguales, instituciones débiles y democracias precarias”. Como por ejemplo aquellas políticas surgidas a partir del Consenso de Washington y con referentes en países de América Latina.

Parafraseando a Sulbrandt (2002, 3-4), los problemas sociales que se pretenden enfrentar mediante estas políticas y programas sociales de carácter gubernamental son altamente complejos, débilmente estructurados (objetivos y metas) y sin

rigurosidad en su definición (marco referencial, equipos de trabajo, periodos, organizaciones involucradas, centros de poder, manejo del riesgo-incertidumbre, aplicación de recursos y uso de tecnologías), por lo que “para la gerencia social es de particular importancia la aplicación de criterios de conectividad sistémica al abordar el conocimiento y al definir acciones de cambio sobre la realidad, para lo cual necesita asumir que todo fenómeno se encuentra en relación con su entorno o ecosistema, distinguiendo el ser y el entorno, pero no separándolos o fracturando la relación que es posible ver entre ellos, sino ligándolos” (Pérez *et al.* 2006, 89). En otras palabras, desarrollando un trabajo colaborativo entre grupos y actores sociales para analizar el contexto y las relaciones de conflictividad en las cuales las voces de los propios sujetos a veces pierden su forma original durante las etapas de exposición de problemas y generación de acciones de respuesta conjunta entre todos los involucrados.

Como lo expresan Pecheny & De la Dehesa (2009, 14), “la gobernancia del deseo sigue siendo mapeada en ideologías más amplias de desarrollo económico y político en maneras que al menos levantan cuestiones sobre quienes tienen acceso a los productos y prácticas dichas ‘modernas’ y sobre que se está construyendo como un pasado a ser superado”.

3. HOMOSEXUALIDAD. ORIENTACIÓN, SUJETO(S) O EXPERIENCIA

“Cuando las personas no nos parecen definidas claramente como hombres o como mujeres, ni como masculinos o femeninos, ni como heterosexuales u homosexuales...se escapan de nuestra concepción binaria de la sexualidad, ...se escapan de nuestras categorías de sexo, de género o erotismo, siembran la anarquía en nuestros cerebros” (Dorais 1999, citado en Escobar 2007, 84).

Por esta razón, “desde la bioética el tema de la diversidad sexual se hace siempre presente, no solamente en cuanto a lo relacionado con la dignidad de las personas y el derecho a su integralidad, su autonomía y al principio de vulnerabilidad, sino además, en el reconocimiento del otro en la intersubjetividad” (Escobar 2007, 79). Es decir, en

aquellas formas sociales en las que el ser humano-sexual participa, ya sea para reclamar su derecho a la libertad de orientación sexual, o mejorar sus posibilidades de disfrute y acceso al derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y protección de la vida sexual.

“La sexualidad no es un hecho dado, es un producto de negociación, lucha y acción humanas” (Weeks 1998, 30) que dependiendo del contexto histórico-político puede generar restricciones⁸ a algunos tipos de prácticas sexuales e identificar a quienes las realizan, para reglamentar informal o formalmente (ley) su actuar. “La sexualidad se configura mediante la unión de dos ejes esenciales de preocupación: nuestra subjetividad, o sea, quiénes y que somos, y la sociedad, o sea el crecimiento, el bienestar, la salud y la prosperidad futuras de la población en conjunto” (Weeks 1998, 40).

Esto indica que con respecto a aquellos hombres y mujeres que se sienten atraídos por otros hombres y mujeres y además elaboran rutinas y formas para lograr cumplir sus deseos, lo que verdaderamente inquieta a los que no son homosexuales es la amenaza a la desmitificación de las formas de afecto y lazos sociales validados por la heterosexualidad, ya que la obtención de afecto y construcción de lazos sociales puede llegar a lograrse por otros medios.

De ahí que, aduciendo la idea de ‘bien común’, la sociedad haya desarrollado mecanismos de administración y gerencia respecto al cuidado del cuerpo y el mantenimiento del *statu quo* desde la realización misma del acto sexual y posterior vinculación afectiva, pero olvidando que es precisamente por la forma de expresión de la sexualidad resultante de la elección individual que cobra validez el carácter autónomo y de complejidad sociocultural que guarda tal elección personal.

⁸ Plummer (1984, citado en Weeks 1998, 31) llama la atención sobre las ‘restricciones de quién’ y ‘restricciones de cómo’. Las ‘restricciones de quién’ tienen que ver con las parejas, su sexo, especie, edad, parentesco, raza, clase, y limitan a quién podemos aceptar como pareja. Las ‘restricciones de cómo’ tienen que ver con los órganos que usamos, los orificios que se pueden penetrar, el modo de relación sexual y de coito: qué podemos tocar, cuándo podemos tocar, con qué frecuencia, y así sucesivamente.

Según nos lo indican Pecheny & De la Dehesa (2009, 9), “la orientación sexual se encuentra atravesada por la extrema diversidad de experiencias sociales de la sexualidad y los relacionamientos personales”, por lo que la homosexualidad no debiera tener una valoración social negativa ni de represión individual –silenciamiento, subordinación–. El deseo, la elección del objeto, la organización de la cartografía corpogénital y las actividades por explorar en tal práctica sexual –besar, tocar– están mediados bajo condiciones normales por la autorización del otro, lo cual denota cierto poder o límite externo al propio arbitrio.

“La orientación sexual, la identidad sexual o la expresión de género son el resultado de una construcción social, histórica y cultural, y por lo tanto no existen papeles sexuales o roles de género esencial o biológicamente inscritos en la naturaleza humana” (Duque 2008, 193). Se es habitante de un mundo en el cual uno mismo elige y en donde la alternancia con otros individuos le permite construir escenarios posibles aunque antes no contemplados (noviazgos y relaciones de cohabitación).

Razón esa para repensar el sentido de la gerencia social con respecto a las formas del ser sexual y las “posibilidades efectivas que tiene el individuo de influir en su entorno” y “liberarse de la normalidad del deber ser” (Maffesoli 2005, 16).

“Si entendemos a la homosexualidad como una experiencia social, es decir, como un singular fardel de imaginarios, representaciones y prácticas sociales que, intersectándose con las situaciones biográficamente particulares, la tornan distinguible de la heterosexualidad” (Meccia 2011, 133), es a partir de codificaciones como LGBTIQ (lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, transexuales, intersexuales y *questioning*) que se les resta visibilidad a estas identidades sociosexuales y de paso se les limita su reconocimiento como sujetos de derechos; esto, pese a que la presencia de sus cuerpos, expresiones de afecto y prácticas sexuales han alcanzado un amplio carácter público.

Con sano criterio, “la mayoría de las políticas de ciudadanía que están jalonando los grupos activistas organizados de homosexuales en Colombia son funcionales al sistema regularizador y neoliberal, en tanto se basan en la integración y la asimilación

al régimen biopolítico heteronormativo” (Aparicio 2009, 45), por lo que señalar el derrotero político con base en las nuevas formas de subjetividad que se hacen presentes tanto en lo público como en lo privado y que expresan a la vez el malestar de la cultura y los dilemas éticos que provocan los gais y lesbianas en la construcción de un nuevo orden social desde la experiencia erótico-afectiva homosexual amerita precisar el concepto de ‘colectividad social’.

Para Merton (1964, citado en Meccia 2011, 133), “una colectividad social es una forma de relación social a la cual las personas son adscriptas por la posesión de ciertos atributos comunes [...]. Con todo, lo que con más decisión nos permite aludir a una colectividad es la posesión de un sentimiento de membresía a una entidad superior, que puede transmutarse en prácticas de reconocimiento inter pares e inclusive de solidaridad. Esta noción ha sido particularmente fértil para comprender la situación de las minorías sociales en entornos marcados por mayorías hostiles”, es decir, por grupos y actores sociales que condicionan las posibilidades que tiene el sujeto individual para enriquecerse de su particular situación, en virtud de una resistencia que le ofrecen tanto el mundo exterior como aquellas de su propio mundo interior ‘yo’.

Dentro de las consecuencias que trae la elección sexual para con el entorno social, está la existencia de cierta ambigüedad en la construcción de la subjetividad personal, pues se parte de la premisa de que todo individuo es bueno y la sociedad lo corrompe. Por ello, cuando dicha sentencia se traslada al campo de la sexualidad y específicamente al de la homosexualidad, “Freud argumente que ésta es una peculiaridad de la elección del objeto y no un instinto constitucional y perverso” (Weeks 1998, 247). La homosexualidad solo puede ser entendida en términos de la confrontación psicológica y los inhibidores sociales, que desde la cultura se gestan para identificar los sujetos y organizar el flujo de los deseos sexuales.

Si se considera la idea de la cultura como un bosque donde acechan temerarios todos los miedos, todos los prejuicios, todos los racismos y todos los clasismos... cabe preguntar si habrá en esta jungla oscura y laberíntica un claro en donde brillen ‘hombres y mujeres’ sin falsa virtud y que asuman su deseo más allá de las convenciones.

Recordando a Kundera (1984) y su máxima “el amor es el deseo de encontrar a la mitad perdida de nosotros mismos”, la incertidumbre que genera la dualidad del ser y del pensar aniquila la posibilidad de encontrar a alguien valiente que desee arriesgarse. Cuando se habla del continuo de posibilidades sexuales que puede ocupar un individuo y de la intermediación que de estas hacen los dispositivos saber-poder de las instituciones sociales, todos se declaran desarmados ante la coyuntura histórico-política del momento. Olvidan que “el reconocimiento de una auténtica ubicación configura nuestra forma de ver y vivir nuestras vidas, liberando sentimientos y energías cuya existencia apenas sabíamos” (Weeks 1998, 294).

Si la homosexualidad, en tanto identidad sexual, ha superado el carácter de desviación de género producido por los malestares de estos tiempos inciertos, la verdad es que en términos personales y políticos “hoy en día no está claro qué es la homosexualidad: una orientación o una preferencia, un rol social o un estilo de vida, una potencialidad en todos o una experiencia minoritaria. Los debates sobre estos temas ofrecen perspectivas importantes sobre los cambiantes significados de la sexualidad” (Weeks 1998, 310-311). La sexualidad no es solo un conjunto de condiciones anatómicas que caracterizan a cada sexo, sino también un agregado de situaciones psicoafectivas y sociales que le otorgan sentido y referencia al desarrollo identitario de las personas.

De ahí que dentro de las dificultades a que se enfrentan las personas gais y lesbianas interesadas en la construcción de vínculos homosociales están las de la no visibilización y autoaceptación –ya sea por miedo al qué dirán, pérdida de dependencia económica o exclusión de circuitos sociales– de la condición de homosexual en la persona con la cual se pretende obtener el beneficio afectivo (un roce, una mirada, una ilusión postergada). Obstáculos que trasladados al plano institucional (religión y el Estado) dejan ver el particular acuerdo suscrito para reglamentar la experiencia sexual como estrategia de protección a la consigna sagrada de “amaos y multiplicaos”.

“Las identidades homosexuales ilustran la relación entre la restricción y la oportunidad, la necesidad y la libertad, el poder y el placer” (Weeks 1998, 333). En otras palabras, un acorralamiento de la

condición humana por la sequedad que otorgan los imaginarios socioculturales con respecto a quién amar y con quiénes enrolarse.

La construcción y existencia de las identidades sexuales como producto de la historia y como punto de unidad personal define sin pretextos el posicionamiento social y los intereses políticos del individuo. Afirmar como indica Weeks (2000, 214) “soy gay” o “soy lesbiana” es declarar una pertenencia y asumir una postura específica en relación con los códigos sexuales dominantes”. Se trata de elementos actitudinales que se verifican y validan en cada una de las etapas de construcción de la identidad personal, pero cuyo espectro otorga significación personal y referencia social al individuo, situación sobre la cual Weeks (2000, 216) advierte cuando anota que “no es necesario aceptar un destino final, una identidad sociosexual explícita como gay o lesbiana [...] los sentimientos y deseos pueden estar profundamente arraigados y estructurar las posibilidades individuales. Las identidades, en cambio, pueden ser elegidas, aunque la elección nunca sea libre”. Existen desde las esferas de lo social y lo político mecanismos complejos y disfrazados para configurar, restringir o subordinar los sentimientos, emociones, deseos y formas de relacionarse entre sujetos, pertenecientes a una hermandad –colectivo gay y lésbico– en donde no todos son iguales.

4. GERENCIA SOCIAL Y VISIBILIDAD DE LAS IDENTIDADES SEXUALES

Autés (2004, 37) señala que “recrear espacios para la comunicación, hacer cosas colectivas, volver a poner a la gente en escenas públicas” garantizan una verdadera inserción de los sujetos a la sociedad y el éxito de las políticas sociales orientadas a la participación ciudadana en los asuntos públicos.

Sin embargo, al realizar este ejercicio “cobra singular importancia para los entes encargados de implementarlas, el reconocimiento de los significados que estas políticas tienen para los profesionales que las ejecutan, las contradicciones que encuentran entre los discursos y prácticas de las instituciones, las propias y las de los sujetos a quienes se dirigen las mismas, los procesos que impulsan de manera espontánea para una mayor autonomía y ciudadanía de los sujetos con quienes intervienen, y el conocimiento de hasta dón-

de ellos mismos tienen también la posibilidad de ser considerados ciudadanos, sujetos de derechos y deberes en la implementación de las mismas” (Pérez 2010, 26).

Ante las demandas provenientes del entorno y los productos entregados por las organizaciones, la política e intervención social requiere no ser considerada “más como una simple práctica, sino como una gramática propositiva que se gesta en lo público, que coloca cosas nuevas en el mundo, que promueve ciudadanías, que incentiva proyectos, que hace germinar diálogos participativos, que se orienta en pos de un desarrollo más humano, donde a nadie le sea negada la realidad de lo posible” (Matus 2005, 61, citado en Pérez 2010, 27).

No obstante, bajo esta línea de acción el encuentro cara a cara de las identidades homosexuales con las instituciones ha logrado identificar algunos obstáculos socioculturales (prejuicio, estigma, homofobia) que limitan la efectiva contextualización, operatividad e intervención institucional de la sexualidad como un asunto público, es decir, de deliberación crítica, jerarquización y comunicación para la movilización social. Por ejemplo, en el plano educativo, los compromisos y rol del docente no han estado marcados por la renovación actitudinal hacia la búsqueda de acuerdos que favorezcan la convivencia en la diversidad de lo humano.

La concentración de poder político, junto a la inequitativa distribución de la riqueza y la violencia física y simbólica, han restringido el potencial de la gerencia social para diagnosticar, planear, programar, diseñar e incorporar procesos relacionales de entendimiento que aboquen a la toma de decisiones concertadas y consensuadas sobre los derechos de las identidades homosexuales.

En efecto, la visibilización supuso que lo que antes era un ‘abstracto’ temible, contaminador y amenazante (Pecheny 2001) se convirtiera en un ‘real’ no igual a la sociedad mayoritaria, pero tampoco tan diferente como lo construían las fantasías que insuflaba la clandestinidad (Meccia 2011, 135), hoy transformada por un nuevo aire en donde la legitimidad de los proyectos de vida y las elecciones individuales se cobijan bajo el lenguaje irrenunciable de los derechos humanos (dignidad, integridad personal, tolerancia y particularmente

de la libertad de las personas para acceder a las condiciones para desarrollarse humanamente).

Si hace un tiempo era necesario concretar a través de la política de visibilidad una sola colectividad que padecía las mismas desventuras y guardaba las mismas esperanzas, hoy existe un enfoque diferencial en la entrega de productos o respuestas públicas en razón a su condición. Ese empoderamiento de su propia vida y su integración participativa en la sociedad es lo que De Robertis (2003, 71) llama “acceso a la ciudadanía”.

No hablo aquí de una membrecía que como producto del desarrollo jurídico entrega una carta de obligaciones y derechos a sujetos no indeterminados, para distribuir el poder, cumplir funciones y alcanzar su realización, sino que ella expresa la continua y necesaria confrontación para alcanzar el equilibrio entre estos actores (gobernantes y gobernados) e incluir temas antes suscritos a la esfera privada, al ámbito de lo público –relaciones familiares, libertad de expresión y derechos sexuales–.

“En este contexto de rápida evolución, los debates académicos sobre la ciudadanía sexual han abierto un nuevo campo discursivo para la comprensión de cómo las democracias liberales son fundamentalmente heteronormativas. Es decir, democracias estructuradas de acuerdo a reglas y normas que otorgan mayores privilegios a los individuos heterosexuales que a los individuos no normavitos, sean estos gais, lesbianas, bisexuales, transexuales y, en términos generales, las personas transgénero” (Lind & Arguello 2009, 13).

“La ciudadanía sexual se refiere a [...] aquella que enuncia, facilita, defiende y promueve el acceso de ciudadanos al efectivo ejercicio de los derechos sexuales como reproductivos y a una subjetividad política que no ha disminuido por las desigualdades basadas en características asociadas con sexo, género y capacidad reproductiva” (Cabral, Grinspan & Viturro 2006, 262, citado en Lind & Arguello 2009, 13).

Según Ochoa (2004:242), “para elaborar proyectos de sociedad verdaderamente incluyentes hay que imaginar que no todos los ciudadanos van a ser buenos y conformes a las expectativas de participación social. Es vital para cualquier proyecto

de transformación social bregar con la complejidad, y con los sujetos que frustran”. “Las formas de exclusión y marginalidad de ciertos sectores sociales no se extinguen con el paso del tiempo, sino que se resignifican de acuerdo con los contextos culturales en las que dichas formas circulan” (Juliano 2004).

Por eso, la visibilización de los homosexuales ha estado asociada a una participación por el reclamo de derechos especiales ligados al reconocimiento de la igualdad en la diferencia, pero no a una práctica de expansión de la ciudadanía⁹ que supere el plano microsocial y fortalezca a nivel macro la articulación de acciones y actores en pro de la construcción de una verdadera política sexual que permita el acceso y garantía a la libre determinación sexual y el control sobre el propio cuerpo.

Cuando se habla de diversidad sexual y defensa de los derechos sexuales ante situaciones de violencia y discriminación para aquellos que precisan de una orientación sexual diferente a la establecida y culturalmente aceptada (heterosexual), esta no solo debe observarse por su carácter transgresor, sino también por las nuevas situaciones en las que la orientación sexual y la identidad de género actúan como detonantes de conflictos sociales más amplios (homofobia, violencia de género y discriminación).

En torno a la homosexualidad y sus prácticas existe una directriz moral que las tolera, siempre y cuando ellas tengan lugar fuera de la mirada pública. Aquí hay que aclarar: “la tolerancia no equivale pues a la plena aceptación ni al reconocimiento social. Sin embargo, ese mínimo de aceptación convenía, y aún conviene, a muchos homosexuales” (Pecheny 2001, 11). Históricamente, la conducción de la vida sexual y emocional de estos ha transcurrido desde lo privado y no desde el ámbito de lo público; de ese espacio en donde “el reconocimiento social es una condición material y simbólica del ejercicio de los derechos negativos y positivos, cuando éstos existen” (Pecheny 2001, 33).

⁹ De acuerdo con Fleury (2004, 167), “La expansión de la ciudadanía requiere procesos innovadores de gestión pública que permitan o induzcan a la construcción de nuevos sujetos políticos y a su inserción en el ejercicio del poder político y a la apropiación de la riqueza social”.

“En primer lugar, el reconocimiento implica la aceptación fáctica de que algo existe o sucede; en este caso se reconoce la existencia de prácticas, personas, identidades y relaciones homosexuales. En segundo lugar, se reconoce la legitimidad del derecho a ser de estas prácticas, personas, identidades y relaciones. Es decir, es un reconocimiento de hecho y un reconocimiento de derecho” (Pecheny 2001, 33).

Comprender al sujeto y la construcción de sexualidades como un agregado de situaciones que son producto de la intervención cultural-valorativa efectuada por las instituciones políticas y sociales sobre los cuerpos implica no solo atender a la visibilidad de la liberación narrativa de los protagonistas, sino, a su vez, a la forma como la apropiación social del discurso de los derechos humanos ha sido acogida por parte de los gais y las lesbianas; colectivo sociosexual que no duda en afirmar que la libertad natural –y posteriormente autorizada para aquellos individuos que se piensan y sienten como sujetos diversos en razón a su orientación sexual– es relativa.

Las intervenciones públicas y formas de acción con que han contado el Estado, la familia y la Iglesia para comprender el juego político (actores), los intereses (valores) que se movilizan y la configuración defensiva (estructuras y estrategias) de los proscritos por su sexualidad han estado mediadas por la limitación al ejercicio de la libertad de expresión, por quienes en calidad de guardianes autoproclamados de la moral –grupos religiosos, movimientos políticos, tribus urbanas e individuos particulares– buscan mantener el orden social preestablecido e influir así en el reforzamiento de la heteronormatividad como formación cultural dominante. Dejan de lado las aspiraciones de otros congéneres cuya libertad se orienta a intentar vivir una existencia social y erótica no tradicional.

Las políticas sociales como mecanismos de reproducción de la sociedad –y hago aquí paráfrasis de lo afirmado por Fleury (2002, 9)– generan conocimientos que redefinen los marcos de operación de las instituciones y paradigmas bajo los que se identifican las disciplinas, además de reglamentar la forma de actuación de sus profesionales y adjetivar las realidades sociales en que intervienen.

5. ÉTICA, POLÍTICA Y ADMINISTRACIÓN SOCIAL. LA DIVERSIDAD SEXUAL COMO INNOVACIÓN HISTÓRICA

La sexualidad como aspecto fundamental del ser humano, y frente al cual tienen derecho las personas a ser orientadas y educadas tomando como base su historia biográfica y lo que cada uno desea de la vida (autodeterminación), requiere no solo atender sus características personales, culturales, religiosas y de posicionamiento económico-social, sino, por el contrario, identificar y describir el trasfondo moral de las relaciones en las cuales participa¹⁰.

Cuando una persona decide intimar con otra del mismo sexo, son esos sentimientos morales de la relación en la cual se embarca los que activan el razonamiento necesario para limitar la ligereza de la acción ante las circunstancias ofrecidas, y garantizar las responsabilidades por los actos que van a ejecutar. “Esto es lo que configura una ética mínima que se fundamenta en la autonomía personal, abierta a la responsabilidad y a la libertad responsable, porque solamente mediante el cultivo del sentido de la responsabilidad se puede exigir justicia y proporcionar solidaridad” (Conill 1998, 81).

Si el sexo es necesario en la vida y se constata por la confrontación de los cuerpos en la intimidad y por la publicidad que adquieren las identidades bajo el dominio del mercado, al parecer se obvia algo importante, que “el deseo sexual es un vínculo frágil a la hora de establecer identificaciones políticas, sobre todo teniendo en cuenta que se opone intrínsecamente al *statu quo* y lo desafía” (Weeks 1998^a, 307).

Se menciona esto porque la noción de desarrollo como un reto de las sociedades modernas, salpicadas quizás por cierto humanismo visible, a través de la apelación a principios de equidad, democracia y sustentabilidad ambiental, como elementos facilitadores de la vida en sociedad, y del crecimiento de las naciones, no ha logrado impactar verdaderamente en la formulación de políticas públicas nacionales para atender la

¹⁰ Para Thiebaut (2000) en sentido amplio son sociedades complejas aquellas que han diversificado y pluralizado las formas de acción social y las estructuras de la racionalidad, así como aquellas en donde en algunas de sus esferas (ciencia, estética, política) aparece una diversidad de perspectivas, de interpretaciones o de valores. Cf. pág. 349.

diversidad; por el contrario, ha ampliado la brecha social al segmentar el país en regiones y realizar un inventario de sus recursos desde una perspectiva de competitividad.

Por lo anterior, reflexionar acerca del papel que cumplen los enfoques y modelos de desarrollo en la realización de los proyectos de vida personal y la deconstrucción de formaciones culturales y sociales que garanticen el bienestar económico, físico y psicosocial de las personas debe abocar a considerar que el fin último del desarrollo son los sujetos en sí mismos y no las cosas, afirmación esta ya planteada por otros autores de gran calado en el sentido de que la calidad de vida depende del desarrollo de capacidades (autonomías) en la determinación o escogencia de un estilo de vida cuya fortaleza radica en que dichas capacidades no vulneren a otros. Los derechos aparecen como potencialidades externas al sujeto y provistas por las instituciones para su desarrollo.

Bajo esta línea de reflexión, adoptar el enfoque de Desarrollo a Escala Humana¹¹ implica un cambio en la racionalidad de la eficiencia a la sinergia (formas de ser, tener, hacer y estar) en el mundo para satisfacer así las necesidades, sin descuidar el conjunto de

¹¹ El Desarrollo a Escala Humana es un modelo originado en la sociología del desarrollo y la economía descalza, ambas promovidas por el profesor Manfred Max Neef. Su tesis fundamental se basa en un cambio radical del concepto de la participación de las personas en el proceso productivo de las empresas, que tradicionalmente ha tenido denominaciones como “recursos humanos”, “talento humano” o bien, “capital humano”. Bajo este concepto las personas son medios o factores de producción. No obstante, bajo el modelo de Desarrollo o Administración a Escala Humana el hombre no se constituye como un ‘medio’, sino como ‘fin’, y esto cambia fundamentalmente el paradigma tradicional. Igualmente, el desarrollo a escala humana implica el reenfoco de cuatro paradigmas tradicionales: el concepto de riqueza (‘ser’ en vez de ‘tener’), el concepto de progreso de los seres humanos (‘solidaridad y colaboración’ en vez de ‘competencia ambiciosa’), la forma como vemos el mundo (‘holismo’ en vez de ‘mecanicismo’) y finalmente la manera como se hace ciencia y se llega a verdades fundamentales (‘pensamiento sistémico’ en vez de ‘pensamiento lineal’). Aquí la gerencia social no solo se identifica de manera plena con el modelo a escala humana, sino que lo incorpora dentro de su filosofía y lo retoma en el momento de actuar.

interacciones necesarias con el nivel político¹² y ambiental como facilitadores en la superación de tales limitaciones. Sin duda alguna, la igualdad de acceso, de trato (condiciones) y resultados (consecuencias/responsabilidades aceptadas) para todos los seres humanos se ubica más allá de la visibilidad de la preferencia sexual en tanto producto de las interacciones sociales y estrategias de mercado.

Por consiguiente, coadyuvar al desarrollo de potencialidades, toma de decisiones y ejercicio de derechos, a través de estrategias publicitarias (simbólico) y acciones jurídico-administrativas con alto impacto político, debe llevar a considerar casos como el de Bogotá con la adopción del Acuerdo 371 de 2009, en donde “se establecen lineamientos de política pública para la garantía plena de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgeneristas –LGBT– y sobre identidades de género y orientaciones sexuales en el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones”; o el de Medellín (Antioquia), adoptado mediante Acuerdo 329 de 2011, la política pública para el reconocimiento de la diversidad sexual e identidades de género y para la protección, restablecimiento, atención y la garantía de derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgeneristas e intersexuales (LGBTI) del municipio de Medellín.

Si bien es cierto que Bogotá y Medellín llevan la delantera en este proceso de integración del ciudadano como sujeto sexual y diverso a una ciudad donde los derechos tienen realidad cierta y legítima, también los ejemplos de Cali (Valle del Cauca) y Pasto, en el departamento de Nariño, en el sur del país, constituyen experiencias válidas para aprender. Cali durante el año de 2006 logró establecer un acuerdo social de voluntades entre la Gobernación del Valle del Cauca y el conjunto de líderes y lideresas del sector LGBT, mientras que en Pasto durante el período de 2008-2011 se avanzó desde el plan de desarrollo “Queremos más, podemos más” con el fortalecimiento del enfoque de género y derechos

humanos, este sigue priorizando al sujeto femenino y naturalizado como mujer. Esto indica que pese a los avances logrados en torno al reconocimiento de la homosexualidad como opción sexual diversidad, legítima y de especial protección constitucional, aún se halla lejos de ser aprobado por el sistema normativo e incluido en el total de las agendas gubernamentales.

Aunque existen, contenidos constitucionales de protección a la honra, reconocimiento de derechos inalienables y promoción de la igualdad, materializados en algunos fallos de acción de tutela entregados por la Corte Constitucional, estos parecen chocar con la realidad operativa de las instituciones; por ejemplo, en el caso de la conformación de familia por parejas del mismo sexo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar parte de una noción de familia heterosexual, monogámica y nuclear que proteja al menor en situación de adopción. Esto, sin dejar de mencionar la incapacidad manifiesta del Estado nacional y de los gobiernos locales para hacer frente a la estrategia de control de la sexualidad que ejecutan grupos armados ilegales en sectores populares y zonas de conflicto, bajo campañas de limpieza social, además de aquellas acciones en donde participan agentes del Estado –Ejército, Policía, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, docentes y otros funcionarios públicos–.

Si bien para muchos homosexuales su orientación sexual sigue siendo un factor de vergüenza (sentimiento de pérdida de la autoestima ante los otros) y represión (energía que debe controlarse), esto se debe a que la edad mental y memoria histórica con que cuenta la sociedad colombiana y sus instituciones no resultan suficientes para entender que las prácticas y opciones de futuro que precisan los individuos que se entregan en un contexto de interacción amorosa o sexual con personas de su mismo sexo demandan del diseño e implementación de acciones políticas en pro de la garantía de una menor vulnerabilidad a la integridad de los cuerpos y capacidad de decidir.

“Lo que públicamente se supone es nuestro código moral, nuestra organización social, costumbres matrimoniales, leyes sexuales y sistemas educativos y religiosos, se basan en la suposición de que los individuos se parecen mucho en lo sexual y que es igualmente fácil para todos limitar su comportamiento al esquema único que dicta la costumbre” (Kinsey *et al.* 1953, 197, citado en Weeks 1998, 79).

¹² Para Touraine (2000, 56) “[...] la función de la política, lo que la vuelve verdaderamente democrática, es hacer posible el diálogo entre culturas”. “Ya no se trata, entonces de reconocer el valor universal de una cultura o de una civilización sino, por el contrario, de reconocer a cada individuo el derecho de conjugar, de articular, en la propia existencia de vida personal y colectiva, la participación en el mundo de los mercados y de las técnicas con una identidad particular”.

Por ello, desde la tradición sexual se acepta y califica al sexo como ‘bueno’ si se orienta a la procreación; su variación sería considerada como perversión y por ende peligroso, susceptible de ser vigilada. “Por más neutral y objetivo que parezca hablar sobre la diversidad sexual, también se está hablando sobre el poder. Cada cultura tiene que establecer –mediante procesos políticos tanto formales como informales– la gama y el alcance de las diversidades que serán ilegales o prohibidas. Ninguna cultura podría funcionar con una libertad sexual total, pero el esquema de estas restricciones es extremadamente variable en distintos tiempos y espacios” (Plummer 1984, 219, citado en Weeks 1998, 88).

La elección sexual no solo tiene que ver con el reconocimiento diferencial de las necesidades y metas individuales, sino a su vez con una contextualización social en donde el individuo reconocido como sujeto-ciudadano sexual se expone a límites o posibilidades (derechos y deberes) de autorrealización en razón a su particular orientación sexual.

Amanecerá y veremos si lo expuesto ayuda a reducir la desvalorización social que están padeciendo las identidades homosexuales en razón a sus prácticas y roles sexuales, como también a la tensión que produce el querer particular frente a los valores universales, a los que se acude para justificar nuestros actos aunque estos no sean siempre bien intencionados. De acuerdo con Touraine, (2000, 61) “[...] en este mundo, el individuo busca ser el Sujeto de su propia existencia, hacer de su propia vida una historia singular”.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio, J. 2009. Ciudadanías y homosexualidades en Colombia. *Revista Iconos*. 35 43-54. <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/598/59807110.pdf>. [Accesado el 6 de junio de 2011].
- Autès, M. 2004. “Tres formas de desligadura”. *La exclusión: bordeando sus fronteras*, Coord. Karsz, S, 15-53. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Brachet, V. 2006. “Reseña de la gerencia social ante los nuevos retos del desarrollo social en América Latina de Fabián Repetto”. *Estudios Sociológicos* 24, n.º. 2. <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/598/59807110.pdf>. [Accesado el 12 de julio de 2011].
- Brown, J. 2009. Los derechos (no) reproductivos y sexuales en los bordes entre lo público y lo privado. Algunos nudos del debate en torno a la democratización de la sexualidad. *Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad* n.º. 82, <http://www.sexualidadsaludysociedad.org>. [Accesado el 10 de diciembre de 2011].
- Cabral, M.; Grinspan A y P. Vitorro 2006. “(Trans) Sexual citizenship in contemporary Argentina”. *Transgender Rights*. Currah, P. Juannng, R y S. Price Minter, eds. Minneapolis, University of Minnesota Press.
- Conill, J. 1998. “Ética de la sociedad civil”. *Democracia participativa y sociedad civil: una ética empresarial*. Cortina, A. y Conill, J., eds. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Cossio, P. 2008. La gerencia social ante el escenario de desarrollo en América Latina. *Revista Facultad de Trabajo Social* 4. <http://revistas.upb.edu.co/index.php/trabajosocial/article/view/248/210> [Accesado el 20 de noviembre de 2011].
- De Robertis, C. 2003. *Fundamentos del trabajo social. Ética y metodología*. Sevilla: Universitat de Valencia.
- Dorais, M. 1999. *Eloge de la diversité sexuelle*. Montreal: Vib Editeur.
- Duque, C. 2008. Aproximación teórica al debate por el reconocimiento político, jurídico y social del sector LGBTIQ. *Revista en Ciencias Sociales* 2. http://www.bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/item/22d. [Accesado el 8 de septiembre de 2011].
- Escobar, J. 2007. Diversidad sexual y exclusión. *Revista Colombiana de Bioética* 2:77-94.
- Fajardo, L. 2006. *Voces excluidas. Legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Fleury, S. 2004. “La expansión de la ciudadanía”. *Inclusión social y nuevas ciudadanías. Condiciones para la convivencia y seguridad democráticas*. Ed. Gutiérrez, M. 167-193. Bogotá: Departamento Administrativo de Bienestar Social. Pontificia Universidad Javeriana.
- Fleury, S. 2002. “Políticas sociales y ciudadanía”. *Diseño y gerencia de políticas y programas sociales*, 1-27. Washington Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano para el Desarrollo Social.
- Foucault, M. 1976-2006. *Historia de la sexualidad*. vol. I: La voluntad de saber. Madrid: Siglo XXI.

- Juliano, D. 2004. *Excluidas y marginadas. Una introducción antropológica*. Madrid: Feminismos de Cátedra.
- Licha, I. 2000. "El Enfoque de gerencia social". *Diseño y gerencia de políticas y programas sociales*, 1-15. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano para el Desarrollo Social.
- Lind, A. y Argüello, S. 2009. Ciudadanías y sexualidades en América Latina. *Revista Iconos* n°. 35. <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/509/50911906001.pdf> [Accesado el 15 de agosto de 2011].
- Kinsey, A. Pomery, W. y C. Martín. 1953. *Sexual Behavior in the Human Male*. Filadelfia: Saunders W. B.
- Kundera, M. 1984. *La insoportable levedad del ser*. Barcelona: Tusquets.
- Maffesoli, M. 2005. *La transfiguración de lo político. La tribalización del mundo contemporáneo*. México: Editorial Herder.
- Martínez, R. 2007. "Desafíos estratégicos en la implementación de programas sociales". *Entre el diseño y la evaluación: el papel crucial de la implementación de programas sociales*. Ed. Cortázar, J. 63-116. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Matus, T. 2005. "Hacia una intervención polifónica". *Apuntes sobre intervención social*. Santiago de Chile. (Paper).
- Meccia, E. 2011. "La sociedad de los espejos rotos. Apuntes para una sociología de la gaycidad". *Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad* 8. <http://www.sexualidadsaludysociedad.org>. [Accesado el 20 de enero de 2012].
- Merton, R. 1964. "Continuidades en la teoría de los grupos de referencia y la estructura social". *Teoría y estructura sociales*. Merton, R.; y Torner, F. México: Fondo de Cultura Económica.
- Minujin, A. 1998. "Vulnerabilidad y exclusión en América Latina". En *Todos entran*. Bustelo, E y Minujin, A., eds. Bogotá: Santillana.
- Mokate, K. y Saavedra, J. J. 2006. "Gerencia Social: Un Enfoque Integral para la Gestión de Políticas y Programas". *Documentos de Trabajo* 1-33. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano para el Desarrollo Social.
- Ochoa, M. 2004. "Ciudadanía perversa: divas, marginación y participación en la localización". *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*. Coord. Matto, D. Venezuela: Universidad Central de Venezuela, pp. 239-ss.
- Pecheny, M. 2001. "De la no-discriminación al reconocimiento social. Un análisis de la evolución de las demandas políticas de las minorías sexuales en América Latina". Ponencia presentada al XXIII Congreso de la Latin American Association. Washington, USA. <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/PechenyMario.pdf>. [Accesado el 23 de mayo de 2011].
- Pecheny, M. y De la Dehesa, R. 2009. Sexualidades y políticas en América Latina: Un esbozo para la discusión. <http://www.sxpolitics.org/pt/wp-content/uploads/2009/10/sexualidades-y-politicas-en-america-latina-rafael-de-la-dehesa-y-mario-pecheny.pdf>. Pp. 1-42. [Accesado el 23 de mayo de 2011].
- Pérez, L. 2010. Las políticas e intervenciones sociales. Algunas consideraciones éticas. *Revista Palabra*, 11:24-38.
- Pérez, T. Martínez M. y Rodríguez, A. 2006. *Gerencia social integral e incluyente*. Bogotá: Universidad de la Salle.
- Plummer, K. 1984. "Sexual diversity: a sociological perspective". *Sexual diversity*. Comp. Howells, K. 219-253: Oxford: Blackwell.
- Romero, M. y Díaz I. 2007. "La gerencia social en la implementación de programas sociales. Niños y adolescentes en circunstancias especialmente difíciles de y en la calle". *Revista Espacio Abierto* n°. 002, Venezuela. <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/122/12216209.pdf> [Accesado el 25 de diciembre de 2011].
- Serrano, J. Pinilla M. Martínez, M. y Ruiz, F. 2010. *Panorama sobre derechos sexuales y reproductivos y políticas públicas en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Serrano, M. 1997. *El albergue de las mujeres tristes*. Santiago de Chile: Alfaguara.
- Sulbrandt, J. 2002. "Introducción a la gerencia social". *Diseño y gerencia de políticas y programas sociales*, 1-20. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano para el Desarrollo Social.
- Thiebaut, C. 2000. "La moral ciudadana" *Ciudadanía y democracia*. Pérez, M., comp. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, pp. 45-364.
- Touraine, A. 2000. *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Weeks, J. 1998. *Sexualidad*. 1ª Edición. Traducción Mónica Mansur. México: Paidós-UNAM, Programa Universitario de Estudios de Género.
- Weeks, J. 1998a. *El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades modernas*. Alberto Magnet. Trad. Madrid: Talasa Ediciones.
- Weeks, J. 2000. "La construcción de las identidades genéricas y sexuales. La naturaleza problemática de las identidades". *Sexualidades en México. Algunas aproximaciones desde la perspectiva de las ciencias sociales*. Szass, I y Lernes, S. comps. México: Colegio de México.

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

Estilo Chicago autor-fecha:

Segura Gutiérrez, José Miguel. 2012. Homosexualidad y gerencia social. El encuentro del ciudadano con las instituciones. *Nova et Vetera* 21(65): 95-108.

Estilo APA:

Segura Gutiérrez, J. M. (2012). Homosexualidad y gerencia social. El encuentro del ciudadano con las instituciones. *Nova et Vetera*, 21 (65), 95-108.

Estilo MLA:

Segura Gutiérrez, José Miguel. "Homosexualidad y gerencia social. El encuentro del ciudadano con las instituciones." *Nova et Vetera* 21.65 (2012): 95-108.

Derechos humanos en las organizaciones de Armenia: una evaluación de eventos de vulneración en los empleados¹

José G. Carvajal Orozco*

Julián A. Valencia García**

* M.Sc. en Ciencias de la Organización de la Universidad del Valle (2006). Profesor Asociado de la Universidad Nacional de Colombia sede Manizales, coordinador del Grupo de Investigación en Filosofía y Teoría en Administración. El grupo integra el Proyecto de Red en Filosofía, Teoría y Educación en Administración.
Correo-e: jgcarvajalo@unal.edu.co

** Administrador de Empresas Universidad Nacional sede Manizales (2009). Investigador del Grupo de Filosofía y Teoría en Administración de la Universidad Nacional de Colombia sede Manizales. Candidato a maestría en Ciencias Sociales de la Universidad de Caldas.
Correo-e: jvalenciag@unal.edu.co

CORREO IMPRESO: Carrera 27 No. 64-60. Manizales, Caldas, (Colombia).

Carvajal Orozco, José G. y Valencia García, Julián A. 2012. Derechos humanos en las organizaciones de Armenia: una evaluación de eventos de vulneración en los empleados. *Nova et Vetera*, 21 (65): 109-126.

Recibido: marzo de 2012 / Aprobado: octubre de 2012

¹ Artículo resultado de la investigación "Relaciones de trabajo y convivencia en las organizaciones de Armenia, un acercamiento desde los derechos humanos", realizada en el periodo 2009-2010, financiada por la Universidad Nacional de Colombia y llevada a cabo por el Grupo de Investigación en Filosofía y Teoría en Administración de la sede Manizales.

RESUMEN

Derechos humanos en las organizaciones de Armenia: una evaluación de eventos de vulneración en los empleados

El artículo expone el resultado de indagar sobre la experiencia y la percepción de los empleados de las organizaciones de la ciudad de Armenia (Quindío), respecto a la presencia de situaciones constitutivas de vulneración a los Derechos Humanos, que competen a la dinámica de los sitios de trabajo. En primer lugar, se exponen los antecedentes de la discusión sobre organizaciones y Derechos Humanos. En segundo lugar, se documentan los derechos seleccionados para el análisis y se describen los eventos que pueden constituir vulneración a ellos. En tercer lugar, se describen los aspectos metodológicos, que muestran la naturaleza empírica, exploratoria, descriptiva del estudio y como para su realización se aplicó una encuesta a 391 empleados de la ciudad. En cuarto lugar, se presentan los hallazgos a partir de cada derecho seleccionado y cada vulneración identificada. Para terminar, se muestra cómo, en la cotidianidad de las organizaciones de Armenia se presentan situaciones que vulneran algunos Derechos Humanos de los empleados, y como estas vulneraciones, están presentes en organizaciones privadas y públicas, así como en industriales, comerciales y de servicios. También, se concretan los rasgos de los segmentos de empleados más vulnerados y se argumenta respecto a las implicaciones de esta realidad sobre la calidad de vida, la motivación y la productividad en las organizaciones. Al final, se proponen algunas problemáticas y líneas de investigación para avanzar en el desarrollo del tema.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, organizaciones, ética empresarial, vulneración, responsabilidad social empresarial.

ABSTRACT

Human rights in organizations in armenia: an evaluation of events of transgression of employees' rights

The article presents the result of inquiring into the experience and the perception of the employees of the organizations of the city of Armenia (Quindío), with respect to the presence of conditions that constitute transgression of human rights, related to the dynamics of the workplace. Firstly, it presents the background of the discussion on organizations and human rights. Secondly, it documents the rights selected for analysis and describes the events that can constitute their transgression. Thirdly, it describes the methodological aspects, which show the empirical, exploratory, descriptive nature of the study and how a survey was done of 391 city employees in order to carry it out. Fourthly, it presents the findings based on each right selected and each transgression identified. To finalize, it shows how there are situations that transgress the human rights of employees in the everyday life of organizations in Armenia, and how these transgressions are found in private and public organizations in the industrial, commercial and services sectors. Furthermore, it identifies the features of the most harmfully affected sectors of employees and argues, regarding the implications of this reality in the quality of life, motivation and productivity in the organizations. At the end, it proposes some issues and lines of research for future work in order to advance in exploring the topic.

KEY WORDS: human rights, organizations, entrepreneurial ethics, transgression, entrepreneurial social responsibility.

RESUMO

Direitos humanos nas organizações de Armenia: uma avaliação de eventos de violação nos empregados

O artigo expõe o resultado do questionamento sobre a experiência e a percepção dos empregados das organizações da cidade de Armenia (Quindío), a respeito da presença de situações constitutivas de violação dos Direitos Humanos que competem à dinâmica dos locais de trabalho. Em primeiro lugar, expõem-se os antecedentes da discussão sobre organizações e Direitos Humanos. Em segundo lugar, documentam-se os direitos selecionados para a análise e se descrevem os eventos que podem constituir transgressão. Em terceiro lugar, descrevem-se os aspectos metodológicos que mostram a natureza empírica, exploratória, descritiva do estudo e como, para sua realização, aplicou-se uma pesquisa com 391 empregados da cidade. Em quarto lugar, apresentam-se os descobrimentos a partir de cada direito selecionado e cada violação identificada. Para terminar, mostra-se como, na cotidianidade das organizações de Armenia, apresentam-se situações que violam alguns direitos humanos dos empregados e como essas violações estão presentes em organizações privadas e públicas, assim como industriais, comerciais e de serviços. Também se concretam os aspectos dos segmentos de empregados que sofreram transgressão de seus direitos e se argumenta a respeito das implicações dessa realidade sobre a qualidade de vida, a motivação e a produtividade nas organizações. Ao final, propõem-se algumas problemáticas e linhas de pesquisa para avançar no desenvolvimento do tema.

PALAVRAS CHAVE: direitos humanos, organizações, ética empresarial, violação, responsabilidade social empresarial.

INTRODUCCIÓN

Sesenta y cuatro años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la problemática respecto a su falta de aplicación está presente en todo el mundo, y en ella están involucrados tanto actores públicos como privados (Mena *et al.* 2010).

En sus orígenes, los derechos humanos (DD. HH.) se dirigieron principalmente a contrarrestar el abuso de los Estados (Cassel 2001), y desde su proclamación, la promoción y protección ha sido un deber de ellos (Ruggie 2007); pero hoy el debate no solo se centra en el papel de los Estados, también se ocupa de las organizaciones y de todos los actores sociales (Mena *et al.* 2010). Esta nueva perspectiva surge ante el reconocimiento de que los Estados no son suficientes para garantizar su respeto (Habermas 2001). En esto, un número considerable de gobiernos carecen de la capacidad o la voluntad para proteger a sus habitantes, en especial de las malas actividades empresariales, para garantizar que los DD. HH. sean respetados adecuadamente, sobre todo si se considera que algunas cuestiones que se producen van más allá de su territorio nacional (Ruggie 2007).

Los DD. HH. como un asunto de las organizaciones han recibido poca atención en la literatura. La mayoría de los trabajos los analizan desde una perspectiva legal, sin verlos como un tema interno que compete a la dirección del trabajo. En ellos se concluye que estos derechos representan un marco normativo básico para cualquier organización, en cualquier contexto cultural (Carasco and Singh 2008). Como un área de gestión empresarial, sin embargo, no ha recibido mucha atención de parte de académicos, empresarios y dirigentes (De la Cuesta-González, Valor, and Holgado-Tello 2011).

El propósito de este artículo es exponer ante la comunidad académica y empresarial los principales hallazgos al explorar la experiencia y la percepción de los empleados de las organizaciones de Armenia frente a la ocurrencia de situaciones de vulneración de algunos DD. HH. en la dinámica de los sitios de trabajo en el periodo comprendido entre noviembre de 2008 y noviembre de 2009.

Analizar los eventos que puedan constituir vulneración de los DD. HH. de los empleados representa una perspectiva novedosa para el estudio de los problemas

humanos en el trabajo, dado que la literatura, además de centrarse en la dimensión legal, se enfoca casi exclusivamente en el análisis de los efectos que tiene la actividad productiva de las organizaciones (especialmente las multinacionales) hacia clientes, proveedores, empleados y comunidad en general, desplazando asuntos internos de la organización, como la interacción social entre dirección y empleados. Desde esta mirada interna, poco se sabe de los eventos que constituyen vulneración a los DD. HH. y mucho menos de cuál puede ser su presencia en una determinada región o comunidad empresarial. Este artículo pretende avanzar en estas dos direcciones.

1. DERECHOS HUMANOS Y ORGANIZACIONES

Los DD. HH. son “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (Pérez 1984, 46). También son un conjunto de instrumentos, normas, reglas y mecanismos que regulan las relaciones mutuas entre los individuos, los grupos, las comunidades, los pueblos, el Estado y las naciones (Valencia and Salazar 1998). Los DD. HH. son un ideal político y social que representa un anhelo basado en la autonomía, la felicidad y el bien común (Valencia and Salazar 1998) y un producto de una ideología que atraviesa una parte importante de la historia de la civilización (Gallardo 2006).

En su tratamiento, los conceptos de dignidad, igualdad y libertad resultan lugares comunes. Su continuidad y realización se apoya en un intrincado sistema de instituciones humanas. Los DD. HH. se fundamentan en la naturaleza y dignidad de la persona humana, que a partir del otorgamiento de esos derechos encuentra la posibilidad para satisfacer sus necesidades materiales, intelectuales y morales (Monroy 1980).

Desde la jurisprudencia internacional y la doctrina, se identifican diferentes posiciones respecto a sus características. Entre los rasgos más documentados se encuentran: universalidad, interdependencia, interrelación, exigibilidad, el ser inalienables e indivisibles (Galvis 2008, Prandi and Lozano 2006).

Como un efecto de la dinámica de los mercados a nivel nacional y mundial, más empresas se ven in-

volucradas en violaciones directas e indirectas a los DD. HH. Sin embargo, debido a las presiones de la sociedad civil, algunas de ellas participan en procesos de autorregulación para definir estándares y gestionar las cuestiones éticas en sus operaciones y sus cadenas de suministro (Ruggie 2007). Hoy se reconoce entre los diferentes actores sociales la necesidad cada vez mayor de hacer frente a los problemas que surgen frente a los DD. HH., y existe una tendencia que aboga por un papel más activo de las empresas en esta materia. En lugar de no hacer daño, se afirma que las empresas tienen una mayor responsabilidad en la protección de los DD. HH. (Mena *et al.* 2010).

Los DD. HH. forman parte del contexto moral externo e interno de las organizaciones, y su discusión se da especialmente desde el contexto de la ética empresarial. Se considera que los DD. HH., tal y como quedan recogidos en la DUDH, representan un marco básico para cualquier organización, en cualquier contexto cultural (Carasco and Singh 2008).

Los DD. HH. surgen como mecanismo de defensa contra los abusos del Estado (Cassel 2001), e históricamente su protección ha sido un deber de este, lo que se ha traducido en muchos convenidos nacionales e internacionales, directrices y mejoras de prácticas; la DUDH es el ejemplo más obvio (Ruggie 2007). Ahora, las organizaciones cada vez más se ocupan de problemas que tienen que ver con los DD. HH. y del contenido y alcance de las vulneraciones (Mena *et al.* 2010). Este cambio de lógica fundamenta el desarrollo de nuevas perspectivas, ya que los mecanismos tradicionales que se centran en los Estados no son suficientes para garantizar el respeto por los DD. HH. (Habermas 2001).

Son conocidas diferentes iniciativas que tratan de vincular los DD. HH. al ámbito de la empresa, como el *Global Compact* de Naciones Unidas, el *Libro verde* de la Unión Europea, las directrices de la OCDE para empresas multinacionales, el *Human Rights Compliance Assessment* (Danish Institute for Human Rights), la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social (OIT), las directrices del *Global Reporting Initiative*, *Ethical Trading Initiative* y la matriz de *CSR Europe*².

2 En Colombia se conocen algunas iniciativas impulsadas por las agencias extranjeras, como las Naciones Unidas, la OIT y las agencias de cooperación internacional GTZ y USAID.

Los problemas que se abordan se centran en la acción y el contexto legal de la responsabilidad de las organizaciones, especialmente las transnacionales (Cassel 1995, Tangarife-Pedraza 2008, Mujica 2010, Paust 2001, Agnes 2008, Gómez 2000, Hernández 2009, Werner and Weiss 2003). Se encuentran iniciativas de regulación voluntaria de las empresas a través de códigos éticos e instrumentos de autoevaluación (Carasco and Singh 2008, Prandi and Lozano 2006, Danish Institute for Human Rights 2006), y también se han estudiado los efectos del conflicto en zonas de violencia sobre las actividades productivas. Pero poco se ha hecho desde la perspectiva de los DD. HH. en las relaciones de trabajo y convivencia en las organizaciones; aquí los temas de más desarrollo son la violencia física y psicológica en el trabajo (Leyman 1996, Einarsen and Hauge 2006, Peralta 2004, Ovejero 2006); el acoso sexual (Caballero 2006); las restricciones a la actividad sindical, trabajo infantil, discriminación en el trabajo y violencia en el trabajo (Prandi 2003, Prandi 2007, Tangarife-Pedraza 2008, Grueso 2009).

La vulneración de los DD. HH. en las organizaciones encuentra su principal escenario de discusión desde la perspectiva de la responsabilidad social empresarial (RSE). Desde allí, en la década del sesenta ocurrieron cambios sociales fuertemente ligados a los DD. HH. que afectaron a las organizaciones y su administración, demandando una revisión del contrato sociedad-empresa (Buchholz and Rosenthal 2001).

En los setenta se propuso lo que debería ser la acción de las empresas con respecto a la cultura, las artes, las acciones del gobierno, la educación, la ocupación, los derechos civiles y la igualdad de oportunidades, el desarrollo urbano, la contaminación, el conservacionismo y la ecología (Epstein 1987), aspectos fuertemente ligados a los DD. HH. Con esto se reconoce que las responsabilidades de las organizaciones no acaban en lo económico y lo legal y tocan con la solución de los problemas sociales de las comunidades en las que actúan (Lozano 1999).

Desde la RSE, el enfoque de los *stakeholders* constituye una importante perspectiva para la reflexión sobre DD. HH. y organizaciones. Para Carroll (1989) en la discusión sobre la responsabilidad de las organizaciones, es importante considerar los derechos legales y morales de los actores con los cuales la organización se relaciona. Sin embargo, para Dunfee y Donaldson

(2001) resulta difícil resolver cómo ponderar adecuadamente los intereses de los participantes.

Una problemática que conecta con los DD. HH. es la de bienestar laboral. Este se asocia entre otros factores a la dignidad, el respeto y el reconocimiento de las contribuciones (Calderón, Murillo, and Torres 2003). Ya desde la Escuela de las Relaciones Humanas se trasciende la moralidad y se llega al reconocimiento de vacaciones, permisos por enfermedad, servicios de salud, pensiones. Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial se trabaja en el diseño y estrategias para el incremento de la lealtad, la motivación y los sistemas de compensación, decisiones participativas y enriquecimiento del trabajo (Berley and Kunda 1992). Y en la década de los setenta se liga más con la calidad de vida laboral. Se pasa de un enfoque asistencialista a una propuesta que apunta al desarrollo humano en la organización. En la actualidad muchos de los programas de bienestar laboral se convierten en medios de obtener legitimidad social tanto de los empleados como de otros grupos de interés (Calderón, Murillo, and Torres 2003).

2. LOS DERECHOS HUMANOS ESTUDIADOS

2.1 Derecho a la salud (asociado al derecho a la vida)

El derecho a la vida es el primero de los derechos de la persona (Naranjo 1997), y está consagrado en la Constitución Política colombiana. Conexo con él se encuentra el derecho a la salud, concebida esta como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente de afecciones o enfermedades” (OMS 1948).

Entre otros, constituyen eventos problemáticos con este derecho: instalaciones inseguras, carencia de equipos de seguridad, no afiliación a plan de salud, y el trabajar cuando hay disminución de la capacidad física o mental, el efecto negativo de las presiones del trabajo sobre la salud física y mental. Sobre la ocurrencia de estas situaciones se indagó a los empleados de la ciudad.

2.2 Derecho a la familia

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el

Estado” (artículo 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966). La protección integral de la familia la garantizan el Estado y la sociedad. “La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables” (artículo 42, Constitución Política de Colombia).

Las empresas vulneran este derecho cuando hay prohibiciones a la conformación de parejas entre sus empleados; cuando extienden los horarios, reduciendo la posibilidad de compartir con esposas e hijos; negando permisos o impidiendo asistirlos en casos de enfermedad o en asuntos escolares donde se exige su presencia. También se vulnera este derecho cuando antes de contratar se obliga a las empleadas a realizarse pruebas de embarazo o se las obliga a firmar compromisos para no quedar embarazadas mientras formen parte de la organización.

La indagación se centró en la prohibición de relaciones sentimentales entre compañeros de trabajo, en la inflexibilidad de horarios para atender asuntos familiares de fuerza mayor y en el disfrute de licencia de maternidad.

2.3 Derecho a la libertad de asociación

La DUDH (1948) consagra que “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas” (numerales 20.1 y 20.2). En las organizaciones se viola este derecho al impedir la conformación y la vinculación de los empleados a organizaciones o al tomar decisiones que las debilitan. Desde la OIT se ha denunciado la existencia de políticas antisindicales con la complacencia de los gobiernos (Torres 2007).

Las limitaciones al derecho a la asociación se presentan especialmente contra los sindicatos, pero también contra organizaciones como cooperativas, fondos, clubes y equipos deportivos.

2.4 Derecho a la igualdad de las personas y la prohibición de discriminación

“Todas las personas son iguales ante la ley, y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley” (artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Desde la perspectiva de las or-

ganizaciones, estas “deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación” (Principio 6, Pacto Mundial 1999).

Se presenta la discriminación en el trabajo cuando hay trato diferenciado, como preferencia por algunos empleados, vinculándolos o ascendiéndolos sin considerar su competencia, negando oportunidad a quienes sí la tienen, o asignando privilegios sin justificación.

El estudio indagó sobre la discriminación por diferentes criterios, entre otros sexo, estrato socioeconómico, forma de vestir, apariencia física, partido político, credo religioso y color de piel.

2.5 Derecho a la integridad y trato humano

La DUDH (1948) contempla que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 5º). Para que un comportamiento lleve a tal calificación se deben considerar las características y condiciones de las personas y el impacto que tengan en ellas (Cepeda 1992).

En las organizaciones se puede vulnerar el derecho a la integridad personal cuando en su interior uno o más empleados son sometidos a comportamientos crueles, degradantes o inhumanos producidos en el contexto de la violencia en el trabajo³. Otras formas de vulneración tienen que ver con proporcionar maltrato físico y moral al empleado o con expresiones verbales, injuriosas o ultrajantes, y acciones orientadas a incidir de manera negativa en la motivación y propiciar la renuncia (artículo 2.2, Ley 1010 2006)⁴.

Dentro de las formas de violencia más reconocidas en el trabajo, la ‘psicológica’ es considerada como una de las que más afecta a las personas, a las organizaciones y a la sociedad, pues a diferencia de los otros ti-

pos de violencia, como la ‘física’ y ‘sexual’, la violencia psicológica es difícil de detectar y en muchos casos las víctimas no informan sobre los hechos (Gold and Caborn 2003). Este tipo de violencia puede adoptar la forma de insultos, injurias, aislamiento, rechazo, amenazas, indiferencia emocional, menosprecio (Pinheiro 2006), intimidación, atropello, y afectar el desarrollo físico, mental, moral y social del trabajador (OIT *et al.* 2002).

En el contexto de la violencia psicológica en el trabajo, el fenómeno que más atención ha tenido es el *mobbing* o ‘acoso psicológico’, el cual se refiere a “[...] toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo” (Hirigoyen 2001, 19). En Colombia la Ley 1010 de 2006 constituye un marco de conceptos, procedimientos y sanciones respecto de las formas de violencia que atentan contra la dignidad humana en las relaciones laborales, entre ellas el maltrato, la persecución, la discriminación, el entorpecimiento laboral, la inequidad y la desprotección laboral (Muñoz 2007); y señala como bienes jurídicos protegidos las condiciones dignas de trabajo, la libertad, la honra, la salud mental de los empleados y la armonía en las relaciones laborales (artículo 1º).

Para abordar el derecho a la integridad y trato humano se trabajó con las categorías más usadas para describir las situaciones constitutivas de acoso en el trabajo: agresión psicológica, hostigamiento, amenaza, amedrentamiento, persecución, entorpecimiento del trabajo y chantaje (Einarsen and Hauge 2006, Leyman 1996). También se consideró pertinente indagar sobre la ocurrencia de situaciones de conflicto que potencialmente podrían constituir vulneración: abuso de autoridad, indefensión, engaño, apropiación de ideas ajenas. Por último, se vincularon como campo pertinente frente a la integridad personal las situaciones de acoso sexual.

Los eventos de acoso sexual van desde las miradas lascivas, los ‘toques no deseados y las imposiciones sexuales’ hasta el uso de la fuerza física; esta puede manifestarse en ambientes en los que víctima y victimario tienen que estar en contacto. Así, los sitios de trabajo resultan propicios: la obligación laboral hace que exista la necesidad de interacción y permanencia

3 La violencia en el trabajo es entendida como “toda acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma” (OIT 2003).

4 Otra forma de acoso laboral, expuesta en la Ley 1010 de 2006 (artículo 2.4), tiene que ver con el entorpecimiento laboral; este se da cuando un empleado encuentra obstáculos en el cumplimiento de sus obligaciones, o para el acceso a documentos o instrumentos de información para su labor por parte de jefes o sus mismos compañeros.

en un mismo lugar (Caballero 2006). Son diversas las posibilidades y en cualquiera de ellas resulta vulnerado el derecho a la integridad de la persona.

3. METODOLOGÍA Y CARACTERIZACIÓN DE LA MUESTRA

Armenia es la capital del Quindío, ubicada en el Eje Cafetero, uno de los principales núcleos de la economía regional. Esta ciudad tiene una población de 321.378 habitantes; sus principales actividades económicas son el turismo, la industria de muebles, el comercio, el agroturismo y el cultivo de café, cítricos y plátano. El desarrollo industrial no es muy significativo, tiene registrados 721 industrias y 5.524 establecimientos comerciales. La actividad industrial de mayor importancia es la agroindustria de alimentos, mientras que su adecuada estructura vial y de servicios ha facultado el desarrollo del comercio. La participación departamental del producto interno bruto es del 1.35% del total nacional.

El estudio es exploratorio, descriptivo, de carácter empírico, extensivo en población y en número de derechos abordados. Se hicieron encuestas entre la población de Armenia que en el último año y medio hubiera laborado por lo menos tres meses y que habitara los estratos del dos al cuatro. Estas tuvieron lugar entre noviembre y diciembre de 2009 en las casas de los encuestados. Se tomó una muestra aleatoria de 391 empleados de las organizaciones de Armenia, un poco superior a lo mínimo aceptado para muestrear población de tamaño desconocido.

Al buscar el nivel de ocurrencia de eventos de vulneración en la población objetivo, se define un trabajo de orientación cuantitativa. Se optó por la encuesta, debido a que permitía conocer la experiencia y la percepción de un número mayor de empleados, de diferentes estratos, diferentes tipos, tamaños de organización y actividades productivas. Se consideraron variables sociodemográficas, organizacionales y eventos de vulneración de los derechos estudiados.

Una vez hecha la revisión del marco general de los DD. HH., se seleccionaron aquellos en los que, desde su documentación, se identificaba mayor relación con las organizaciones, en el sentido de que desde su dinámica interior se pudieran inferir situaciones de vulneración. Frente a ellas, los encuestados contestaron si les habían ocurrido o no tales eventos en el trabajo.

Se analizaron las siguientes directrices, declaraciones internacionales y principios hacia el respecto de los DD. HH.: La DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, algunos convenios de la OIT y algunos principios del pacto mundial. En el ámbito nacional se revisaron los derechos consagrados en la Constitución Política y específicamente se revisó la Ley de 2006.

Resulta importante advertir que las respuestas no están libres de subjetividad desde lo epistémico. La posibilidad de reducir esta subjetividad respecto al reconocimiento de la ocurrencia de vulneración puede darse en una investigación de otro nivel, menos extensa en población, concretamente desde una perspectiva de carácter cualitativo.

Los datos fueron tratados en un primer momento con análisis univariado y bivariado, y al final se aplicó la metodología multivariada de análisis de *cluster*. Aquí se trabajó con análisis de clasificación jerárquico, se empleó el método de Ward o método de varianza mínima usado en la clasificación sobre factores. Con esta metodología, los grupos que se obtienen se forman por ser internamente homogéneos (todos los miembros del grupo son parecidos) y externamente heterogéneos (los miembros de un grupo son muy diferentes de aquellos de los otros grupos).

3.1 Características generales de la muestra

El cuadro 1 muestra los rasgos que permiten una descripción general de los encuestados.

Cuadro 1. Características de los encuestados

Rango de edades	%	Estado civil	%	Estrato socioeconómico	%	Nivel educativo	%
Menos 18 hasta 25	15.9	Soltero	37.3	2	28.4	Primaria	7.9
26 a 35	29.2	Casado	36.6	3	41.2	Secundaria	28.6
36 a 45	32.2	Separado	8.7	4	30.4	Téc. y tec.	21.2
Más de 45	22.8	Unión libre	15.9			Pre. y posgrado	40.9

Fuente: elaboración propia

Se identifica una distribución casi simétrica de la población estudiada alrededor de la edad de 35 años (el 45.1% está por debajo de esta edad). El 44.8% se encuentra entre 18 y 35 años. El 52.5% de los integrantes de la muestra tiene una pareja permanente. Es muy cercana la tasa de casados (36.6%) a la de solteros (37.3%). El estrato socioeconómico se fijó de manera proporcional considerando el número de barrios por estrato⁵.

Las características de las organizaciones en las que trabajan los encuestados se muestran en el cuadro 3. Se observa que cerca del 70% laboran en empresas de naturaleza privada. Hay una distribución casi simétrica de la muestra respecto al tamaño de la organización.

Cuadro 2. Características de las organizaciones

Sector	%	Naturaleza	%	Tamaño (número de empleados)	%
Industria	10,0	Privada	68,0	<10	26,5
Comercio	19,2	Público	28,9	+10 y 49	23,4
Servicios	66,2	Informal	3,1	50 y 199	24,7
Otros	4,6			+200	25,4

Fuente: elaboración propia

4. RESULTADOS

A continuación, se exponen resultados de la investigación. Se describen los hallazgos producto del procesamiento estadístico de los datos recolectados⁶ y el análisis realizado. Se describe la relación entre los eventos de vulneración y las características de la organización: sector de actividad, naturaleza de la organización y tamaño de la organización.

4.1 Derecho a la salud (asociado al derecho a la vida)

El cuadro 3 resume el reconocimiento de los encuestados sobre las situaciones identificadas como de potencial vulneración.

Cuadro 3. Vulneración al derecho a la salud por sector de actividad y naturaleza

Salud	% Muestra	Sector de actividad			Naturaleza	
		% Industria	% Comercio	% Servicios	% Privada	% Pública
No estaban afiliados a un plan de salud	15.9	12.8	21.3	12.4	17.7	8.8
Sentían que las presiones del trabajo afectaban su salud física y mental	45.3	43.6	40	47.5	42.9	52.2
Fueron víctimas de accidente	10.5	2.6	9.3	12.0	8.6	15.0
Consideran las instalaciones no seguras	17.6	25.6	9.3	17.8	15.8	22.1
Fueron obligados a trabajar indispuestos o disminuidos física y mentalmente	13.5	18.4	6.8	12.9	13.1	15.0
Total vulnerados	63.9	59.0	64.0	63.7	60.9	69.0

Fuente: elaboración propia

Los eventos enunciados como indicadores de contravención al derecho a la salud alcanzan un reconocimiento del 63,9%. La dimensión de este dato se ve influenciada de manera sobresaliente por el evento que indagó sobre si el encuestado sentía que las presiones del trabajo afectaban su salud física y mental. Para la muestra, este evento alcanza un reconocimiento del 45,3%, siendo superior en empleados de empresas públicas (52,2%) y del sector servicios (64,0%).

Sin considerar este indicador, los espacios problemáticos predominantes son dos. El primero, la percepción de inseguridad de las instalaciones⁷ (17.6%), siendo el indicador con mayor reconocimiento, con un 25.6% de los empleados en industria, un 17.8% de los empleados en servicios y un 22.1% de los públicos. El segundo espacio problemático lo constituye la no afiliación a plan de salud (15.9%), especialmente en los empleados en comercio (21.3%) y de organizaciones privadas (17.7%), donde casi uno de cada cinco se encuentra desprotegido.

Llama la atención que en los empleados en industria la percepción de inseguridad es la más alta (25.6%) frente a los otros sectores de actividad, pero presentan la menor ocurrencia de accidentes de trabajo (2.6%). Resulta también interesante destacar cómo la accidentalidad resulta mayor en organizaciones públicas, con un reconocimiento del 15.0%, que en las privadas, con un 8.6%.

Parece que las organizaciones públicas llevan un atraso respecto a las privadas frente a varios indicadores, concretamente los relacionados con las presiones del trabajo, la ocurrencia de accidentes y las instalaciones inseguras, pues su reconocimiento es más alto.

En el cuadro 4, se identifica cómo no estar afiliado a un plan de seguridad en salud encuentra el mayor reconocimiento en los empleados en microempresas (34.0%), cifra que dobla el resultado obtenido de la muestra; mientras que la ocurrencia de accidentes de trabajo encuentra en las medianas y grandes empresas un reconocimiento relativo de 13.5% y 14.1%, que dobla en valor al de las micro y pequeñas empresas.

Cuadro 4. Derecho a la salud y tamaño de la organización

Salud	% Muestra	Tamaño			
		% Microem.	% Pequeña	% Mediana	% Grande
No está afiliado a plan de salud	15.9	34.0	12.1	4.2	11.1
Sentía que las presiones del trabajo afectaban su salud física y mental	45.3	41.7	45.1	52.1	42.4
Fue víctima de accidentes. Ha tenido accidentes	10.5	6.8	7.7	13.5	14.1
Considera que las instalaciones no son seguras	17.6	12.6	23.1	18.8	17.2
Fue obligado a trabajar indispuesto o disminuido física y mentalmente	13.5	15.8	15.6	11.8	11.2
Total vulnerados	63.9	68.0	58.2	65.6	62.6

Fuente: elaboración propia

Considerar que las instalaciones donde se trabaja no son seguras es menor en los empleados de las mi-

croempresas (12.6%); este indicador encuentra su más alto valor en los empleados de las pequeñas empresas (23.1%) y muestra un leve descenso en las medianas y en las grandes; contrasta esto con el hecho de que los empleados de las empresas pequeñas son los que presentan menor tasa de accidentalidad, asunto que para las empresas medianas y grandes presenta una mayor consistencia frente al reconocimiento de insta-

⁷ El desempeño en instalaciones inseguras representa un riesgo para la salud y la integridad de las personas. Si bien este riesgo puede estar presente por negligencia de los dirigentes, también se presentan casos en los que existe inherente a la actividad que se desarrolla y frente a él como naturaleza de la tarea los dirigentes no pueden hacer nada. El solo potencial de riesgo genera un deterioro en las condiciones de posibilidad para el disfrute a plenitud de este derecho.

laciones inseguras. Aquí tampoco se encuentran diferencias significativas entre tipos de organizaciones.

4.2 Derecho a la familia

En el cuadro 5 se resume el reconocimiento de los encuestados sobre las situaciones identificadas como de potencial vulneración.

Cuadro 5. Vulneración del derecho a la familia por sector de actividad y naturaleza

Familia	% Muestra	Sector de actividad			Naturaleza	
		% Industria	% Comercio	% Servicios	% Privada	% Pública
Prohibición de relaciones sentimentales con compañeros	23.0	35.9	24.0	21.2	26.3	15.9
No le permiten horarios flexibles para atender asuntos familiares	14.3	20.5	9.3	14.3	13.2	16.8
No permite el disfrute de la licencia de maternidad a sus empleadas	3.1	2.6	2.7	2.3	4.1	0.0
Total vulnerados	33.8	46.2	32.0	32.4	35.3	30.1

Fuente: elaboración propia

Los eventos enunciados como indicadores de vulneración alcanzan un reconocimiento total del 33.8% de los encuestados. En esto puede decirse que uno de cada tres ha visto afectado negativamente este derecho. Por sector de actividad, este total resulta ser mayor en los empleados en industria (46.2%), superando el resultado de la muestra y a los otros en más de diez (10) puntos. El indicador que alcanza mayor reconocimiento es la prohibición de relaciones sentimentales entre compañeros (23.0%). Los valores más bajos están frente al no permitir el disfrute de la licencia de maternidad (3.1%).

En las organizaciones privadas se da el mayor reconocimiento de la prohibición de relaciones sentimentales (26.3%) y el no permitir el disfrute de la licencia de maternidad a sus empleadas (13.2%). Las públicas aparecen como levemente más rígidas solo frente a los horarios flexibles para atender asuntos familiares.

El consolidado frente a este derecho (última fila) enseña cómo las organizaciones industriales aparecen como el espacio donde, en términos relativos, más se vulnera el derecho a la familia (46,2%).

Como se presenta en el cuadro 6, frente a este derecho, las grandes empresas aparecen con los niveles de reconocimiento más altos, en total 42.4%, y frente a los dos primeros indicadores expuestos: prohibición de relaciones (27.3%) y no flexibilidad de horarios (21.2%). Las microempresas aparecen como las más permisivas en cuanto a relaciones sentimentales entre compañeros y flexibilidad en los horarios para atender asuntos de familia, pero también aparecen como el espacio donde se presentan los casos que contravienen el disfrute de la licencia de maternidad (9.7%).

Cuadro 6. Vulneración del derecho a la familia y tamaño de organización

Familia	% Muestra	Tamaño			
		% Microem.	% Pequeña	% Mediana	% Grande
Prohibición de relaciones sentimentales con compañeros	23.1	13.6	27.5	25.0	27.3
No le permiten horarios flexibles para atender asuntos familiares	14.4	11.7	12.1	12.5	21.2
No permite el disfrute de la licencia de maternidad a sus empleadas	3.1	9.7	1.1	1.0	0.0
Total vulnerados	33.8	26.2	35.2	32.3	42.4

Fuente: elaboración propia

Las microempresas resultan un espacio más flexible y menos formal en varios sentidos: unos positivos – como relaciones afectivas entre compañeros, relaciones empleado-jefe– y otros negativos –como las condiciones de contratación y derecho a la salud–.

4.3 Derecho a la libertad de asociación

En el cuadro 7 se resume el reconocimiento de los encuestados sobre las situaciones identificadas como de potencial vulneración.

Cuadro 7. Vulneración del derecho a la libertad de asociación por sector de actividad y naturaleza

Libertad de asociación	% Muestra	Sector de actividad			Naturaleza	
		% Industria	% Comercio	% Servicios	% Privada	% Pública
No permite o limita asociarse en sindicato	19.2	28.2	17.3	19.0	22.2	13.4
No permite o limita asociarse en cooperativa-fondo	14.3	15.4	20.0	13.1	16.2	10.6
No permite o limita asociarse en grupo recreativo	14.6	20.5	12.0	14.3	17.7	8.8
Total vulnerados	31.2	43.6	32.0	30.1	35.7	23.0

Fuente: elaboración propia

Los eventos enunciados como indicadores de vulneración alcanzan un reconocimiento total del 31.2%. Este total resulta ser mayor en los empleados en industria (43.6%), superando a los otros en más de diez puntos. El indicador que alcanza mayor reconocimiento es no permitir o limitar de alguna manera el asociarse en sindicatos (19.2%). El no permitir o limitar la asociación en cooperativas-fondos de ahorro o grupos recreativos es reconocido en igual proporción (14.6%-14.3%).

Se destaca cómo el mayor valor de reconocimiento de esta limitación es superior en empleados de organizaciones privadas no solo en el total, sino también frente a cada uno de los indicadores.

En el cuadro 8 se observa que los empleados por las grandes empresas presentan la tasa más alta de reco-

nocimiento de vulneración a este derecho (43.4%). En la medida en que el tamaño de la empresa disminuye, disminuye también el reconocimiento de esta vulneración. Existe entonces una preocupación en la dirigencia de las organizaciones por limitar la asociación, asunto que disminuye la posibilidad de establecer lazos afectivos y de solidaridad entre los integrantes, limita la posibilidad de reconocerse con una identidad diferente a la de empresa, y limita las condiciones que favorecerían cohesión, unidad y fortaleza o capacidad de participar como colectivo en reclamos o negociaciones posteriores a estos. No resulta aventurado afirmar que la dispersión de fuerzas en los integrantes de un grupo es una condición que favorece la actividad de quien dirige ante situaciones conflictivas en las relaciones con los subordinados.

Cuadro 8. Vulneración del derecho a la libertad de asociación y tamaño de organización

Libertad de asociación	% Muestra	Tamaño		
		% Pequeña	% Mediana	% Grande
No permite o limita asociarse en sindicato	19.2	11.0	27.4	34.3
No permite o limita asociarse en cooperativa-fondo	14.3	13.2	11.5	16.2
No permite o limita asociarse en grupo recreativo	14.6	20.9	9.4	16.2
Total vulnerados	31.2	27.5	33.3	43.4

Fuente: elaboración propia

La vulneración en su más bajo nivel alcanza un valor del 27.5% en las pequeñas empresas, seguido de las medianas, con un 33.3%. Resulta pues en un llamado de atención que uno de cada tres encuestados está siendo por lo menos limitado en su libertad de asociarse.

4.4 Derecho a la igualdad y no discriminación

El cuadro 9 resume el reconocimiento de los encuestados sobre las situaciones identificadas como de potencial vulneración.

Cuadro 9. Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por sector de actividad y naturaleza

Igualdad y no discriminación	% Muestra	Sector de actividad			Naturaleza	
		% Industria	% Comercio	% Servicios	% Privada	% Pública
Percibe que NO tiene igualdad en derechos en la organización	14.6	7.7	8.0	17.0	12.8	17.7
Por sexo	4.1	0.0	2.7	5.0	2.6	8.0
Por partido político	5.9	0.0	1.3	8.1	3.0	13.3
Por estrato socioeconómico	4.3	2.6	2.7	5.0	4.9	3.5
Por apariencia física	6.6	5.1	4.0	7.3	7.1	6.2
Total vulnerados	24.3	20.5	16.0	26.6	21.1	31.9

Fuente: elaboración propia

Los eventos enunciados como indicadores de discriminación alcanzan un reconocimiento total del 24.3%; en esto puede decirse que uno de cada cuatro se ha visto afectado en su derecho a la igualdad. Este total resulta ser mayor en los empleados en servicios (26.6%) y es menor en los del comercial (16.0%). El indicador que alcanza mayor reconocimiento es la percepción de que no se tiene igualdad de derechos en la organización (14.6%). Los valores más bajos se registran en el reconocimiento de discriminación por color de piel y credo religioso (0.8% y 1.3%, respectivamente)⁸.

⁸ Estos indicadores, por el bajo valor alcanzado, no se incluyeron en los cuadros.

Los indicadores alcanzan un reconocimiento agregado superior en organizaciones públicas (31.9%); en ellas son superiores los reconocimientos de los indicadores de que no se tiene igualdad de derechos (17.7%), de discriminación por partido político (13.3%)⁹ y por sexo (8.0%). En los demás indicadores, el reconocimiento es solo levemente superior en los de organizaciones privadas.

⁹ Resulta claro y relativamente comprensible que los riesgos de discriminación por preferencias políticas y por razones de sexo son más altos en organizaciones públicas. Estas organizaciones, a pesar de la reglamentación sobre carrera administrativa, están más politizadas que las privadas y quizás el peso superior de los hombres en la actividad política influye sobre este resultado o la preferencia por ellos.

En el cuadro 10 se muestra que el reconocimiento de indicadores de discriminación resulta ser mayor en los empleados en las empresas grandes (31.3%) y menor en los de las pequeñas (17.6%). También, por tamaño, el indicador de discriminación que alcanza mayor reconocimiento en todos los segmentos es la

percepción de que no se tienen iguales derechos en la organización. Este reconocimiento encuentra los valores más altos en los extremos de la segmentación: en los empleados en las microempresas (17.5%) y en las grandes empresas (20.2%).

Cuadro 10. Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación y tamaño de organización

Igualdad y no discriminación	% Muestra	Tamaño			
		%Microem.	%Pequeña	%Mediana	%Grande
Percibe que NO tiene igualdad derechos en la organización	14.6	17.5	9.9	10.4	20.2
Por sexo	4.1	2.9	3.3	5.2	5.1
Por partido político	5.9	3.9	3.3	10.4	6.1
Por estrato socioeconómico	4.3	4.9	4.4	2.1	6.1
Por apariencia física	6.6	7.8	6.6	5.2	7.1
Total vulnerados	24.3	26.2	17.6	21.9	31.3

Fuente: elaboración propia

4.4 Derecho a la integridad personal y trato humano

El cuadro 11 resume el reconocimiento de los encuestados sobre situaciones identificadas como de potencial vulneración¹⁰.

Cuadro 11. Vulneración del derecho a la integridad personal por sector de actividad y naturaleza

Integridad personal	% Muestra	Sector de actividad			Naturaleza	
		% Industria	% Comercio	% Servicios	% Privada	% Pública
Había sido amenazado por jefes	9.2	10.3	4.0	10.0	9.0	9.7
Había sido hostigado o acosado por jefes	9.5	17.9	1.3	10.4	8.6	12.4
Había sido agredido psicológicamente por jefes	10.5	12.8	6.7	10.8	10.2	12.4
Tuvo la sensación de ser víctima de persecución	7.9	7.7	2.7	8.9	7.5	8.0
Total vulnerados	27.4	30.8	18.7	29.3	28.2	25.7

Fuente: elaboración propia

Los eventos enunciados como indicadores de vulneración alcanzan un reconocimiento total del 27.4%. Este valor resulta ser mayor en los empleados en industria (30.8%) y en servicios (29.3%), superando al sector comercio en más de diez puntos. Los indicadores que alcanzan mayor reconocimiento son la amenaza, el hostigamiento y la agresión psicológica.

Aquí no se encuentra una diferencia significativa en el reconocimiento de contravención entre organizaciones públicas y las privadas, exceptuando la agresión física, que aunque sea el más bajo, resulta en un evento digamos especial, que se da exclusivamente en las organizaciones públicas (3.5%, que corresponde a cuatro casos).

¹⁰ Por sus bajos valores, los eventos como la agresión física (1% de la muestra) y el ser chantajeado por jefes (3,6% de la muestra) fueron retirados del cuadro.

Cuadro 12. Vulneración del derecho a la integridad personal y tamaño de organización

Integridad Personal	% Muestra	Tamaño			
		% Microem.	% Pequeña	% Mediana	% Grande
Había sido amenazado por jefes	9.2	4.9	12.1	9.4	11.1
Había sido hostigado o acosado por jefes	9.5	5.8	13.2	9.4	10.1
Había sido agredido psicológicamente por jefes	10.5	9.7	13.2	9.4	10.1
Tuvo la sensación de ser víctima de persecución	7.9	5.8	8.8	9.4	8.1
Total vulnerados	27.4	24.3	28.6	28.1	29.3

Fuente: elaboración propia

En el cuadro 12 se observa que la pequeña empresa y la grande presentan las tasas levemente más altas de reconocimiento de los indicadores de más peso dentro de este derecho: amenaza, hostigamiento y agresión psicológica.

4.5 Relaciones conflictivas entre jefes y subordinados

En el cuadro 13 se relacionan algunos eventos considerados como conflictivos entre superiores y subordinados¹¹, que generan condiciones favorables para la vulneración del derecho a la integridad personal.

Cuadro 13. Vulneración en relaciones conflictivas entre jefes y subordinados por sector de actividad y naturaleza

Relaciones conflictivas entre jefes y subordinados	% Muestra	Sector de actividad			Naturaleza	
		% Industria	% Comercio	% Servicios	% Privada	% Pública
El jefe se aprovecha de la necesidad del empleo para mandarlo	15.9	23.1	12.0	14.3	18.0	11.5
Se sentía indefenso ante sus jefes	15.5	23.1	5.4	17.1	14.8	18.6
Sentía que sus jefes abusaban de la autoridad	25.6	33.3	13.3	27.8	24.8	29.2
Total vulnerados	43.5	43.6	36.0	44.0	43.2	45.1

Fuente: elaboración propia

Los eventos enunciados alcanzan un reconocimiento total del 43.5%. En estos eventos las asimetrías de poder e información generan condiciones para la presencia de situaciones de vulneración al derecho.

Por sector de actividad, y al igual que frente al derecho a la integridad, este total resulta ser mayor en los empleados en servicios (44.0%) y en industria

(43.6%), siendo la menor tasa de reconocimiento la de los empleados en comercio (36.0%).

En el cuadro 14 se observa cómo la micro y la grande empresa presentan las tasas más altas de reconocimiento dentro de este derecho, pero aquí las diferencias entre ellas son más amplias que en las cifras sobre derecho a la integridad.

¹¹ Se indagó por otros eventos conflictivos que aparecieron con bajas tasas de reconocimiento: ha sentido que su jefe lo ha impulsado a actuar por engaño (5.9%), el jefe ha robado sus ideas y ha sobresalido a costa suya (5.6%), le entorpece intencionalmente el trabajo (7.7%).

Cuadro 14. Vulneración en relaciones conflictivas entre jefes y subordinados y tamaño de organización

Relaciones conflictivas entre jefes y subordinados	% Muestra	Tamaño			
		% Microem.	% Pequeña	% Mediana	% Grande
El jefe se aprovecha de la necesidad del empleo para mandarlo	15.7	20.4	14.3	14.6	13.1
Se sentía indefenso ante sus jefes	15.3	11.7	17.6	17.0	16.3
Ha sentido que sus jefes abusan de la autoridad	25.6	18.4	25.3	24.0	35.4
Total vulnerados	43.5	51.5	34.1	41.7	45.5

Fuente: elaboración propia

Como indicador del derecho a la integridad personal, se indagó sobre la presencia de eventos de acoso sexual. Su ocurrencia es reconocida tan solo el 3.3% de la muestra (13 empleados). Este reconocimiento en el contexto de las organizaciones de Armenia representa un obstáculo serio para el respeto a los DD. HH.; el evento más significativo dentro de este subgrupo corresponde a once empleados (2.8%), que reconocen que han sido tocados, sintiéndose incómodos frente a la situación. Nueve de ellos pertenecen a organizaciones del sector servicios e igual número a organizaciones privadas.

4.6 Resumen por derechos por tipo de organización

Al unir los eventos que se han propuesto como vulneración a los DD. HH. estudiados, la tasa de reconocimiento alcanza el 82.4%, situación que puede calificarse como problemática para la realidad de las organizaciones de la ciudad de Armenia.

Las empresas industriales presentan las más altas tasas de reconocimiento de vulneración frente al derecho a la familia (46.2%), al derecho a la libertad de asociación (43.6%) y a la integridad personal (30.8%), aunque solo un punto por encima del sector en servicios.

Las empresas comerciales presentan la más alta tasa de reconocimiento frente al derecho a la salud (64%), aunque con el atenuante de estar este valor muy cercano al reconocimiento en servicios (63.7%) y cinco puntos por encima del reconocimiento en industrial (59.0%). Las empresas de servicios e industria presentan las tasas más altas de reconocimiento de relaciones conflictivas entre jefes y subordinados (44.0%).

En las organizaciones públicas prevalecen en mayor proporción el derecho a la igualdad y el derecho a la salud, mientras que en las organizaciones privadas las tasas más altas se encuentran en el derecho a la familia y la libertad de asociación.

En las grandes empresas se presenta la tasa más alta de vulneración del derecho a la igualdad, el derecho a la familia y la libertad de asociación¹⁴, mientras que en las microempresas se presenta la tasa más alta de vulneración del derecho a la salud (4.1 puntos por encima de la muestra) y en las situaciones conflictivas entre jefes y subordinados (8 puntos por encima de la muestra).

4.7 Análisis de clasificación para los empleados

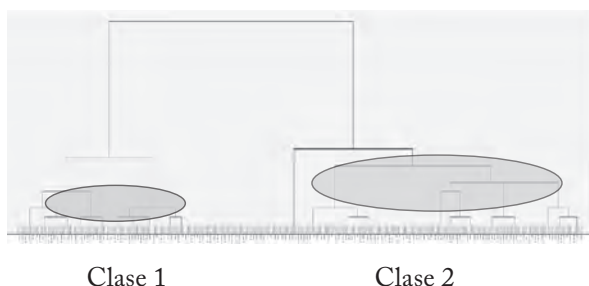
El objetivo de este análisis multivariado (*cluster*) es clasificar a los empleados agrupando aquellos que tengan respuestas similares frente a las variables estudiadas y diferenciar cada grupo a partir de su caracterización. Con este método de *cluster* podemos incluir personas en grupos según el grado de asociación, que será máximo, si pertenecen al mismo grupo, y mínimo si son de grupos diferentes. Al final se logra unir los dos grupos cuya fusión suponga el menor incremento de la varianza, es decir, que garantice la máxima homogeneidad.

Inicialmente se construye el árbol de clasificación jerárquico (dendograma) para el conjunto de variables

¹⁴ Para el derecho a la igualdad: 7 puntos porcentuales por encima de la muestra; para el derecho a la familia: 8.6 puntos porcentuales por encima de la muestra; y para el derecho a la libertad de asociación: 12.2 puntos porcentuales por encima de la muestra.

seleccionadas (nominales activas y continuas ilustrativas). Sobre el árbol, a partir de la longitud de las ramas, se consideró que una buena segmentación sería obtener dos clases (gráfico 1).

Gráfico 1. Dendograma de clasificación



Fuente: elaboración propia

Obtención de una partición

Una vez elegido el número de clases se obtiene la partición. Las clases o grupos quedaron compuestos por 122 y 269, respectivamente. La clase más homogénea y pequeña es la clase 1, la más heterogénea y la más grande es la clase 2.

Descripción de las Clases¹⁵

La clase 1 está compuesta por el 31.2% de los empleados, principalmente mujeres. Son personas regularmente de estrato 3, solteras, que alcanzaron una escolaridad hasta el nivel técnico y tecnológico, laboran especialmente en organizaciones del sector servicios de naturaleza privada cuyo tamaño supera los 200 empleados. Este grupo son los empleados a los que se les ha vulnerado el derecho a la igualdad, la salud, la familia, la integridad personal y la libertad de asociación. Es el grupo de los “vulnerados o los más desprotegidos desde el punto de vista de los DD. HH.”.

La clase 2 está compuesta por el 68.8% de los empleados, principalmente hombres. Son personas re-

gularmente del estrato 4, casadas, han alcanzado una educación universitaria, laboran sobre todo en organizaciones comerciales y de servicios de naturaleza pública compuestas por más de 50 empleados. Son los empleados a los que menos se les han vulnerados sus derechos a la igualdad, la salud, la familia, la integridad personal y la libertad de asociación. No han sido acosados sexualmente. En general, es el grupo que podría llamarse “de los menos vulnerados o más protegidos en función de sus DD. HH.”.

Discusión y conclusiones

El universo de los DD. HH. y su relación con las organizaciones resulta un poco pretencioso de abarcar en el desarrollo de un proyecto de investigación. Las organizaciones se obligan a respetarlos, pero tal vez su acción no tenga nexos de manera directa con todos los derechos. Para este artículo, la afirmación sobre la existencia de vulneración de los DD. HH. debe matizarse. Como novedad, se indagó sobre las relaciones internas alrededor del empleado, y no se consideraron otras esferas de relaciones de la organización en su interior o de relación con el entorno. Sin embargo, el estudio muestra que en la cotidianidad de las organizaciones de la ciudad de Armenia se presentan situaciones que vulneran los DD. HH. de los empleados. Si se respeta la tesis de que no hay un derecho más importante que otro, resulta reprochable que una acción atenta contra la integridad, como la igualdad, o la familia. Cualquiera de los casos constituye un detrimento, una agresión en contra de la humanidad de los sujetos dentro de las organizaciones.

Como se mostró a lo largo de la sección de resultados, los eventos indagados, que resultan problemáticos en cuanto a los DD. HH., pueden afectar negativamente la motivación, el compromiso, la calidad de vida de los participantes, la productividad y competitividad de las organizaciones, y en el nivel social retrasan las pretensiones de una sociedad más justa y de individuos más libres y realizados.

Los eventos indagados, que se considera vulneran los DD. HH., como se observó en este estudio, están presentes en todos los tipos de organización ya sea que su actividad sea industrial, comercial o de servicios, o su naturaleza sea pública o privada. Sin embargo, a partir de la vivencia de los empleados sobre los eventos de vulneración, se muestran algunas dife-

¹⁵ La descripción se basa en las categorías y variables más características de las clases. Una categoría es característica de la clase si abunda más en esta que en el resto de la muestra, y una variable es característica si la media en la clase es superior a la media en la muestra.

rencias de acuerdo al tipo y naturaleza de la organización en la que el empleado se encuentra vinculado; muestra de ello es que la sensación de discriminación está presente en una proporción mayor en las organizaciones comerciales, por un lado, y en organizaciones de más de 200 empleados, por el otro. La vulneración del derecho a la salud prevalece sobre todo en organizaciones públicas y microempresas. La libertad de asociación es más vulnerada en el sector industrial y en las organizaciones privadas. El derecho a la integridad personal, aunque no se presentan diferencias marcadas, es mayor en el sector industrial y, específicamente dentro de este derecho, las relaciones conflictivas entre jefes y subordinados resultan con mayor reconocimiento en las microempresas.

Los resultados muestran que la población más expuesta a vulneración está compuesta especialmente por las mujeres solteras con formación hasta el nivel técnico-tecnológico que laboran en organizaciones del sector servicios privadas y con más de 200 empleados. También muestran que los derechos que más les han sido vulnerados son salud, integridad personal y familia.

El estudio encontró cómo los actos que vulneran los derechos de los participantes se originan en subordinados, compañeros de igual nivel, pero especialmente en los jefes. Concretamente, frente a los derechos abordados, la mayoría de los casos de vulneración analizados están ligados de manera directa con la relación jerárquica. En las organizaciones la relación de subordinación aparece como favorable para la ocurrencia del evento.

La autoridad administrativa, formal o burocrática resulta un recurso valioso para la dirección de organizaciones, pero, como puede observarse, los casos en que su ejercicio encuentra objeciones desde lo legal y lo moral representan un foco de malestar para los participantes. Las tasas de reconocimiento de los eventos estudiados avisan sobre la necesidad de revisar los comportamientos de los dirigentes.

Pero el empleado hace parte del problema. El poder no solo recae en los dirigentes, los empleados tienen cierta injerencia sobre la situación. Resulta valioso considerar para un futuro estudio cuál es su comportamiento y cuáles sus reacciones, para complementar la descripción de la situación y no dejar de lado su condición de sujeto que resiste y en esta resistencia genera conflicto.

Reflexiones finales

Desde el referente general y respecto a los derechos estudiados, los casos de vulneración identificados representan una agresión a la humanidad de los subordinados. La discusión sobre el tema pretende llamar a la reflexión y a la acción por parte del Estado, empresarios y administradores, para que con sus comportamientos no amplíen las asimetrías entre los miembros de la sociedad, y a partir del reconocimiento de la humanidad del otro se abra un camino que conduzca a la reducción de tales asimetrías.

Como garante de los DD. HH., el Estado ha intervenido de manera específica respecto al problema de acoso psicológico en el trabajo¹⁵ con la expedición de la Ley 1010 de 2006, pero las dificultades respecto a objetivar parámetros y pruebas afectan negativamente su alcance y su efectividad. Además de esto, ante la variedad de eventos descritos en este artículo y considerando las tasas de ocurrencia, es necesario intervenir. La dinámica de las relaciones de trabajo y convivencia en las organizaciones debe seguir siendo objeto de intervención estatal no solo en el sentido de promoción de los derechos, sino además en el de ampliar la intervención sobre la esfera de los problemas humanos en las organizaciones, para que asuntos como el respeto de los DD. HH. en el trabajo no dependan solo de la formación y la moral de cada integrante, bien en el papel de jefe o en el de subordinado.

Este artículo constituye un avance en la reflexión e investigación sobre los DD. HH. en las organizaciones del país, en especial en la caracterización de la problemática y de la vulneración de estos derechos. La investigación en este campo podría ser de interés para las organizaciones de este país, dado que la desde la perspectiva de los DD. HH. se podrían proponer estrategias y acciones que reduzcan las situaciones que se alejan de ellos, y mejorar en muchos casos las situaciones de convivencia, la calidad de vida y la satisfacción de las personas en el trabajo.

Problemas para futuros trabajos de investigación

Se considera que futuras líneas de investigación dirigidas a analizar los DD. HH. y las vulneracio-

¹⁶ Del cual derivan algunas de las vulneraciones estudiadas.

nes en que las organizaciones incurren podrían ser: indagar por las acciones y prácticas que las organizaciones realizan a partir de sus políticas y su estructura para el respeto y la promoción de los DD. HH. Indagar además sobre el respeto de los DD. HH. en las organizaciones de otras ciudades, tanto desde la perspectiva de dirigentes como de los dirigidos, así como desarrollar estudios comparativos de diagnósticos entre ciudades y regiones. También se muestran como focos promisorios los problemas de violencia en el trabajo, acoso psicológico y discriminación, entre otros, que tienen que ver con DD. HH. específicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Agnes, Giner. 2008. "Las empresas transnacionales y los derechos humanos". *Lan Harremanak Revista de Relaciones Laborales* (19):67-87.
- Berley, S R, and G Kunda. 1992. Estructura y diseño vs. lealtad y sentimiento: oleadas de ideologías racionales y normativas de control en el discurso gerencial. *Tecnología Administrativa* 9 (20):135-192.
- Buchholz, Rogene, and Sandra B. Rosenthal. 2001. Responsabilidad social y ética en los negocios. In *La ética en los negocios*, ed. Frederick Robert, 366-388. México. Oxford.
- Caballero, María Claudia. 2006. "El acoso sexual en el medio laboral y académico". *Saberes, Culturas y Derechos Sexuales en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.Tercer Mundo.
- Calderón, Gregorio, M Murillo, and K J Torres. 2003. "Cultura Organizacional y Bienestar Laboral". *Cuadernos de Administración* 16 (25):109-137.
- Carasco, Emily F, and Jang B Singh. 2008. Human Rights in Global Bussines Ethics Codes *Business and Society Review* 113 (3):347-374.
- Carrol, A B 1989. *Business and Society. Ethics and Stakeholders Management*. Cincinnati: South-Western, Publishing.
- Cassel, D. 2001. "Human rights and business responsibilities in the global marketplace". *Business Ethics Quarterly*:261-274.
- Cassel, Douglass. 1995. "Corporate Initiatives: A Second Human Rights Revolutions?". *Fordham International Law Journal* 19 (5):1963-1964.
- Cepeda, M J. 1992. *Los Derechos Humanos en la Constitución*. Bogotá D.C.: Temis.
- Danish Institute for Human Rights. 2006. *Human Rights Compliance Assessment (HRCA) Evaluación del cumplimiento de los Derechos Humanos*. Danish Institute for Human Rights.
- De la Cuesta-González, M., C. Valor, and F.P. Holgado-Tello. 2011. "Aproximación a la medición del compromiso de las empresas con los derechos humanos: un análisis de las empresas españolas del IBEX 35". *Innovar* 21 (41):197-208.
- Dunfee, T M, and T Donalson. 2001. *Enfoques del contrato social hacia la ética en los negocios: El puente entre la brecha de "lo que es y lo que debe ser"*. In *La ética en los negocios*, ed. Frederick Robert,, 45-65. México. Oxford
- Einarsen, S, and L. J. Hauge. 2006. "Antecedentes y consecuencias del acoso psicológico en el trabajo: una revisión de literatura". *Revista de Psicología del Trabajo y las Organizaciones* 22 (3):251-273.
- Epstein. 1987. Business Ethics, Corporate Good Citizenship, and the Corporate Social Policy Process. "A View from the United States". *European Foundation for Management Development Conference on Business Ethics, Crucial Issues in Successful European Business*.
- Galvis, L. 2008. *Comprensión de los Derechos Humanos: Una visión para el siglo XXI*. Bogota D. C: Ediciones Aurora.
- Gallardo, H. 2006. *Derechos humanos como movimiento social*. Ediciones Desde Abajo.
- Gold, D., and J. Caborn. 2003. "Solve: la OIT combate la violencia en el trabajo". *La violencia en el trabajo*. Edited by E. o. 2003/4.
- Gómez. 2000. "Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos". *Boletín de Estudios Económicos* 55 (170):333-348.
- Grueso, M P. 2009. "La discriminación de género en las prácticas de recursos humanos: un secreto a voces". *Cuadernos de Administración* 22 (39):13-30.
- Habermas, J. 2001. *The postnational constellation: political essays*.
- Hernández, J. 2009. *Las empresas transnacionales frente a los Derechos Humanos: Historia de una asimetría normativa*. Bilbao: Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional - Universidad del País Vasco.
- Hirigoyen, M. 2001. *El acoso moral en el trabajo: Distinguir lo verdadero de lo falso*. Vol. 67: Paidós Iberica Ediciones S. A.
- Colombia. Presidencia de la República. Ley 1010. 2006. Por medio del cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en las relaciones de trabajo. *Diario Oficial* 46160 de enero 23 de 2006. Imprenta Nacional
- Leymman, H. 1996. "Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral ("mobbing") en el trabajo". *European*

- Journal of work and organizational psychology* 5 (2):165-184.
- Lozano, J. M. 1999. *Ética y empresa*. Valladolid: Trotta.
- Mena, Sébastien, Marieke Leede, Dorothée Baumann, Nicky Black, Sara Lindeman, and Lindsay McShane. 2010. "Advancing the Business and Human Rights Agenda: Dialogue, Empowerment, and Constructive Engagement". *Journal of Business Ethics* 93 (1):161-188.
- Monroy, M. G. 1980. *Los derechos humanos*. Bogotá: Temis.
- Mujica, P. 2010. "Desarrollo internacional de las obligaciones legales de las empresas respecto de los Derechos Humanos". *Derecho PUCP* (64):165-185.
- Muñoz, A. 2007. "La nueva legislación sobre acoso laboral en Colombia (Ley 1010 del 2006)". *Revista latinoamericana de Derecho Social*:239-246.
- Naranjo, V. 1997. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.
- OIT. 2003. "Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatir este fenómeno". *Educación obrera* 133 (2003): 69-73.
- OIT, CIE, OMS, and ISP. 2002. *Directrices Marco para afrontar la violencia laboral en el sector de la salud*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Ovejero, A. 2006. El mobbing o acoso psicologico en el trabajo: una perspectiva psicosocial. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones* 22 (1):101-121.
- Pacto Mundial. Agosto de 2011. *Pacto Mundial: Los diez principios* 1999. <http://www.pactomundial.org/index.asp?MP=2&MS=0&MN=1> [Consultado agosto de 2011].
- Paust, Jordan J. 2001. Human Rights Responsibilities of Private Corporations. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 35:801-825.
- Peralta, M C. 2004. El acoso laboral –mobbing– perspectiva psicologica. *Revista de Estudios Sociales* (18):111-122.
- Pérez, A E. 1984. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Pinheiro, S. 2006. *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas*. Unicef.
- Prandi, M. 2003. "Empresa y derechos humanos del porqué al cómo". *Pápeles de ética, economía y dirección* (8):1-12.
- Prandi, M 2007. "La gestión de los derechos humanos en la empresa". *Documentación Social* (146):111-127.
- Prandi, M, and J. M. Lozano. 2006. *Guía práctica de derechos humanos para empresas*. Barcelona: Escola de Cultura de Pau (UAB) y ESADE.
- Ruggie, J.G. 2007. "Business and human rights: the evolving international agenda". *Am. J. Int'l L.* 101:819.
- Tangarife-Pedraza, M A. 2008. "De la responsabilidad de la empresa y los derechos humanos". *Int. Law. Colomb. Derecho Int. ildi* (12):145-182.
- Torres, C A. 2007. *Las normas internacionales del trabajo. garantía de derechos fundamentales en el trabajo*. Bogotá: Seminario Uniamericas/Fiscal.
- Valencia, M O, and L. G. Salazar. 1998. *Los Derechos Humanos*. Manizales: Personería Municipal de Manizales.
- Werner, K, and Weiss. 2003. *El libro negro de las marcas: el lado oscuro de las empresas globales*. Buenos Aires: Editorial Suramericana.

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:
Estilo Chicago autor-fecha:

Carvajal Orozco, José G. y Valencia García, Julián A. 2012. Derechos humanos en las organizaciones de Armenia: Una evaluación de eventos de vulneración en los empleados. *Nova et Vetera* 21(65): 109-126.

Estilo APA:

Carvajal Orozco, J. G. y Valencia García, J. A. (2012). Derechos humanos en las organizaciones de Armenia: Una evaluación de eventos de vulneración en los empleados. *Nova et Vetera*, 21 (65), 109-126.

Estilo MLA:

Carvajal Orozco, José G. y Valencia García, Julián A. "Derechos humanos en las organizaciones de Armenia: Una evaluación de eventos de vulneración en los empleados." *Nova et Vetera* 21.65 (2012): 109-126.

Responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas. “Títulos jurídicos de imputación y reparación de víctimas”¹

Lucero Ríos Tovar*

INTRODUCCIÓN

El proyecto de investigación pretende determinar la fundamentación política y jurídica plasmada en las sentencias emitidas por la Sección Tercera

¹ Proyecto de investigación “Fundamentación política y jurídica para la aplicación de los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por actos terroristas y su incidencia en la reparación de las víctimas” inscrito en el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de Caldas (CIS), a partir del cual se viene desarrollando la tesis de Maestría.

RESUMEN

Responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas. Títulos Jurídicos de Imputación y Reparación de Víctimas

Los valores constitucionales de convivencia pacífica y orden justo, exigen que la relación entre el Estado y la sociedad, se desenvuelva en un ambiente de confianza y seguridad que habrá de tejerse con fundamento en el reconocimiento del principio de responsabilidad del Estado, cuando los asociados se encuentran en condición de víctimas de actos terroristas por razón de haber sufrido un perjuicio que implica la violación a los derechos de igualdad y libertad. Con este planteamiento, en el presente artículo, se exponen los resultados parciales del proyecto de investigación en el que se indaga sobre la fundamentación jurídica y política acogida por la sección tercera del Consejo de Estado colombiano, para condenar a la Nación por actos terroristas; con el propósito de evidenciar la incidencia que tiene la elección de diversos títulos jurídicos de imputación en la reparación de las víctimas de daños antijurídicos.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad Extracontractual del Estado, actos terroristas, títulos jurídicos de imputación, reparación de víctimas.

ABSTRACT

Extra-Contractual Responsibility of the State for Terrorist Acts. Legal Titles of Imputation and Victim Reparation

The constitutional values of peaceful coexistence and just order, require that the relation between the state and society, develops in an environment of trust and security that will have to be created based on recognition of the principle of responsibility of the state, when those associates are encountered in the situation of victims of terrorist acts for having suffered damages implying the violation rights to equality and liberty. With this argument, the present article will present the partial results of a research project that inquires into the legal and political grounding accepted by the third section of the Colombian Council of State, to condemn the nation for terrorist acts; for the purpose of demonstrating the incidence of the election of diverse legal titles of imputation in the reparation of the victims of anti-legal damages.

KEY WORDS: extra-contractual responsibility of the state, terrorist acts, legal titles of imputation, reparation of victims.

RESUMO

Responsabilidade extracontratual do Estado por atos terroristas. Títulos jurídicos de imputação e reparação de vítimas

Os valores constitucionais de convivência pacífica e ordem justa exigem que a relação entre o Estado e a sociedade se desenvolva em um ambiente de confiança e segurança que haverá de se tecer com fundamento no reconhecimento do princípio de responsabilidade do Estado, quando os associados se encontram em condição de vítimas de atos terroristas por terem sofrido um prejuízo que implica a violação dos direitos de igualdade e liberdade. Com essa apresentação, no presente artigo, expõem-se os resultados parciais do projeto de pesquisa no qual se indaga sobre a fundamentação jurídica e política acolhida pela seção terceira do Conselho de Estado colombiano para condenar a Nação por atos terroristas; com o propósito de evidenciar a incidência que tem a eleição de diversos títulos jurídicos de imputação na reparação das vítimas de danos antijurídicos.

PALAVRAS CHAVE: responsabilidade extracontratual do Estado, atos terroristas, títulos jurídicos de imputação, reparação de vítimas.

* Profesora de Planta. Coordinadora Académica. Especialización en Derecho Administrativo Departamento de Jurídicas Correo-e: lucero.rios@ucaldas.edu.co

CORREO IMPRESO: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Carrera 23 No. 58-65. Edificio Palogrande. Universidad de Caldas.

Ríos Tovar, Lucero. 2012. Responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas “Títulos jurídicos de imputación y reparación de víctimas”. *Nova et Vetera*, 21 (65): 127-140.

Recibido: julio de 2012 / Aprobado: noviembre de 2012

del Consejo de Estado colombiano desde el año 2000 hasta el 2010, para aplicar los títulos jurídicos de imputación con sustento en los cuales se ha condenado a la Nación por daños derivados de actos terroristas, y su incidencia en la determinación de los elementos que configuran la reparación de las víctimas. Para este propósito, se acoge la teoría sobre derechos humanos expuesta por Robert Alexy (2003, 19-39), a fin de analizar la responsabilidad del Estado como un principio. Igualmente, se adopta como referente la teoría crítica del derecho y, en concreto, sus aportes acerca de 'la adjudicación o aplicación del derecho por parte de los jueces en casos concretos' (Kennedy 1999, 89-221). Con esta elección teórica se pretende realizar el estudio de las sentencias bajo la premisa según la cual el derecho está compuesto esencialmente por normas que tiene una textura abierta, lo que genera una tensión permanente entre grupos enfrentados y por esta razón el juez se encuentra en posición de optar entre varias alternativas para la resolución de las pretensiones de las partes, de acuerdo con su concepto de justicia. En este orden de ideas, el operador judicial, lejos de ser un espectador o tercero neutral en el litigio, adopta una concepción política y jurídica que se refleja en la sentencia que define el derecho en un caso concreto; de ahí que se respalde el carácter subjetivo de la adjudicación.

Se justifica este estudio al considerar que el esclarecimiento de la fundamentación política y jurídica expuesta por el Consejo de Estado en sentencias condenatorias contra la Nación colombiana por actos terroristas permitirá dilucidar si este juez de atribución cumple con la carga argumentativa que lo faculta para escoger entre los variados títulos jurídicos de imputación (falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional) o si esta elección está desprovista de justificación y, por lo tanto, carece de consistencia y armonía con los principios constitucionales. Igualmente, hará posible constatar el efecto que tal fundamentación tiene para el reconocimiento de los derechos de las víctimas, a fin de evidenciar si comprende todos los elementos requeridos para trascender de la simple indemnización al principio de reparación integral.

Este proyecto de investigación se desarrolla desde un enfoque metodológico histórico-hermenéutico

por medio de una interpretación con sentido crítico y comprensivo de las consideraciones políticas y jurídicas expuestas en decisiones judiciales, para atribuir responsabilidad extracontractual al Estado y resolver las demandas encaminadas a la reparación de víctimas de actos terroristas. La investigación es cualitativa de carácter descriptivo, el diseño es bibliográfico y las técnicas de investigación propuestas son el análisis de contenido y el análisis crítico del discurso, para lo cual se emplean como instrumentos de investigación los resúmenes analíticos, las fichas bibliográficas y las fichas para el análisis sistémico y estructural de jurisprudencia elaboradas para este proyecto.

En consonancia con lo anterior, en este artículo se abordará la temática anunciada bajo la orientación de las siguientes categorías conceptuales: 1. Responsabilidad extracontractual del Estado; 2. Títulos jurídicos de imputación; y 3. Reparación de víctimas; para concluir con la presentación de algunos de los resultados parciales obtenidos en el curso de la investigación.

1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La responsabilidad jurídica tuvo origen en el pensamiento iusfilosófico a partir de la postulación aristotélica del concepto de justicia correctiva o sinalagmática en sus modalidades de **a) justicia conmutativa**: aplicable a los casos en que de la relación nacida de un acuerdo de voluntades fuera necesario restaurar a través de una retribución o reparación establecida en un contrato la igualdad perdida, dañada o violada; y **b) justicia judicial**: aplicable a conductas violatorias de derechos como causantes de un daño ocurrido sin la existencia previa de un convenio o acuerdo contractual entre las partes involucradas, con el propósito de lograr la paridad entre el daño y la compensación (Saavedra 2002, 25-38). Pero fue con el avance de la filosofía y los desarrollos que al mismo tiempo comenzaron a presentarse en las construcciones jurídicas —con aportes de destacados pensadores como Santo Tomás de Aquino y Immanuel Kant— que la responsabilidad fue interpretada como un con-

cepto moral y jurídico². Sin embargo, la concepción del Estado como persona jurídica responsable solo comienza a vislumbrarse como fruto del pensamiento que inspiró la Revolución francesa y que luego al ser concretado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de 1791 impulsó la conformación definitiva del Consejo de Estado como juez de atribución para causas contra la Administración³—, dando lugar a la configuración de un instituto jurídico con respaldo en principios y normas conocido como régimen de responsabilidad extracontractual del Estado.

En Colombia, la responsabilidad extracontractual del Estado se ha establecido en cada caso con la prueba de tres **elementos configurativos**, a saber: *a) la actuación; b) el daño; y c) el nexo de causalidad*. En consideración a que hasta el 31 de julio de 1965 los procesos judiciales por esta causa fueron adelantados ante la jurisdicción ordinaria, los mencionados elementos fueron tomados del derecho privado, y la responsabilidad estuvo

sustentada inicialmente en los artículos 2347 a 2349 y 2356 del Código Civil colombiano, bajo un régimen de responsabilidad indirecta basado en un criterio subjetivo, en el que se obligaba al Estado a reparar los daños causados por sus agentes, en el entendido de que su vínculo se asimilaba a la relación existente entre los padres y los hijos menores, los tutores o curadores y sus pupilos, los directores de colegios y escuelas con sus discípulos y, en general, al que une a todo empleador con su empleado y en virtud de los cuales los primeros responden por los efectos nocivos que generen los actos de los segundos. En consecuencia, se estimaba que la responsabilidad debía atribuirse al Estado cuando era evidente que había incurrido en imprudencia, impericia o negligencia al elegir al empleado o vigilar su comportamiento, es decir, ora por *culpa in eligendo*, ora por *culpa in vigilando*.

Posteriormente, la evolución de la jurisprudencia emitida en esta materia por la Corte Suprema de Justicia estuvo orientada a justificar un régimen de responsabilidad directa que obligara al Estado a enfrentar el juicio de responsabilidad y así proteger a las víctimas en casos de fallas anónimas, esto es, cuando se desconocía el agente causante del daño, dando para ello aplicación al artículo 2341 del Código Civil, que dispone: *“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 impone por la culpa o el delito cometido”*. A la luz de esta estipulación normativa, se inició un proceso analítico para la reconfiguración del razonamiento judicial que se aplicó para resolver las pretensiones indemnizatorias de las víctimas de daños originados en la acción estatal.

Un cambio trascendente en esta materia opera con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en concreto con la consagración en su artículo 90⁴ de la cláusula general de responsabilidad, a cuyo tenor el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que se originen de la acción u omisión de sus autoridades. De la estipulación en comento se desprende que existe un régimen especí-

² Aunque merece la pena señalar en esta transición la existencia del Digesto (Pandectas en griego, Digesta en latín), conocida obra jurídica publicada en el año 533 d. C. por el emperador Bizantino Justiniano I, nombre asignado en honor de Juliano, cuya obra más importante tomaba el mismo nombre (así mismo, ‘Digesta’ significa ‘fragmentos’, ‘material fragmentado’).

Después de haber publicado el Codex o Código, que luego formaría parte de la compilación de constituciones y jurisprudencia del derecho romano desde el emperador Adriano hasta su época, conocido como Corpus Iuris Civilis, Justiniano decidió reunir en una sola obra las sentencias de los jurisconsultos clásicos (iura), es decir, que el Digesto es una recopilación de la jurisprudencia romana que servía en forma de ‘citas’ a los juristas de la época.

En el libro ix de esta obra se regulaban los asuntos de derecho público, y en su título ii la llamada lex aquilia se refiere a normas de protección de la vida y la propiedad con la concesión de la indemnización; no obstante, solo regulaba casos específicos bajo una forma objetiva de responsabilidad y, específicamente, en el tercer capítulo se contemplaban los daños ocasionados injustamente ordenando la reparación correspondiente. Wikipedia, Digesto, <http://es.wikipedia.org/wiki/Digesto> (consultado el 20 de abril de 2012).

³ El Consejo de Estado fue creado en 1799 por iniciativa de Napoleón Bonaparte para sustituir al que se conocía en el antiguo régimen como Consejo del Rey y a la vez dotarlo de independencia frente a otros órganos. Este continuó ejerciendo las funciones atribuidas al Consejo del Rey, pero se distinguían las labores consultivas, de las contenciosas, las de casación y la referida a la preparación de proyectos de decisiones que debía adoptar el jefe de Estado. Sin embargo, solo mediante la Ley del 24 de mayo de 1872 se le reconoció carácter jurisdiccional y se instauró el sistema de justicia delegada, que desplazó el conocimiento y resolución de las demandas del jefe del ejecutivo hacia este organismo de naturaleza jurisdiccional. Cosimina, Pellegrino, P., Derecho administrativo y jurisdicción contencioso-administrativa: Su objeto ¿pretensiones fundadas en el derecho administrativo?. Revista 112 publicaciones jurídicas Venezolanas. <http://www.zur2.com/fcjp/112/conten.htm> (consultado el 4 de febrero de 2012).

⁴ La Constitución Política de Colombia en su artículo 90 prescribe: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

fico de derecho administrativo en virtud del cual: **a) la responsabilidad del Estado es directa**, por lo cual se desvanece la exigencia de requerir primero al servidor público y solo subsidiariamente al Estado; **b) el Estado responde por el daño antijurídico**, no por la conducta dolosa o culposa de sus autoridades; y **c) en el caso de resultar condenado, el Estado debe repetir contra sus servidores**. Significa lo anterior que el Estado debe ser garante de los daños cometidos por sus autoridades y que el análisis de las controversias relativas a la responsabilidad del Estado se desplaza desde el comportamiento del actor hacia el patrimonio de la víctima. En consecuencia, el Estado es responsable ya no por la culpa –como ocurría con el régimen anterior–, sino por el daño antijurídico, entendido como aquel que la persona perjudicada no está en el deber de soportar por imperativo legal⁵.

Es por ello que en la actualidad el análisis en los procesos sobre responsabilidad del Estado se orienta a establecer la existencia del daño antijurídico, para trascender de la calificación de la conducta –dolosa o culposa, lícita o ilícita– y centrar la reflexión en la posición de la víctima (Esguerra 2004, 300-2), en el entendido que *“un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada –por imperativo explícito del ordenamiento– a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica”* (Gil 2011, 30)⁶. Una vez constatada la existencia del daño, conforme a la preceptiva constitucional, para el examen del caso litigioso el juez se dirigirá a establecer su imputación al Estado, es decir, procederá a determinar en cada caso concreto si es o no posible atribuir el

acontecimiento dañino al Estado. Sobre este particular, el Consejo de Estado explica que esta modalidad de análisis se justifica *“porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que el Juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público”*⁷.

La providencia aludida se fundamenta en las sentencias emitidas en los procesos acumulados 10948 y 11643 y número 11883⁸; en particular, esta última señala que *“...es indispensable, en primer término, determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto libera de toda responsabilidad al Estado...”*, y, *por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”*⁹ (negrilla fuera de texto).

2. TÍTULOS JURÍDICOS DE IMPUTACIÓN

Partiendo de elaboraciones de la Corte Suprema de Justicia desde el siglo XIX¹⁰, el Consejo de Estado vie-

⁵ “La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares”.

“Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo...”. Ponencia para segundo debate – Plenaria Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* No. 112 de 3 de julio de 1991, págs. 7 y 8, citado en la Aclaración de voto de la sentencia del 19 de septiembre de 2007. Radicación número 76001-23-31-000-1994-00916-01(16010), emitida por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Enrique Gil Botero. En igual sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-038 del 1º de febrero de 2006. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ El autor cita a Juan Legina. “La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos”. *Revista de la Administración Pública* (mayo-agosto 1980).

⁷ En la sentencia del 10 de septiembre de 1993. Expediente 6144. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, el Consejo de Estado precisó que “La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de la sentencia del 19 de septiembre de 2007. Radicación número 76001-23-31-000-1994-00916-01(16010). Consejero: Enrique Gil Botero. Remite a las sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 11135; 9 de marzo de 2000, exp. 11005; 16 de marzo de 2000, exp. 11890; y 18 de mayo de 2000, exp. 12129.

⁹ Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002. Expediente 12625. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, citada en la sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de la sentencia del 19 de septiembre de 2007. Radicación número 76001-23-31-000-1994-00916-01(16010). Consejero: Enrique Gil Botero.

¹⁰ Órgano judicial competente antes del 1º de agosto de 1965, fecha en la cual entró en vigencia el Decreto Ley 528 de 1964, que estipuló la competencia del Consejo de Estado para resolver los litigios en los que se ventilara la responsabilidad extracontractual del Estado.

ne concretando la atribución de responsabilidad en los denominados títulos jurídicos de imputación, entre los que destaca por su aplicación genérica la **Falla del Servicio** de cuño francés (Saavedra 2002, 104-231-2), en virtud de los cuales se explica la responsabilidad extracontractual como una especie de defectuoso funcionamiento del Estado¹¹. Igualmente, desde el año de 1947¹² se le ha imputado responsabilidad extracontractual al Estado, con fundamento en el título de **Daño Especial**, que se configura por una conducta que aunque es legal genera el rompimiento del principio de igualdad en su aspecto concreto de igualdad frente a las cargas públicas y que, en consecuencia, produce un daño antijurídico que merece ser indemnizado. Finalmente, la jurisdicción ha sustentado la imputación de responsabilidad en el título llamado **Riesgo Excepcional** aplicado por el Consejo de Estado en la sentencia del 2 de febrero de 1984¹³, bajo el entendido de que algunas actividades encaminadas al cumplimiento de los fines estatales pueden generar un riesgo grave y anormal que se materializa en el acaecimiento de un daño que debe ser indemnizado.

En cuanto a la fundamentación jurídica de la responsabilidad estatal, la incidencia de la jurisprudencia en la elaboración de sus elementos, en particular de los títulos jurídicos de imputación, ha sido decisiva por cuanto estos no se encuentran descritos en el ordenamiento jurídico colombiano¹⁴, de manera que ha sido el juez de lo contencioso administrativo quien se ha

encargado de nominar y explicar la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional¹⁵, así como establecer los casos en los que es o no es procedente la aplicación de uno de ellos, para dilucidar las pretensiones de quien persigue la compensación de un daño por la vía de la acción de reparación directa.

En el marco de las anteriores consideraciones, se revela que al decidir sobre las demandas interpuestas por responsabilidad extracontractual, el Consejo de Estado ha resuelto las pretensiones litigiosas originadas en daños ocasionados por actos terroristas haciendo consideraciones que por su variedad impiden evidenciar una sustentación determinada de los títulos jurídicos de imputación en los que se fundamenta la obligación estatal de reparar a las víctimas. Ejemplo de ello lo constituyen las providencias emanadas de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se indican a continuación:

- a) Sentencia de 20 de septiembre de 2001. Radicación número 13553. C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor: Martha Morales y otros. Demandado: nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional.

En esta providencia se acogió la **FALLA DEL SERVICIO** como título jurídico de imputación para atri-

¹¹ En estos procesos el juez contencioso toma en consideración el comportamiento de la víctima previo a la ocurrencia del daño, para establecer si conocía o no de su potencialidad, si había solicitado o no a las autoridades la adopción de medidas de protección, así como la respuesta de estas. No obstante, la solicitud de protección no siempre deriva en la declaratoria de responsabilidad estatal, puesto que hay eventos en los que se aplica la teoría de la relatividad de la falla, para ponderar las posibilidades reales con que contaba la autoridad pública para repeler la agresión y, de esta manera, evitar la estructuración del daño. Asimismo, le ha correspondido al juez contencioso valorar las circunstancias especiales de orden público que hacen previsible para las autoridades la ocurrencia de los actos terroristas, a fin de descartar la ruptura de la imprevisibilidad.

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 1947. Consejero Ponente: Gustavo A. Valbuena. Actor: El Siglo S.A. Demandado: *nación colombiana*. Número interno: 448.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Eduardo Suescún. Bogotá, D. E., 2 de febrero de 1984. Radicación número 2744. Actor: Enrique Mejía Ruiz.

¹⁴ Excepción hecha de los eventos consagrados en los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996, aplicables a la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del funcionamiento de la administración de Justicia.

¹⁵ Siguiendo al doctrinante Enrique Gil Botero, los títulos utilizados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en casos de actos terroristas han sido: la falla del servicio, la cual se define de manera genérica o amplia como el quebrantamiento de un contenido obligacional administrativo. También ha aplicado el riesgo excepcional, sistema inicialmente concebido por Erick Kaufmann y utilizado hoy en día para imputar responsabilidad en su dimensión general y no como un riesgo beneficioso, sino como un riesgo creado, para así englobar todos los eventos en los que la conducta estatal haya generado un riesgo. Finalmente, los casos de responsabilidad por actos terroristas y actos de guerra se han resuelto con la aplicación de la teoría del daño especial, que es una manifestación de responsabilidad sin falta basada en la equidad y la solidaridad, así como en el principio de igualdad frente a las cargas públicas. En la actualidad, en el Consejo de Estado se presenta una polémica en torno de la aplicación de la teoría del daño especial en los procesos de responsabilidad por actos terroristas y operaciones de guerra. Este sistema de responsabilidad fue aplicado por primera vez en el año 1947 en el caso del periódico *El Siglo* vs. la nación con amparo en autores de larga trayectoria como Teissier, Mayer, Tirard, Jesús, Michaud, Romano, etc., quienes la derivaron del gran principio básico del derecho administrativo moderno de *la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*, e igualmente se trajo a colación la obra del tratadista Carlos García Oviedo, editada en 1927, refiriéndose principalmente a “la responsabilidad de la Administración Pública” y dentro de ella a la “responsabilidad sin falta” y al “daño especial”. Enrique Gil Botero, *La responsabilidad extracontractual del Estado* (Colombia: Temis 2011, 280-1).

buir responsabilidad extracontractual al Estado por la muerte de un agente de la Policía Nacional como consecuencia de un ataque realizado por miembros del grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), para lo cual se consideró que “...con anterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos, los superiores del cabo segundo y de los agentes adscritos a la Subestación de Policía de El Calvario tenían conocimiento de que esta última se encontraba en una zona que presentaba graves alteraciones del orden público, por la presencia del grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, y por otra, que existía una alta posibilidad de que se produjeran ataques “terroristas” y, por lo tanto, que era necesario reemplazar las armas asignadas al personal adscrito a dicha subestación...” para concluir diciendo: “Así las cosas, es claro que [...], en su condición de agente asignado a la subestación mencionada, fue sometido a un riesgo excesivo e innecesario, por causa de una falla en la prestación del servicio de Policía...”. En consecuencia, se condenó a la Nación colombiana por concepto de: a) **perjuicios morales**, y b) **perjuicios materiales**, en la modalidad de lucro cesante.

Nótese que en el caso que acaba de exponerse, la fundamentación parte de considerar que se configuró un riesgo calificado como excesivo e innecesario; no obstante, se termina condenado con fundamento en el título genérico de Falla del Servicio, producida, justamente, por el sometimiento de la víctima a un riesgo que no estaba en el deber de soportar.

b) Sentencia del 18 de marzo de 2010. Radicado número 15.591. C.P: Enrique Gil Botero. Actor: Gloria Deisy Cardona y otros. Demandado: la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

En esta sentencia se decidió condenar a la Nación colombiana con fundamento en el título jurídico llamado **DAÑO ESPECIAL**, por la muerte de una persona derivada de un atentado terrorista perpetrado contra un convoy de la Policía Nacional. Aunque en esta oportunidad no se descarta la aplicación de otros títulos jurídicos de imputación en casos de actos terroristas, al estimar que el daño especial es un título jurídico de imputación subsidiario, “...la Sala, en la búsqueda de los contenidos materiales de justicia, de acuerdo con valores y principios consagrados en la Constitución Política que tiene como epicentro de la misma al ser humano, considera que en el caso de actos terroristas en

los que el objetivo del ataque es el Estado, debe aplicarse el título de imputación del daño especial para definir así la responsabilidad de la administración pública”. El análisis del caso lleva a esta alta corporación a calificar el daño como anormal y excepcional al constatar que los demandantes no tenían la obligación de soportarlo por cuanto se les impuso “... una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de la labor de mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza de policía”. Por lo tanto, se condena a la nación al pago de: a) **perjuicios morales**, y b) **perjuicios materiales**, en la modalidad de lucro cesante.

En esta ocasión, a diferencia del primer caso, se argumenta que el acto terrorista produjo desigualdad frente a las cargas públicas, generando para las víctimas un daño antijurídico que amerita reparación.

c) Sentencia del 18 de octubre de 2000. Radicación número 11834. C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor: Fabio Gutiérrez Botero y otros. Demandado: la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y Municipio de Medellín.

En esta decisión se condenó a la Nación colombiana con sustento en el título jurídico de imputación denominado **RIESGO EXCEPCIONAL**, por la detonación de una carga de dinamita contra un CAI (Centro de Atención Inmediata) que se encontraba a pocos metros de la propiedad de los demandantes. En este caso la Sala estimó que “...los moradores de los sectores aledaños a los ‘CAI’, como sucedió con los actores, quedaron expuestos a una situación de peligro de particular gravedad, que excedió notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que se derivan de la prestación de un servicio público”, precisando que “...Ese desequilibrio de las cargas públicas traducido en el riesgo excepcional a que se sometió a los actores y cuya concreción, es decir, el daño, no están en el deber jurídico de soportar, obliga a su restablecimiento a través de la indemnización”. En este fallo solo se condenó a la Nación colombiana al pago de **perjuicios morales**.

En esta oportunidad, aun cuando se argumenta que el daño antijurídico se constata por rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, el título jurídico de imputación aplicado es el riesgo excepcional al que fueron sometidas las víctimas por una conduc-

ta estatal cuyo objetivo era beneficiar a la comunidad con la prestación del servicio público de seguridad.

De otro lado, el significativo cambio que viene registrando la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado por virtud del artículo 90 constitucional permite constatar la aplicación de dos tesis distintas para efectos de concretar la imputación de la responsabilidad extracontractual en el Estado; es así como en algunas sentencias se sostiene que los elementos de la responsabilidad son: *a) la conducta; b) el daño antijurídico; y c) el nexo de causalidad*¹⁶, y en algunas aclaraciones de voto se precisa que, por virtud del artículo 90 constitucional, la responsabilidad surge a partir de: *a) la imputación, y b) el daño antijurídico*¹⁷. Aunque en ambas argumentaciones se encuentra presente el elemento imputación, en el primer esquema se advierte una separación entre las causas que originan el daño y la atribución de la responsabilidad; en cambio, en el segundo se evidencia que la imputación de responsabilidad trasciende el concepto de causa-efecto (empleado en las ciencias naturales), y se conjugan la imputación fáctica y la imputación jurídica. Si bien, en el marco de esta controversia, los denominados como títulos jurídicos de imputación (falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional o creado) se emplean en ambos esquemas, su fundamentación puede diferir en los casos de daños producidos por actos terroristas, puesto que si se aplica la primera tesis habría lugar a considerar que el nexo de causalidad no se estructura cuando el acto terrorista es cometido por sujetos ajenos al Estado. En contraste, la segunda tesis formulada abre la posibilidad para argumentar de manera consistente la imputación de los daños provocados por actos terroristas, perpetrados por actores sin vínculo alguno con el Estado, en consideración a la *posición* que este detenta como *garante* de la

efectividad de los principios y derechos constitucionales de los asociados.

Así, se constata que en el sistema jurídico colombiano la jurisprudencia cumple un papel protagónico para definir la atribución de responsabilidad estatal y, con ello, la reparación de las víctimas de daños ocasionados por actos terroristas. Sin embargo, el fundamento de aspectos tales como la definición de actos terroristas, el régimen de responsabilidad aplicable y el sistema de reparación integral aún no se ha consolidado en razón a que la respuesta del Estado ante este fenómeno no ha sido coherente con los principios y valores constitucionales del Estado social de derecho en perspectiva político-jurídica.

3. LA REPARACIÓN DE VÍCTIMAS

La necesidad de analizar el acto terrorista como fenómeno que “*crea un entorno que destruye el derecho de la población a vivir libre de temor*”¹⁸ generando zozobra social por la afectación física, psicológica, moral y económica que padecen los destinatarios de los actos, métodos y prácticas que, con fines de cualquier naturaleza (ideológicos, raciales, económicos, entre otros), constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, ha incentivado a la comunidad internacional en el escenario de Naciones Unidas a proponer la adopción de un marco jurídico global conformado por los tratados internacionales, el derecho consuetudinario y el derecho interno de cada Estado tendiente a “...*garantizar el reconocimiento y respeto universales y efectivos de los derechos de las víctimas de delitos y de abusos de poder*”, como lo señala en el preámbulo la “*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder*”, conocida internacionalmente como ‘*la Carta Magna de las Víctimas*’¹⁹. Fiel a estos propósitos, en su anexo esta declaración establece que las víctimas son aquellas personas que individual o colectivamente hayan padecido un daño –incluyendo las lesiones físicas, mentales, emocionales, las pérdidas financieras o el menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales– como efec-

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2002. Radicación número 05001-23-24-000-1993-0288-01 (13.818). Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número 76001-23-31-000-1994-02680-01(18940). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de la sentencia del 19 de septiembre de 2007. Radicación número 76001-23-31-000-1994-00916-01(16010). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de la sentencia del 26 de mayo de 2010. Radicación número 05001-23-26-000-1994-02405-01(18590). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁸ Resolución A/RES/50/186 (Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General, 1996).

¹⁹ Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco sobre Atención Institucional a las Víctimas del Terrorismo en Euskadi, Ararteko, 2009, <http://www.victimasdelterrorismomurcia.com/documentos/INFORME%20SOBRE%20TERRORISMO.pdf>, p. 58 (consultado el 30 de noviembre de 2012).

to de las acciones u omisiones que violen la legislación penal, incluida la que proscribe el abuso de poder. Además, precisa que la calidad de víctima no depende de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena del causante del daño ni del vínculo entre víctima y perpetrador, a la vez que reconoce como víctima a los familiares o personas que tengan relación inmediata con la víctima directa y a quienes hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima o al prevenir los hechos victimizantes. Así, esta declaración dota de elementos configurativos al concepto de víctima, para contribuir en la elaboración de las legislaciones y políticas públicas en cada Estado encaminadas a materializar los derechos de acceso a la justicia, el resarcimiento, la indemnización y la asistencia que deben garantizarse en honor a la dignidad humana.

Ahora bien, tal como lo indica el doctrinante Gil (2011, 286), el sistema de indemnización de víctimas puede estar contenido en regímenes legislativos especiales y de asistencia pública, de lo cual constituyen ejemplos el derecho español y el francés. En Colombia el sistema de asistencia pública se instauró mediante el Decreto 444 de 1993, emitido para adoptar medidas con la finalidad de impedir la extensión de los efectos de las perturbaciones del orden público y de la convivencia ciudadana causados con bombas y artefactos explosivos que afectaban indiscriminadamente a la población. El contenido de este decreto legislativo fue recogido en la Ley 104 de 1993, en la que se señalaron instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia. El título II de esta norma se refiere a la “**Atención a las víctimas de atentados terroristas**”, en concreto, su artículo 19 menciona el principio de solidaridad social y el daño sufrido por las víctimas como fundamentos para prescribir que estas recibirán asistencia humanitaria, es decir, la ayuda indispensable para atender los requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer sus derechos constitucionales, específicamente la ayuda en ‘asistencia en materia de salud’, ‘asistencia en materia de vivienda’, ‘asistencia en materia de crédito’, ‘asistencia en materia educativa’, bajo el entendido de que el **acto terrorista** es aquel cometido con bombas o artefactos explosivos y tomas guerrilleras que afecten en forma indiscriminada a la población. En todo caso, la norma precisa que dicha asistencia no implica reconocimiento por parte del Estado de la responsabilidad por los perjuicios derivados de actos terroristas.

La Ley 241 de 1995 prorrogó la vigencia de la Ley 104 de 1993 y, aunque reiteró el principio de solidaridad social y el daño especial como sustentos para la atención a las víctimas por **actos terroristas**, amplió su caracterización indicando que son víctimas las personas que sufren perjuicios por razón de atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos, ataques guerrilleros y combates que afecten en forma indistinta a la población y masacres realizadas de manera indiscriminada por motivos ideológicos o políticos en el marco del conflicto armado interno. Esta norma determina que si la víctima sufre una pérdida del 50 por ciento o más de su capacidad laboral, tiene derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, siempre y cuando carezca de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.

Posteriormente, la Ley 418 de 1997 derogó las leyes 104 de 1993 y 241 de 1995 y, con fundamento en el principio de solidaridad social y el daño especial sufrido por las víctimas, consagró en su título II la “Atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno” y dispuso que aquellas recibirían una asistencia humanitaria “en materia de salud”, “en materia de vivienda”, “en materia de crédito” y “en materia educativa”. Asimismo, reiteró lo establecido en la Ley 241 de 1995 sobre la posibilidad de otorgar a las víctimas una pensión mínima legal vigente, conforme a la Ley 100 de 1993, e igualmente señaló que la asistencia proporcionada por el Estado a las víctimas no implicaba reconocimiento de su responsabilidad por el **acto terrorista**. Mediante la Ley 548 de 1999 se prorrogó la vigencia de la norma en comento por tres años.

Más adelante, la Ley 782 de 2002 prorrogó la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999. Nuevamente con fundamento en el principio de solidaridad social y el daño especial sufrido por las víctimas, señaló que la víctima de la violencia política es aquella persona de la población civil que sufre perjuicios en su vida o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes por razón de **atentados terroristas**, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. También incluyó en este concepto a los desplazados en los términos del artículo 1º de la Ley 387 de 1997 y a toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades. Adicionalmente, dispuso que las víctimas, así determinadas, recibirán asistencia huma-

nitaria, entendida como la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos esenciales, a fin de satisfacer los derechos que hubieren sido menoscabados por los actos mencionados, e incluyó, al igual que las normas precedentes, el derecho al que pueden acceder las víctimas representado en una pensión mínima legal vigente.

Si bien la legislación hasta aquí reseñada se enfoca más hacia la caracterización del acto terrorista como suceso violento que altera la convivencia social debido a los métodos y prácticas empleados para infundir miedo en la población, es preciso resaltar que al inspirarse en **el principio de solidaridad** –que caracteriza el Estado social de derecho, conforme al artículo 1º Superior, y constituye motivación insoslayable de la normativa internacional sobre terrorismo²⁰– demuestra, como lo indica Ruiz (2011, 152), *el progresivo abandono del término ‘compasión’*, para, en su lugar, dotar de sentido de justicia a la responsabilidad del Estado y sensibilizar a la sociedad sobre el trato respetuoso y digno que merecen las víctimas y la necesidad de lograr un consenso sobre las consecuencias nefastas que conlleva el acto terrorista al vulnerar el núcleo esencial de los derechos humanos, de manera que se evite su consumación futura.

Es evidente, entonces, que para lograr la reparación de las víctimas es imprescindible complementar los métodos de asistencia social y ayuda humanitaria con acciones y medidas reales y efectivas para cada caso concreto –con enfoque diferencial–, a fin de “...*procurar no solo el puro resarcimiento económico, sino también el reconocimiento moral que se debe a las víctimas de actos terroristas, tratando de retrotraer la situación al momento anterior a la acción terrorista*” (Ruiz 2011, 148). En este aspecto constituyen pieza fundamental del sistema jurídico los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, emanado de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, en razón a que promueve la incorporación de normas internacionales de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento interno de cada Estado, lo cual en el caso colombiano es procedente

a través de la interpretación armónica de los artículos 4º, 93 y 94 de la Constitución Política, mediante el instrumento de hermenéutica jurídica denominado bloque de constitucionalidad²¹. Y aún más: en estos principios y directrices básicos se insta a los Estados a procurar su aplicación incluso de otro modo –distinto al mencionado–, lo cual conduce a deducir su carácter vinculante en los pronunciamientos jurisprudenciales que se emitan para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado y ordenar la reparación integral de las víctimas de actos terroristas, en consonancia con los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y Estado de derecho que este instrumento proclama.

La recepción en Colombia de estos principios y directrices básicos se constata con la reciente incorporación al sistema jurídico de la Ley 1448 de 2011, para establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas con alcance individual y colectivo concernientes a la ayuda humanitaria, la atención, asistencia y reparación de las personas que hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985 como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de graves y manifiestas violaciones a las normas internacionales de derechos humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado²². En efecto, respecto al tratamiento humanitario y digno que merecen las víctimas, los citados principios y directrices básicos señalan la necesidad de adoptar medidas que garanticen su seguridad, bienestar físico, psicológico y su intimidad, de manera que la reparación no genere un nuevo trauma; es decir, uno de sus objetivos consiste en evitar una segunda victimización.

Adicionalmente, la Ley 1448 de 2011 acoge el principio de justicia transicional para hacer a la víctima titular de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación, con el propósito de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible, lo cual no implica reconocimiento ni podrá presumirse o interpretarse como reconocimiento de responsabilidad del Estado de acuerdo con el artículo 90 constitucional,

²⁰ Resolución A/RES/50/186 (Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General, 1996).

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. Referencia: No L.A.T. -040. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y sentencia T-937 del 14 de diciembre de 2009. Referencia: T-2.367. 192. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

²² Ley 1448 (Colombia: Congreso de la República, 2011), artículos 1º, 2º y 3º.

ni tampoco otro tipo de responsabilidad para el Estado y sus agentes. Es más: el reconocimiento estatal de la calidad de víctima conforme a la ley en comento no podrá ser tenido en cuenta por ninguna autoridad judicial o disciplinaria como prueba de responsabilidad del Estado o sus agentes.

De otro lado, es preciso anotar que la Ley 1448 establece el trámite administrativo para obtener la reparación del daño, sin excluir la posibilidad de acudir a la vía judicial, al admitir que la persona reconocida como víctima y beneficiaria de las medidas de reparación en la vía administrativa además puede instaurar la acción de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el ánimo de obtener una declaración de responsabilidad contra la Nación colombiana y, en consecuencia, el reconocimiento que hiciera falta para alcanzar la reparación integral, circunstancia en la cual el juez deberá valorar y analizar los elementos que conformaron la reparación que a su favor haya ordenado la instancia administrativa, con el fin de materializar el carácter transicional de las medidas contempladas en esta normativa, que sin lugar a dudas se inspiran en los principios y directrices básicos que se han citado. De manera que el juez contencioso administrativo deberá aplicar el principio de reparación integral contenido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998²³, atendiendo estos elementos:

- Restitución: concretada en medidas para el restablecimiento de la situación anterior a las violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario.
- Indemnización: representada en las sumas de dinero que se determinen luego de efectuar la valoración del perjuicio.
- Rehabilitación: integrada por los planes y estrategias encaminados a restablecer las condiciones físicas y psicosociales de las víctimas mediante

acciones y programas jurídicos, médicos, psicológicos y sociales.

- Satisfacción: consistente en acciones que procuran restaurar la dignidad de la víctima y divulgar la verdad sobre lo ocurrido, con el ánimo de lograr el bienestar y contribuir a aliviar el dolor de la víctima.
- Garantía de no repetición: relativa a las actuaciones que buscan: a) prevenir las infracciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario; b) constatar las circunstancias en que ocurrió la violación; c) comunicar la verdad de lo ocurrido por canales de amplia difusión pública; y d) establecer estrategias de capacitación y pedagogía en materia de respeto a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, entre otras.

Es pertinente agregar que la integralidad de la reparación también comporta la garantía del derecho de participación de las víctimas y las organizaciones (asociaciones, fundaciones e instituciones sin ánimo de lucro), que se manifiesta principal pero no exclusivamente mediante el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y con la intervención de la víctima en el diseño o la adecuación de las políticas públicas, procedimientos administrativos y procesos judiciales que deban aplicarse para acercarla, en la mayor medida posible, al estado anterior a la ocurrencia del daño. Ello es esencial por cuanto *“La sociedad puede crear una ‘conspiración del silencio’, ante la cual las víctimas ven difícil compartir sus experiencias y secuelas”*. Es por esto que *“Debe hacerse todo lo posible para que las víctimas sientan el rechazo social e institucional de las amenazas, coacciones y/o atentados terroristas y para reafirmar su valía como ciudadanos. Tratar a las víctimas con el respeto y el reconocimiento debidos, respetando sus derechos, confirma a las víctimas dicho rechazo y la búsqueda de justicia”*²⁴. En este aspecto, la Ley 1448 de 2011, los decretos 4800 de 2011 y 1196 de 2012 determinan una estrategia para facilitar la labor conjunta entre las instituciones estatales, las organizaciones sociales y las víctimas denominada Mesas de Participación, las cuales se constituyen en espa-

²³ Esta norma aporta principios que aplicados en clave de bloque de constitucionalidad permiten al juez reconocer las diferentes dimensiones del daño sufrido por la víctima de actos terroristas. Su texto es como sigue: “Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

²⁴ Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco sobre Atención Institucional a las Víctimas del Terrorismo en Euskadi, Ararteko, 2009, <http://www.victimadelterrorismomurcia.com/documentos/INFORME%20SOBRE%20TERRORISMO.pdf>, p. 63 (consultado el 3 de diciembre de 2012).

cios de trabajo temático y de participación efectiva de las víctimas mediante el análisis, la discusión, retroalimentación y seguimiento de las garantías para la reparación.

Adicionalmente, la legislación y la jurisprudencia del Consejo de Estado han postulado como elemento de la reparación integral la llamada **reparación simbólica**, que integra actuaciones a favor de las víctimas –en su dimensión social– o de la comunidad en general, con el objetivo de conservar y recuperar la memoria histórica, evitar la repetición de los acontecimientos victimizantes, aceptar en acto público los hechos, solicitar perdón público y restablecer la dignidad de las víctimas, para así contribuir a los objetivos del sistema de reparación: **la reconciliación nacional y la paz duradera** como fines esenciales de los mecanismos resarcitorios.

Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno destacar que los cambios normativos registrados han ido abandonando la mención específica **al acto terrorista** como uno de los sucesos victimizantes que pueden dar lugar a la reparación integral. Es decir, **el acto terrorista** quedó sujeto a las interpretaciones que pueda llegar a plantear el operador jurídico en cada caso, sin que existan parámetros que permitan su identificación, por cuanto el concepto que se ha venido integrando es el de violación a los derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario en el marco del **conflicto armado**, situación frente a la cual tampoco existen lineamientos definidos, quedando así en un indeseable limbo la acreditación de la calidad de víctimas y la posibilidad de obtener una reparación integral cuando el **acto terrorista** se deriva de una acción delictual aislada del conflicto armado.

Además, las variadas posiciones jurídicas adoptadas por el Consejo de Estado para resolver demandas de responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas sugieren que **los fallos judiciales que condenan a la Nación colombiana por actos terroristas contienen fundamentaciones variables que, por lo tanto, no ofrecen seguridad a las víctimas de los daños producidos por tales eventos, respecto del título jurídico de imputación aplicable en esta especie de litigios**. En efecto, por considerar que la falla del servicio es el sistema de responsabilidad genérico, el Consejo de Estado ha preferido su aplicación, pero condicionada a que se pruebe en el curso del proceso que el hecho fue advertido a los organis-

mos del Estado encargados de dispensar la seguridad necesaria para evitar la ocurrencia del acto terrorista, toda vez que si no era previsible y resistible, no será procedente atribuir responsabilidad al Estado²⁵. Esto es, en casos en que se encuentren presentes dichas condiciones se hará improcedente la imputación de responsabilidad al Estado y, en tal sentido, quedará frustrada la posibilidad de la víctima de acceder a una reparación integral por los daños sufridos como consecuencia del acto terrorista. Por otra parte, y en casos excepcionales, el Consejo de Estado ha condenado a la Nación colombiana por actos terroristas, con fundamento en el título jurídico de imputación denominado daño especial, al verificar que la víctima quedó en una posición desigual frente a las cargas públicas. En otros eventos, el argumento utilizado para ordenar la reparación ha sido el riesgo excepcional, entendiéndolo, en algunos casos, que el acto terrorista aconteció en circunstancias que reportan algún beneficio al Estado (riesgo beneficio) y en otros procesos ha considerado que el Estado debe responder por haber desplegado una actividad riesgosa que ha puesto a la víctima en situación de desigualdad frente a las cargas públicas que debe asumir la generalidad de los asociados (riesgo creado).

CONCLUSIONES

1. Por su origen iusfilosófico, la responsabilidad estatal está inspirada en la dignidad humana, la igualdad, la equidad, la solidaridad, entre otros principios que deben guiar los comportamientos del Estado, y servir de sustento a la víctima de un daño para obtener no solo una indemnización (entendida como la suma de dinero otorgada a título de compensación), sino la reparación integral de sus derechos de contenido económico, así como aquellos que no admiten tasación pecuniaria, pero que son esenciales y fundamentales para su existencia como ser humano, y cuya finalidad es ayudar a la víctima a restablecer sus derechos individuales y sociales.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil tres (2003). Radicación número 14117 (0385). Actor: Pedro Alfonso García Ortigón y otros. Demandado: la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional. Referencia: sentencia (acción de reparación directa).

2. La finalidad de la responsabilidad es la protección de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario frente a los actos, métodos y prácticas que representan una grave amenaza para la convivencia mundial como son los actos terroristas. Es entonces un sistema que, inspirado por declaraciones, resoluciones, principios y directrices básicos de la Organización de las Naciones Unidas, debe convertirse en un marco jurídico global cuyo eje sea el reconocimiento y la reparación integral de las víctimas.
3. El principio de solidaridad implica que la responsabilidad del Estado en los ámbitos nacional e internacional comprende varios aspectos, a saber: **el social** (implica el reconocimiento de los derechos de las víctimas, su participación en el diseño y adecuación de las estrategias, planes y programas eficaces, reales y equitativos encaminados a lograr la reparación integral y a evitar una segunda victimización, así como la ocurrencia futura de hechos violatorios de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario), **el legislativo** (representado en normas y principios que permiten la imputación y consagran el deber de reparar el daño en sus dimensiones individuales y sociales), **el estatal** (alusivo a la organización de una estructura administrativa y judicial especializada que actúe conforme a los principios de responsabilidad y reparación integral, cuyo acceso y funcionamiento se garanticen en condiciones de igualdad, celeridad y efectividad) y **el jurisprudencial** (relativo al compromiso de las autoridades judiciales con la aplicación armónica de los principios y reglas nacionales e internacionales que garantizan la vigencia de los derechos humanos y la reparación integral de las víctimas).
4. Si bien en Colombia se registra un significativo avance en la integración de un marco legislativo para la protección de las víctimas que trascendió de la simple ayuda humanitaria y la asistencia pública hacia la reparación integral, aún persiste la necesidad de armonizar los títulos jurídicos de imputación empleados por la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, para decidir las pretensiones de las víctimas de daños ocasionados por actos terroristas, y condenar a la Nación colombiana por responsabilidad extracontractual, en razón a que han sido en ciertos

casos la falla del servicio, en algunos eventos el daño especial y en otros el riesgo excepcional. En otras palabras, es necesario evitar que tanto la víctima como el Estado se enfrenten a una incertidumbre, la primera frente a la defensa de sus derechos y el segundo respecto de los argumentos que debe esgrimir para ejercer su derecho constitucional de defensa.

BIBLIOGRAFÍA

- Ararteko. 2009. *Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco sobre Atención Institucional a las Víctimas del Terrorismo en Euskadi*. <http://www.victimasdelterrorismomurcia.com/documentos/IN-FORME%20SOBRE%20TERRORISMO.pdf>, pp. 51 y ss. (Consultado 30 de noviembre de 2012).
- Alexy, Robert. 2003. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández, Carlos y Jiménez, Francisco. 2005. *Terrorismo y derechos humanos: una aproximación desde el Derecho Internacional*. Madrid: Dykinson.
- Gozzi, Marie-Hélène y Laborde Jean-Paul. 2005. Les Nations Unies et le droit des victimes du terrorisme. *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 76 :275-298, <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2005-3.htm> (Consultado 30 de noviembre de 2012).
- Gil, Enrique. 2009. "El principio de reparación integral en Colombia a la luz del sistema interamericano de derechos humanos". *Revista Responsabilidad Civil y del Estado* (noviembre): 11-61.
- Gil, Enrique. 2011. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Giraldo, Jaime y otro. 2007. *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. Decimotercera Edición. Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Hernández, Alier y Franco, Catalina. 2007. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Kennedy, Duncan. 2005. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. 2ª reimpresión. Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Ost, François y Van de Kerchove, Michel. 2001. *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Colombia: Editorial Unibiblos.
- Pellegrino, Cosimina. "Derecho Administrativo y Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Su objeto: ¿pretensiones fundadas en el Derecho Administrativo?"

Revista 112 publicaciones jurídicas venezolanas. <http://www.zur2.com/fcjp/112/conten.htm> (Consultado 4 de febrero de 2012).

Ruiz G., José. 2011. "El derecho a la reparación integral de la víctima en la Ley de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Región de Murcia". *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* núm. 25 (diciembre):147-163. http://www.ehu.es/p200content/es/contenidos/informacion/eguzkilore_25/es_eguzki25/adjuntos/08-Ruiz.indd.pdf (consultado el 30 de noviembre de 2012).

Sabino, Carlos. 1992. *El proceso de investigación*. Venezuela: Editorial Panapo.

Saavedra, Ramiro. 2002. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. 2ª reimpresión. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Resolución A/RES/49/60. 1995. Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General.

Resolución A/RES/50/186. 1996. Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General.

Resolución A/RES/51/210. 1997. Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder. 1985. Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General.

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. 2005. Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General.

Constitución Política de Colombia. 1991. Colombia: Asamblea Nacional Constituyente.

Decreto-ley 528. 1964. Colombia: Presidencia de la República.

Ley 104. 1993. Colombia: Congreso de la República.

Ley 241. 1995. Colombia: Congreso de la República.

Ley 270. 1996. Colombia: Congreso de la República.

Ley 418. 1997. Colombia: Congreso de la República.

Ley 446. 1998. Colombia: Congreso de la República.

Ley 548. 1999. Colombia: Congreso de la República.

Ley 782. 2002. Colombia: Congreso de la República.

Ley 975. 2005. Colombia: Congreso de la República.

Ley 782. 2002. Colombia: Congreso de la República.

Ley 1448. 2011. Colombia: Congreso de la República.

Decreto 4800. 2011. Colombia: Presidencia de la República.

Decreto 1196. 2012. Colombia: Presidencia de la República.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 1947. Consejero Ponente: Gustavo A. Valbuena. Número interno: 448.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 diciembre 1949. Consejero Ponente: Pedro Gómez Parra.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 02 de febrero de 1984. Radicación número: 2744. Consejero Ponente: Eduardo Suescún.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Expediente 6144. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes.

Corte Constitucional. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. Referencia No LAT -040. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre de 2000. Radicación número: 11834. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Radicación número: 13553. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2002. Radicación número: 05001-23-24-000-1993-0288-01 (13.818). Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 04 de diciembre de 2002. Expediente 12625. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2003. Radicación número: 14117 (0385). Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Corte Constitucional. Sentencia C-038 del 1º de febrero de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de la sentencia del 19 de septiembre de 2007. Radicación número:

76001-23-31-000-1994-00916-01(16010). Consejero Enrique Gil Botero.

Corte Constitucional. Sentencia T-937 del 14 de diciembre de 2009. Referencia. T-2.367. 192. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Radicado número: 15.591. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de la sentencia del 26 de mayo de 2010. Radicación número: 05001-23-26-000-1994-02405-01(18590). Consejero Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 76001-23-31-000-1994-02680-01(18940). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

Estilo Chicago autor-fecha:

Ríos Tovar, Lucero. 2012. Responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas "Títulos jurídicos de imputación y reparación de víctimas". *Nova et Vetera* 21(65): 127-140.

Estilo APA:

Ríos Tovar, L. (2012). Responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas "Títulos jurídicos de imputación y reparación de víctimas". *Nova et Vetera*, 21 (65), 127-140.

Estilo MLA:

Ríos Tovar, Lucero. "Responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas "Títulos jurídicos de imputación y reparación de víctimas"." *Nova et Vetera* 21.65 (2012): 127-140.

información editorial

novaetvetera

revista de derechos humanos

CÓDIGO DE ÉTICA - AUTORES

Con el fin de propiciar una adecuada actuación de los autores y de garantizar que el proceso de arbitraje se desarrolle de la mejor forma posible, pedimos que se tengan en cuenta los siguientes aspectos, de notable importancia, antes de remitir un artículo a consideración:

1 Las revistas evaluarán artículos inéditos que correspondan en su contenido y estructura a las políticas señaladas por el Comité editorial. Si el autor o los autores postulan un trabajo ya publicado, total o parcialmente, su proceder será considerado poco ético.

2 Es responsabilidad del autor o los autores señalar y referenciar claramente cualquier fragmento que sea tomado de la obra de otro autor en la construcción de su trabajo. Si no se hace así, se considerará como plagio y el trabajo será descartado para publicación.

3 La selección y aprobación final de un artículo dependerá del concepto académico de los árbitros y de la disposición de los autores de realizar las modificaciones que se sugieran previa concertación con el

Editor de la revista y del tiempo que se estime necesario para efectuar los ajustes.

4 El proceso de arbitraje de las revistas es “ciego”, lo que implica que ni los autores, ni los árbitros conocerán entre sí sus identidades. Es responsabilidad del autor evitar cualquier alusión directa o indicio sobre su identidad dentro del cuerpo del texto.

5 Cuando el Comité editorial o el Editor lo estimen conveniente (p. ej., por lo especializado del tema del artículo), se podrá pedir al autor o a los autores que sugieran los nombres de tres posibles árbitros, máximo. En caso tal, se pide al autor o a los autores que actúen con total transparencia en su recomendación, evitando a aquellos candidatos que puedan identificar su identidad o que puedan presentar algún conflicto de intereses.

6 El proceso de evaluación exige que el autor o los autores no remitan de modo simultáneo su trabajo a otra revista mientras dure el arbitraje. Si los autores incurren en una doble postulación, su proceder será considerado poco ético.

7 El comité editorial se reserva el derecho de descartar la publicación de cualquier trabajo postulado, si considera que no corresponde a la naturaleza académica de las revistas o si los autores incurren en algún comportamiento indebido, como los descritos anteriormente.

Una vez se consideren los aspectos que hemos mencionado atrás, pedimos a los autores que estudien con detenimiento las siguientes pautas, en donde se describen algunas políticas editoriales y las normas para la presentación de los artículos.

POLÍTICAS EDITORIALES Y NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

TIPOS DE ARTÍCULOS

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

Nota. Estas categorías y sus respectivas definiciones fueron tomadas del Servicio Permanente de Indexación de Revistas CT+I Colombianas, en su “Documento soporte” publicado en el mes de agosto de 2006 (<http://scienti.colciencias.gov.co:8084/publindex/docs/informacion-Completa.pdf>)

NORMAS GENERALES DE PRESENTACIÓN

1. Al momento de realizar una postulación de un trabajo los autores deberán completar y firmar una “carta de compromiso” en la que se declara que el artículo no ha sido publicado y que no será puesto a consideración de otra re-

vista mientras permanezca en el arbitraje (por favor, descargue ese formato de carta de la página de la revista o solicítela al editor).

2. Para los artículos principales solo se reciben trabajos inéditos de autores con una formación de posgrado. No obstante, la revista contempla un espacio en el que se aceptarán postulaciones de estudiantes que deberán ir acompañados del concepto de un profesor.

3. La revista contemplará, ocasionalmente, la publicación de reseñas críticas inéditas sobre libros o artículos. Estos textos serán de carácter divulgativo y no deberán superar las 2000 palabras. La publicación de estas reseñas dependerá de su estructura, redacción y la pertinencia de su temática.

4. Todos los autores deberán remitir un archivo adicional con los datos completos de su formación académica, filiación institucional, correo electrónico (institucional y personal), dirección de correo ordinario, teléfonos de contacto y listado de publicaciones recientes.

5. Los artículos no deberán exceder las 10000 palabras, incluyendo resumen, palabras clave, tablas, gráficos, ilustraciones, referencias bibliográficas y demás anexos.

6. Los artículos deberán entregarse por correo electrónico, en archivo de MsWord, y las tablas, gráficas, ilustraciones o anexos deberán ir en un formato completamente editable (no en imagen). Si las tablas, gráficas o ilustraciones fueron elaboradas en un programa especial, deberá indicarse el programa y remitir en adjunto el archivo original en el que se crearon.

7. El resumen no debe superar las 250 palabras y no incluirá tablas, gráficas o ilustraciones y, en lo posible, tampoco

citas textuales ni referencias. No deberá coincidir con porciones completas tomadas literalmente del cuerpo del texto (p. ej. de la introducción o de las conclusiones). La estructura fundamental de su redacción deberá ser la de declarar inicialmente el propósito del artículo, luego, brevemente, describir el desarrollo que se le ha dado y finalizar con los hallazgos encontrados o con las repercusiones del estudio en cuestión. Este resumen deberá ir acompañado de un máximo de seis palabras clave, de acuerdo con la temática del artículo.

8. El resumen y las palabras clave serán entregados en el idioma original en el que fue escrito el artículo.

9. Todos los artículos serán asignados a dos pares académicos. En el caso de que se presenten conceptos conflictivos se pedirá la intervención de un tercer revisor o de los comités de la revista. El artículo será aceptado si tiene dos conceptos aprobatorios y luego de que sean incorporadas las modificaciones sugeridas. Una vez los autores remitan una versión modificada del trabajo se pedirá una verificación de los pares, en caso de que se considere necesario, antes de confirmar la aceptación final.

10. Para no afectar el proceso “ciego” de revisión, el autor o los autores se referirán en tercera persona a otros trabajos de su autoría previamente publicados. También se evitará una citación excesiva a trabajos propios, pues esto puede constituirse en un indicio de la identidad de los autores.

11. Todos los contenidos publicados en las revistas de la ESAP –Facultad de Investigaciones– pueden reproducirse parcialmente para fines académicos, realizando sin falta el reconocimiento del año, volumen y número de la edición en la que aparecieron publicados originalmente.

NORMAS DE CITACIÓN

Las revistas siguen el estilo de citación de Chicago, autor-fecha, en su 15a edición. Antes de remitir el artículo al proceso de arbitraje debe ajustarse completamente el texto y el listado de referencias a este estilo. A continuación presentamos algunos casos comunes propios del uso del estilo Chicago, autor-fecha:

Para citar un libro

Un autor

En el cuerpo del texto:
(Doniger 1999, 65)

En el listado de referencias:

Doniger, Wendy. 1999. *Splitting the difference*. Chicago: University of Chicago Press.

Dos autores

T: (Cowlshaw and Dunbar 2000, 104–7)

R: Cowlshaw, Guy, and Robin Dunbar. 2000. *Primate conservation biology*. Chicago: University of Chicago Press.

Cuatro o más autores

T: (Laumann et al. 1994, 262)

R: Laumann, Edward O., John H. Gagnon, Robert T. Michael, and Stuart Michaels. 1994. *The social organization of sexuality: Sexual practices in the United States*. Chicago: University of Chicago Press.

Para citar un capítulo u otra parte de un libro

T: (Wiese 2006, 101–2)

R: Wiese, Andrew. 2006. “The house I live in”: Race, class, and African American suburban dreams in the postwar United States. In *The new suburban history*, ed. Kevin M. Kruse and Thomas J. Sugrue, 99–119. Chicago: University of Chicago Press.

Para citar un artículo de una revista

Artículo de una revista impresa

T: (Smith 1998, 639)

R: Smith, John Maynard. 1998. The origin of altruism. *Nature* 393: 639–40.

Artículo de una revista electrónica

T: (Hlatky et al. 2002)

R: Hlatky, Mark A., Derek Boothroyd, Eric Vittinghoff, Penny Sharp, and Mary A. Whooley. 2002. Quality-of-life and depressive symptoms in postmenopausal women after receiving hormone therapy: Results from the Heart and Estrogen/Progestin Replacement Study (HERS) trial. *Journal of the American Medical Association* 287, no. 5 (February 6), <http://jama.ama-assn.org/issues/v287n5/rfull/joc10108.html#aainfo> (accessed January 7, 2004).

Para citar un artículo de periódico

T: (Niederkorn 2002)

R: Niederkorn, William S. 2002. A scholar recants on his “Shakespeare” discovery. *New York Times*, June 20, Arts section, Midwest edition.

Para citar una reseña

T: (Gorman 2002, 16)

R: Gorman, James. 2002. Endangered species. Review of *The last American man*, by Elizabeth.

Gilbert. *New York Times Book Review*, June 2.

Para citar una tesis

T: (Amundin 1991, 22–29, 35)

R: Amundin, M. 1991. Click repetition rate patterns in communicative sounds from the harbour porpoise, *Phocoena phocoena*. PhD diss., Stockholm University.

Para citar una ponencia

T: (Doyle 2002)

R: Doyle, Brian. 2002. Howling like dogs: Metaphorical language in Psalm 59. Paper presented at the annual international meeting for the Society of Biblical Literature, June 19–22, in Berlin, Germany.

Para una guía más completa de los diversos casos, recomendamos visitar la siguiente página web de donde se han tomado estos ejemplos:

http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html

Disclaimer. El contenido consignado en cada uno de los artículos es responsabilidad de los autores y no compromete de ninguna forma la opinión de los Editores, del Consejo editorial de las revistas, ni de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).

GUIA PARA OS AUTORES

PORTUGUÉS

Código de ética. Com o fim de propiciar uma adequada actuação dos autores e de garantir que o processo de arbitragem se desenvolva da melhor forma possível, pedimos que se tenham em conta os seguintes aspectos, de notável importância, antes de remeter um artigo à consideração da revista:

1 A revista unicamente considerará artigos inéditos que correspondam no seu conteúdo e estrutura às políticas assinaladas pelo comité editorial. Se o autor ou os autores apresentam à revista um trabalho já publicado, total ou parcialmente, o seu procedimento sera considerado como pouco ético.

2 É da responsabilidade do autor ou autores assinalar e referenciar claramente qualquer fragmento que seja tomado da obra de outro autor, na construção do seu trabalho. Se não procede assim, considerar-se-á como plágio e o trabalho não será considerado para publicação na revista.

3 A seleção e aprovação final de um artigo dependerá do parecer académico dos titulares convocados em cada caso e da disposição dos autores em realizar as modificações que se sugirem como necessárias,

dentro de um período conveniente de tempo que se estime necessário para efectuar os ajustes, em concertação com o Editor.

4 O processo de arbitragem da revista Administração & Desenvolvimento é “duplamente cego”, o que implica que nem os autores, nem os titulares académicos conhecerão entre si as suas identidades. Neste sentido, é da responsabilidade do autor evitar qualquer alusão directa ou indício sobre a sua identidade dentro do corpo do texto.

5 Contudo, quando o comité editorial ou o editor o considerem conveniente (por ex., pela especialização do tema do artigo), se poderá pedir ao autor ou aos autores que sugirem os nomes de, no máximo, três possíveis titulares académicos, sempre e quando, estes candidatos não conheçam uma versão anterior do documento ou tenham estado vinculados de alguma maneira ao processo de investigação em causa. Neste caso, pede-se ao autor ou aos autores que actuem com total transparência na sua recomendação, evitando aqueles candidatos que possam identificar a sua identidade ou que possam apresentar algum tipo de conflito de interesses.

6 O processo de avaliação exige uma política de exclusividade. Isto quer dizer que o autor ou os autores não poderão remeter de modo simultâneo o seu trabalho ou outra publicação enquanto esteja em processo de arbitragem na revista Administração & Desenvolvimento. Se os autores incorrerem numa dupla apresentação, o seu procedimento será considerado como pouco ético.

7 O comité editorial reserva-se o direito de negar a publicação de qualquer trabalho apresentado, se considera que não corresponde à natureza académica da revista ou se os autores incorrem nalgum comportamento indevido, como os descritos anteriormente.

Uma vez que se considerem os aspectos que mencionámos anteriormente, pedimos aos autores que estudem com atenção os seguintes parâmetros, onde se descrevem algumas políticas editoriais da revista e as normas para apresentação de artigos.

POLÍTICAS EDITORIAIS E NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

TIPOS DE ARTIGOS

A revista Administração & desenvolvimento está interessada principalmente na publicação de artigos que se possam classificar nas seguintes três categorias:

1. Artigo de investigação científica e tecnológica. Documento que apresenta, de maneira detalhada, os resultados originais de projetos terminados de investigação. A estrutura geralmente utilizada contém quatro partes importantes: introdução, metodologia, resultados e conclusões.

2. Artigo de reflexão. Documento que apresenta resultados de investigação terminada desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, sobre um tema específico, recorrendo a fontes originais.

3. Artigo de revisão. Documento resultado de uma investigação terminada onde se analisam, sistematizam e integram os resultados de investigações publicadas ou não publicadas, sobre um campo em ciência ou tecnologia, com o fim de dar conta dos avanços e das tendências de desenvolvimento. Caracteriza-se por apresentar uma cuidadosa revisão bibliográfica de pelo menos 50 referências.

Nota. Estas categorias e as suas respectivas definições foram tomadas do Serviço Permanente de Indexação de Revistas CT+I Colombianas, no seu “Documento suporte” publicado no mês de Agosto de 2006 (<http://scienti.colciencias.gov.co:8084/publindex/docs/informacioncompleta.pdf>)

NORMAS GERAIS DE APRESENTAÇÃO

1. No momento de proceder à apresentação de um trabalho o autor ou autores deverão preencher e assinar uma “carta de compromisso” na qual se declara que o artigo não foi publicado e que não

será posto à consideração de outra revista enquanto permaneça no processo de arbitragem (por favor, retire esse formato de carta da página da revista ou solicite-a ao editor).

2. Para os artigos principais só serão considerados os trabalhos inéditos de autores com uma formação mínima de pós-graduação. Contudo, a revista contempla um espaço estudantil na qual se aceitarão apresentações de trabalhos de estudantes, que deverão ir acompanhados do parecer de um professor.

3. A revista contemplará, ocasionalmente, a publicação de resenhas críticas inéditas sobre livros ou artigos. Estes textos serão de carácter divulgativo e não deverão superar as 2000 palavras. A publicação destas resenhas dependerá da decisão da direcção da revista, de acordo com a sua estrutura, a sua redacção e a pertinência da sua temática.

4. Todos os autores deverão remeter um arquivo adicional com os dados completos da sua formação académica, filiação institucional, correio electrónico (institucional e pessoal), direcção de correio ordinário, telefones de contacto e lista de publicações recentes.

5. Os artigos não deverão superar as 10000 palavras, incluindo resumo, palavras-chave, tabelas, gráficos, ilustrações, referências bibliográficas e demais anexos.

6. Os artigos deverão ser enviados unicamente por correio electrónico, em arquivo de MsWord, e as tabelas, gráficos, ilustrações ou anexos deverão ir num formato completamente editável (não em imagem). Se as tabelas, gráficos ou ilustrações forem elaboradas num programa especial, deverá indicar-se o programa e remeter em anexo o arquivo original em que foram criados.

7. O resumo não deve superar as 250 palavras e não incluirá tabelas, gráficos ou ilustrações e, no possível, também citações textuais ou referências. Não deve-

rá coincidir com frases completas tomadas literalmente do corpo do texto (por ex., da introdução ou das conclusões). A estrutura fundamental da sua redacção deverá ser a de declarar inicialmente o propósito do artigo, depois, brevemente, descrever o desenvolvimento que lhe foi dado e finalizar com as descobertas encontradas ou com as repercussões do estudo em questão. Este resumo deverá ir acompanhado de um máximo de seis palavras-chave de acordo com a temática do artigo.

8. O resumo e as palavras-chave serão entregues unicamente no idioma original em que foi escrito o artigo. A revista encarregar-se-á de que tradutores peritos proporcionem os demais resumos nos outros idiomas oficiais da revista, conforme for o caso.

9. Todos os artigos serão distribuídos a dois titulares académicos. No caso de se apresentarem pareceres conflitivos será pedida a intervenção de um terceiro árbitro. O artigo será aceite se tem dois pareceres aprovatórios e depois de serem incorporadas as modificações sugeridas. Após a remessa pelos autores de uma versão modificada do trabalho será pedida uma verificação aos titulares académicos, caso se considere necessário, antes de ser confirmada a aceitação final.

10. Para não afectar o processo “cego” de revisão, o autor ou os autores referir-se-ão em terceira pessoa a outros trabalhos de sua autoria previamente publicados. Também se evitará uma citação excessiva a trabalhos próprios, pois isto pode constituir-se num indício da identidade dos autores.

11. Todos os conteúdos publicados em Administração & Desenvolvimento podem ser reproduzidos parcialmente para fins académicos, realizando sem falta um reconhecimento do ano, volume e número em que apareceram publicados originalmente.

NORMAS DE CITAÇÃO

A revista *Administração & Desenvolvimento* segue o estilo de citação de Chicago, autor-data, na sua 15ª edição. Antes de remeter o artigo ao processo de arbitragem deve ajustar-se completamente o texto e a listagem de referências a este estilo. Seguidamente apresentamos alguns casos comuns próprios do uso do estilo Chicago, autor-data:

Para citar um livro

Um autor

No corpo do texto:
(Doniger 1999, 65)

Na listagem de referências:

Doniger, Wendy. 1999. *Splitting the difference*. Chicago: University of Chicago Press.

Dois autores

T: (Cowlshaw and Dunbar 2000, 104-7)

R: Cowlshaw, Guy, and Robin Dunbar. 2000. *Primate conservation biology*. Chicago: University of Chicago Press.

Quatro ou mais autores

T: (Laumann et al. 1994, 262)

R: Lauman, Edward O., John H. Gagnon, Robert T. Michael, and Stuart Michaels. 1994. *The social organization of sexuality: Sexual practices in the United States*. Chicago: University of Chicago Press.

Para citar um capítulo ou outra parte de um livro

T: (Wiese 2006, 101-2)

R: Wiese, Andrew. 2006. "The house I live in": Race, class, and African American Suburban dreams in the postwar United States. In *The new suburban history*, ed. Kevin M. Kruse and Thomas J. Sugrue, 99-119. Chicago: University of Chicago Press.

Para citar um artigo de uma revista

Artigo de uma revista impressa

T: (Smith 1998, 639)

R: Smith, John Maynard. 1998. The origin of altruism. *Nature* 393: 639-40

Artigo de uma revista electrónica

T: (Hlakty et al. 2002)

R: Hlakty, Mark A., Derek Boothroyd, Eric Vittinghoff, Penny Sharp, and Mary A. Whooley. 2002. Quality-of-life and depressive symptoms in postmenopausal women after receiving hormone therapy: Results from the Heart and Estrogen/Progestin Replacement Study (HERS) trial. *Journal of the American Medical Association* 287, no.5 (February 6), <http://jama.ama-assn.org/issues/v287n5/rfull/joc10108.html#aainfo> (accessed January 7, 2004).

Para citar um artigo de jornal

T: (Niederkorn 2002)

R: Niederkorn, William S. 2002. A scholar recants on his "Shakespeare" discovery. *New York Times*, June 20, Arts section, Midwest edition.

Para citar uma resenha

T: (Gorman 2002, 16)

R: Gorman, Janes. 2002. Endangered species, Review of *The last American man*, by Elizabeth Gilbert. *New York Times Book Review*, June 2.

Para citar uma tese

T: (Amundin 1991, 22-29, 35)

R: Amundin, M. 1991. Click repetition rate patterns in communicative sounds from the harbour porpoise, *Phocoena phocoena*. PhD diss., Stocholm University.

Para citar uma conferência

T: (Doyle 2002)

R: Doyle, Brian. 2002. Howling like dogs: Metaphorical language in Psalm 59. Paper presented at the annual international meeting for the Society of Biblical Literature, June 19-22, in Berlin, Germany.

Para um guião mais completo dos diversos casos, recomendamos visitar a seguinte página web donde foram tomados estes exemplos:

http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html

Disclaimer. O conteúdo descrito em cada artigo é da responsabilidade dos autores e não compromete de nenhuma forma a opinião dos Editores, do Comité editorial da revista nem da Escola Superior de Administração Pública (ESAP).

CODE OF ETHICS - AUTHORS

ENGLISH

In an attempt to ensure authors' fitting performance and guarantee that reviews are carried out in the best way possible, we would ask that the following important aspects be born in mind before submitting an article for being considered for publication in one of our journals:

1 The journals only consider unedited articles whose content and structure conform to the editorial committee's stated policy. If an author or authors present an already published (totally or partially) piece of work to the journals, then their behaviour will be considered to have been most unethical.

2 It is the author or authors' responsibility to clearly state and reference any fragment whatsoever which may have been taken from another author's work when constructing their own material. If this is not strictly complied with, then such usage will be considered to be plagiarism and the work submitted for publication will be rejected.

3 An article's selection and final approval will depend on the academic concept of the peers involved in each case and an author's willingness to make the modifications which may be suggested as being

necessary (within an opportune period of time), prior to agreement with the journal's editor regarding the time deemed necessary for making the adjustments.

4 The journals' peer-review process is "double blind", implying that neither the authors nor the peers will know each others' identities. It is the authors' responsibility to avoid any direct allusion to their identities or any indication concerning them within the body of the text.

5 When the editorial committee or the editor deem it necessary (e.g. due to the specialised nature of an article's topic), an author or the authors may be asked to suggest the names (a maximum of three) of possible academic peers, provided that such candidates are not familiar with a previous version of the document or have been involved in some way with the research from which the work has arisen. In this case, the author or authors will be asked to act with total transparency when making their recommendations, ensuring that such candidates' identities cannot be recognised and that any type of conflict of interest is avoided.

6 The evaluation process demands a policy of exclusivity; i.e. the author

or authors may not simultaneously remit their work to another publication whilst it is being peer-reviewed in ESAP's journals. If the authors engage in double presentation then their conduct will be considered as being extremely unethical.

7 The editorial committee reserves the right to reject the publication of any work put forward if it considers that it does not correspond to the journals' academic nature or if the authors have resorted to any type of undue conduct, such as that described above.

Once the aspects mentioned above have been considered, we would ask prospective authors to study the following guidelines in detail; they describe some editorial policies and standards for presenting articles.

EDITORIAL POLICY AND STANDARDS FOR PRESENTING ARTICLES

TYPES OF ARTICLE

The journals are interested in publishing articles which may be classified into the following three categories:

1. Research articles: this type of article presents detailed original results from research projects. Its structure has four important parts: introduction, methodology, results and conclusions.
2. Reflection articles: this type of article presents the results of research from an author's original source-based analytical, interpretative or critical perspective on a specific topic.
3. Review articles: this type of article must be the result of research analysing, systematising and integrating published or unpublished research results in a field of science and technology giving an account of advances and trends in R&D. It must give a careful bibliographic review having at least 50 references.

Please note: These categories and their respective definitions have been taken from the "support document" issued by the Servicio Permanente de Indexación de Revistas CT+I Colombianas, published during August 2006 (<http://scienti.colciencias.gov.co:8084/publindex/docs/informacionCompleta.pdf>)

GENERAL STANDARDS REGARDING HOW WORK SHOULD BE PRESENTED FOR CONSIDERATION

1. When putting work forward for consideration, the author or authors must complete and sign a "letter of commitment" declaring that the article has not already been published and will not be sent for consideration by any other

journal whilst it is being peer-reviewed (please download this form/letter from the journal's webpage or request one from the editor).

2. Regarding the main articles, only unedited work from authors having a minimum of postgraduate education will be considered. Nevertheless, the journal has a students' space in which it will accept work being put forward by students; such work must be accompanied by a teacher's opinion.

3. The journal will occasionally consider publishing unedited critical reviews of books or articles. These texts will be informative and must not exceed 2000 words. The publication of these reviews will depend on the decision of the journal's office according to their structure, how they have been written and the pertinence of the topic being dealt with.

4. All authors must remit an additional file containing complete data regarding their academic formation, institutional affiliations, e-mail (institutional and personal), ordinary mailing address, telephone numbers and a list of recent publications.

5. Articles must not exceed 10000 words, including the summary, keywords, tables, figures/plots, illustrations, bibliographic references and any other attachments.

6. Articles must only be sent by e-mail in an MsWord file; tables, figures, illustrations or attachments must be sent in a completely editable format (not as an image). If the tables, figures or illustrations have been prepared using a special programme, then the programme must be indicated and sent together with the original file with which it was created.

7. The summary must not exceed 250 words and must not include tables, figures or illustrations and, as far as possi-

ble, must not include textual citations or references. It must not coincide with complete portions taken literally from the body of the text (e.g. from the introduction or the conclusions). Its fundamental structure must be designed to initially state the article's purpose, then, briefly describe how it has been developed and end by giving the findings or the repercussions of the study in question. This summary must be accompanied by a maximum of six keywords, according to the topic being dealt with in the article.

8. The summary and keywords will be submitted in just the original language in which the article has been written.

9. All articles will be assigned to two academic peers. If conflicting opinions arise, then a third reviewer's intervention may be requested. An article will be accepted if it has received two approving opinions and after any suggested modifications have been incorporated into the text. Once the authors have submitted a modified version of the work, peer verification may be requested (if considered necessary) before final acceptance is confirmed.

10. The author or authors must refer in the third person to other works written by them which have been published previously so as not to affect the "blinding" review process. They must also avoid excessively citing their own work as this could lead to indicating an author's identity.

11. All content published in ESAP – Research Faculty journals may be partially reproduced for academic ends; however it must be ensured that the year, volume and number of the edition in which they were originally published is clearly acknowledged.

CITATION STANDARDS

The journals follow the author-date citation style of the Chicago Manual of Style (15th edition). The text and the list of references must be completely adjusted to this style before an article is submitted to peer-review. Some common cases pertaining to using the author-date Chicago style are given below:

Book

One author

T: (Doniger 1999, 65)

R: Doniger, Wendy. 1999. *Splitting the difference*. Chicago: University of Chicago Press.

Two authors

T: (Cowlshaw and Dunbar 2000, 104–7)

R: Cowlshaw, Guy, and Robin Dunbar. 2000. *Primate conservation biology*. Chicago: University of Chicago Press.

Four or more authors

T: (Laumann et al. 1994, 262)

R: Laumann, Edward O., John H. Gagnon, Robert T. Michael, and Stuart Michaels. 1994. *The social organization of sexuality: Sexual practices in the United States*. Chicago: University of Chicago Press.

Chapter or other part of a book

T: (Wiese 2006, 101–2)

R: Wiese, Andrew. 2006. "The house I live in": Race, class, and African American suburban dreams in the postwar United States. In *The new*

suburban history, ed. Kevin M. Kruse and Thomas J. Sugrue, 99–119. Chicago: University of Chicago Press.

Journal article

Article in a print journal

T: (Smith 1998, 639)

R: Smith, John Maynard. 1998. The origin of altruism. *Nature* 393: 639–40.

Article in an online journal

T: (Hlatky et al. 2002)

R: Hlatky, Mark A., Derek Boothroyd, Eric Vittinghoff, Penny Sharp, and Mary A. Whooley. 2002. Quality-of-life and depressive symptoms in postmenopausal women after receiving hormone therapy: Results from the Heart and Estrogen/Progestin Replacement Study (HERS) trial. *Journal of the American Medical Association* 287, no. 5 (February 6), <http://jama.ama-assn.org/issues/v287n5/rfull/joc10108.html#aainfo> (accessed January 7, 2004).

Newspaper article

T: (Niederkorn 2002)

R: Niederkorn, William S. 2002. A scholar recants on his "Shakespeare" discovery. *New York Times*, June 20, Arts section, Midwest edition.

Book review

T: (Gorman 2002, 16)

R: Gorman, James. 2002. Endangered species. Review of *The last American man*, by Elizabeth Gilbert. *New York Times Book Review*, June 2.

Thesis or dissertation

T: (Amundin 1991, 22–29, 35)

R: Amundin, M. 1991. Click repetition rate patterns in communicative sounds from the harbour porpoise, *Phocoena phocoena*. PhD diss., Stockholm University.

Paper presented at a meeting or conference

T: (Doyle 2002)

R: Doyle, Brian. 2002. Howling like dogs: Metaphorical language in Psalm 59. Paper presented at the annual international meeting for the Society of Biblical Literature, June 19–22, in Berlin, Germany.

Please visit the following web site to get more detailed information on the Chicago-Style citation:

http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html

Disclaimer. The contents and opinions expressed in them are the authors' responsibility and do not represent in any way the point of view of the Editors, the Editorial Board or the Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).

ISSN 0123-2614

novaetvetera

revista de derechos humanos

vol. **20** núm. **64**

ene./dic. 2011

TEMAS DE DERECHOS HUMANOS

- Globalización del derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos** 17
WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ
- Eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales en Colombia** 29
ERIC LEIVA RAMÍREZ, JENNY CAROLINA ARISTIZÁBAL PULGARÍN, JULIETH ANDREA MARTÍNEZ ACOSTA Y ANA LUCÍA MUÑOZ GONZÁLEZ
- Conflicto religioso en Colombia: entre el fundamentalismo, el laicismo y la cooperación interreligiosa** 43
RICHARD GAMBOA BEN-ELEAZAR
- Los textos escolares de historia del Perú: hechos iniciales de la invasión y conquista** 59
ÉLMER ROBLES ORTIZ
- Derechos fundamentales, igualdad y modernidad. Significados, paradigmas y críticas de su relación con la historia** 79
ROMÁN RODRÍGUEZ SALÓN
- Do discurso sobre a natureza e à natureza do discurso: um estudo de caso sobre a gestão das águas** 93
RODRIGO DE FREITAS ESPINOZA Y RODRIGO CONTANTE MARTINS

MIGRACIÓN Y TRATA DE PERSONAS

- ¿Cuál es el problema de la trata de personas? Revisión de las posturas teóricas desde las que se aborda la trata** 105
JOHANNA DEL PILAR CORTÉS NIETO, GLADYS ADRIANA BECERRA BARBOSA, LAURA SOFÍA LÓPEZ RODRÍGUEZ Y ROCÍO LILIANA QUINTERO
- La protección de los derechos humanos en el ámbito de las políticas contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual** 121
AGUSTINA IGLESIAS SKULJ
- Evolución y desarrollos normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes** 133
JOSÉ ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS
- Explotación sexual y violencia de género: un debate de derechos humanos** 151
MARTA TORRES FALCÓN
- La violación de los derechos humanos de los inmigrantes colombianos en España** 165
HENRY TORRES VÁSQUEZ Y ÓMAR HUERTAS DÍAZ
- Prostitutas sí. Desaparecidas no. Estudio empírico sobre percepciones de género en torno a la prostitución y la trata de mujeres para explotación sexual en Buenos Aires** 179
ROCÍO BELÉN OLIVA, MARIELA ELIZARI, CRISTINA ARNOLD, NANCY IOCCA Y MÓNICA EISENCHALS
- La trata de niños y niñas: estado de la situación actual** 195
ATRIA MIER Y SARA RODRÍGUEZ
- La Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica** 211
DULCE MARÍA SANTANA VEGA
- EU directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will in be effective?** 227
KATARZYNA GROMEK-BROC
- Las vías modernas de la servidumbre. Reflexiones sobre las migraciones y el medio ambiente** 239
JAIME MEJÍA GUTIÉRREZ

novaetvetera

revista de derechos humanos

En su composición se utilizaron caracteres NewsGoth y Caslon. Formato 21.5 x 28 cm, páginas interiores en bond de 90 g y carátula en propalcote de 300 g. Se imprimieron 1.200 ejemplares en diciembre de 2012 en los talleres gráficos de la Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, D. C..

