

ISSN 0120-1867
Estud. Derecho

ESTUDIOS DE DERECHO

DIRECTOR
Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA, SURAMÉRICA**

Año LXX —segunda época— Junio de 2013
Volumen LXX, N.^o 155

**ESTUDIOS DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

RECTOR
Alberto URIBE CORREA

DECANA
Clemencia URIBE RESTREPO

DIRECTOR/EDITOR
Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

COMITÉ EDITORIAL

María Cristina GÓMEZ ISAZA	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Unviersidad de Antioquia
Olga Lucía LOPERA QUIROZ	Magíster en Lingüística Directora Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad de Antioquia
Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de los Andes
Elena LARRAURI PIJOAN	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Barcelona
Juan Antonio GARCÍA AMADO	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

Santiago SASTRE ARIZA	Profesor de la Universidad de Castilla La Mancha - España
Carlos GAVIRIA DÍAZ	Ex magistrado Corte Constitucional Profesor universitario - Colombia
Nuria TERRIBAS	Directora del Institut Borja de Bioética Universitat Ramon Llull - España
Ricardo HOYOS DUQUE	Ex magistrado Consejo de Estado Profesor universitario - Colombia

ASISTENTES DE EDICIÓN

David Ignacio JARAMILLO GALEANO
Hernán LOPERA MORALES

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices y bases bibliográficas:

Publindex. Categoría B de Colciencias. Colombia

Lexbase. Colombia

Sociological Abstracts (Soc-Abs). Estados Unidos

GALE-CENGAGE Learning. Estados Unidos

International Bibliography of the Social Sciences (IBSS). Inglaterra

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE). México

Latindex. México

EBSCO Publishing. Estados Unidos

ProQuest Estados Unidos

SCIELO

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y se remita a ésta una copia de la publicación

Valor de la suscripción anual en el país: \$20.000

Valor del número sencillo en el país: \$10.000

Valor de la suscripción en el exterior: US\$30

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Diagramación, impresión y terminación: Imprenta Universidad de Antioquia.

Autor de obras en separatas

Jansel Figueroa Mena: Estudiante de Artes Plásticas, Unviersidad de Antioquia. Su trabajo ha sido expuesto en el Salón Departamental de Artes Visuales, Palacio de la Cultura Rafael Uribe Uribe en el año 2012 y 2010.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: Calle 67 No. 53-108, Bloque 14, Oficina 126

Teléfono: (574) 219 58 55. Fax: 219 58 59

Correo electrónico: rderecho@mitra.udea.edu.co

Página web:

<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php?journal=red&page=issue&op=current>

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Imprenta Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13

Correo electrónico: imprenta@quimbaya.udea.edu.co

MISIÓN

Publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que constituye su órgano académico oficial. Su misión radica en contribuir al debate de las ideas en torno a las disciplinas del derecho y la política al publicar artículos producto de investigación y reflexión en dichas áreas, elaborados por autores nacionales y extranjeros, previa selección del Comité Editorial y aprobación por los árbitros de la Revista. Está dirigida a los abogados, filósofos, politólogos y, en general, a los estudiosos de estos asuntos.



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza,
invicta en su fecundidad”

(Del Himno de la Universidad de Antioquia.
Letra de Édgar Poe Restrepo)

INSTRUCCIONES PARA QUIENES DESEEN PUBLICAR EN LA REVISTA ESTUDIOS DE DERECHO

CONVOCATORIA PERMANENTE

La Revista ESTUDIOS DE DERECHO, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, indexada en categoría B de Colciencias y perteneciente a las bases bibliográficas IBSS, Sociological Abstracts, CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest y Scielo, informa que a partir de ahora la convocatoria para la recepción de artículos estará permanentemente abierta, y recibirá textos que traten de cualquier tema relacionado con el Derecho y la Ciencia Política, desde cualquier perspectiva.

Se dará prioridad a los textos que sean fruto de investigaciones terminadas. Los artículos que pretendan ser publicados en la sección de Investigación, deberán indicar con precisión los datos de la investigación de la cual son fruto. Los artículos de investigación terminada que se recibirán serán sólo los que puedan ubicarse en una de las tres siguientes clasificaciones, de acuerdo a lo establecido por COLCIENCIAS:

1- *Artículo de investigación científica y tecnológica.* “Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones”.

2- *Artículo de reflexión.* “Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales”.

3- *Artículo de revisión.* “Documento resultado de una investigación terminada 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”.

Se recibirán también ensayos, comentarios a sentencias y reseñas bibliográficas. Todos los textos recibidos deben estar escritos en español, inglés, portugués, francés o italiano; no se contempla la publicación en otros idiomas.

A través de un sistema de evaluación anónima de árbitros, solamente se seleccionarán los artículos que se presenten para la sección de investigación. Estos, una vez recibidos por el sitio web de la revista, entrarán en un proceso de revisión (que puede seguirse por el autor a través del sitio web de la revista) compuesto por las siguientes fases: 1) Fase de pre-edición: se analizará,

en un periodo de no más de un mes calendario, el cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales, así como de la pertinencia temática con la Revista. Cumplido este procedimiento, los autores serán informados acerca de la superación o no de esta etapa. 2) Fase de selección por parte de árbitros: los textos aprobados en pre-edición serán enviados para su aprobación o no a algún miembro del equipo de árbitros de la revista, con anonimato respecto tanto al autor como al árbitro. Este proceso no tardará, en ningún caso, más de dos meses calendario. 3) Fase de edición e imprenta: los textos aprobados por los árbitros pasarán inmediatamente al proceso final de edición, diagramación e imprenta. Este proceso no tardará más de dos meses. El orden de publicación de los artículos de investigación, estará determinado de acuerdo con el momento en que cada texto supere la fase de pre-edición. Los demás artículos aprobados por los árbitros podrán ser incluidos en números posteriores previa aceptación del autor.

Los artículos deben hacerse llegar en medio magnético, a través del *Open Journal System* con el cual opera la revista. La forma de realizar el envío es el siguiente:

Ingresar al sitio web de la revista <http://revinut.udea.edu.co/index.php/red>, allí deberá registrarse, seleccionando al final del fichero la opción: “registrarse como autor”. Posteriormente, en la página de inicio ingrese en la opción autor, y allí seleccione la opción de comenzar un nuevo envío. Siga los cinco (5) pasos indicados en la página. También podrá hacer seguimiento de su artículo por este medio. Una guía con indicaciones más precisas y ejemplos la puede encontrar en el mismo sitio web.

Todos los textos enviados deberán cumplir con los criterios de estilo indicados por APA (American Psychological Association) en su sexta edición. A continuación se indican las principales instrucciones APA, 6 ed., a tener en cuenta:

CRITERIOS GENERALES:

El texto debe digitarse en letra tipo “Times New Roman”, tamaño 12, a espacio y medio, hoja tamaño carta, 2.5 cm de margen y con una extensión no mayor a 30 páginas en total, dos espacios después del punto final de una oración, y sangría (*Indent*) a 5 espacios en todos los párrafos. Además de ello, en cuanto a la utilización de tablas, cuadros y gráficos, estos deben “llamarse” previamente a su muestra, los cuales deben contener, según sea el caso, título y pie de imagen.

El texto debe tener en su estructura:

- Título (en español o en el idioma en el cual se presente el texto) con un asterisco al pie donde se indique la calidad del artículo: resultado de investigación (con todas las indicaciones que permitan identificar a la misma: Grupo de investigación, financiación, etc.), análisis de jurisprudencia, ensayo, opinión, etc.
- Nombre(s) y apellidos del autor(a), con un asterisco al pie donde se indiquen datos necesarios para reconocer los créditos, como son: nombre completo, número de teléfono y/o fax, correo electrónico, nombre de la institución en la que labora, cargo que desempeña, e información sobre el grado de escolaridad.

- Resumen, de no más de 200 palabras, y entre tres (3) y cinco (5) palabras clave, así como la traducción de los mismos al idioma inglés (*Abstract y Key Words*).
- Texto, que debe ceñirse a las indicaciones del sumario.
- Referencia bibliográfica: donde se incluyen cada uno de los documentos citados en el texto.

Al momento de citar en el texto, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

El apellido del autor y el año de publicación de la obra, así como la página citada, se incluyen en paréntesis dentro de la oración. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, pág. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis incluye sólo el año y la página. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011, pág. 3).

Si la obra tiene más de dos autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, mientras que las citas subsiguientes incluirán sólo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, pág. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, pág. 3).

Los textos legales (ley, decreto, resolución, etc.) y religiosos (Biblia, Corán, etc.) citados en la obra, así como las referencias a comunicaciones personales o entrevistas, se citan en el texto pero no se incluyen en la lista final de referencias bibliográficas.

La citación de documentos electrónicos debe incluir el DOI si éste lo tiene. No debe indicarse la fecha de consulta y debe figurar la URL del documento, sin punto al final.

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, deberá especificarse seguidamente, y entre paréntesis, el término completo al cual hace referencia. En lo sucesivo se escribe sólo la sigla o abreviatura correspondiente.

En forma general, y con especial cuidado al momento de la citación, debe utilizarse para tales efectos, comillas simples.

Al final del texto se incluirán las referencias bibliográficas, en donde sólo, se indicarán las fuentes que se usaron en el texto. Esto se presentará en orden alfabético; las obras de un mismo autor se ordenarán cronológicamente.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos del modo de indicar las referencias bibliográficas:

LIBRO:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.x>

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxxx

Apellidos, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

CAPÍTULO DE LIBRO COLECTIVO:

Apellidos, A. A. & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

ARTÍCULO DE REVISTA:

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (Fecha). Título del artículo. *Título de la publicación*, volumen (número), pp. xx-xx. doi: xx.xxxxxxx

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES:

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

TESIS:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.---). Nombre de la institución, Localización.

DOCUMENTO ELECTRÓNICO:

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01),1-27. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

SENTENCIAS NACIONALES:

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-230 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Consejo de Estado, Radicación 10009987765555, 5 de septiembre (2010)

SENTENCIAS INTERNACIONALES:

Nombre vs. Nombre, Dato identificador (Año)

PERIÓDICO:

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-quedo-de-reforma-tributaria>

DERECHOS DE REPRODUCCIÓN:

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente, salvo los textos que sólo hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación original).

La Revista Estudios de Derecho permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, siempre y cuando se cite la fuente y se haga llegar a la Revista una copia de la publicación.

Ante cualquier inquietud adicional, favor comunicarse con la Revista al siguiente correo electrónico: revistaestudiosdederecho@gmail.com

REVISTA ESTUDIOS DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Ciudad Universitaria: Calle 67 No 53 - 108, bloque 14. Medellín (Colombia)

Teléfono: (574) 219 58 55

Correos electrónicos: revistaestudiosdederecho@gmail.com

Página web: <http://revinut.udea.edu.co/index.php/red>



ÍNDICE

EDITORIAL

Raúl Humberto Ochoa Carvajal 17

La perspectiva jurídica del amor a la naturaleza y las cosas en Colombia

Gustavo Adolfo García Arango 19-39

Propiedad, posesión y literatura

Raúl Humberto Ochoa Carvajal 41-70

Irregularidad en la ocupación del suelo urbano en Medellín

sistematización de experiencias

Dany Granda Jaramillo
Juan Camilo Mejía Walker 71-102

Las “labores de inteligencia”. El concepto de despliegue

Óscar Rodas Villegas 103-128

Entre la esperanza y la frustración: luchas sociales

por un marco jurídico para la reparación en Colombia 2004-2011

Entre la esperanza y la frustración:

Luchas sociales por un marco jurídico para la reparación en Colombia 2004-2011

Gabriel Ignacio Gómez 129-154

Los conflictos de familia: ¿conflictos de autoestima?

Miguel Ángel Montoya Sánchez 155-171

Fundamentación trascendental y análisis lógico

en la obra de Robert Alexy

Esteban Buriticá Arango 173-200

Mecánica de la tentación. el delito, la culpa y la pena a partir de Cesare Beccaria	
<i>John Fredy Lenis Castaño</i>	201-222
La filosofía de Nicolás Maquiavelo y la religión	
<i>Julio Juan Ruiz</i>	223-234
Un acercamiento teórico a la mujer víctima-victimaria desde la transdisciplinariedad	
<i>Sandra Viviana Díaz Rincón</i>	235-260
Los conflictos en la Universidad de Antioquia: una lectura histórica y valorativa de los diferendos entre los estudiantes y la administración de la Universidad 1970- 2006	
<i>Jhon Byron Montoya G.</i>	261-284
Casos colombianos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudio a través de la teoría del derecho procesal	
<i>Julio César Cuastumal Madrid</i>	285-309
Las regiones frente a la justicia transicional	
<i>Jheison Torres Ávila</i>	311-338
La importancia de la apreciación judicial de los hechos en la imposición de una condena por daños punitivos	
<i>María Agustina Otalao</i>	339-355
Reseña	
Religion without god, Ronald Dworkin	
<i>Leonardo García Jaramillo</i>	359-363

EDITORIAL

EL PRÍNCIPE DE MAQUIAVELO EN SUS QUINIENTOS AÑOS

Nicolás Maquiavelo, hijo de un ilustre abogado, nació en Florencia en 1469 y falleció en 1527. Contemporáneo de ilustres italianos y florentinos como Lorenzo de Médicis, Leonardo Da Vinci, Miguel Ángel, Savonarola, César Borgia, Alejandro VI y Julio II. En su época, Florencia era el epicentro de la política italiana. Vivió dos momentos fundamentales en la política: el gobierno de Lorenzo de Médicis y la restauración de la República con Savonarola. Luego de la muerte en la hoguera de éste, Maquiavelo ingresa como empleado público en la secretaría de la segunda Cancillería de la República Florentina, en donde permaneció por 14 años, tiempo en el cual pudo vivir y analizar la estructura y funcionamiento del Estado en sus funciones internas y en las relaciones con otros Estados. Cuando sobrevino el cambio de régimen cayó en desgracia y se retiró a escribir sus obras, entre las cuales se destacan Los Discursos sobre la primera década de Tito Livio y El Príncipe. No olvidemos que además fue historiador, poeta y como comediante produjo la mejor obra en ese género en el Renacimiento: La mandrágora.

En 1513 terminó El Príncipe, la obra que lo hizo inmortal y la que más “fama e infamia” le ocasionó. En todas las épocas se han dado apologistas y detractores de ella. Su obra dio lugar al término maquiavelismo, como estilo de comportamiento político. En esta Revista, en el número 78, correspondiente a septiembre de 1970, hay dos excelentes artículos sobre Maquiavelo y El Príncipe; uno del anterior director, Doctor Benigno Mantilla, y otro del ilustre profesor Hernán Valencia Restrepo. Este último, después de analizar el maquiavelismo, dice que maquiavélicos fueron San Luis IX, Fernando El Católico, Alejandro VI, Enrique VIII, Cromwell, Carlos V, Lutero, Pablo III, Ignacio de Loyola, , Pablo V, Richelieu, Luis XIV, Napoleón, Comte, Marx, Nietzsche, Freud, Musolini, Hitler, Stalin, entre otros. Lástima que en su lista no aparezcan algunos personajes cercanos a nosotros.

A propósito de Napoleón, después de la derrota de Waterloo, en el coche en que se fugaba, le fueron encontrados entre algunos documentos y libros, un manuscrito de El Príncipe, lleno de anotaciones hechas por el emperador, que luego han servido a los editores que publican el texto de Maquiavelo con los comentarios de Napoleón.

Maquiavelo fue antecesor de Hobbes al señalar que en la sociedad priman las causas y los efectos productos de las pasiones. También de Comte cuando promueve el ser sobre el deber ser y al afirmar que lo que cuentan son los hechos concretos.

Fue el iniciador de la ciencia política moderna. Considerado el prosista más alto de su siglo. Su realismo, desprovisto de cualquier tinte moralista – aunque fue un hombre religioso, como se advierte en un artículo que en este número se publica-, lo lleva a proponer algunos consejos al Príncipe que aparecen como amORALES, pero que en el pensamiento de Maquiavelo se justifican por lo que se llaman “razones de estado”. En el capítulo XVIII aparecen estas ideas: “ Un Príncipe... ha de estar dispuesto a tomar el giro que el viento y las variaciones de la fortuna exijan de él, y, como expuse más arriba, a no apartarse del bien , mientras pueda, pero también a saber obrar en el mal cuando no queda otro recurso... ”. “ No hace falta que un príncipe posea todas las virtudes de que antes hice mención, pero conviene que aparente poseerlas... ”. “ Dedíquese, pues, el príncipe a superar las dificultades y a conservar su Estado. Si logra con acierto su fin se tendrán por honrosos los medios conducentes al mismo... ”.

Maquiavelo, como buen positivista, era un asiduo observador de los hechos y de las conductas de los hombres. Ese conocimiento lo llevó a expresar un concepto de ellos no negativo ni positivo; no pesimista ni optimista, tal vez real: “Los hombres son malos si la necesidad no los obliga a ser buenos”. Y esta otra sentencia dura pero igualmente real: “ ...Pero, en tal caso, ha de procurar ante todo, no incautarse de los bienes de la víctima, porque más pronto olvidan los hombres la muerte de sus parientes que la pérdida de su patrimonio”.

Se ha dicho que la política propuesta por Maquiavelo se guía por razones de conveniencia. Con miras a alcanzar los objetivos, no importan los métodos. Por eso dicha política y las razones de Estado formuladas por más de un gobernante, han ocasionado tanto dolor.

Estos quinientos años de El Príncipe, no pueden pasar inadvertidos para la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, precisamente en virtud de que su autor ha sido considerado el verdadero creador de la ciencia política. Sobre su aporte como analista de la política y su método, quiero citar a Francesco de Sanctis, quien en su obra Historia de la literatura italiana sostuvo: “El maquiavelismo, en lo que tiene de absoluto y sustancial, es el hombre considerado como un ser autónomo y que se basta a sí mismo, que tiene en su naturaleza sus fines y sus medios, las leyes de su desarrollo, de su grandeza y su decadencia como hombre y como sociedad. Sobre esta base surgen la historia, la política y todas las ciencias sociales...Este es el maquiavelismo como ciencia y como método. Ahí halla su base y su lenguaje el pensamiento moderno”.

RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL.

DIRECTOR.



Título: Sin Título

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensión: 100 x 100 cm

Año: 2011-2012

LA PERSPECTIVA JURÍDICA DEL AMOR A LA NATURALEZA Y LAS COSAS EN COLOMBIA*

* Artículo derivado de la investigación titulada “*El derecho al amor en el sistema jurídico colombiano*”. Terminada y aprobada 2011. Financiada por la Universidad Católica de Oriente, Grupo de Investigaciones Jurídicas. El autor fue el investigador.

Fecha de recepción: marzo 15 de 2013

Fecha de aprobación: abril 30 de 2013

LA PERSPECTIVA JURÍDICA DEL AMOR A LA NATURALEZA Y LAS COSAS EN COLOMBIA

*Gustavo Adolfo García Arango***

RESUMEN

El amor por la naturaleza y el amor por los animales se encuentran reconocidos en el Derecho positivo colombiano a través de diferentes normas y pronunciamiento judiciales. En igual sentido se encuentran menciones expresas en los sistemas jurídicos de otros países latinoamericanos, sobre todo desde la perspectiva educativa, cuando se hace alusión al amor a la naturaleza. En cuanto al amor a los animales, se encuentra viable dicho reconocimiento desde el Derecho, teniendo en cuenta la asimilación de ciertas especies con los humanos no racionales, el uso de la ficción jurídica y el reconocimiento de los lazos afectivos entre mascotas y personas. Por último se trabaja el amor a las cosas reconociendo el vínculo afectivo, la demostración de dicho lazo entre las cosas y las personas, y considerando los factores culturales. Como conclusión general se considera que el derecho al amor a la naturaleza se encuentra positivizado, especialmente en las últimas dos décadas y se proyecta un mayor reconocimiento expreso en la normatividad del continente.

Palabras clave: Amor a los animales, amor a las cosas, amor a la naturaleza, derecho al amor.

LEGAL PERSPECTIVE OF THE LOVE TO THE NATURE AND TO THE THINGS IN COLOMBIA

ABSTRACT

The love to the nature and love to the animals are recognized in the Colombian law through different rules and judicial pronouncements. Also mentioned in the standards of other countries in Latinoamérica, but the love to the nature from the education. It is legally possible to recognize the love to the animals thinking that the not rational human beings and the animals are similar, using the legal fiction and recognizing the affection between persons and animals. Finally develops the love of things recognizing the affective link, the demonstration of the relationship between things and the persons, and considering the cultural conditions. General conclusion: the love to the nature is in the rules, principally in the last two decades and a major growth is expected to issue rules in the topic on the continent.

Keywords: Love to the animals, love to the things, love to the nature, right to the love.

** Filósofo de la Universidad Pontificia Bolivariana; abogado de la Universidad de Antioquia; especialista en Derecho Privado y Magíster en Derecho, UPB. Abogado de la Secretaría de Educación de Medellín, docente Universidad de Antioquia, investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico: garcia.arango@yahoo.com.

LA PERSPECTIVA JURÍDICA DEL AMOR A LA NATURALEZA Y LAS COSAS EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

En la historia de la humanidad, la sociedad occidental ha ido reconociendo cada vez con mayor libertad la necesidad del afecto y las emociones, su expresión y su reconocimiento.

En un momento en el que la sociedad es muy compleja, individualizada y fragmentaria, y, consiguientemente, las grandes teorías explican poco, algunos han llegado a hablar de la desaparición de la sociología precisamente por eso el análisis de las emociones no solo permite conocer algo de la textura de nuestra vida cotidiana, sino que nos permite también ponerla en conexión con categorías clásicas del pensamiento social, así como con pautas de cambio social más generales, relativas a la transformación de las instituciones, y las perplejidades que esto genera. (Universidad de Navarra, 2010).

Al punto, los aspectos emocionales han ido ganando espacio hasta el hecho de considerar el bienestar emocional como parte de la misma justicia social.

Respecto de la justicia social, Martha Nussbaum hace una lista de 10 capacidades humanas básicas necesarias para una vida digna (desde el enfoque de las capacidades), entre las que se encuentran las emociones y lo expresa en los siguientes términos: “*Emociones. Poder mantener relaciones afectivas con personas y objetos distintos de nosotros mismos; poder amar a aquellos que nos aman y se preocupan por nosotros, y dolernos por su ausencia; en general, poder amar, penar, experimentar ansia, gratitud y enfado justificado.*” (2007: 88)

La filósofa del derecho, hace un reconocimiento especial a lo que es el punto de partida de una discusión sobre la posibilidad de amar las cosas, la naturaleza y lo que ella contiene. Pero los derechos, desde una perspectiva clásica, han estado en función de la propiedad, la libertad y la igualdad frente al Estado. Y la propiedad se ha reclamado frente a las cosas materiales, sean bienes muebles, bienes inmuebles, fungibles, no fungibles y su relación con el hombre se ha enmarcado desde el uso y el abuso (*ius abutendi*, que llegó a entenderse como el uso desproporcionado e irracional y limitado por la Corte Constitucional en la sentencia C-595/99 a partir del principio de solidaridad, de la función social y la función ecológica de la propiedad),

no desde el afecto y las emociones, como el caso de los animales que bajo la vista tradicional no tenían más derechos que los que le quisiera otorgar su propietario.

Así se desarrolló un Derecho que basó las relaciones entre el hombre y la naturaleza en función de la propiedad: animales destinados al cultivo o beneficio de una finca considerados inmuebles por destinación (art. 658 del Código Civil –C.C.), el dominio de las aguas (art. 677), la ocupación del animal bravío (art. 686-695), el dominio del animal doméstico (arts. 687, 697-698), la propiedad de los frutos naturales y productos de los animales (art. 716), el usufructo de ganados (art. 847), la responsabilidad civil por los daños causados por animal doméstico (art. 2353) o fiero (art. 2354), nada afectivo ni emocional, ninguna alusión al animal como compañero, amigo, como parte de un grupo.

No obstante, el aspecto emocional y la naturaleza, han ido tomando tanta fuerza desde lo social, que ha abierto su espacio dentro de lo político, tal como lo evidencia el Dr. Manuel Jiménez Sánchez en su obra “*El impacto político de los movimientos sociales*” (2005), haciendo referencia expresamente a los movimientos ambientales, y de algún modo influenciando el Derecho, en una avalancha de normatividad nacional e internacional y jurisprudencia que ha empezado a reconocer los sentimientos jurídicamente y a ser tomados como base para definir el derecho, presentándose un acercamiento de lo legal con las cosas propiamente humanas: el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, el derecho a expresar los sentimientos, el derecho al amor (Art. 44 de la Constitución Política de Colombia), el derecho a buscar la felicidad (Naciones Unidas, 2011), por ejemplo.

Siendo conscientes de este giro del Derecho hacia las cosas inherentes a la persona humana y destacando entre tantos elementos propios de la naturaleza del hombre el de los sentimientos y entre ellos el del amor, como problemática se identifica un vacío en cuanto no se ha realizado ninguna investigación jurídica que diera cuenta de la forma en que ha sido abordado por el Derecho el tema del amor a partir de la Constitución Política de 1991, utilizando como fuentes de estudio las normas, la jurisprudencia y la doctrina relacionada con el derecho al amor.

Respecto del aspecto metodológico, la investigación fue de corte documental y se realizó bajo el método cualitativo. Se basó en un rastreo bibliográfico en normas, jurisprudencia y doctrina, el cual se hizo usando como criterio de búsqueda el concepto “derecho al amor”, pero ante la escasez de resultados se amplió el margen de posibilidades de encontrar alguna referencia o alusión al tema con los términos amor, cariño, ternura, afecto, sentimiento. Se recurrió a las bibliotecas de las universidades más destacadas de la ciudad, así como bases de datos jurídicas y las páginas oficiales de las altas cortes. El soporte jurídico de normas y pronunciamientos judiciales sobre el amor en los distintos temas se amplió con 20 países

latinoamericanos, ofreciendo un panorama jurídico regional muy enriquecedor para la investigación, que a su vez aportó a la reflexión sobre la normatividad colombiana.

La búsqueda se realizó prioritariamente en las páginas oficiales del Poder Judicial de cada país o en su defecto en la página gubernativa de la Presidencia o el Poder Legislativo de cada uno, verificando en varias partes la respectiva vigencia, trabajo del cual se establecieron unos tópicos respecto del tema: las relaciones entre amor y Derecho, entre justicia y amor, el amor en las Constituciones de América Latina, el amor propio, el amor de pareja y de familia, el amor a la patria, a la profesión, a Dios y a la naturaleza, siempre desde la perspectiva jurídica. El presente artículo da cuenta del trabajo investigativo realizado de este último tópico: el derecho a amar la naturaleza.

Para estructurar una posición se optó por dos estrategias: entrevistas y unas encuestas. Se identificaron los temas más conflictivos dentro de la investigación relacionados con los bloques temáticos que requerían un conocimiento jurídico especializado y se les formuló preguntas sobre las temáticas más controversiales.

Las entrevistas se realizaron a docentes y directivos, profesionales especializados en derecho de la Universidad Católica de Oriente. Las encuestas se le realizaron a servidores públicos del Municipio de Medellín para lo cual se aprovechó un proyecto de formación de la Alcaldía denominado “*cierre de brechas*” donde se establecieron varios cursos especializados sobre las necesidades de formación detectadas por la Subsecretaría del Talento Humano. De los cursos ofrecidos se escogieron tres particulares por su contenido social: legislación social, políticas públicas sociales, derecho de la infancia y la adolescencia.

Dentro de la encuesta se consultó si se consideraba que era o debía ser un derecho en términos jurídicos, amar las cosas, la naturaleza o los animales. De las 23 encuestadas entregadas, 10 dijeron que sí y 13 que no. Quienes manifestaron que sí debía ser un derecho amar la naturaleza y los animales, argumentaron que puede permitirse por el derecho a la libertad de expresión; que las personas son seres holísticos y hacen parte del ambiente y complemento básico de la existencia; porque a medida que se ama todo alrededor este mismo amor se retribuye en cosas positivas para la vida; porque son fuente de paz y sensibilidad y está consagrado como derecho en la Ley 99 de 1993; por el derecho a la vida de todos los seres y al respeto por la misma; porque quien destruye lo creado se destruye a sí mismo.

Por otro lado, quienes manifestaron que no, justifican su negativa diciendo que hace parte de la libre determinación de los hombres; que el amor está por fuera de lo jurídico; que ya existen los derechos de tercera generación en donde se contempla el goce y protección del medio ambiente, además que el derecho a amar la naturaleza

implicaría una obligación de dar; que se pueden disponer de normas que obliguen a respetar y preservar la naturaleza, pero no puede imponer un sentimiento; y, que debe ser más un deber en cuanto al respeto.

Sobre el tema se desarrolló el amor por la naturaleza, el amor por los animales y las razones por las cuales sería jurídicamente viable reconocer este derecho; se trabajó la noción de sentimiento y emoción en los animales, la asimilación con los humanos no racionales, el uso y el reconocimiento del daño moral por la pérdida de una mascota. Por último se trabaja el amor por las cosas, desde lo jurídico.

1. EL AMOR POR LA NATURALEZA

La protección al medio ambiente puede ser vista desde varios intereses: desde una preocupación por la sostenibilidad económica, como inquietud respecto de la conservación de la vida humana, desde el aspecto de la salud y la salubridad pública; pero, también, por la conexión y el respeto por la vida en todas sus expresiones, que se manifiesta en el enorme y frágil sistema que es la naturaleza y que genera variadas reacciones positivas y negativas.

Pero el amor enfermizo puede dañar la propia esencia del mismo amor por la naturaleza, queja que, por ejemplo, presenta el filósofo Fernando Savater (2011) al señalar que

...los ecologistas sostienen que debemos preocuparnos del medio ambiente porque no podremos vivir y disfrutar si lo dañamos irremisiblemente. Estoy completamente de acuerdo, como puedes suponer. En cambio, los ecólatras basan su amor a la naturaleza en el odio a lo que representa la tradición humanista moderna: sostienen que el hombre no es más que un ser natural entre otros, que no tiene ningún derecho especial, que sus intereses culturales o tecnológicos no deben gozar de ningún privilegio sobre los intereses biológicos de cualquier otro ser del planeta. Los derechos humanos no son más importantes (¡ni siquiera para los humanos!) que los derechos animales o los derechos vegetales... Sinceramente, esta actitud me parece disparatada en el mejor de los casos y en el peor sospechosa: ¿sabías que muchos representantes de la llamada «ecología profunda» —lo que yo denomino «ecolatría»— mantienen vínculos con grupos neonazis o ultraderechistas? Después de todo, conviene no olvidar que las primeras leyes de protección de los animales y de la madre Tierra las promulgó durante los años treinta en Alemania un célebre vegetariano enemigo del tabaco llamado... Adolf Hitler. (p. 114, subrayas fuera de texto).

No obstante, hay otras miradas con una cosmovisión distinta y profunda. Para los indígenas, recurriendo como ejemplo a los argumentos sostenidos por el repre-

sentante de los resguardos Embera-Katío, Chidima-Tolo y Pescadito, el aspecto ambiental, el territorio más que un espacio es el lugar

...donde habitan los espíritus sabios y donde la misma naturaleza les ayuda a tomar las decisiones que orientan el rumbo de sus comunidades, razón por la cual hacen lo posible para conservarlo en su estado natural y no ahuyentar de allí toda su naturaleza mística, de la cual aún depende el soporte espiritual de sus comunidades. (T-129/11).

La Corte Constitucional colombiana desde sus inicios ha hecho un reconocimiento desde el Derecho de la necesidad universal de tomar acciones sobre las injustas agresiones a las que se ha visto sometido el medio ambiente en donde ha dejado claro que su cuidado es expresión de un amor, pero dicho sentimiento y tal expresión no pueden ser tomados como un amor ideal, metafísico, ilusorio, sino como la reacción, la actuación a un problema:

La protección al ambiente no es un “amor platónico hacia la madre naturaleza”, sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte (...) Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes. (T-411/92).

El amor por la naturaleza, y su impacto social, ha empezado a marcar una tendencia de reconocimiento desde el Derecho positivo colombiano, como puede observarse a través de pronunciamientos judiciales, pero además a partir de normas locales. Por ejemplo, el Concejo de Bogotá aprobó el Acuerdo 439 de 2010 por el cual se crea “*la estrategia Conoce la Naturaleza, Cuida tu Ambiente, con el propósito de estimular en los habitantes del Distrito Capital el amor por la naturaleza, el conocimiento de la botánica y el cuidado del ambiente.*” La mención al amor es expresa y da cuenta de la preocupación y la conciencia social que se viene presentando respecto de la actitud que el ser humano venía tomando frente a la naturaleza y el reclamo que comunidades indígenas y ambientales han venido haciendo a una sociedad enceguecida por las urbes y el consumo.

Pero no es la única norma latinoamericana con mención expresa en la normatividad sobre el amor a la naturaleza, porque esa conciencia y este amor real por la naturaleza expresado en la preocupación por su cuidado y protección, se ven reflejados en la Constitución Política del Ecuador (2008), que en el artículo 10 le da el carácter de sujeto de derechos a la naturaleza de la siguiente forma: “*Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los*

derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.” De esta forma, el Constituyente ecuatoriano ha dado un salto jurídico sustancial transmutando la naturaleza jurídica de la naturaleza de mera cosa a “sujeto” lo que le permite tener el reconocimiento de derechos.

Pero dicha cosa es posible por la cosmología que ha manejado el pueblo soberano de la República del Ecuador, entendiendo la naturaleza como la Pacha Mama, como la madre, como sujeto, como ser viviente, como ser complejo, como la dadora de vida. Su reconocimiento se hace desde el preámbulo de la misma Constitución, donde se le alaba, se le elogia: “*CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia*”. De ahí, se parte el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, que se concretan en el artículo 71:

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

En un precedente constitucional único en su especie en el mundo occidental, la Pacha Mama tiene particularmente reconocido el derecho a la restauración (arts. 71 y 72) y la naturaleza como sujeto de derechos tiene la posibilidad de ser defendida por todos las personas, las cuales tienen acceso al Estado para reclamar de este la protección de la Pacha Mama.

Dicha representación jurídica reflejada en la Constitución del Ecuador, nace de una profunda cultura ambiental, de un enorme sentimiento de comunicación, de pertenencia y preocupación que solo el reconocimiento de lo otro permite tener, y conocimiento del cual surge el amor, tal como lo expresa la cultura popular: “*el amor nace del conocimiento*” y “*no se ama lo que no se conoce*”.

Así, siendo clara la Corte Constitucional colombiana en que el amor por la naturaleza no puede ser un amor platónico sino que debe verse reflejado en la solución al problema ambiental (citado por la Corte en cuatro sentencia posteriores: T-025/94, C-595/10, C-703/10 y T-129/11), así como el Distrito Capital del país establece estrategias para estimular el amor por la naturaleza; así como la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce a la Naturaleza derechos, es posible afirmar que el amor a la naturaleza está abriendose espacio dentro del Derecho de algún modo a todos los niveles.

Pero junto con la normativa colombiana y ecuatoriana, la investigación arrojó la mención expresa del amor a la naturaleza en otros países del continente. Así, en los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra la Ley Estatal para la Protección a los Animales (1981) del Estado de Colima, que en su artículo primero declara que las normas de dicha ley son de interés público y tienen por objeto evitar el deterioro del medio ambiente, proteger y regular la vida y el crecimiento natural de las especies animales no nocivas, favorecer el uso racional de los animales domésticos, y “*fomentar la educación ecológica y el amor a la naturaleza*”. En este mismo sentido se expresa la Ley de Protección a los Animales Domésticos del Estado de Baja California (1997) en el artículo primero, y la Ley de Protección a los Animales (1982) del Estado de Jalisco, que en el artículo primero es más contundente al señalar que dichas normas tienen por objeto “*fomentar la educación ecológica y el amor a la naturaleza en lo que se refiere a las especies animales*”; así, como puede observarse, la norma mexicana que data de 1982 hace alusión al amor a los animales como parte del amor a la naturaleza, siendo una visión adelantada para su época en tanto que positivizó la obligación de educar en el amor a la naturaleza y a los animales, siendo esta la norma más antigua encontrada en Latinoamérica.

Venezuela tampoco escapa a considerar dentro de los normas el amor a la naturaleza. Para el caso, en el Municipio de Chacao del Estado de Miranda, se sancionó la Ordenanza Nro. 002-03, Sobre Espectáculos Públicos y Diversiones (2003), que en el artículo 47 señala que “*se considera espectáculo de libre exhibición para todo público (...) c) Los que despiertan el amor a la naturaleza, a la familia, a la patria y a la humanidad.*” Replicando esta norma se encuentra el artículo 65 de la Ordenanza Sobre Diversiones y Espectáculos Públicos del Municipio de Mariño (1996) en el Estado Nueva Esparta y el artículo 63 “*Reforma de la Ordenanza de Impuesto Sobre Diversiones y Espectáculos Públicos*” (2008) del Distrito Metropolitano de Caracas.

Por otro lado, Bolivia cuenta con el Decreto Supremo 23950 Reglamento sobre Organización Curricular (1995) que en el artículo 22 sobre los objetivos de la educación pre-escolar prescribe:

“*1. Incentivar en el niño el desarrollo de la autoestima y de la identidad propia, el trabajo y la convivencia grupal, la solidaridad y la cooperación, la valoración de lo propio y el respeto a los demás, la sensibilización, comprensión y valoración de todo tipo de diferencias y el amor a la naturaleza.*”
(Subraya fuera de texto).

Esta norma, al igual que la mexicana, contiene más que un derecho una obligación desde el enfoque educativo, no tanto desde la perspectiva de derechos y menos como

derecho de la naturaleza. Pero al menos, el amor a la naturaleza sí se consagra como deber en cuanto debe fomentarse, incentivarse y educarse en dicho sentimiento.

2. AMOR POR LOS ANIMALES

Y dentro de la naturaleza, los animales ocupan un espacio destacado, aunque han estado bajo la perspectiva jurídica de la posesión o tenencia por parte de las personas por las siguientes razones: por diversión, por protección, por sustento, como mercancía, como decoración y como compañía.

Bajo la anterior observación, el derecho al amor a los animales sólo operaría para el caso de los animales de compañía por la carga emocional, afectiva que comporta, cosa que no sucede con los animales que tienen otras funciones como mercancía, diversión o decoración.

La posibilidad de querer profundamente a un animal no tiene que discutirse demasiado, la experiencia humana así lo confirma; por esta verdad de carácter humano y social, es que se encuentra que en Perú, el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Jesús María, con base en recomendación de la Gerencia de Desarrollo Humano y en la Ley de Protección a los Animales Domésticos, institucionaliza el “*día de la mascota*” a través del Decreto 013-2009-MDJM del 24 de septiembre de 2009, donde se busca “*sensibilizar a la población en el cariño y respeto a los animales*”, como se declara en los considerandos de dicho decreto distrital y que estipula en su artículo primero “*establecer la declaratoria del ‘Día de la Mascota y el amor a los animales’ y fomentar campañas Vecinales en beneficio de la calidad de vida de las mascotas, sensibilizar a la población en el cariño y respeto a los animales y contribuir a la formación de una conducta cívica y de sana convivencia.*” Así, el cariño y el amor a los animales aparece de nuevo positivizado una norma jurídica en otro país latinoamericano.

Y en la misma orientación, en la investigación se encontró que en Colombia existen tres normas locales con referencia en igual sentido: el Decreto local 0005 de febrero de 2001 “*Por el cual se crea la Junta Defensora de Animales de la Localidad de Bosa*” en el Distrito Capital, el Decreto Local 001 de 2000 que crea la Junta Defensora de la Localidad de Chapinero y el Decreto 051 de febrero de 2012 del Municipio de Corozal en el Departamento de Sucre, todas tres, en sus respectivos considerandos contemplan como obligación de las Juntas Defensoras de Animales “*promover campañas educativas y culturales tendientes a despertar el espíritu de amor a los animales útiles al hombre y evitar los actos de crueldad, el maltrato y su abandono injustificado.*” Así, se unen estas, a las demás normas latinoamericanas que hacen expresa alusión al amor a la naturaleza desde la perspectiva educativa.

Pero de hecho, la Corte Constitucional colombiana es más contundente en lo jurídico y reconoce expresamente el vínculo existente entre las personas y los animales de casa: “*la Corte ha advertido que los animales domésticos cumplen de hecho, funciones importantísimas en los planos individual y social, que son reconocidas a nivel jurídico y que justifican su protección a través de la acción de tutela.*” (T-760/07). La discusión real se plantea desde la posibilidad de reconocer ese amor desde el Derecho, en donde se enfrentan las posiciones jurídicas sobre el reconocimiento de los animales como objeto-sujeto de derechos.

Sin embargo, las posiciones van a los extremos. Norbert Brieskorn (1993) señala que no es posible reconocer el derecho a los animales toda vez que el derecho es una relación entre iguales, entre seres libres y los animales al carecer de libertad no pueden relacionarse con los hombres que sí son sujetos libres. Y la desigualdad entre hombres y animales también se expresa desde la dignidad; Brieskorn se pregunta si habrá otros sujetos jurídicos fuera de los hombres, “*¿la naturaleza? I) Unas relaciones jurídicas no se dan con aquello que no iguala al hombre en dignidad, por carecer de razón y de voluntad racional.*” (1993: 69). La racionalidad y la voluntad la expresa en términos de prohibición y obediencia, bajo una forma bastante curiosa lo ilustra de la siguiente manera:

Mientras que los perros no se relacionen el cartel “prohibida la entrada de perros” consigo mismos ni lo identifiquen como una prohibición -prescindiendo que les fuera posible su obediencia o su casual cumplimiento-, no hay motivo ni posibilidad alguna de reconocerles derechos y deberes. (1993: 69).

En la dirección opuesta, Martha Nussbaum encuentra el trato respetuoso con los animales como un acto, más que jurídico, de justicia. Específicamente, respeto de la justicia para los animales no humanos y la negociación de un contrato social que implique obligaciones de justicia para ellos en tanto no comparten con los hombres la racionalidad y la dignidad. La autora manifiesta que se puede hacer una crítica “*reconociendo el alcance de la inteligencia de muchos animales no humanos y rechazando la idea de que sólo quienes pueden suscribir un contrato como (más o menos) iguales pueden ser los sujetos primordiales y no derivativos de una teoría de la justicia.*” (2007: 323).

Respecto de la teoría de la cooperación social, en contraposición al contractualismo, la autora explica que “*implica una serie de obligaciones de justicia directas hacia los animales; no hace que estas deriven de los deberes que tenemos para con nuestros congéneres humanos ni las interpreta anteriores a estos. Trata a los animales como sujetos y agentes y no como simples objetos de compasión.*” (2007: 346-347).

Pero también se reconocen sus derechos al nivel de su propia naturaleza, como lo manifiesta el profesor Francisco Querol (2000) al señalar que Krause reconoce que,

“...si existen ciertos derechos que hay que observar en relación con los animales, estos emanan directamente de la propia condición de los animales. No son una consecuencia de la relación con el hombre, como único sujeto de derecho, tal y como proponía Kant o Fichte. Todo lo contrario, estos derechos del animal nacen de su propia esencia. Y como ya hemos visto, sus derechos se deducen de la misma necesidad que impone la realización de su condición animal: el sistema de condiciones de posibilidad para su desarrollo como animales.” (p. 204-205)

Los animales no son simples cosas y debe entenderse que son seres complejos, dotados de movimiento autónomo y algunos con claras expresiones de sentimientos así sean simples como la rabia, el miedo, la alegría o los celos (Darwin, 2009; Nussbaum, 2006: 38).

“Si apreciáramos en los animales la riqueza, la complejidad suficientes, podríamos, después de todo, considerar perfectamente plausible (al menos, como una hipótesis esclarecedora) la idea de un pacto social que los incluyera también a ellos.” (Nussbaum, 2007: 328).

Alguna vez, en una prestigiosa universidad colombiana, una reconocida constitucionalista en un curso de postgrado manifestó, respecto de los derechos de los animales, que no se veía siendo procesada por pisar una cucaracha. A ello se responde en palabras de Martha Naussbaum: *“casi todos los enfoques éticos de los derechos de los animales sostienen la existencia de distinciones moralmente relevantes entre formas de vida diferente. Matar a un mosquito no supone el mismo daño que matar a un chimpancé”* (2007, 353).

El reconocimiento del afecto no sería a este punto general, los animales tienen varios grados de complejidad no sólo orgánico sino cerebral y es absolutamente innegable la existencia de vida, su capacidad de relación, cierto grado de inteligencia y de emociones (rabia, miedo, alegría) en los mamíferos. Su capacidad de brindar compañía y servir en los procesos de madurez afectiva de niños, adultos y ancianos.

3. ¿POR QUÉ SERÍA JURÍDICAMENTE VIABLE RECONOCER EL DERECHO DEL AMOR A LOS ANIMALES?

3.1. LA NOCIÓN DE SENTIMIENTO Y EMOCIÓN EN LOS ANIMALES.

Y es que si se entendiera en plenitud que, aunque no todas las especies, pero sí algunas de ellas, son susceptibles de emoción y dolor, y teniendo en cuenta el carácter gratuito del amor a los demás, la conciencia del hombre por la naturaleza, su reconocimiento

y aceptación de dependencia; la capacidad de compañía, afecto, lealtad y demás sentimientos que despiertan los animales se podría aceptar dentro del contrato social, el reconocimiento y el respeto por unos derechos mínimos de los animales que nos haga más humanos y sensibles, además de coherentes y hasta misericordiosos.

Si bien no ha habido una expresa referencia del amor a los animales en el derecho colombiano, sí se ha regulado todo lo relacionado con el dolor, el cual no deja de llevar en su acción un contenido emocional-afectivo de cariño y ternura. La Ley 84 de 1989, “*Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo concerniente a su procedimiento y competencia*”, demuestra claramente, sin lugar a dudas ni vacilaciones, que la finalidad de la norma gira alrededor de la prevención del dolor en los animales: “*A partir de la promulgación de la presente Ley, los animales tendrán en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre*” (Art. 1). “*Las disposiciones de la presente Ley, tienen por objeto: a. Prevenir y tratar el dolor y el sufrimiento de los animales...*” (Art. 2); “*Toda persona está obligada a respetar y abstenerse de causar daño o lesión a cualquier animal. Igualmente de denunciar todo acto de crueldad cometido por terceros del que tenga conocimiento*” (Art. 4).

Así como el Legislador colombiano pudo hacer una proyección de los sentimientos humanos hacia los animales y reconocerles un trato bajo niveles de dignidad y respeto en lo relacionado con el dolor, así mismo puede hacer la proyección con un antagónico: el amor.

Y es que el legislador ha entendido el sentimiento de piedad y solidaridad con el dolor de los otros incluyendo los animales y ha permitido acabar con el sufrimiento injustificado, fruto del obrar moralmente reprochable del hombre frente a los demás y el medio ambiente. Proyectando los sentimientos humanos, se ha entendido que la existencia en medio de terribles dolores se constituye en una existencia indigna para todos, animales racionales o no.
(García Arango, 2008: 7).

De ello se deriva que, si una ley puede reconocer la obligación para los ciudadanos de no producir el dolor en los animales, la consabida teoría jurídica reconoce que al deber le contrapone un derecho, que para el caso sería el de no sentir dolor por parte del sujeto-objeto, que es el sujeto pasivo de la relación hombre-animal. La acción se considera de justicia: “... *el énfasis del utilitarismo en la sensibilidad que une a los hermanos con todos los demás animales y en la maldad del dolor; son puntos de partida particularmente atractivo a la hora de considerar cuestiones de justicia con respecto a los animales*” (Naussbaum, 2007: 334). Y así como hay un reconocimiento del “no dolor”, puede haberlo para un “sí amor”.

3.2. LA ASIMILACIÓN CON LOS HUMANOS NO RACIONALES

Frente a la argumentación de la racionalidad para no reconocer derechos a los animales, podría contraponerse la asimilación de los animales con los humanos no racionales, que disfrutan igualmente de derechos aunque no sean racionales, situación que es posible, porque según la posición que se asuma respecto de la persona humana, si se le puede brindar protección y amor a un no nacido o a un nasciturus que no posee más que potencialidad en su racionalidad, al anencefálico o incluso a la persona en estado de coma y que al no discriminar el bien del mal aun así se les considera sujetos de derechos, ¿cómo no es posible hacer dicho reconocimiento al menos a las especies vertebradas y mamíferos en general?

3.3. EL USO DE LA FICCIÓN JURÍDICA

Otra alternativa jurídica para el reconocimiento del derecho al amor en relación con los animales, sería el de la ficción jurídica. Si una persona jurídica, que materialmente no existe, que no posee un cuerpo físico, que no posee vínculos afectivos ni familiares, que no es susceptible de sentir dolor ni alegría, que no tiene vida en el sentido más profundo de los fenómenos biológicos, que no respira ni se relaciona con independencia, tiene derechos, con mayor razón los animales.

Podría declararse y entenderse como una ficción jurídica que ayude a humanizar, a concientizar, a educar, a organizar, a racionalizar, a sensibilizar las relaciones del hombre consigo mismo, los demás y la naturaleza.

3.4. EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO MORAL POR LA PÉRDIDA DE UNA MASCOTA

Otra variante jurídica que podría dar pie al reconocimiento del amor a los animales es la existencia y reconocimiento del daño moral. El reconocimiento de un daño extrapatrimonial, donde se lesionan la parte afectiva de un patrimonio moral.

Aunque no se ha consolidado una posición definida en lo relacionado con el reconocimiento a un daño moral por la muerte o lesiones de animales, ya se pueden rescatar algunos pronunciamientos judiciales al respecto.

Por ejemplo, en España, se encuentra la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección Undécima de Valencia, Sentencia N° 577/2009 del 14 de octubre de 2009, que revisó en segunda instancia una demanda de responsabilidad por la muerte de una perra raza bóxer. El juzgado de primera instancia desestimó la pretensión que se presentó por daños materiales y morales. En segunda instancia, la Audiencia

estimó la indemnización teniendo en cuenta la edad del perro, el tiempo en el que se desarrollaron los lazos afectivos con el mismo, los sufrimientos por incertidumbre padecidos por los dueños y las circunstancias personales de los demandantes.

En la sentencia la Audiencia Provincial hace un conciso concepto sobre el daño moral haciendo alusión a numerosos antecedentes es los que se estima el daño moral como una integración negativa temor, presagio de incertidumbre, zozobra, inquietud, desazón, frustración, sufrimiento que padece una persona perjudicada, que por su propia naturaleza no se encuadra en los daños materiales y que encierra una variedad de sufrimientos y dolores tanto físicos como psíquicos que padece la víctima por un hecho ilícito que puede generar la “*ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, de ahí que en líneas generales el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido*”.

Todo lo anterior lo complementa con el tránsito que hace el daño a la realidad económica y la carga en la parte demandante de demostrar tanto la ocurrencia del daño y la prueba de su cuantificación. Con lo dicho, termina sentenciando la Audiencia:

Sentado lo anterior y cumplimentada por la parte actora suficiente prueba acreditativa de la angustia, pesadumbre y dolor que los actores debieron de pasar; por el vínculo de afecto que indudablemente les ligaba a su perro “Sardina”, durante el tiempo en que fue sometido al infructuoso tratamiento del demandado, teniendo que padecer la inquietud de su evolución y el sufrimiento y la tristeza de ver perder algo tan querido, la Sala estima procedente fijar prudencialmente como indemnización por daño moral la de dos mil quinientos euros (2.500 €), ello atendiendo a las circunstancias concurrentes, tanto a las personales de los actores, como a la edad avanzada del perro en cuestión, como al tiempo en que se desarrollaron los lazos afectivos con dicho animal, como al periodo de incertidumbre padecido. (2009)

Como se observa, hay elementos destacables en este pronunciamiento judicial: primero, reconoce un vínculo de afecto entre las personas y los animales; segundo, el daño moral por la ruptura de dicha vínculo.

En Argentina se ha anunciado una sentencia en igual sentido, basando el daño moral en el afecto entre la mascota y la persona, publicado en el Diario el Clarín del 14 de mayo de 1998 (y del cual no se ha podido acceder a la fuente directa), en el cual se explica que

...resultan innegables los vínculos de cariño que se crean entre los seres humanos y los animales, especialmente, perros, gatos y caballos, escribió el juez en la sentencia. Sostener que la muerte del animal no origina en el ser humano un sufrimiento en sus intereses morales, máxime si la muerte fue violenta, inesperada e injusta, es cerrar los ojos ante una realidad que los jueces no pueden desconocer.

Este vínculo afectivo es valorado también y con mayor contundencia por la Corte Constitucional colombiana en sentencia de tutela T-035/97, donde abarca los puntos opuestos en las relaciones con los animales:

La convivencia de los seres humanos con los animales domésticos ha sido objeto de múltiples discusiones en el ámbito de las relaciones sociales, en razón a las distintas reacciones que el tema produce, muchas veces emotivas, contradictorias y radicales, entre las personas que, de un lado, deciden incorporarlos a su núcleo familiar y a sus actividades como miembros importantes a los cuales brindan su amor, atención y afecto y, de otro lado, para aquellas que rechazan la opción de compartir con esos seres los espacios de su cotidianidad.

La incorporación al concepto de núcleo familiar por los lazos afectivos, es un avance que aunque lingüístico, permite hacer avances conceptuales y mentales con miras a un redimensionamiento de las relaciones afectuosas entre personas y mascotas.

En general, de los pronunciamientos que ha hecho esta Corte Constitucional en lo relacionado con el tema, se pueden establecer ya unos elementos constantes confrontándose las sentencias T-035/97 y C-439/11:

-Se reconoce el vínculo afectivo con los animales, el cual nace de la convivencia (C-439/11) y de su vínculo al núcleo familiar (T-035/97).

Dentro de las causas que dan origen a la relación hombre-animal, la Corte Constitucional, reconoce generosamente que los animales son beneficiarios del amor humano y de lo desprende una carga afectiva que puede alterar la calidad de vida:

Por último, se evidencia otra situación relacionada específicamente con el comportamiento afectivo de los seres humanos, en donde el animal se convierte en un objeto de cariño y compañía en grado quizás igual o superior a una persona integrante de la familia o de su núcleo social, al cual se le destina atención especial, cuidado y amor. En este evento, se pueden observar situaciones extremas, en donde se pretende reemplazar con el animal la carencia de apoyo afectivo, el cual adquiere niveles importantes de afectación en la salud mental de los individuos, generando tendencias depresivas causadas por la soledad o el rechazo del mundo exterior y que se ven retribuidas y aliviadas por la compañía, el cariño y la confianza que se obtiene del animal. (T-035/97, cfr. T-874/01).

-Se hace expresa diferenciación de los tipos de animales que quedan cobijados bajo la premisa anterior: animales domésticos, lo que excluye animales salvajes, bravíos, fieras o fauna silvestre.

-Exige obligaciones de cuidado por parte del tenedor, como condiciones de seguridad y salubridad.

-Las relaciones de las personas con sus mascotas se enmarca como derecho, con base en los siguientes derechos fundamentales: libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la intimidad que se desarrolla en el ámbito de la vida privada personal y familiar.

-Por último, no deja de reconocerse en las sentencias que los animales son objetos de afecto (T-035/11), pero objetos al fin y al cabo, y en términos más precisos, los animales de talla pequeña y mediana se asimilan a bienes muebles de igual tamaño (C-439/11). Dicha posición no se aleja de la tradición jurídica civilista, donde los animales se reputan como bienes muebles, corporales, indivisibles y fungibles.

Y respecto del amor a la naturaleza, a los animales y su consideración como bienes muebles, se encuentra pertinente hacer una revisión del amor a las cosas desde el Derecho.

4. EL AMOR POR LAS COSAS

Hablar de amor por las personas y amor por los animales es una cuestión fácil teniendo en cuenta los lazos de filiación, de correspondencia, que hay una respuesta mutua a las expresiones de afecto. No obstante ello no sucede con las cosas inanimadas porque no hay respuesta a las emociones que se manifiestan lo que exige una definición de amor distinta a la que implica una relación fraternal; requiere de la definición del amor como una “*atracción o inclinación hacia algo que aparece como apetecible y deseable*” (Lostado, 2002: 37). Este mismo autor expresa que la atracción o dependencia de las cosas suele llamarse amor (2002: 38) y que esa energía es en sí misma positiva; el amor por el carro, el dinero, la casa, la finca, por una joya, una obra de artística. El problema vendría cuando ese amor se vuelve destructivo, cuando se invierten los valores y no se otorga el valor real a las cosas dándoles el espacio que se merecen dentro de una sana escala de prioridades.

Concretamente en el caso de las cosas, no existe una sola disposición jurídica que haga mención o referencia al amor a las cosas, situación de facto que genera un tratamiento diferencial respecto de los animales.

No obstante, sí se han hecho algunos acercamientos al daño moral que se puede ocasionar con la pérdida de las cosas. En este sentido, el Consejo de Estado en Sentencia Radicación número: 13001-23-31-000-1995-00045-01(13395) del 12 de septiembre de 2002, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, concentró la jurisprudencia al respecto

En relación con los perjuicios morales causados por el daño o pérdida de las cosas dijo la Sala en providencia del 30 de julio de 1992, expediente N° 6828,

que salvo en circunstancias muy especiales, la pérdida de las cosas materiales no amerita el reconocimiento de perjuicios morales, pues “la materia necesita ser tratada con un especial enfoque cultural y filosófico para no rendirle culto a las personas que, no poseen las cosas, sino que se dejan poseer por ellas” (Posición reiterada en la sentencia del 29 de abril de 1994, exp: N° 7136).

Si bien en la generalidad de las sentencias se admite la posibilidad de indemnización moral por la pérdida de un bien material, se exige al actor demostrar plenamente su existencia, pues tal perjuicio no se presume (A título de ejemplo, se destacan entre otras las sentencias de esta Sección del 5 de octubre de 1989, exp: N° 5320, del 7 de abril de 1994, exp: N° 9367 y del 30 de marzo de 1995, exp: N° 10019).

De este extracto judicial se derivan varios aspectos que pueden ser claros para la construcción jurídica de un amor por las cosas:

Primero, se reconoce el amor o afecto que las personas puedan sentir por las cosas, situación que se ve reflejada con el reconocimiento de los perjuicios morales que se pueden ocasionar a una persona con el daño, pérdida o destrucción de la cosa.

Segundo, el amor por las cosas no se presume (como ocurre en la relación en padres e hijos), la persona que tenga un interés jurídico en dicho reconocimiento deberá demostrar el afecto que tenía por la cosa y con ello el daño moral ocasionado.

Tercero, el amor a las cosas debe ser mirado bajo un enfoque cultural y filosófico, dado que el valor que se da a las cosas puede variar entre regiones bajo las diferentes perspectivas culturales e ideológicas que se presenten en la comunidad. En virtud de ello no será lo mismo el valor emocional que puede tener para una persona una imagen de un Cristo si la persona es católica que para un budista; así mismo algún tótem para un indígena que para una persona de ciudad.

Cuarto, el amor por las cosas tiene un límite determinado por las prioridades. El amor no puede llegar a ser tan obsesivo que termine la persona al servicio de las cosas y no al revés. Lostado lo manifiesta de la siguiente manera: “*el amar las cosas como si fueran el objetivo último de tus acciones y de tu vida, en lugar de usarlas como medio e instrumento para un fin superior es lo que constituye el deseo de ellas en incorrecto o malo*” (2002: 39).

Quinto y en último lugar, el amor a las cosas siempre tiene los límites jurídicos establecidos del respeto por los derechos de los demás, el orden legal y las buenas costumbres. Por ello, el amor a las cosas no puede ser el pretexto para hurtar las cosas de los demás, adquirirlas de manera ilícita o abusar de ellas. Esta última prohibición tiene un bello fondo jurídico que hunde sus raíces en el derecho antiguo y moderno que se plasmó en el Código Civil en la figura de la propiedad como el derecho sobre una cosa, para gozarla y disponer de ella incluso arbitrariamente

(art. 669). No obstante, a luz de la Constitución colombiana de 1991, la propiedad vuelve a tener como característica esencial la de ser función social pero enmarcada en la solidaridad que exige un Estado social de Derecho, razón por la cual la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del término “*arbitrariamente*” contenido en dicha disposición (C-595/99).

CONCLUSIONES

En general, terminada la investigación en lo relacionado con el amor, puede señalarse que efectivamente puede hablarse del amor como afecto por la naturaleza, no como amor platónico sino como justicia social, que incluso ya ha sido positivizado en normas y jurisprudencia de México, Venezuela, Bolivia y Colombia desde la perspectiva educativa, pero que ha tenido su máxima expresión en la República del Ecuador al reconocer desde la misma Constitución la naturaleza como un sujeto de derechos.

Por ello se puede afirmar contundentemente que el amor a la naturaleza está abriendose espacio dentro del Derecho, de algún modo, a todos los niveles. Y en la mayoría de casos el amor a la naturaleza, aunque no se consagra como un derecho de ella misma, sí se legaliza como deber en cuanto debe fomentarse, incentivarse y educarse en dicho sentimiento.

Y específicamente dentro de la naturaleza, el amor por los animales, que también se ha expresado como acción de justicia, ha tomado una dirección jurídica particular al discutirse la probabilidad de reconocimiento como objeto de derechos al poderse asimilar con los humanos no racionales; al poder hacer uso de la ficción jurídica; pero sobretodo, por el reconocimiento jurisprudencial que ha tenido en Colombia (junto con Argentina y España) el vínculo afectivo entre las mascotas y las personas, y el reconocimiento del daño moral que puede causar la destrucción de dicho vínculo.

Por último, hablar del amor a la naturaleza, hace obligatorio abarcar el amor a las cosas, de las cuales también la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado reconociendo el lazo afectivo que puede darse frente las cosas y el consecuente reconocimiento indemnizatorio en caso de vulnerarlo, pero que exige, primero la demostración de dicho afecto, y, segundo, la consideración cultural de dicha emoción.

En general, se observó que el amor a la naturaleza y el amor a los animales, ya viene siendo reconocido en México desde el inicio de la década de los ochenta y en Colombia se introduce a partir de la Constitución de 1991, sin desconocer que en otros países latinoamericanos se han venido incorporando en las respectivas normativas así como se ha ido expresando a través de los pronunciamientos judiciales.

Y teniendo en cuenta que se ha visto el progreso en el positivización del amor a naturaleza en las dos últimas décadas, el futuro promete ser más prolífico en su reconocimiento jurídico dado la forma en que la sociedad se ha concientizado de ello.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Darwin, Charles (2009). *El origen del hombre*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Estados Unidos Mexicanos, Estado de Baja California (1997). Ley de Protección a los Animales Domésticos del Estado.
- Estados Unidos Mexicanos, Estado de Colima (1981). Ley Estatal para la Protección a los Animales
- Estados Unidos Mexicanos, Estado de Jalisco (1982). Ley de Protección a los Animales.
- Febr, Javier (1998). Fallo por la muerte de un perro. Diario El Clarín, 15 de mayo de 1998.
Disponible en: <http://www.portaldeabogados.com.ar/foros/viewtopic.php?p=637258>
- García Arango, Gustavo Adolfo (2008). Del sufrimiento de los animales y la connotación jurídica en el derecho público en Colombia. Revista Virtual Universidad Católica del Norte. No. 23.
- Jiménez Sánchez, Manuel (2005). *El impacto político de los movimientos sociales*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI Editores.
- Lostado Darío (2002). *Somos amor*. Buenos Aires: Editorial Kier.
- Nussbaum, Martha C. (2006). *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz.
- Nussbaum, Martha C. (2007). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (2011). Resolución A/RES/65/309. *La felicidad: hacia un enfoque holístico del desarrollo*.
- Querol Fernández, Francisco (2000). *La filosofía del derecho de K. F. Ch. Krause*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- Reino de España, Audiencia Provincial de Valencia, Sección Undécima (2009). Sentencia Nº 577/2009 del 14 de octubre de 2009.
- República Bolivariana de Venezuela, Municipio de Chacao (2003). Ordenanza Nro. 002-03, *Sobre Espectáculos Públicos y Diversiones*.
- República Bolivariana de Venezuela, Municipio de Mariño (1996). Ordenanza Sobre Diversiones y Espectáculos Públicos
- República Bolivariana de Venezuela, Distrito Metropolitano de Caracas (2008). Reforma de la Ordenanza de Impuesto Sobre Diversiones y Espectáculos Públicos.

República de Bolivia, Congreso de la República (1995). Decreto Supremo 23950, Reglamento sobre Organización Curricular.

República de Colombia, Alcaldía Local de Bosa (2011). Decreto local 0005 de 2001.

República de Colombia, Alcaldía Local de Chapinero (2000). Decreto Local 001 de 2000.

República de Colombia, Concejo de Bogotá (2010). Acuerdo 439 de 2010 por el cual se crea “*la estrategia Conoce la Naturaleza, Cuida tu Ambiente, con el propósito de estimular en los habitantes del Distrito Capital el amor por la naturaleza, el conocimiento de la botánica y el cuidado del ambiente.*”

República de Colombia, Congreso de la República (1989). La Ley 84 de 1989, “*Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo concerniente a su procedimiento y competencia*”.

República de Colombia, Consejo de Estado (2002). Sentencia Radicación número: 13001-23-31-000-1995-00045-01(13395) del 12 de septiembre de 2002, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

República de Colombia, Constituyente Primario (1991). Constitución Política.

República de Colombia, Corte Constitucional (1992). T-411/92

_____ (1994). Sentencia T-025/94.

_____ (1997). Sentencia C-035/97.

_____ (1999). Sentencia C-595/99.

_____ (2001). Sentencia T-874/01.

_____ (2007). Sentencia T-760/07.

_____ (2010). Sentencia C-595/10.

_____ (2011). Sentencia C-439/11.

_____ (2011). Sentencia T-129/11.

República de Colombia, Municipio de Corozal (2012). Decreto 051 de febrero de 2012.

República de Colombia, Presidencia de la República (1887). Código Civil.

República de Ecuador (2008). Constitución Política.

República de Perú, Municipalidad Distrital de Jesús María (2009). Decreto 013-2009-MDJM del 24 de septiembre de 2009.

Savater, Fernando (2011). Política para Amador. Bogotá: Ariel.

Universidad de Navarra (2010). Cultura emocional identidad. Recuperado de: <http://www.unav.es/centro/cemid/definiendoculturaemocional> [25/08/2012].



Título: Sin Título
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensión: 100 x 100 cm
Año: 2013

PROPIEDAD, POSESIÓN Y LITERATURA

Fecha de recepción: marzo 15 de 2013
Fecha de aprobación: abril 30 de 2013

PROPIEDAD, POSESIÓN Y LITERATURA

*Raúl Humberto Ochoa Carvajal **

RESUMEN

Este artículo realiza un acercamiento a la relación entre literatura y derecho, que será útil para analizar las figuras de la propiedad y la posesión desde punto de vista jurídico para, luego, mostrar algunos acercamientos literarios a ellas. Se afirma que estas dos instituciones civiles deben ser miradas, hoy en día, desde una óptica distinta a la de los romanos y a la del liberalismo de los siglos XVIII y XIX. En consecuencia, el estudio se centrará en la propiedad y en la posesión de la tierra, partiendo de la base de que la solución al problema de la tenencia de la tierra —colocado en primer lugar dentro del temario de los actuales “diálogos de paz” que se realizan, en La Habana (Cuba), entre el Gobierno nacional de Colombia y el movimiento insurgente autodenominado «Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)»— constituye fundamental preocupación en toda sociedad, y que el derecho a la tierra es una aspiración natural del hombre, pero ajeno a la concepción liberal de propiedad.

Palabras Clave: Propiedad, dominio, posesión, tierra, literatura, derechos fundamentales, dignidad, liberalismo, función social.

PROPERTY, POSSESSION AND LITERATURE

ABSTRACT

This paper makes an approaching to between the literature and the law, which will be useful to analyze the figures of the possession and the property since a legal point of view, to after, to show some literally approaching to both. Those civil institutions must be looked, today, since a different way of the Romans and the liberalism of the centuries XVII and XIX view. In consequence, the study will focus in the property and the possession of the land, begging in the base of the solution of the problem of the land tenure —settled in first time in the subjects of the actual “peace dialogs” realized in the Habana (Cuba), between the Government of Colombia and the insurgent movement self called «Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)»— constitutes a fundamental worry in the society, and the right to the land property is a natural aspiration of the mankind, but alien to the liberal conception of the property.

Keywords: Property, domain, possession, land, literature, civil rights, dignity, liberalism, social function,

* Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL. Abogado de la *Universidad Pontificia Bolivariana*. Profesor titular (jubilado), en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la *Universidad de Antioquia*. Magíster en Filosofía Política. Actual Director de la *Revista Estudios de Derecho*.

PROPIEDAD, POSESIÓN Y LITERATURA

INTRODUCCIÓN

La relación entre derecho y literatura es muy estrecha. Algunos de los más grandes escritores han sido abogados. Una pequeña muestra nos dará pie para respaldar esta afirmación: Francisco de QUEVEDO, Fernando de ROJAS, Marcel PROUST, Johann Wolfgang von GOETHE, Alejandro DUMAS, Víctor HUGO, Franz KAFKA, François Marie AROUET - VOLTAIRE, León TOLSTOI, Julio VERNE, Federico GARCÍA LORCA, Luis CERNUDA, César VALLEJO, José María EÇA DE QUEIROZ, Benito PÉREZ GALDÓS, Pedro SALINAS Y SERRANO, Jorge AMADO, Mario VARGAS LLOSA, Carlos FUENTES, José Eustasio RIVERA, Gregorio GUILLÉRMEZ GONZÁLEZ, Tomás CARRASQUILLA, Fernando GONZÁLEZ, Miguel DELIBES, Witold GOMBROWICZ y Yukio MISHIMA, para señalar solo algunos.

De otra parte, hay asuntos que han sido comunes a los abogados y a los escritores. Si pensamos en el derecho natural, tenemos que aceptar que el personaje *Antígona*, del drama del mismo nombre de SÓFOCLES, nos aclara, con creces, qué es el derecho natural, cuando ella, increpada por el Rey Creonte sobre el motivo por el cuál había violado la ley al dar sepultura a su hermano, a pesar de la prohibición de hacerlo, contestó:

“Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses; su vigencia no es de hoy ni de ayer sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron”.

Aquí, se encuentra la esencia del derecho natural.

En alguna oportunidad, el recientemente fallecido escritor mexicano Carlos FUENTES —uno de los integrantes del famoso *boom* de la literatura latinoamericana— contaba que, en una entrevista sostenida con el Decano de la Facultad de Derecho (donde él estudiaba) para que explicara la razón por la que se encontraba mal calificado en los cursos de Derecho Comercial y de Derecho Penal, al confesarle el literato que esas materias no eran de su gusto, el Decano le replicó diciéndole que él, tan aficionado a la literatura, cómo no entendía que la esencia del derecho penal estaba en DOSTOYEVSKI y la del Derecho Comercial, en BALZAC.

DOSTOYEVSKI no estudió derecho, pero la vida lo llevó a convivir con delincuentes y a pensar en clave de justicia y de libertad. Condenado en un proceso por sedición, es trasladado por cuatro años a la prisión de Siberia. En la biografía que Henry TROYAT escribió sobre el autor de *Crimen y Castigo*, *Los hermanos Karamazov*, *Humillados y Ofendidos*, *Pobres Gentes* (entre muchas más), se lee:

“En su poema *Los desgraciados*, Nekrásov, según él mismo confesaba, había contado la estancia de Dostoyevski en presidio. Un condenado político de voz suave y “blancas manos” es al principio infamado por sus compañeros de cadena; pero una noche, a la cabecera de un moribundo, obliga a los demás a respetar los últimos momentos de su camarada, se gana su respeto y se convierte en el maestro de aquella gente.

Cuando Fiódor Mijáilovich reapareció en Petersburgo, Nekrásov le enseñó el poema: “Al contrario —dijo Dostoyevski—, yo fui el discípulo de los presidiarios”.

Sí, fue su discípulo, su alumno y lo que aprendió del presidio lo marcó para toda su vida. Esos cuatro años son como el depósito secreto del que se alimentará en lo sucesivo su genio. Están colocados en el centro de su vida. La dividen en dos partes iguales...”. (TROYAT, 2006, p. 145).

De tal manera, a DOSTOYEVSKI no le quedaba difícil adentrarse en el alma de los delincuentes para crear sus personajes. Es más, cuando él describe las reacciones y vicisitudes por las que pasa un epiléptico, no hace más que narrar su propia vivencia, en tanto padeció esta enfermedad.

La recurrente cercanía de los temas y personajes de DOSTOYEVSKI con la justicia y los tribunales permitiría pensar que el autor realizó estudios de Derecho. Mas no fue así: la verdad es que al escribir sus obras, el novelista primero estudiaba e investigaba el manejo de los juicios y de los tribunales. Se documentaba. En TROYAT, se lee al respecto:

“Y con el deseo de ser verídico, acumula detalles materiales. El crimen del viejo Karamazov está relatado con un cuidado de especialista. El interrogatorio y el juicio son los de una persona habituada a la vida judicial. “No creo haber cometido errores técnicos en mi relato. Me he documentado gracias a los procuradores de San Petersburgo.”” (Ob. cit., p. 348).

Ello permite entender por qué, sobre *Los hermanos Karamazov*, algún procesalista decía que se trataba de todo un estudio sobre la prueba indiciaria; lo mismo puede afirmarse sobre la novela *El nombre de la rosa*, de Umberto ECO.

En cuanto a BALZAC, para muchos el mayor escritor del siglo XIX, estudió Derecho de 1816 a 1819, a la par que trabajaba como escribiente en la oficina del abogado Guyonnet de MERVILLE, a quien inmortalizó en algunas de sus obras

como el “abogado Derville”. Luego, se vincula a una Notaría. Pero no era esa su afición. En la biografía que le hace Stefan ZWEIG, se lee:

“En la primavera de 1819, Balzac salta repentinamente un buen día del escritorio del notario y abandona las polvorrientas actas comenzadas. Ya está harto para siempre de esta existencia que no le ha brindado todavía un día libre y feliz. Levanta resueltamente la cerviz —por primera vez—, frente a la familia y declara netamente que no quiere ser ni abogado, ni notario, ni juez, ni empleado. Sobre todo, no quiere una profesión burguesa. Está decidido a ser escritor, independiente, rico y famoso por sus futuras obras maestras”. (ZWEIG, 1963, p. 20).

Tal como lo dijo el Decano a Carlos FUENTES según lo antes acotado, en BALZAC se respiran muchas de las instituciones del Derecho comercial. Repetidamente aparecen alusiones a las letras de cambio, a las sociedades, al proceso de quiebra, al mutuo, a las hipotecas, a las prendas, a la propiedad intelectual, sobre todo por los derechos de autor. Lo real es que BALZAC estuvo metido en ese mundo y, como empresario, varias veces quebró. Lo paradójico es que esas vivencias personales las utilizó en sus obras, como dice ZWEIG:

“Y precisamente sus máximas obras maestras, *Las ilusiones perdidas*, *Piel de zapa*, Luis Lambert, César Birotteau, las grandes epopeyas de la burguesía, de la bolsa y de los negocios, no podrían imaginarse siquiera, sin los desengaños vividos de sus años comerciales”. (Ob. cit., p. 89).

BALZAC es un escritor inmortal y un comerciante fracasado.

Y qué decir de ese vínculo tan estrecho de la literatura con la criminología. Personajes como algunos de los hermanos Karamazov; Raskolnikof, en *Crimen y Castigo* de DOSTOYEVSKI; Julián Sorel, en *Rojo y Negro* de STHENDAL; Meursault en *El Extranjero* de CAMUS; Jean Val Jean, en *Los Miserables* de Víctor HUGO; el señor K, en *El Proceso* de KAFKA; Shilock, Hamleth, Otelo y Macbeth de SHAKESPEARE; Sancho y Don Quijote, en la obra inmortal de CERVANTES; entre otros muchos, son objeto de estudios por los criminólogos.

Para ahondar en esa relación entre literatura y derecho, puede afirmarse que a todos los abogados les ha ocurrido, cuando en algún momento se han enfrentado a un entorno absurdo, sin sentido, que, para calificarlo, se utiliza el adjetivo “kafkiano”, haciendo alusión a la situación vivida por el señor K, en *El Proceso* de KAFKA, como una sin salida, una situación ilógica, incomprensible. En esta novela, tal personaje es procesado y condenado sin que él hubiera logrado saber el por qué.

Gabriel GARCÍA MÁRQUEZ escribe su narración *Crónica de una muerte anunciada*, basándose en el expediente que documentó un proceso adelantado en un municipio de la Guajira, donde ocurrieron los hechos que dieron lugar a la obra.

Truman CAPOTE se inmortalizó con su obra *A sangre fría*, publicada en 1965, en la que reconstruye un crimen ocurrido en Kansas, en 1959, cuando dos delincuentes asesinaron a una familia de granjeros.

La técnica narrativa utilizada por William FAULKNER, en su novela *El sonido y la furia*, no hace más que seguir la estructura de un proceso penal, en el que los testigos rinden su versión desde el ángulo de cada uno de ellos.

Nadine GORDIMER, la premio Nobel sudafricana, escribió una novela con un contenido vinculado estrechamente al derecho penal. *Un arma en casa*, se llama la obra, en la cual el homicida *Duncan*, un hombre joven, de familia reconocida, profesional, sin antecedentes, da muerte a un amigo. Como *Meursault*, en *El extranjero* de CAMUS, que comete el homicidio porque estaba haciendo mucho sol, en la obra de GORDIMER, aquél actúa así, porque el arma estaba en casa. Por supuesto que, en ambas obras, son otras las circunstancias manejadas con maestría, como si los autores fueran expertos en criminología.

José Eustasio RIVERA escribió *La vorágine*, gracias al conocimiento que tuvo de los hechos que se daban en las caucheras cuando fue contratado para adelantar un proceso de sucesión en esa parte de los Llanos Orientales, en Colombia. El autor se acababa de graduar como abogado, con una monografía sobre la liquidación de herencias.

Se presentan abogados como personajes de obras literarias clásicas: el protagonista *Iván Illich*, que da nombre a la novela de TOLSTOI, era un juez que, al enterarse de que padece cáncer y va a morir próximamente, reflexiona sobre lo que ha sido su vida. Ese personaje literario-abogado, se entiende con esta cita de la novela:

Una esquina, rodeada de una orla negra decía lo siguiente: “Praskovia Fiodorovna Golovina tiene el sentimiento de participar a sus parientes y amigos que su amado esposo, Iván Illich Golovin, miembro del Palacio de Justicia, falleció el 4 de febrero de 1882. El entierro se verificará el viernes, a la una de la tarde”.

La comedia *Medida por Medida*, de SHAKESPEARE, trata sobre la justicia y su protagonista es un abogado.

En la novela *La Caída*, de Albert CAMUS, el personaje central también es un juez. Un día, al amanecer, desde un puente sobre el río Sena, el Juez presencia la “caída” de una mujer al río, sin que haya sido capaz de reaccionar, en su rescate. A partir de ese momento, renunció a su profesión y se fue de *barman* a Ámsterdam. Esa fue su “caída”.

En *El extranjero*, del mismo autor, *Meursault* comete un homicidio y es juzgado y condenado. El fiscal de la causa solicita su condena, no por el delito en sí, sino

por el comportamiento del sindicado el día de la muerte de su madre y por sus respuestas. CAMUS efectúa una sátira dura al sistema de justicia.

El *Licenciado Vidriera*, de CERVANTES, incorpora, también, un abogado como protagonista. El licenciado, al tomar un bebedizo, comienza a sufrir un trastorno mental y se cree de vidrio, por lo que no permite que nadie se le acerque.

En la novela *La tienda de antigüedades*, de DICKENS, uno de los personajes es el abogado *Samson Brass*.

El egipcio Naguib MAHFUZ, premio Nobel en 1988, escribió un hermoso cuento titulado *El único hombre*, en donde el personaje es un juez probo, quien ejerce su profesión y su vida con toda decencia y humildad. Ajeno a las tentaciones sociales. Satanás oye hablar de él y se pone por tarea conquistararlo, pero después de analizarlo renuncia a ello. El cuento termina con estas palabras de Satán:

“Seguiré desde lejos sus noticias, porque usted será una mancha negra en mi ser, ya para siempre. Si alguna vez me preguntan por usted, responderé:
— Es un hombre que impidió al diablo hacer su trabajo”.

Las virtudes de este juez, que deberían ser las de todos, son tan únicas que hacen desistir a Satán. Esa es la paradoja que nos presenta MAHFUZ.

Esta relación entre el derecho y la literatura puede concretarse en dos instituciones del Código Civil colombiano: la propiedad y la posesión de la tierra. En este país, el problema de la tenencia de la tierra es particularmente grave, generador de injusticias y fuente de conflictos y de violencias. Resulta clarísimo que cualquier pacto social debe empezar por allí. Por ello, acierta la mesa de negociación, en la Habana, cuando pone el tema de la tenencia de la tierra en primer renglón.

A continuación, se presentarán unas ideas sobre la propiedad y la posesión de la tierra, dos problemas fundamentales de la teoría de los Bienes. Pero no solo eso: tal vez, estos asuntos se constituyen como unos de los más cruciales en la filosofía política, dada la estrecha relación existente entre la justicia y la propiedad; entre la política y la propiedad; entre la propiedad y la dignidad. Se ha dicho que la concepción que una sociedad tenga sobre la propiedad, señalará cómo funciona esta.

Se empezará por precisar la naturaleza de esas dos figuras: la propiedad y la posesión, desde el punto de vista del Derecho y, luego, se efectuarán algunos acercamientos a tales temas, desde la literatura universal: cómo algunos escritores han presentado, en sus obras, la problemática de la tierra.

Tanto el derecho de propiedad como la posesión deben mirarse, hoy, desde una perspectiva distinta a como lo hicieron los romanos o a como lo hicieron los le-

gisladores cuando crearon los códigos civiles, en el siglo XIX. Por supuesto que, para ese momento, la ideología imperante —el liberalismo— consideraba esas instituciones de manera muy diferente. La función social de la propiedad, principio que hoy permea las constituciones, debe empezar a aplicarse, también, a la posesión, como un derecho patrimonial que es, a pesar de que algunos doctrinantes sigan aferrados a la idea de que la posesión es una situación de hecho, negándole la calidad de derecho patrimonial.

LA PROPIEDAD

Diversas concepciones sobre la propiedad se han configurado a lo largo de la historia. Muy distinto fue el concepto de propiedad que estructuró el Derecho romano antedecenviral, si se le compara con el que realizó el Derecho romano tardío. En el primero, tal como lo presenta FUSTEL DE COULANGES en su obra clásica, *La Ciudad Antigua*, la propiedad sobre la tierra era un derecho absoluto pues estaba vinculada a la religión y, por lo mismo, se decía que era un derecho sagrado, inviolable.

“Desde las más remotas edades, tres cosas se encuentran fundadas y sólidamente establecidas en las sociedades griegas e italianas: la religión doméstica, la familia, el derecho de propiedad; tres cosas que, en su origen, han tenido una relación manifiesta y que seguramente eran inseparables.

La idea de la propiedad privada emanaba de la religión misma. Cada familia tenía su hogar y sus antepasados. Esos dioses no podían ser adorados más que por ella, sólo a ella protegían; eran su propiedad.

Pues bien; entre esos dioses y el suelo, los hombres de las antiguas edades veían una relación misteriosa. Tomemos primero el hogar: este altar es el símbolo de la vida sedentaria; su mismo nombre lo indica. Debe asentársele en el suelo; una vez colocado no se le debe mudar de sitio. El dios de la familia quiere tener una morada fija [...]. Así, el hogar toma posesión del suelo: esta porción de tierra la hace suya, es su propiedad... la sepultura había establecido la unión indisoluble de la familia con la tierra, es decir, la propiedad”. (FUSTEL DE COULANGES, 1961, p. 77).

Posteriormente, los romanos tuvieron una concepción individualista de la propiedad sobre la tierra y señalaban que el propietario lo era hasta el cielo y hasta el infierno. Se trataba de un derecho absoluto, ilimitado y perpetuo. Los propietarios detentaban el *ius utendi*, el *ius fruendi*, y el *ius abutendi*: derechos a usar, gozar y disponer del bien que les pertenecía.

Muy distinta la propiedad en Roma, a la que se forjó durante el feudalismo, cuando se desdobló en *dominio eminent* y *dominio útil*: el primero, representaba la propiedad

del señor; el segundo, la del vasallo, los siervos de la gleba. Estos tenían el *uso y goce* directo de los bienes. Las dos formas eran simultáneas y sobre el mismo objeto. Además, la propiedad feudal estaba cargada de limitaciones y gravámenes, como lo eran la enfiteusis, el censo, los usufructos sucesivos, los mayorazgos, los diezmos. Figuras todas que tendían a la inmovilización de los bienes. A sacarlos del comercio.

Hoy, existe claridad respecto de que el derecho de propiedad —con todas sus implicaciones— no puede abarcarse en una definición. Prueba contundente de tal aserto se obtiene al observar que la característica fundamental —la del *ius abutendi* o derecho de *disposición*— que ha distinguido a los propietarios, hoy se queda corta, en tanto existen propiedades sobre las cuales su titular no puede ejercer la facultad de *disposición* (así ocurre, por ejemplo, con los inmuebles sometidos a patrimonio de familia o con los bienes de uso público o con los recursos naturales que, no obstante pertenecer al Estado, a éste no le es dado disponer de ellos).

Por lo dicho, hoy resulta más apropiado hablar de propiedades que de propiedad, tal como lo sostiene el autor italiano Paolo GROSSI. (GROSSI, 1992).

Otra muy distinta visión sobre la propiedad se concibió, después de LOCKE. Para esta época, la propiedad se consideró como consustancial al individuo y, por ello, indivisible. Es la propiedad ligada a la libertad y a la vida: el valor supremo. Concepción que se adoptó por los revolucionarios franceses y que se consolidó, como derecho, en 1.804, mediante el Código de Napoleón.

Hoy, después de escuchar las doctrinas de los Padres de la Iglesia en torno a la propiedad; después de haber escuchado a COMTE y DUGUIT, con sus ideas sobre la función social de la propiedad; después de pasar por los régímenes socialistas; el concepto de propiedad es otro, muy distinto.

Nuestro Código Civil define la propiedad, en el artículo 669, así:

“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella [arbitrariamente], no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

De la definición, mediante sentencia de Constitucionalidad 595 proferida en 1999, la Corte Constitucional colombiana ordenó retirar el adverbio *arbitrariamente* pues, dado el desarrollo de la teoría de la función social de la propiedad y con el señalamiento de la naturaleza del Estado colombiano por la Constitución, el propietario más que derechos tiene obligaciones. Por ello, la expresión “uso arbitrario” no se compagina con la idea actual de propiedad. Sobre este aspecto, dijo la Corte Constitucional:

“De todo lo que anteriormente se ha expuesto, se desprende con meridiana claridad que el concepto de propiedad que se consagra en la Constitución co-

lombiana de 1991, y las consecuencias que de él hay que extraer (la doctrina de la Corte ejemplificada en las citas anteriores así lo confirma), es bien diferente del que se consignó en el Código Civil adoptado en 1887 y, por tanto, que el uso que allí se prescribe del concepto de propiedad, dista mucho de coincidir con el que ha propuesto el Constituyente de 1991; por ende, se deduce que el contenido del artículo 669 del Código Civil, según el cual, el propietario puede ejercer las potestades implícitas en su derecho arbitrariamente, no da cuenta cabal de lo que es hoy la propiedad en Colombia [...]. Por esas consideraciones, la Corte procederá a retirar el término arbitrariamente (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil, demandado”.

Piénsese en que la Constitución Política colombiana de 1991 ya había entendido el cambio que el concepto de propiedad había sufrido y, por ello, canonizó en su artículo 58:

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.”

De este artículo constitucional se desprende el mandato de que la propiedad no se protege sino cuando cumple con las funciones social y ecológica. No es simplemente un derecho como se miraba antes. También, conlleva obligaciones frente a la comunidad.

Los romanos —y luego los códigos que recibieron dicha influencia, como el colombiano— pensaron que el verdadero derecho de propiedad, el derecho importante, por decirlo así, es el derecho de propiedad sobre la tierra. Obsérvese cómo el artículo 2376 del Código Civil colombiano afirma que, para establecer la solvencia económica de las personas, debe considerarse si ellas son propietarias de bienes raíces. Claro, los romanos decían: *res mobilis, res vivils*, para denotar que las cosas muebles no tienen valor. Ese modo de pensar quedó plasmado en muchos códigos modernos y contemporáneos y, en algunos de ellos, como es el caso del colombiano,

sigue vigente. Por ejemplo, como cuando, en la accesión industrial, al juntarse materiales de un propietario con un terreno perteneciente a otro, por la accesión resultante siempre se hace dueño, el dueño del terreno (así los materiales valgan mucho más), pues el terreno, ajustándose a este modo de pensar, invariablemente es considerado como cosa principal. Por lo mismo, los actos de enajenación de muebles quedan comprendidos en los actos de administración, pero tratándose de inmuebles son actos de disposición y los administradores no pueden enajenarlos libremente. Al *haber* de la sociedad conyugal entran todos los bienes muebles sin distingos, distinciones que sí se hacen con los bienes inmuebles.

Por supuesto, hoy, esa postura debe revaluarse, pues existen bienes muebles cuyo valor e importancia exceden, notablemente, los de muchos inmuebles.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD

En los términos del Código Civil colombiano, la propiedad es uno de los derechos reales. Aquellos que no se ejercen en consideración a persona determinada. Es el derecho real más completo, en el sentido de que es el que más facultades otorga a su titular pues, además del *uso* y *disfrute*, conlleva también la *disposición*, en los términos señalados en apartado precedente. Es un derecho perpetuo del que se dispone durante la vida de su titular, siendo transmisible a sus herederos, y que no admite prescripción extintiva sino en casos excepcionales (las aguas privadas, las minas privadas o los predios rurales no explotados durante cierto tiempo).

Por supuesto que aquellas cualidades que del derecho de propiedad se predicaban, como la de ser absoluto e ilimitado, ahora se han morigerado considerablemente, y este derecho conlleva, hoy, limitaciones desde la Constitución y desde algunas leyes.

El Código Civil colombiano trae como sinónimos los términos *propiedad* y *dominio*. Esto no es lo más acertado. El concepto de dominio alude a una relación directa entre el sujeto y el objeto que lo puede usar, gozar y hasta disponer de él. Apareja la idea de imperio. De sumisión de la cosa al hombre. El hombre es “dueño de sus cosas”. Es un derecho real con sujeto pasivo universal (*erga omnes*). Todo el mundo debe respetar ese derecho. Allí lo que importa es el valor de uso de las cosas, pues no se están mirando como mercancías; como valor de cambio. Allí, no debería importar la idea de acumulación. Por ello, decía CICERÓN, refiriéndose a la inutilidad del exceso de propiedad: “*Yo para qué, dos sillas en el teatro*”. La misma idea que expresaba ARISTIPO “*Yo para qué, unos zapatos bien grandes*”.

Así como la idea de dominio es propia del derecho civil, la idea de propiedad lo es, más, de la economía. Allí, sí se piensa en las cosas como mercancías. Para la

venta. Para sacarles provecho económico. Es la noción de propiedad capitalista, en donde la acumulación de ella es un objetivo. En referencia a esta idea, fue por lo que Pierre Joseph PROUDHON dijo: “La propiedad es el robo”. Es esta, la que interesa al capitalismo. A la burguesía, con su ideólogo LOCKE. La misma que, según el autor de *El Capital*, se consolidó con sangre, sudor y lágrimas. Pues bien, el mejor ejemplo que he encontrado para comprender la distinción entre dominio y propiedad, aparece en el libro *Alicia en el país de las maravillas*, de Lewis CARROLL:

“— Quítese su sombrero para estar ante mí —dijo el Rey al Sombrerero.
 El Sombrerero se turbó.
 — ¡No es mío! —dijo el Sombrerero.
 — ¡Oh! ¡Lo ha robado! ¡No es suyo! —exclamó el Rey, volviéndose hacia el Jurado, donde a continuación se hicieron las anotaciones a que había lugar.
 — ¡No, no, Majestad! Lo tengo en venta —explicó el Sombrerero de-seando ofrecer una aclaración—. No poseo ninguno de mi propiedad. Sólo soy un Sombrerero.”

Sobra decir que el sombrerero no tiene sentimientos de dueño sino de propietario. Si le roban sus sombreros se siente ofendido como propietario, como comerciante, no como hombre. De todas maneras, esta distinción entre dominio y propiedad es sólo académica pues, como ya se precisó, el legislador trae los dos términos como sinónimos.

A propósito del sentimiento de dueño, hay un personaje en la literatura que lleva al extremo la búsqueda del resarcimiento de su dignidad ofendida, al violársele su derecho de dominio. La novela se llama *Michael Kolhaas*, del escritor alemán Heinrich Von KLEIST. *Kolhaas* se ve forzado por una autoridad feudal a entregar unos caballos en depósito. Cuando los reclama, se encuentran lánguidos, irreconocibles, al borde de la muerte. Solicita se le repare por el agravio y no encuentra respuesta en ninguna instancia. Entonces, con su dignidad de dueño ofendida, inicia la búsqueda de reparación que, al serle negada, se convierte en venganza y dedica toda su energía y bienes a luchar contra las autoridades que lo agraviaron. Comienza una lucha armada, como justicia por los propios medios. El derecho de dominio sobre sus caballos fue irrespetado y, por ahí mismo, su dignidad pisoteada. Es una novela donde se lleva la lucha por los derechos, de que hablara IHERING, a un extremo. De ella dice BLOCH:

“Sólo una vez se ha representado en toda su grandeza un litigante obsesivo, y de la manera canónica merecida por él: Michael Kolhaas. Sólo en él reluce el artículo de una ley positiva como si se tratara del Derecho divino. Sólo Kolhaas ha apremiado el cumplimiento de un artículo con tanta rebeldía como si se tratara del derecho natural, más aún, de un trozo resplandeciente del derecho natural. Y así procuró la materia para la novela más intensa y emocionante que

haya podido escribirse sobre un caballero andante de la ley positiva, movido por el sentimiento jurídico. Kleist nos presenta a su héroe en el momento en el que, por razón de una pérdida que bien podía haber soportado, se hace y tiene que hacerse cada vez más terrible". (BLOCH, 1.961, p.79).

LA PROPIEDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En tanto que, para el Derecho romano tardío, la propiedad se presenta como un derecho desacralizado (por así decirlo), con las características de derecho perpetuo, absoluto, ilimitado, estas particularidades fueron retomadas por la burguesía, como clase triunfante en la Revolución francesa. Tales conceptos rezuman en el Código napoleónico de 1804 donde, al decir de los hermanos MAZEAUD, "sobre 2282 artículos, sólo los 515 primeros no estarían consagrados a la propiedad" (Henry, Jean y León MAZEAUD, 1978, p. 11). Por esta razón, se ha afirmado que es, éste, un código de propietarios. El Código, inspirado y patrocinado en gran parte por Napoleón, fue la obra que consolidó tal revolución.

Benjamín CONSTANT, citado por Isaiah BERLIN, refiriéndose al derecho de propiedad, decía:

"Es el derecho del individuo de someterse sólo a la ley, su derecho a no ser arrestado ni detenido, ni muerto, ni maltratado en forma alguna a resultas de la voluntad arbitraria de una o varias personas. Es el derecho de cada hombre de expresar su opinión, de elegir su oficio o ejercerlo, de disponer de su propiedad, aun de darle mal uso si así lo desea". (BERLIN, 2004, p. 77).

Era una concepción que veía en los propietarios los únicos capaces, pues la propiedad se ataba a la libertad y a la vida. Era la concepción de LOCKE, para quien la propiedad estaba ligada a la libertad y a la vida. Si soy dueño de mí mismo, decía, soy libre. Vida, libertad y bienes conforman la propiedad. Afirmó LOCKE:

"El fin, pues, mayor y principal de los hombres que se unen en comunidades políticas y se ponen bajo el gobierno de ellas, es la preservación de su propiedad, para cuyo objeto faltan en el estado de naturaleza diversos requisitos". (LOCKE, 1976, p. 21).

El origen de los estados allí lo encontramos: se forman para buscar y preservar la propiedad. En la idea lockeana, la propiedad era el valor supremo, pero por la razón de que comprendía la vida y la libertad.

Era ese el sentir de los filósofos liberales como CONSTANT y LOCKE sobre el significado de la propiedad. Un derecho ilimitado, absoluto, propio del individuo.

Por supuesto, que fue esa la idea de propiedad que se reivindicó por los revolucionarios franceses, con la burguesía al frente, y fue la misma que se impuso en el Código de Napoleón y luego en los códigos civiles del siglo XIX. La propiedad valía tanto como la libertad, como la vida. Y esa idea penetró al Código Penal, en la figura de la legítima defensa de la propiedad e, incluso, en algunas Constituciones, cuando se dijo que las autoridades estaban instituidas para proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos. La vida a la par que los bienes.

Pero existe otra concepción sobre la propiedad, distinta a la liberal, más humana, en donde la aspiración a la propiedad es un derecho natural. Pero, para que sea un derecho natural y pueda alcanzar la categoría de un derecho fundamental, hay que situar esa aspiración en su punto. No se trata del *derecho de propiedad*, en abstracto, sino del *derecho a la propiedad*. De una propiedad que logre satisfacer las necesidades del individuo. La propiedad que defendía ROUSSEAU, como un derecho sagrado. Esta idea la expresa, con mucha claridad, el tratadista español Antonio PÉREZ LUÑO, así:

“De otro lado, el propio lenguaje constitucional, al reconocer “el derecho a la propiedad privada y a la herencia” y no el derecho de propiedad privada, sugiere que a lo que se está aludiendo es a la institución entendida como un derecho fundamental, que debe hacerse accesible a todos: acogiendo tácitamente lo que de forma expresa proclama el artículo 42 de la Constitución italiana. De ahí se deduce que la Constitución española no consagra la propiedad en términos garantistas del *statu quo*, esto es, amparando todas las situaciones de propiedad existentes sino que se dirige a reconocer la institución. [...] La propiedad privada debe conectarse con la garantía de un orden en el que cada persona pueda conseguir los instrumentos materiales para su libertad e igualdad. Desde este enfoque, el derecho a la propiedad se vincula con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y con la consiguiente participación de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social (art. 9.2) Se halla también estrechamente relacionado con la garantía de los medios materiales para asegurar el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15) e incluso puede entenderse como un instrumento para la defensa de la libertad y seguridad personales (art. 17.1) Al propio tiempo puede también operar como un factor de promoción personal a través del trabajo y como medio para satisfacer las necesidades individuales y familiares (art. 35.1). Así como una condición indispensable para el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38)”. (PÉREZ LUÑO, 1988, p. 434).

Es una concepción de la propiedad ligada a la dignidad de las personas. Con ella se busca asegurar, dentro del derecho a la propiedad, que las personas tengan garantizado el cubrimiento de sus necesidades mínimas de acceso a una vivienda, pero también a los medios para desarrollar su libertad; acceso a la cultura, a la salud, a la recreación. En este sentido, el *derecho a la propiedad* y no el *derecho*

de propiedad, se mira como un derecho fundamental. Es un derecho de propiedad mirado como valor de uso. Ajeno a la acumulación.

En el libro autobiográfico de Nelson MANDELA, se lee:

“Aquellas casas eran construidas por las autoridades municipales para los trabajadores que necesitaban vivir cerca de la ciudad. Para aliviar la monotonía algunos plantaban pequeños huertos o pintaban sus puertas con colores brillantes. Era todo lo contrario de una casa lujosa, pero era el primer hogar propio que tenían y estaban muy orgullosos de él. Un hombre no es un hombre hasta que tiene casa propia.” (MANDELA, 2010, p. 115).

Estas y otras ideas sobre el derecho a la propiedad como derecho fundamental, las desarrollo en mi texto *Propiedad y Dignidad*, publicado por Temis, en el 2009.

LA POSESIÓN

En cuanto a la Posesión, los juristas han ido modificando su posición frente a esta institución. Una de las discusiones más fuertes que el concepto mereció, fue el de establecer si se trata de una situación de hecho o de un verdadero derecho. SAVIGNY, ilustre romanista alemán, en su texto *El derecho de la posesión*, se refirió a la esencia de la posesión, así:

“[...] para ser considerado como verdadero poseedor de una cosa, es necesario que el que la detente se comporte como propietario; en otros términos, que pretenda disponer de la cosa como un propietario tendría la facultad de hacerlo en virtud de su derecho, lo que implica en particular que no reconozca a nadie más un derecho superior al suyo. La idea de posesión no exige otra cosa sino este *animus domini*; y, sobre todo, no supone la convicción de que realmente se tenga la propiedad (*opinio seu cogitatio domini*): he aquí por qué el ladrón y el bandido pueden tener la posesión de la cosa robada..., pero no el arrendatario, quien no posee, pues no considera la cosa como suya”. (SAVIGNY, citado por VALENCIA ZEA, 1983, p. 59).

Repárese cómo, en la cita de SAVIGNY, se habla dos veces del derecho de posesión.

IHERING, discípulo de SAVIGNY, en dos obras donde analizó esta figura (la una se llamó *La teoría de la posesión, el fundamento de la protección posesoria*, publicada en 1867, y la otra *La voluntad en la posesión con la crítica del método reinante*, en 1889), se orienta por la idea de que la posesión es un derecho, en tanto constituye un interés jurídicamente protegido. Para el autor, la posesión está relacionada estrechamente con la propiedad, hasta el punto de que no hay propiedad sin posesión. Dice IHERING:

“[...] es pues el interés de la propiedad lo que determina la protección posesoria, y con ella la noción de la posesión”. (IHERING citado por RENGIFO GARDEAZÁBAL, 2006, p. 17).

Esa discusión sobre si la posesión es un hecho o un derecho, en opinión de otros juristas, se vuelve innecesaria. ALESSANDRI y SOMARRIVA, los reconocidos tratadistas chilenos, sostienen que

“Hoy día la doctrina considera infecunda la antigua disputa sobre si la posesión es un estado de hecho o un derecho subjetivo, y resuelve la cuestión diciendo simplemente que la posesión es un estado de hecho protegido por el derecho”. (ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1984, p. 442).

En nuestro medio, tratadistas como Arturo VALENCIA ZEA y Hernán VALENCIA RESTREPO se orientan por la idea de que la posesión es un derecho real provisional. Dice VALENCIA ZEA:

“La posesión es un derecho real provisional. Esta proposición resume el estado actual de la doctrina civil sobre este punto. En derecho moderno, es derecho subjetivo real todo poder de voluntad que se ejerza sobre cosas, y que mediante acciones pueden hacerse valer frente a todos. La posesión es un poder de hecho que se ejerce sobre cosas, poder que se encuentra protegido por acciones reales, pues las acciones posesorias se refieren a cosas y pueden ejercerse contra todos.

“Mas existe una diferencia entre los derechos reales propiamente tales y la posesión, ya que los primeros constituyen poderes jurídicos definitivos, y la posesión, en cambio, es un poder de hecho provisional, en el sentido de que puede desaparecer frente a la acción que se deriva de la propiedad, de uno de los derechos reales desmembrados de ella o de un simple derecho personal”. (VALENCIA ZEA, 1967, p. 82).

Por su parte, VALENCIA RESTREPO sostiene:

“Desde su misma génesis, pasando por la jurisprudencia preclásica, clásica, posclásica, bizantina y medieval hasta el derecho moderno y contemporáneo, la posesión se presenta cual amalgama inextricable de elementos jurídicos y fácticos, que han creado el problema, arduo de resolver, acerca de su naturaleza: ¿es un hecho un derecho?

Las fuentes son contradictorias. La dilatadísima elaboración jurisprudencial aparece desordenada, poco coherente en la tecnología y, en veces, incomprensible.

Rematamos la presente disquisición y semidigresión registrando que en la actual dogmática jurídica —con bases enteramente romanas— se considera la posesión un derecho real provisional porque está destinada o a consolidarse en un derecho real definitivo —la propiedad— a través de la usucapión o prescripción adquisitiva, o a desaparecer por una acción reivindicatoria en que venza el dueño al poseedor”. (VALENCIA RESTREPO, 1986, p. 164).

Esta tesis la acoge la Corte Constitucional colombiana cuando, en sentencia de Tutela 494 proferida en 1992, sostuvo la calidad de derecho fundamental para la posesión, postura que luego morderá, mediante sentencia de Tutela 172 de 1995, cuando sostuvo:

“El hecho de que una persona se comporte como señor y dueño de un bien, sea o no de su propiedad, lo reconoce la ley colombiana como generador de consecuencias jurídicas y lo protege bajo la denominación de posesión, en las normas del título VII del Código Civil; pero, no es uno de los derechos consagrados por el constituyente de 1991 como fundamental, así algún sector de los doctrinantes la hayan considerado como tal. La posesión, como la propiedad, goza de la garantía estipulada en el artículo 58 de la Carta Política; pero ello no es suficiente para que proceda la acción interpuesta.

Si bien es cierto que en algunos casos se ha otorgado la tutela a quien reclama protección para su posesión (véase la sentencia T-174 adoptada por esta sala de revisión el 5 de mayo de 1993), en ninguno de esos casos se tuteló la posesión misma, sino el derecho al debido proceso u otro de los fundamentales, con cuya violación indirectamente se afectaba a aquella”.

Ya la Corte había hablado de la posesión, como un derecho real transitorio.

En sentir del autor de estas líneas, hoy no existe razón para desconocerle, a la posesión, el alcance de derecho real. Tanto desde el punto de vista sustantivo, como desde el punto de vista procesal, es racional aceptar la posesión como un derecho patrimonial. En este sentido se pronuncia el procesalista Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO:

“[...] Como no podemos desconocer la tesis de la Corte, no vacilamos recomendar que en los casos en que no sea posible embargar para luego secuestrar, debido a que no se podía registrar el embargo, se deben denunciar los derechos de posesión que el demandado pueda tener respecto del vehículo y solicitar el secuestro perfeccionador de tal embargo, modalidad que evita la discusión sobre la forma de llevar a cabo la medida cautelar con respecto a automotores. La posesión material respecto de cualquier bien es un derecho patrimonial que permite ser evaluado económico para efectos de llevarlo a remate y, naturalmente, susceptible de la medida cautelar”. (LÓPEZ BLANCO, p. 506).

Esa discusión, como lo afirman ALESSANDRI y SOMARRIVA, podría volverse bizantina si no fuera por las consecuencias que conlleva. A modo de ilustración, piénsese en que si la posesión se considera un hecho, ella no podría ser objeto de medidas cautelares, situación que en algunos casos se mostraría como absurda. Lo cierto es que la evolución del concepto de posesión también ha sido notoria. De otra parte, ello implica desconocer la realidad colombiana, la de un país donde la relación con la tierra no es siempre de propietarios. Un gran sector de la población está constituido sólo poseedores, porque no tiene títulos registrados. Cómo sostener, en frente de ellos, que no son titulares de un derecho.

Existen instituciones jurídicas que empezaron como hechos. Antiguamente, el concubinato era eso. No tenía ningún respaldo jurídico. La protección a este tipo de relaciones es relativamente nueva. La sociedad marital de hecho es ley en Colombia desde mil novecientos noventa. Hoy, este tipo de relaciones, que antaño se consideraban como meros hechos, se tornaron verdaderos derechos. La relación entre parejas del mismo sexo, hasta hace poco, no tenía ninguna protección legal; por el contrario, durante algún tiempo se penalizó como, también, se penalizaban la vagancia y la mendicidad. Las épocas han cambiado, pero un sector de la sociedad no quiere cambiar. Es lo que ocurre con la posesión. Todavía, hacia mil novecientos ochenta, la jurisprudencia colombiana no aceptaba los reclamos por indemnizaciones en accidentes de tránsito que formulaban las concubinas o concubinos ante la muerte de sus compañeros. Decían los tribunales que se trataba de intereses jurídicos no protegidos, en la terminología de IHERING. Que se trataba de situaciones de hecho de las cuales el derecho no se podía ocupar pues, además, tenían un tinte de inmoralidad. Por todos, es bien conocida la evolución que, hasta hoy, la figura del concubinato ha tenido. Y qué decir respecto de las parejas homosexuales, que ningún derecho tenían; puede verse cómo, actualmente y en muchos países, se acepta el matrimonio entre ellos. Por supuesto, llegar a esta situación en Colombia —el país del sagrado corazón de Jesús— es muy difícil, pues prima una mentalidad conservadora, refractaria a aceptar los cambios y la contundente fuerza de los hechos.

Esa misma evolución se debe aceptar en la figura de la posesión. Hasta finales del decenio anterior, la Corte Suprema de Justicia colombiana no aceptaba la suma de posesiones, sino cuando la venta de ellas aparecía documentada mediante escritura pública. Esta idea era totalmente contradictoria con la idea de que la *Posesión* es un hecho. Por sentencia de 5 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia cambió de posición. No podemos seguir sosteniendo, en nuestro medio, que es ella un hecho. La posesión sí empieza como un hecho pero trasciende y se convierte en derecho. Por ello, se trata de una institución provisional, temporal. Llamarla hecho es desconocer la fuerza que ha adquirido. Y es esta la razón por la que la Corte Constitucional ha llegado a aceptar para la posesión, lo mismo que para la propiedad, la posibilidad de mirarla como derecho fundamental por conexidad, cuando por el desconocimiento de la propiedad o de la posesión se conculca un derecho fundamental, tal como lo acabamos de referir.

Una buena forma de cerrar esta digresión alrededor de los derechos y los hechos, y su repercusión en materia de posesión, la encontramos leyendo a uno de los escritores clásicos franceses. Víctor HUGO, el gran escritor romántico y abogado francés, en su novela *Los Miserables* dice:

“El derecho es lo justo y lo verdadero.

Lo propio del derecho es permanecer eternamente hermoso y puro. El hecho, incluso el más necesario en apariencia, incluso el mejor aceptado por los contemporáneos, si no existe más que como hecho, si no contiene más que un poco de derecho, o no lo contiene en absoluto, está infaliblemente destinado a convertirse, con la duración del tiempo, deforme, inmundo, tal vez monstruoso. Si de una vez se quiere comprobar hasta qué grado de fealdad puede llegar el hecho, visto a la distancia de los siglos; que se mire a Maquiavelo. Maquiavelo no es un mal genio, ni un demonio, ni un escritor cobarde y miserable; no es nada más que el hecho. Y no es solamente el hecho italiano, es el hecho europeo, el hecho del siglo dieciséis. Parece odioso, y lo es, en presencia de la idea moral del siglo diecinueve.

Esta lucha del derecho y del hecho dura desde el origen de las sociedades. Terminar el duelo, amalgamar la idea pura con la realidad humana, hace penetrar pacíficamente el derecho en el hecho, y el hecho en el derecho, este es el trabajo de los sabios”.

Esta lucha entre los hechos y el derecho, finalmente la gana el derecho cuando cobija los hechos. Es eso, precisamente, lo que ocurre con la posesión de la tierra. Hay circunstancias en que los poseedores materiales de ella adquieren derechos por encima, incluso, de los propietarios. Fue eso lo que vislumbró la llamada *Corte de Oro*, en Colombia, durante los decenios de 1930 y 1940, cuando dictó la sentencia aquella que habló de la primacía de la posesión material, frente a la posesión inscrita (la de los propietarios), con ponencia de Miguel MORENO JARAMILLO. Sentencia ratificada en la década de 1950 por la misma Corte, mediante ponencia de José J. GÓMEZ, donde se lee:

“1. La Corte reitera la jurisprudencia contenida en la sentencia de casación de 24 de junio de 1937 (XLV, 329), complementándola en el sentido de que entre la posesión material y la llamada inscrita, no hay conflicto doctrinario, en razón de la prevalencia de la primera, trátese de fundos rurales o de inmuebles urbanos. 2. Por lo tanto, sobre las disposiciones analizadas del Código Civil, tendientes a atribuir al registro de los títulos de propiedad raíz, una función posesoria, prevalecen los textos relativos a la posesión que el Código Civil no califica, o sea, la material, la única verdadera posesión...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, D. C., 27 de abril de 1955, Gaceta Judicial, Tomo LXXX, página 87).

LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN DE LA TIERRA EN LA LITERATURA

La propiedad sobre la tierra y la posesión de ella son aspiraciones naturales del hombre. Es una idea reiterada en este artículo. Un hombre es un proyecto no realizado

si no es libre, y la libertad exige la satisfacción de sus necesidades básicas. Allí se encuentra la tierra, concretada en una vivienda o en un terreno que permita vivir a su propietario o poseedor. En ese sentido, y solo en ese, se trata de derechos fundamentales, como ya se vio, pues allí está comprometida la dignidad de las personas.

A ese sentimiento de propietario o de poseedor se han orientado diversos escritores que han entendido, muchas veces mejor que los tratadistas de derecho, cuál es la fuerza de la necesidad de la tierra. La tierra para vivir, individualmente o en grupo: la familia, la tribu. La tierra para sobrevivir. La tierra para disfrutar. La tierra para progresar. La tierra como elemento de cohesión, de integración. La tierra como parte de la dignidad. Y en sentido contrario, la falta de tierra como tragedia, para decirlo con una sola palabra.

GOETHE, en su obra *Prometeo*, señaló:

“La propiedad es el círculo que colma mi actividad, nada más ni nada menos”.

Y si recordamos que el jurista y poeta alemán tenía un confesado culto por la acción, entendemos la fuerza que le daba a la propiedad. El hombre sin propiedad no puede ejercer su libertad a través de la acción. Es la propiedad un elemento ligado a la libertad y a la dignidad. Es tal la importancia que GOETHE la da a esa forma de propiedad que, en su obra *Tierra, Tierra*, el escritor húngaro Sándor MÁRAI nos dice:

“Goethe dijo que cuando alguien empezaba a hablar de la muerte de la nación, él se ponía a bostezar de aburrimiento porque sabía que lo que estaba contándole sólo era una serie de frases rimbombantes. Sin embargo, si se enteraba de que la casa de al lado había ardido en un incendio, entonces dormía mal y lleno de preocupaciones, porque eso si lo consideraba una auténtica tragedia”.
(MÁRAI. 2006, p. 122).

En la historia de la humanidad es claro que se dio primero la posesión que la propiedad. Con el descubrimiento de la agricultura, en el Neolítico, cuando la última glaciación llegó a su fin, y las capas de hielo se alejan hacia los polos, el hombre se volvió sedentario y entendió el valor de la tierra para la tribu o la familia, al descubrir el concepto de semilla y, con él, la agricultura. Ya podía asentarse y esperar la cosecha, por supuesto que sin ningún título distinto al del primer ocupante, que no es otro que el de posesión para su grupo. Una posesión colectiva. Eran los siglos aquellos a que alude *Don Quijote*, cuando dijo:

“Dichosa edad y siglos dichosos aquellos a quienes los antiguos pusieron nombre de dorados, y no porque en ellos el oro, que en esta nuestra edad de hierro tanto se estima se alcanzase en aquella venturosa sin fatiga alguna,

sino porque entonces los que en ella vivían ignoraban estas dos palabras de “tuyo” y “mío”. Eran en aquella santa edad todas las cosas comunes: a nadie le era necesario para alcanzar su ordinario sustento tomar otro trabajo que alzar la mano y alcanzarle de las robustas encinas que literalmente las estaban convidando con su dulce sazonado fruto. Las claras fuentes y corrientes ríos, en magnífica abundancia, sabrosas y transparentes aguas les ofrecían... todo era paz entonces, todo amistad, todo concordia”.

VIRGILIO, en *Las geórgicas*, se refirió a la edad de oro diciendo que, en esa época,

“Ningún agricultor tenía tierras, hasta marcar los límites de la tierra era malo: los hombres trabajaban por el bien común, y la propia tierra, sin amarras, era más fructífera”.

Por su parte, OVIDIO presentaba, en *La Metamorfosis*, esa etapa de la humanidad así:

“La propia tierra, que antes había sido como el aire y el sol, un tesoro que todos podían compartir, estaba ahora cruzada con límites que el hombre medía y marcaba con postes y cercas”.

Juan Jacobo ROUSSEAU en uno de sus escritos señaló:

“El primer individuo al que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir «esto es mío» y encontró a gentes lo bastante simples como para hacerle caso, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, cuántas miserias y horrores le hubiera ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas o cegando el foso, hubiera gritado a sus semejantes “guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos a todos pertenecen y que la tierra no es de nadie.”” (ROUSSEAU, 1977).

Durante la Revolución Francesa, se acudió a ROUSSEAU para rescatar el derecho de propiedad y reclamar que es un derecho sagrado y absoluto, pero la burguesía, clase que estuvo al frente de la Revolución, se cuidó de decir cuál era la propiedad sagrada de la que hablaba ROUSSEAU, pues para la burguesía la propiedad sí era un derecho absoluto sin distinciones. Necesitaba una propiedad libre de limitaciones y de cargas feudales. La miraba como una mercancía. ROUSSEAU la concebía como un derecho sagrado cuando era producto de la ocupación (primer ocupante) y extendida solo hasta cubrir las necesidades propias y del grupo, a través del trabajo.

Era la propiedad que toda su vida buscó *Siervo Joya*, ese personaje, creado por Eduardo CABALLERO CALDERÓN en su novela *Siervo sin Tierra*, que desde joven quiso tener un pedazo de tierra donde sembrar:

“[...] yo nací un trito más lejos, más abajo, en la misma orillita del Chicamocha, al pie de la Peña Morada, en un sitio que llaman La Vega del Pozo. Todo eso pertenece a los patronos de la casa de teja... ¿No conoce mi amo a los patronos? Son gente rica. Mucha peonada tienen, mucha. Y tierra, tierra, más tierra... ¡cuánta tierra buena y agradecida tienen, por la Virgen Santísima! ¡Y uno sin un terrón donde sembrar dos palitos de maíz, como para decir ahí te caigas muerto!... Lo único que vale la pena en esta vida es la tierra, la tierra propia pues todo lo demás se acaba y no da contento”. La parábola de Siervo termina con su muerte, sin su terrón.”

Una novela profunda, que refleja la situación y luchas de los campesinos en el *Sertão*, Brasil, se llama precisamente *El Gran Sertón: Veredas*, escrita en 1956, por el médico, diplomático y novelista João GUIMARÃES ROSA. Allí, aparece esta cita:

“La hacienda *Santa Catalina* estaba cerca del cielo: un cielo azul por lo re-pintado, con las nubes que no se remueven. Estábamos en mayo. Quiero bien a esos mayos, el sol bueno, el frío de salud, las flores en el campo, los finos vientos mayeritos. La fachada de la hacienda, en una vertiente, reverenciaba al espigón, al cielo. entre los corrales y el cielo, había solo un gramal limpio y un arrecife de espesura, de donde bajan las mariposas blancas, que pasan entre los gramiles de la cerca [...] después de tantas guerras, yo encontraba un valor viable en todo lo que era cordato y corriente, en el ordeño de la leche, en el papudo que iba cargando una lata de desperdicios al chiquero, en las gallinas de Angola escarbando a la carrera en la yerba hedionda, con florecillas amarillas, y en el malvar comido por el ganado y por los puercos. Me figuro que en aquella ocasión tuve una corta añoranza del san Gregorio, con un deseo vano de ser dueño de mi suelo, mío por posesión y continuados trabajos de sujetar el alma y endurecer las manos”.

Qué más argumentos para mostrar la justicia y la fuerza de la posesión. Cómo decir, después de leer el texto de GUIMARÃES, que la posesión es un hecho.

Es la posesión, y así la define el artículo 762 del Código Civil colombiano, *la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño*. No se requiere ningún título. Es una situación que empieza en los hechos y la ley protege, en un momento determinado. Lo de los títulos no es exigible sino al propietario o al poseedor regular. Pero si se mira el título como la causa por la cual se adquiere un bien, ¿qué otro título tendría más fuerza que el trabajo? Es lo que dice el personaje de GUIMARÃES. Por supuesto, se alude al trabajo propio, no al ajeno. Es que el capitalista tiende a asumir la fuerza de trabajo ajena, como un bien propio.

La posesión es una situación intermedia entre la mera tenencia y la propiedad. Pero la definición del Código Civil colombiano: “*Es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño...*” deja pendiente una situación: el problema es que frente a la actitud de muchos poseedores, no se puede predicar de ellos que tengan

ánimo de dueños. No aspiran a ello. Su única pretensión es la de que les protejan su vinculación con la tierra, con título o sin él. Agustín YÁÑEZ, el escritor mexicano, lo expresa así, en su novela *La tierra Pródiga*:

“A dónde iremos así ya tan viejos, a dónde nos aventarán sin tierra y sin hijos [...]. Los que llegamos animosos a esta tierra, y la domamos, y la quisimos, y con ella nos casamos, y nos chupó sudor y sangre, nos exprimió los huesos y el tuétano de los huesos, a donde nos arrimaremos.

No era no más tomar posesión con los ojos y el deseo de aquellas extensiones. Había que asentar el pie y la mano dominantes. Entregarse a la tierra, vivir con ella para vivir de ella, explotándola, [...] lo mismo que algunos hacen con la mujeres o lo que sucede con las bestias: hay que aguantarlas para que den de vivir, y hasta quererlas: mientras más, mejor, más productivas.”

Y es que la facultad suprema de los dueños, que es el derecho de disposición, no les interesa, pues no quieren desprenderse de su tierra. Su tierra los ha acompañado. A esa tierra se deben y su vínculo con ella no es de propietarios sino el de “un hombre con su tierra”. No se mira la tierra como una mercancía. No se mira como un objeto para acumular. Se mira como parte de la cultura, del ser, de la entraña. De la vida.

De nuevo, se cita a *Siervo Sin Tierra*.

“Siervo adoraba su rinconcito de la vega aunque las malas lenguas dijieran que era un erial que solo servía para que triscaran las cabras y se asolearan las culebras. Conocía los parches de tierra buena, donde la pica se hunde fácilmente y las raíces logran chupar la humedad que rezuma de la acequia. El naranjo era suyo porque lo había sembrado con sus propias manos y lo había regado durante varios años, acarreando agua del Chicamocha en una olla de barro que, como el cántaro del cuento, de tanto ir al río acabó por romperse. La tierra es primero de Dios, que la amasó con sus manos; en segundo lugar de los patrones, que guardan la escritura en un cajón del escritorio; pero en tercer lugar no podría ser sino de Siervo, que nació en ella y en ella quería morir, como murió su madre mientras él andaba en los cuarteles, paseándose la almohaza a los caballos de mi capitán y caminando con botas. Esta idea se le presentaba lógica y sencilla en la mente, pero sin palabras [...].”

En la novela *La Buena Tierra*, de la escritora estadounidense Pearl S. BUCK, Premio Nobel de 1938, en la última página, se lee:

“— ¿Qué es eso..., hijos malos, hijos ociosos, vender la tierra?...
— No..., no...No venderemos nunca la tierra...
— Es el fin de una familia..., cuando empiezan a vender la tierra... —Dijo él entrecortadamente—. De la tierra salimos y a la tierra hemos de ir... y si sabéis conservar vuestra tierra podréis vivir... Nadie puede robaros la tierra... Si vendéis la tierra es el fin...”

Una última cita de esta conmovedora obra nos acerca al pensamiento de TOLSTOI, sobre la relación del hombre con la tierra:

“Casi sonrió y pareció confuso. Espantó un moscón chapoteando con la mano en el agua.

— Si necesita un millón de acres para sentirse rico, me parece que los necesita porque se siente muy pobre en su interior, y si es pobre en sí mismo, no hay millones de acres que puedan hacerlo sentirse rico, y quizás esté desengañado porque nada puede hacerlo sentirse rico... rico como la señora Wilson, cuando ofreció su tienda para que allí muriera el abuelo. No estoy tratando de predicar ningún sermón, pero nunca he visto a nadie que haya dedicado su vida a atesorar riquezas que no se sintiese desengañado”.

Y es que León TOLSTOI conocedor del problema de la tierra, como propietario y como abogado que fue, legó una enseñanza muy real para aquellos que insisten en la idea de acumulación. En un pequeño pero significativo cuento denominado ¿Cuánta tierra necesita el hombre? Nos presenta la parábola de un campesino ambicioso. En una región de Rusia, rica en tierras, a *Pakhom*, un campesino le ofrecieron en venta, por un precio irrisorio, todo lo que lograra recorrer en una jornada, con el compromiso para este de colocar una estaca en el límite hasta donde abarcó y volver al sitio de partida antes de que el sol se ponga. De no regresar a tiempo no obtendría nada. El infortunado hizo caso y salió a paso rápido pero no se decidía a colocar la estaca pues pensaba que podía abarcar más. Cuando finalmente se decidió a colocarla y devolverse al sitio de partida notó que el tiempo apremiaba. Haciendo un esfuerzo sobrehumano logró llegar al sitio de partida en el momento en que se puso el sol, pero fue tan grande su esfuerzo que allí cayó sin vida.

“El criado de Pakhom acude y quiere levantar a su amo; pero ve que la sangre fluye de su boca. Está muerto. El Starschina, incorporándose, prorrumpió en carcajadas y se sujetó el vientre con ambas manos (...) se levanta, coge del suelo un azadón y se lo da al criado.

— Toma, dice, entiérrale.

Todos los Baschkires se levantaron y se fueron. Quedó solo el criado y abrió para Pakhom una fosa de la longitud justa del cadáver: tres arquines de la cabeza a los pies y allí lo enterró”.

La enseñanza de TOLSTOI es conmovedora.

Rocío VÉLEZ DE PIEDRAHÍTA, la destacada escritora antioqueña, publicó su novela *Terrateniente*, en la cual describe la manera como unas familias *paisas* se asientan en las montañas de la Costa Atlántica. Las dificultades para sacar una finca adelante. La forma como sus propietarios se compenetran con la tierra y como la sienten. En un aparte de la novela se lee:

“A medida que crecía el maíz, parecía mecerse con el viento, arraigar en el suelo y nutrirse de la sangre de los González. Ya Joaquín entendía lo que quería decir Don Bernardo cuando afirmaba: “Yo soy terrateniente”. Ahora experimentaba en sí mismo esa identidad: ese sentir sed cuando no llueve y los pies húmedos si no escampa; y fresco el ánimo cuando vetea y en creciente, la sangre pujante. ¿Sangre? Savia. Sentía que le corría savia por las venas”.

La tierra es la vida. Por eso Manuel MEJÍA VALLEJO tituló una de sus novelas *La tierra éramos nosotros*.

Las uvas de la ira es una conmovedora novela del premio Nobel de 1962, el escritor estadounidense John STEINBECK. En ella se refleja el drama de los campesinos sin tierra y sin trabajo. Un sembrador de algodón se expresa, así, en la novela:

“[...] pero es nuestra tierra. Nosotros la medimos y la surcamos con nuestros arados. Hemos nacido en ella, nos han matado en ella, hemos muerto en ella. Aunque no sea nuestra, sigue siendo buena. Eso es lo que la hace nuestra... el haber nacido en ella, trabajado en ella, muerto en ella. Eso es lo que hace la posesión, no un papel con números”.

Es este, nuevamente, el sentimiento del poseedor frente a su tierra.

Y dice la novela:

“Y un hombre hambriento y sin hogar, guiando por los caminos con su mujer sentada junto a él y sus pequeños hijos detrás, podía mirar los campos abandonados que podrían producir alimentos, si no provecho, y este hombre podía saber que un campo abandonado es un pecado, y la tierra estéril un crimen contra los niños enflaquecidos por el hambre. Y un hombre así guiaba por los caminos y sentía tentación ante cada campo abandonado, y codiciaba coger esos campos y sacarles un poco de fuerza para sus hijos y para su mujer. Siempre estaba delante de él la tentación . Los campos eran un acicate y las zanjas de la compañía por donde corría el agua eran un agujón para él”.

Y qué decir de este aparte en el que los campesinos sin tierra y sin trabajo, vagando con sus familias detrás, se atreven a sembrar en una tierra ociosa y ajena.

“Un día llega un comisionado del Sheriff.
— ¿Qué se han creído ustedes?
— No hago ningún daño
— Los he estado vigilando. Esta tierra no es suya. Se están metiendo en propiedad ajena.
— La tierra no está arada, y no hago daño a nadie.
— ¡Condenados usurpadores! Dentro de poco se creerán que la tierra es de ustedes. Creerán que la poseen. ¡Salgan de aquí!

— Y las pequeñas zanahorias verdes eran arrancadas de raíz y pisoteados los nabos. Volvía a crecer la maleza. Pero el policía tenía razón. Una siembra fructificada es posesión..., labrando la tierra y comiendo sus frutos... un hombre podría luchar por la tierra que le ha alimentado. ¡Échenlo de aquí pronto! Creería que es de él... Podría morir defendiendo su pequeño huerto contra las malezas”.

Por eso no resulta atrevido pensar que tanto en la idea de que la posesión es un hecho, como en la de que es un derecho, hay toda una postura ideológica. No es una discusión inocente.

En otro aparte de la novela se lee

“El padre pidió dinero al Banco, y ahora el Banco quiere la tierra. La compañía explotadora de la tierra —lo es el Banco cuando posee tierras— quiere tractores en la tierra y no familias de trabajadores. ¿Es malo un tractor? ¿Es dañina la fuerza que hace girar los arados mecánicos? Si ese tractor fuese nuestro, sería... bueno... no mío: nuestro. Si nuestro tractor abriese los grandes surcos de nuestra tierra, sería... bueno... no mi tierra: la nuestra. Entonces amaríamos ese tractor como hemos amado esta tierra que fue nuestra. Pero ese tractor hace dos cosas..., surca la tierra y nos echa de ella. Hay poca diferencia entre este tractor y un tanque. Ambos expulsan, intimidan y hacen daño a los hombres. Debemos pensar en esto... Si ustedes los que poseen las cosas que los demás deben tener, comprendieran esto, podrían ponerse a salvo. Si ustedes pudieran separar las causas de los resultados , si pudiesen saber que Paine, Marx, Jefferson, Lenin, fueron resultados, no causas, podrían sobrevivir. Pero ustedes no pueden saber. Porque la cualidad de poseer les ha infundido para siempre en el “Yo”, y separado totalmente del “Nosotros”.”

El escritor peruano Ciro ALEGRÍA nos legó una novela, entre otras, antológica, en la que se plantea el sufrimiento de los indígenas y de los campesinos de su patria. Se trata de la novela *El mundo es ancho y ajeno*, escrita y publicada en el decenio iniciado en 1.940. El título refleja la paradoja humillante que surge de la tenencia de la tierra en nuestros países. La buena tierra abunda pero es ajena. Los desposeídos de la tierra son muchos. *Rosendo Maqui*, es el personaje central de la epopeya.

“[...] vimos a Rosendo Maqui considerar diferentes acontecimientos como la historia de su pueblo. Es lo frecuente y en su caso se explica, pues para él la tierra es la vida misma y no recuerdos. [...] La vida comunitaria adquiere un evidente carácter de paz y uniformidad y toma su verdadero sentido en el trabajo de la tierra. La siembra, el cultivo y la cosecha son el verdadero eje de su existencia. El trigo y el maíz —“bendito alimento”— devienen símbolos. Como otros hombres edifican sus proyectos sobre empleos, títulos, artes o finanzas, sobre la tierra y sus frutos los comuneros levantaban su esperanza. [...] Y para ellos la tierra y sus frutos comenzaban por ser un credo de hermandad.”

Dice el narrador, en la parte final del capítulo quinto: *La comunidad necesita la tierra. La tierra une. La tierra fortalece y la perdida de ella, el desalojo, es oprobioso.*

Al comienzo de la novela, se lee:

“Los seres que se habían dado a la tarea de existir allí, entendían, desde hacía siglos , que la felicidad nace de la justicia y que la justicia nace del bien de todos. Así lo habían establecido el tiempo, la fuerza de la tradición, la voluntad de los hombres y el seguro don de la tierra. Los comuneros de Rumi estaban contentos de su vida”.

Más adelante:

“Y esa noche, con su buen abuelo Antón, ya ido, hecho quietud y silencio bajo la tierra, con la familia ausente, penando por la perdida de la tierra, piensa en el pueblo que ha sido y es de la tierra, en el cotidiano y renovado afán de obtener, con alegría y sin cansancio el multiplicado milagro de la mazorca y de la espiga. Y ahora siente que ha de ir por sus huellas, huellas que tiene que recorrer a lo largo, ancho y hondo de la tierra, porque también su destino desde el nacimiento hasta la muerte —y aun antes y después— es de la tierra”.

Y luego:

“Ya estaban cansados de trajinar sin sosiego. Cuando volvieron las lluvias, Juan Medrano unció la yunta, trazó los surcos y arrojó la simiente. Quería a la tierra y encontraba que, pese a todo, cultivarla era la mejor manera de ser hombre”.

Y al final de la obra—

“En este mundo ancho, cambiamos de lugar, vamos de un lao pa otro buscando la vida. Pero el mundo es ajeno y nada nos da, ni siquiera un güen salario, y el hombre muere con la frente pegada a una tierra amarga de lágrimas. Defendamos nuestra tierra, nuestro sitio en el mundo, que así defenderemos nuestra libertá y nuestra vida. La suerte de los pobres es una y pediremos a todos los pobres que nos acompañen. Así ganaremos. [...] Muchos, muchos, desde hace muchos años, siglos, se rebelaron y perdieron. [...] Que nadie se acobarde pensando en la derrota porque es peor ser esclavo sin pelear. Quién sabe los gobernantes comiencen a comprender que a la nación no le conviene la injusticia. Pa permitir la muerte de la comunidad indígena se justifican diciendo que hay que despertar en el indio el espíritu de propiedá y así empiezan quitándole la única que tiene. Defendamos nuestra vida, comuneros. ¡Defendamos nuestra tierra!”

CONCLUSIONES

Hoy no se puede hablar de una sino de varias formas de propiedad pues, de lo contrario, en una definición no se puede aprehender a cabalidad lo que se entiende por dicho derecho de propiedad.

El derecho de propiedad, en la actualidad, tiene una connotación muy distinta a la de otras épocas. Hoy, está totalmente permeado por el constitucionalismo y alejado, cada vez más, de la visión iuscivilista. Cada vez la propiedad se orienta más a la necesidad de la comunidad que a la del individuo y, por ello, el derecho de propiedad ya no es un derecho ilimitado, sino todo lo contrario. El propietario, a la par que derechos, tiene obligaciones.

La posesión también ha sufrido una transformación en su concepción. No es posible seguir mirándola como un hecho. Tiene, hoy, el alcance de un derecho patrimonial; y a los poseedores, al igual que a los propietarios, hay que exigirles que cumplan con la función social.

Finalmente, la literatura presenta muchos cuadros sobre las angustias de los propietarios y poseedores de la tierra y, desde ella, es posible realizar un acercamiento a la fuerza del sentimiento de propietarios y poseedores. A la vivencia de ellos y a la tragedia que es carecer de la tierra. Desde la literatura puede apreciarse cómo el problema de la tierra es fundamental en una sociedad, situación que explica el por qué, cuando en los “diálogos de paz”, en La Habana, se coloca este asunto en el primer lugar de la agenda, lo que en realidad se hace no es otra cosa que reconocer la importancia que entraña este tema.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Curso de derecho civil. Los bienes y los derechos reales* (Cuarta edición). Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1984.

BERLIN, Isahiah. *La tradición de la libertad*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Aguilar, Madrid, 1961.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denys. *La Ciudad Antigua*. Editorial Iberia, Barcelona, 1961.

GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades*. Civitas, Madrid, 1992.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Aguilar, Madrid, 1976.

- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano* (5^a edición). Editorial ABC, Bogotá, D. C..
- MANDELA, Nelson. *Autobiografía* (1^a edición en Colombia). Aguilar, Bogotá, D. C., 2010.
- MARAI, Sandor. *Tierra, tierra*. Ediciones Salamandra, Barcelona, 2006.
- MAZEAUD, Henry, Jean y León. *Lecciones de derecho civil* (Parte segunda). Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1988
- RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio. *Teorías de la posesión*. Revista de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Número 36, 2006.
- (ROUSSEAU, 1977, p. 71. *Discurso Sobre el origen de la desigualdad*, Barcelona, Ediciones Península).
- TROYAT, Henry. *DOSTOYEVSKI*. Ediciones Vergara, Barcelona, 2006.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Derecho Privado Romano*. Editorial Temis, Bogotá, D. C., 1986.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil* (Tomo II). Temis, Bogotá, D. C., 1967.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *La posesión*. Temis, Bogotá, D. C., 1983.
- ZWEIG, Stefan. *Balzac*. Editorial de Ediciones Selectas, S. R. L., Buenos Aires, 1963.

OBRAS LITERARIAS CONSULTADAS

- El mundo es ancho y ajeno*. Ciro ALEGRÍA.
- La buena Tierra*. Pearl S. BUCK.
- Siervo sin tierra*. Eduardo CABALLERO CALDERÓN.
- El Extranjero y La Caída*. Albert CAMUS.
- A sangre fría*. Truman CAPOTE.
- Alicia en el país de las maravillas*. Lewis CARROLL.
- El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha y El licenciado vidriera*. Miguel CERVANTES.
- La tienda de las antiguiedades*. Charles DICKENS.
- Los hermanos Karamazov y Crimen y Castigo*. Fiódor DOSTOYEVSKI.
- El sonido y la furia*. William FAULKNER.
- Crónica de una muerte anunciada*. Gabriel GARCÍA MÁRQUEZ.
- El gran Sertón, Veredas*. Joao GUIMARAES ROSA.
- Los miserables*. Víctor HUGO.
- El proceso*. Franz KAFKA.

Michael Kolhaas. Heinrich Von KLEIST.

El único hombre. Naguib MAHFUZ.

Tierra, tierra. Sándor MÁRAI.

La tierra éramos nosotros. Manuel MEJÍA VALLEJO.

La metamorfosis y Las Geórgicas. OVIDIO.

Medida por medida, Hamleth, Macbeth, El Mercader de Venecia y Otelo. William SHAKESPEARE.

Antígona. SÓFOCLES.

Las uvas de la ira. John STEINBECK.

Rojo y negro. STHENDAL.

Cuánta tierra necesita el hombre y La muerte de Iván Illich. León TOLSTOI.

Terrateniente. Rocío VÉLEZ DE PIEDRAHÍTA.

La tierra pródiga. Agustín YÁÑEZ.



Título: Sin Título
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensión: 100 x 100 cm
Año: 2012-2013

IRREGULARIDAD EN LA OCUPACIÓN DEL SUELO URBANO EN MEDELLÍN

SISTEMATIZACIÓN DE EXPERIENCIAS*

* Este artículo corresponde al informe final de la investigación CODI “Intervención de la Universidad de Antioquia en Asentamientos Irregulares. Sistematización de experiencias”, adscrita al grupo de investigación Derecho y Territorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, del cual forman partes los autores. Fecha de Inicio de la investigación: 05 de mayo de 2010.

Fecha de recepción: marzo 20 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 2 de 2013

IRREGULARIDAD EN LA OCUPACIÓN DEL SUELO URBANO EN MEDELLÍN SISTEMATIZACIÓN DE EXPERIENCIAS

*Dany Granda Jaramillo**
Juan Camilo Mejía Walker****

RESUMEN

La irregularidad urbana es el resultado de formas específicas de producción de la ciudad latinoamericana, caracterizada por la coexistencia de dos formas de habitar; la formalidad y la informalidad. El presente trabajo busca caracterizar el proceso de ocupación irregular del suelo urbano en Medellín, Colombia, a partir de la sistematización de las experiencias de la Universidad de Antioquia en procesos de estudio de títulos, manzaneo y reloleo, titulación de predios y regularización de asentamientos ejecutados entre el año 2007 y 2011 con el fin de evidenciar la relación entre las prácticas y procesos empleados en las experiencias y el marco conceptual asociado a las elaboraciones teóricas sobre la irregularidad urbana y la informalidad en la tenencia de la tierra en América Latina.

Palabras clave: sistematización de experiencias, irregularidad urbana, regularización, titulación, derecho a la ciudad y ordenamiento territorial.

IRREGULARITY IN THE OCCUPATION OF THE URBAN LAND IN MEDELLIN. SYSTEMATIZING EXPERIENCES.

ABSTRACT

The urban irregularity is the result of specific forms of production of the Latin-American city, characterized by the coexistence of two ways of living; the formality and the informality. The present work seeks to characterize the process of irregular occupation of the urban land in Medellin, Colombia, from the systematizing of the experiences of the University of Antioquia in processes of study of titles, subdivision of the soil, qualifications of lands and regularization of accessions executed between the year 2007 and 2011 in order show the relation between the practices and processes used in the experiences and the conceptual frame associated with the theoretical elaborations on the urban irregularity and the informality in the possession of the land in Latin America.

Key words: systematizing of experiences, urban irregularity, regularization, qualifications, right to the city and territorial classification.

** Abogado y candidato a Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Especialista en Gestión Inmobiliaria de la Universidad Nacional. Profesor de cátedra e investigador del grupo Derecho y Territorio de la Universidad de Antioquia. Email: danygranda@gmail.com. Teléfono: 2195878

*** Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Docente de tiempo completo e investigador del grupo Derecho y Territorio de la Universidad de Antioquia. Email: juancamilomw@gmail.com. Teléfono: 2199862.

IRREGULARIDAD EN LA OCUPACIÓN DEL SUELO URBANO EN MEDELLÍN SISTEMATIZACIÓN DE EXPERIENCIAS

INTRODUCCIÓN

La ciudad latinoamericana, además de poseer los rasgos de cualquier ciudad del mundo, se caracteriza por la presencia, principalmente en su periferia, de asentamientos surgidos por fuera del entramado urbano formal y planificado. Se trata de construcciones generalmente ilegales, muchas de ellas ubicadas en zonas de alto riesgo o insalubres, viviendas construidas a partir de todos los materiales posibles —madera, lata, adobe, plásticos—, que terminan por conformar unas tramas barriales deficitarias de los principales atributos que hacen posible la vida urbana; el sistema de espacio público natural y artificial, el sistema vial y de movilidad, equipamientos, servicios públicos, acompañados de formas de ocupación del espacio privado en las que priman las lógicas de la necesidad y la subsistencia. En estos asentamientos, tradicionalmente conocidos como irregulares o informales, coexisten órdenes socioespaciales establecidos al margen de la institucionalidad de la planificación y el ordenamiento territorial. Se trata de una problemática en ascenso marcada por el aumento de viviendas informales y la producción constante de periferias urbanas en las laderas —y en ocasiones en el centro— de ciudades como Medellín.

La ciudad observa desde “abajo” que allí “arriba” crece cada vez con mayor fuerza una población que resiente a un país en conflicto, cuya violencia reproduce sistemáticamente el destierro y el desplazamiento a las ciudades que solo pueden ofrecer lo que queda de sus laderas, porque en la urbe no parece haber espacio para quienes no pueden pagar los altos precios del suelo, regulados por un mercado inmobiliario formal basado en la especulación. En la periferia crece la informalidad y con ella los conflictos sociales y culturales asociados a la ausencia del Estado, es la tierra del poblador apropiado por la necesidad de construir una vida pocas veces digna porque los medios para encontrar dignidad son precarios, escasos o ausentes.

Durante las últimas dos décadas el Estado, representado por el gobierno municipal de la ciudad, ha emprendido una serie de acciones que buscan disminuir los conflictos asociados a la ocupación irregular del territorio y que actualmente agrupa el POT —Plan de Ordenamiento Territorial, Acuerdo 046 de 2006 (Alcaldía de Medellín, 2006)— bajo el subprograma denominado Regularización Integral

de Predios, que comprende a su vez la regularización y legalización urbanística, la titulación y legalización de predios y el reconocimiento de la existencia de edificaciones.

En el marco de la ejecución de este subprograma el Municipio de Medellín ha vinculado a diversas instituciones y actores sociales, entre ellos la Universidad de Antioquia, por intermedio de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,¹ para que acompañe los procesos de transferencia de bienes fiscales de Corvide, en la etapa de liquidación, manzaneo y relooteo de mayores extensiones, titulación de bienes fiscales y regularización de asentamientos. Estos proyectos han tenido como escenario de intervención los territorios de la ciudad conformados al margen del entramado urbano formal, entre ellos se destacan los pertenecientes a las zonas nororiental (Santo Domingo Savio, María Cano-Carambolas, San José de la Cima, La Avanzada, La Esperanza, Popular, La Francia, Playón de los Comuneros, Moscú, La Isla, Pablo VI, Granizal y San Pablo); Centro Oriental (13 de noviembre, Llanaditas, Los Mangos, Isaac Gaviria, La Libertad, Villatina, Villa Lilliam, Villa Tubay, La Sierra y las Estancias); Centro Occidental (Las Independencias, Nuevos Conquistadores, El Corazón, El Salado, Vallejuelos y Juan XXIII-La Divisa) y Noroccidental (Mirador del Doce, Mirador I y II y La Madera).

Con el fin de evidenciar las relaciones entre las prácticas y procesos empleados en cada uno de los proyectos, así como de rescatar una serie de conocimientos socialmente relevantes, la Facultad emprendió un ejercicio de investigación cualitativa que permitiera rescatar las conclusiones y reflexiones centrales de la sistematización de experiencias, a partir de una evaluación de la problemática de la informalidad urbana en Medellín. Para ello se revisará la experiencia de los equipos de profesionales encargados de los estudios de títulos, manzaneo y relooteo, titulación de predios y regularización de asentamientos.

En términos metodológicos, este trabajo constituye un esfuerzo de investigación cualitativa y parte de las bases de la sistematización de experiencias, en la que se privilegiaron los enfoques que permitieran obtener un conocimiento a partir de la práctica, buscando encontrar la relación entre el referente conceptual propuesto y las experiencias vividas, por medio de un ejercicio de contrastación. Las estrategias, técnicas e instrumentos de investigación comprendieron el análisis documental, la realización de entrevistas abiertas y semiestructuradas, guías de observación para el trabajo de campo, y relatos de las experiencias personales, con las que se obtuvo la información de contextualización de las experiencias y caracterización

1 Convenios interadministrativos 4800001837 de 2006, 4600010438 de 2008, 4600019976 de 2009 y 4600022425 de 2009.

de las zonas de estudio desde las categorías del trabajo. También resultaron útiles el diario de campo, el relato, y la elaboración de los protocolos de las reuniones del grupo de trabajo sistematizados a partir de guías de observación, con énfasis en los aspectos relevantes de la investigación. Para el estudio de la información obtenida, y con el fin de interrogar la experiencia en los elementos que la constituyen, se realizaron periódicamente mesas de discusión del equipo de trabajo para analizar algunas de las temáticas y conceptos relevantes para esta investigación; el desarrollo de estos encuentros fue llevado a protocolos que permitieron conservar la información para tal análisis.

El presente artículo se encuentra estructurado en tres partes: la primera de ellas abordará algunos elementos de contexto que permitirán comprender mejor la experiencia. En segundo lugar, se presentarán las categorías centrales del trabajo desde una perspectiva principalmente teórica, para entregar finalmente, a manera de conclusión, los rasgos centrales de la irregularidad urbana en Medellín y demás aportes fundamentales de la investigación.

1. Elementos de contexto

Como se ha mencionado, las experiencias objeto de sistematización han tenido lugar en la Ciudad de Medellín, particularmente en las zonas **Nororiental** (Santo Domingo Savio, María Cano-Carambolas, San José de la Cima, La Avanzada, La Esperanza, Popular, La Francia, Playón de los Comuneros, Muscú, La Isla, Pablo VI, Granizal y San Pablo), **Centro Oriental** (13 de noviembre, Llanaditas, Los Mangos, Isaac Gaviria, La Libertad, Villatina, Villa Lilliam, Villa Tubay, La Sierra y las Estancias), **Centro Occidental** (Las Independencias, Nuevos Conquistadores, El Corazón, El Salado, Vallejuelos y Juan XXIII-La Divisa) y **Noroccidental** (Mirador del Doce, Mirador I y II y La Madera).

En términos generales, se trata de sectores de Medellín que responden a un proceso de ocupación informal del territorio, caracterizado en su constitución por factores relacionados con la violencia. En el caso de los barrios de las comunas uno, ocho y trece (Independencias, Nuevos conquistadores, El Salado y El Corazón) no se identifica ninguna forma tradicional de ocupación del territorio desde lo físicoespacial; un intrincado sistema de servidumbres articula el sector a partir de unas cuantas vías principales.

La conformación de estos barrios ha estado marcada por varias etapas. En primer lugar, a mediados del siglo pasado, los procesos de migración del campo a la ciudad impulsados en parte por la violencia y en parte por la industrialización del país,

Mapa 1. Sectores intervenidos en el Municipio de Medellín.



Fuente: Universidad de Antioquia

implicaron que Medellín recibiera grandes oleadas de población —generalmente campesina— que vinieron a ocupar las laderas de la ciudad. Tal como se explicitará más adelante, esta ocupación informal del suelo se dio a partir de dos modalidades: una ocupación espontánea en la cual las familias migrantes invadían terrenos públicos y privados;² y otra medianamente planificada,³ en la que informalmente los propietarios del suelo subdividieron mayores extensiones dejando los espacios mínimos para vías, y vendieron los lotes sin dotación, que las familias pagaron por cuotas para finalmente acceder a un título de propiedad. Este proceso se replicó más tarde —años setenta y ochenta— en sectores aún más periféricos de las zonas noroccidental (Picacho, Picachito, El Mirador del 12, El Triunfo, Kennedy, la Carmelita, Mirador I y II, y la Madera); Centro Oriental (Los Mangos, Isaac Gaviria, Llanaditas).

En un segundo momento, y como evidencia de un acelerado proceso de transformación urbana que superó la capacidad de respuesta institucional del Estado, aparecen los programas e instituciones estatales como Casitas de la Providencia,

2 Es el caso de barrios como las Independencias, Nuevos Conquistadores, La Avanzada, Carpinelo, La Sierra o Villa Turbay.

3 Como la ocurrida en los barrios La Esperanza, Villatina, Santo Domingo Savio, San Pablo, La Cruz o Carambolas.

Corvide (Corporación de Vivienda y Desarrollo Social) o Primed (Programa de Mejoramiento Integral de Barrios Informales en Medellín), que desde la década de 1970 iniciaron un proceso de intervención en estos sectores que pretendió revertir, en parte, el fenómeno. En el caso de Corvide, se inició un proceso de compra de mayores extensiones de tierra irregularmente ocupadas, con el fin de realizar posteriores procesos de titulación. Esta iniciativa fue acompañada por la intervención del Primed, que buscaba mejorar las condiciones del hábitat y la vivienda en cada uno de los barrios intervenidos.

Se compraron así, para estos programas, mayores extensiones que comprendieron los barrios objeto de estudio, y los terrenos que inicialmente pertenecían a familias como los Cock, los Restrepo, Arroyave o Molina, fueron adquiridos por estas entidades locales y por otras de orden nacional como el Instituto de Crédito Territorial (ICT), para desarrollar programas de vivienda que permitieran albergar a los migrantes. Estas entidades replicaron la tarea que había iniciado en los años cincuenta el ICT en barrios como Santander o Florencia, y que se constituyó en uno de los pilares del proceso de urbanización popular de Medellín, que durante esta etapa estuvo marcado por directrices urbanísticas aceptables desde el punto de vista del modelo de ciudad planificada.

Sin embargo, la baja capacidad institucional y la falta de voluntad política, hicieron que estas iniciativas no pudieran sostenerse en el tiempo, entre otras cosas, por la precariedad en los procesos de planificación que no permitió la generación de un marco normativo a partir del cual pudieran atenderse las demandas de suelo urbanizado de estos sectores poblacionales que llegan a la ciudad en condiciones de pobreza y sin la posibilidad de acceder al suelo urbano de una manera digna.

En este contexto, paulatinamente y a raíz de la intervención pública, los asentamientos se convirtieron en barrios incluidos en la división político administrativa del Municipio,⁴ principalmente a partir de la instalación de las redes de servicios públicos domiciliarios y de la ejecución de proyectos de mejoramiento barrial en asocio con entes privados y comunitarios.

En una tercera etapa, finalizando la década de 1990, estas entidades inician procesos de liquidación, lo que implica que una vez más, la ciudad informal queda temporalmente desprovista de intervenciones articuladas, integrales, que pudieran reducir los conflictos asociados a la ocupación del suelo en condiciones de irregularidad. En esta tercera etapa se consolidan desde la informalidad los asentamientos; los

4 Desde la década de los noventa, a través de Acuerdos del Concejo Municipal se ha venido ampliando el perímetro urbano de Medellín, con lo que se han incluido barrios, algunos irregulares, a la división político administrativa.

materiales iniciales de construcción son reemplazados por otros de mayor resistencia y durabilidad; las mismas comunidades, a veces con apoyo del Municipio, mejoran las condiciones de las vías y servidumbres de los barrios; se avanza en la lucha por los servicios públicos y, en general, por el derecho a la ciudad.

Sin embargo, el fenómeno continúa en crecimiento; a la par que consolidan los otros, aparecen nuevos asentamientos en sectores aún más periféricos,⁵ como evidencia de un problema estructural entendible, en términos de Betania Alfonsin, como un círculo vicioso (Alfonsin, 2006). De ahí que aparezcan actores como la Universidad de Antioquia, que en el año 2007 es contratada por el Municipio de Medellín para apoyar el proceso de liquidación de Corvide; en 2008 para la realización del proceso de manzaneo y relooteo; y en 2009 para la titulación y regularización de los asentamientos ubicados en las cuatro zonas descritas. Estos son los procesos que fueron objeto de sistematización.

2. Conceptos clave para la comprensión de las experiencias

La comprensión de las experiencias objeto de sistematización, implica remitirse a algunas reflexiones teóricas con base en las cuales pueda hacerse algún tipo de contrastación. Principalmente, el trabajo se ha centrado en abordar la discusión en torno la irregularidad urbana, el derecho a la ciudad y la regularización integral de asentamientos, con el fin de contar con un punto de partida que permitiera una reflexión crítica del conocimiento producido desde las prácticas sistematizadas.

2.1 La irregularidad y la informalidad urbanas

Alrededor del tema de la irregularidad, los estudios urbanos han coincidido en ligar este fenómeno a los procesos migratorios; como consecuencia de la violencia y la pobreza en el campo, los emigrantes encuentran en la ciudad un polo de atracción basado en las oportunidades que brinda el desarrollo. Sin embargo, en el aspecto que parece haber más consenso, es en la afirmación según la cual los procesos de urbanización irregular han cambiado el contexto de *lo urbano* en la urbe latinoamericana.

Desde la economía urbana se ha dicho que otro factor que ha impulsado el surgimiento de la dualidad ciudad formal-informal, está relacionado con la industrialización

5 Desde mediados de la década de los noventa hasta la fecha, han aparecido, de manera casi espontánea, nuevos asentamientos en sectores como Llanaditas, Golondrinas, Altos de la Torre, Oriente, La Honda, El Trébol, La Avanzada o El Corazón.

vivida por la ciudad latinoamericana, principalmente durante la segunda mitad del siglo pasado. Algunos estudios han puntualizado en el papel que ha jugado la forma de producción capitalista de nuestras ciudades, la cual se caracteriza por fomentar la especulación, la segregación socioespacial y la informalidad. “En países latinoamericanos como Brasil, Argentina y Colombia, más del 75% de la población vive en ciudades. En estos países por ejemplo, el proceso de industrialización ha ido mano a mano con el proceso de urbanización. Un hecho notable es que un gran porcentaje de este crecimiento se atribuye a procesos de desarrollo informal e invasión de tierras” (Acioly, 2001: 1).

Como consecuencia, el fenómeno de la irregularidad urbana está ligado a un régimen jurídico de la propiedad, que contribuye al aceleramiento de los procesos de acumulación y exclusión socioespacial originados en el mercado inmobiliario formal. Sin embargo, siguiendo la misma lógica de mercado, la falta de oportunidades para acceder al suelo urbano en condiciones dignas desde la legalidad, ha contribuido a la formación de un mercado inmobiliario informal que “[constituye] actualmente el canal principal por el cual los pobres del Tercer Mundo acceden a un espacio para edificar su vivienda y desarrollar otro tipo de actividades urbanas” (Calderón, 1999: 1).

El tratamiento jurídico de la irregularidad urbana responde entonces a la necesidad de reducir o “combatir” las formas de apropiación del territorio que van en contravía del modelo de la economía de mercado. Por eso el tratamiento jurídico de este conflicto obedece en gran medida a estrategias de tipo global, en las que el mercado es la base para regular los conflictos sociales de contenido económico. De esta manera es posible entender que “...se incentivan programas de titulación de tierras que deberían permitir un uso económico más eficiente de ese recurso natural y un mayor estímulo a las inversiones” (Eiguren, 2001: 2). A partir de esta dimensión del tratamiento jurídico a la irregularidad, el problema principal no es el acceso al suelo en condiciones dignas, como se desprende del mandato constitucional, sino la ausencia de un mercado de tierras accesible para todos y la exclusión de grandes porciones del territorio de las dinámicas del mercado formal.

Desde la sociología urbana, la irregularidad en la ocupación del territorio urbano puede definirse como “...una forma de calificar determinado espacio urbano y las formas de apropiación del suelo existentes en el mismo, en términos del no cumplimiento de normas jurídicas que regulan las relaciones de propiedad o las formas de producción de los espacios urbanos aplicables en cada caso” (Duhau, 2008: 1). De esta definición se desprende la necesidad de que el análisis de la irregularidad desde la dimensión jurídica, deba comprender el estudio del régimen jurídico de la propiedad como el marco ineludible a partir del cual un asentamiento puede caracterizarse como irregular, informal o ilegal. En este sentido, es procedente señalar

que una primera lectura del fenómeno —incluyendo la variable del régimen jurídico de la propiedad— consistiría en destacar la característica excluyente del marco jurídico estatal en cuanto a las formas de ocupación del suelo.

En efecto, no se trata de un asunto meramente formal relacionado con el cumplimiento de unos requisitos o formas legales en el proceso de ocupación del territorio. Si partimos de la concepción del Derecho como instrumento de dominio y ejercicio de poder que tiene lugar en un territorio determinado, es dable entender que la etiqueta “ilegal, irregular, informal o periférico, subnormal” (Duhau, 2008: 2) asignada a ciertos asentamientos urbanos, corresponde al resultado de un ejercicio de poder ligado a la implementación de un modelo político, económico y jurídico de organización política. Este tipo de denominaciones adquiere el carácter de estigma y se asigna sistemáticamente para aquellos casos en los cuales “el hábitat producido posee características anómalas respecto de las formas urbanas asumidas como legítimas o se presente en áreas ostensivamente inapropiadas para el uso habitacional, [...] o que el proceso de apropiación del suelo se presente en conflicto manifiesto con las relaciones de propiedad vigentes.” (Duhau, 2008: 2).

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la irregularidad urbana está relacionada también con la tenencia, que puede definirse como la relación que establecen las personas con el suelo que habitan y que está regulada por el ordenamiento jurídico y la cultura. De esta manera, según se presenten los elementos y requisitos establecidos normativamente, se puede ser propietario, poseedor o mero tenedor de dicho espacio. En el primer caso, el uso, goce y disposición del bien están condicionados a que la persona lo haya adquirido con el lleno de los requisitos legales; el título traslaticio del dominio y el modo de adquirirlo. En el segundo caso, estamos hablando de personas que acceden a la tierra con el ánimo de hacerse dueñas de ella, pero sin haber adquirido la propiedad de la forma en que la ley lo dispone. Ya en el tercer caso, se habla de una relación generalmente mediada por un acuerdo de voluntades que simplemente garantiza el goce del bien, pero de ninguna manera el dominio ni la posibilidad de adquirirlo por el paso del tiempo.

En estas tipologías de la tenencia se agrupan las relaciones que, desde el punto de vista jurídico, pueden establecer las personas con respecto a los bienes inmuebles. A partir de este marco regulador de las conductas humanas, es posible avizorar que el Derecho —desde su definición y concretamente desde su aplicación— es uno de los principales factores determinantes de la irregularidad urbana, pues al definir lo lícito y permitido en un Estado, excluye las demás relaciones que pueden establecerse en su interior. Desde este punto de vista, es posible examinar el asunto de la irregularidad urbana como el fenómeno de contraposición entre el marco institucional predefinido y las diversas formas de apropiación del territorio.

El modelo de Estado asumido en la Constitución Política de 1991, ha implicado la adopción de un marco normativo de intervención en el territorio, a partir del cual se busca incidir directamente en las dinámicas territoriales de estos asentamientos, mediante la ejecución de proyectos de inclusión de los mismos al entramado urbano formal. Sin embargo, “la respuesta normativa del Estado frente a la apropiación ilegal de predios, ha generado legalidades formales, informales e incluso conniventes, que terminan por conformar un espectro de tipologías de asentamientos, apropiaciones del espacio, uso del suelo y formas constructivas que se mueven entre la legalidad y la ilegalidad, fenómenos que inciden directamente en la territorialidad” (Uribe, 2007: 2).

Al igual que en otros países de América Latina, la implementación de los programas de Regularización Integral de Predios no ha logrado evitar que la irregularidad siga creciendo y que a partir de ella sigan transformándose nuestras ciudades y generando nuevas territorialidades. “[...] pero no se puede dejar de observar que más allá de los muchos problemas enfrentados para implementar esta política [...], la ciudad informal no paró de crecer mientras que la regularización urbanística se desarrollaba lentamente, por el contrario en muchas ciudades la irregularidad creció” (Alfonsin, 2006: 3).

Una de las posibles explicaciones que se encuentran en la literatura al respecto (ver Smolka y Fernandes, 2004), tiene que ver con la sectorización y aislamiento de las intervenciones públicas llevadas a cabo a partir de los programas de regularización. Esto ha determinado que el tratamiento de la irregularidad urbana no tenga en cuenta el contexto urbano en sentido amplio, en consideración a la generación de procesos de inclusión socioespacial en el marco de un modelo de ciudad planificada que incluya también a la Ciudad informal en su proceso de construcción permanente. En la ineeficacia de estos procesos de intervención territorial es “la relación entre Estado y Ciudadanos la que no llega a realizarse; es la voluntad estatal la que no parece dotada de capacidad de concreción. En suma, se trata de una situación en la que las normas jurídicas no llegan a constituirse en los componentes de un orden público efectivamente vigente.” (Drosso, citado por Duhau, 1995: 16). Al respecto, se hace necesario repensar el papel del Derecho, empezando por asumirlo como una construcción social seguramente necesaria para nuestras sociedades pero, y que tal vez por ello, refleja sus profundas limitaciones:

“El sentido común nos indica, y puede apoyarse para ello en el positivismo jurídico, que las normas jurídicas existen para ser aplicadas y, si ello no ocurre, es porque o bien han dejado de corresponder a las prácticas y al orden social efectivamente vigentes, es decir, han caído en desuso, o bien los órganos encargados de aplicarlas han perdido su capacidad de garantizar el orden público” (Duhau, 1995: 1).

Especialmente en Medellín, a la violencia y el desplazamiento se han sumado otros factores que han incidido en la formación de estos asentamientos. La confluencia de dos fenómenos antagónicos: el desplazamiento, por un lado, y la *sobre-regulación* del uso del suelo, por el otro, han generado, que desde su capacidad económica, la población desplazada no tenga la posibilidad de acceder a una vivienda ofrecida por el mercado inmobiliario. Por su parte, los precios excesivamente elevados del suelo urbanizado en el mercado formal, son consecuencia lógica de una regulación excesiva y del sistema capitalista regido por normas de oferta y demanda, que terminan por conformar un mercado del suelo elitista y excluyente. En estas condiciones, dicha población, irremediablemente, no encuentra otra opción diferente a adherirse a la informalidad preexistente, donde se destaca la ocupación de zonas deshabilitadas de las ciudades mediante tomas, invasiones o posesiones.

Sean estas u otras las causas, la formación de asentamientos irregulares en las periferias de Medellín, ha dado como resultado una “ciudad irregular”, construida al *margin* de la ciudad planificada, con omisión de las normas de construcción, implementando mecanismos precarios de articulación a la vida económica de la ciudad.

La nueva Ciudad que se conforma a partir del fenómeno enunciado, tiene desde lo jurídico, una esencia dual: por un lado, la ciudad planificada, industrializada, competitiva e innovadora que se define desde nuestro ordenamiento jurídico como legal; y por el otro la ciudad informal, precaria y excluida que se caracteriza desde la ilegalidad.

Finalmente, es necesario aclarar que la irregularidad urbana es un término genérico que agrupa tres subcategorías interdependientes. A la manera de tres caras de la misma moneda, la irregularidad se manifiesta primero en el asentamiento como conjunto habitacional; esta subcategoría alude a los asentamientos en desarrollo deficitarios en términos de espacio y equipamiento público, infraestructura vial, calidad del ambiente y servicios públicos. En segundo lugar se encuentra la informalidad en la tenencia del suelo, que alude a la ausencia o precariedad de los títulos de propiedad sobre el suelo que ocupa cada vivienda. Por último, la irregularidad comprende la ilegalidad en la construcción, que está relacionada con las deficiencias de la vivienda como unidad básica del asentamiento.

2.2 El Derecho a la Ciudad

Desde el ordenamiento jurídico, y de manera particular a partir de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 388 de 1997, se vienen desarrollando una serie de postulados encaminados a garantizar los derechos individuales y colectivos asociados al hábitat y la vida urbana; la vivienda digna, el acceso a la propiedad, al

espacio público, al medio ambiente sano y a la participación en plusvalías. En la actualidad, el Derecho a la Ciudad agrupa todos estos derechos desde la perspectiva jurídica. Sin embargo, su trasfondo ético y político implica asumir el territorio como un espacio público en su conjunto, incluyente, democrático y pluralista; en el cual el orden urbano asume las caras de los ciudadanos tanto de la ciudad formal, como de la informal. Desde esta óptica, el Derecho a la Ciudad implica poner en el centro de la discusión la dimensión pública de las ciudades; aquella donde se discuten, formulan y ejecutan las políticas de transformación espacial, a partir de la construcción de imaginarios y visiones del desarrollo y del individuo.

El derecho a la ciudad, formulado por Henri Lefebvre, se define como la posibilidad de desplegar “lo urbano”, en tanto lugar de encuentro, otorgando prioridad al valor de uso. En este punto, lo urbano precisa de una “teoría integral de la ciudad y la sociedad” (Lefebvre, 1978: 178), y en forma más radical, de una “ciencia de la ciudad”, es decir, una planificación orientada a las necesidades sociales, que debe nutrirse a su vez del arte, en aras del ingenio y de la creatividad que requiere para ser desarrollada.

Además, “lo urbano” requiere un “agente”, que es precisamente la clase obrera, la cual ha soportado el impacto de todos los grandes cambios morfológicos de la ciudad, al mismo tiempo que ha sido “desposeída” de ella, y no por esto deja de representar los intereses generales de la civilización, pues su acción puede ser extensiva a todas las “capas sociales de habitantes” (Lefebvre, 1978: 138). La conformación de la sociedad urbana debe ser la meta final de todo el proceso de industrialización, así sea este último el responsable de la urbanización, en una primera fase. De este modo, la ciudad deja de ser mero receptáculo de la producción, erigido sobre las “ruinas de la ciudad antigua y su contorno agrario” (Lefebvre, 1978: 166).

Así, el derecho a la ciudad es una reivindicación en formación, que equivale a un derecho a la vida urbana, a la centralidad renovada, a los lugares de encuentro, a los ritmos de vida y empleos del tiempo que permiten el uso pleno y entero de estos momentos y lugares. La vida urbana, como reino del uso frente al valor de cambio propio de la ideología del consumo, es la perspectiva reivindicadora de derechos, tanto desde lo económico como desde lo cultural. En términos generales, la justificación del significado del derecho a la ciudad debe ser buscada en la legitimidad que tiene el individuo para ejercer un “derecho a exigir” sobre la ciudad, percibida como operador de democracia social. (Maldonado, 1999: 48) Lefebvre indica que el derecho a la ciudad se anuncia como un llamado, como una exigencia, que se manifiesta como forma superior de los derechos y que implica el derecho a la individualización en la socialización, a la actividad participante, a la apropiación —diferente del derecho de propiedad— (Lefebvre citado por Maldonado, 1999: 50).

Una perspectiva similar a la anterior, es la adoptada por el Foro Social Mundial de Quito en el 2004, en su Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, que relaciona el derecho a la ciudad con el aumento de la calidad de vida de las personas, determinado en gran medida por el acceso a la vivienda (Foro Social de las Américas, 2004: 2).

“El Derecho a la Ciudad es definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado” (Foro Social de las Américas, 2004: 2-3).

Con relación a los sujetos que van a emprender esta acción, como se dijo arriba, Lefebvre alude a un agente que se revista de esa conciencia de clase del proletariado —una clase para sí y no en sí—. En la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, se habla más bien de un sujeto destinatario: los grupos en situación vulnerable:

“Los grupos y personas en situación vulnerable tienen derecho a medidas especiales de protección e integración, de distribución de los recursos, de acceso a los servicios esenciales y de no-discriminación. A los efectos de esta Carta se consideran vulnerables: personas y grupos en situación de pobreza, en riesgo ambiental (amenazados por desastres naturales), víctimas de violencia, con discapacidad, migrantes forzados, refugiados y todo grupo que, según la realidad de cada ciudad, esté en situación de desventaja respecto al resto de los habitantes” (Foro Social de las Américas, 2004: 2-3).

En Medellín la sistematización de experiencias ha permitido evidenciar que los sectores de urbanización popular y de crecimiento irregular no han sido intervenidos debidamente por el Estado,⁶ pues solo al finalizar la década de 1990, se ha dado inicio a la discusión e implementación de políticas públicas que permitan mejorar los niveles de acceso al suelo urbano, en condiciones dignas de generación de empleo e inclusión socioespacial. Desde otro punto de vista, este fenómeno ha favorecido la configuración de territorialidades y comunidades en permanente lucha por la inclusión al perímetro urbano preestablecido y, por esa vía, a los bienes y servicios sociales, económicos y culturales de la ciudad.

6 La gran mayoría de los sectores intervenidos cuenta con red de servicios públicos domiciliarios, llevado por Empresas Públicas de Medellín, la mayoría cuenta con los sistemas estructurantes viales en concreto rígido o flexible, se han adelantado proyectos de mejoramiento de vivienda y titulación y construido centros educativos, de salud y adecuado espacios públicos, pero por fuera de una auténtica política de inclusión socioespacial.

Una intensa lucha por la inclusión en ese perímetro urbano es abanderada por los pobladores de las periferias, donde la autogestión, la autoconstrucción y el empleo informal, son solo algunos ejemplos de cómo estos sectores reconstruyen por sí mismos su proyecto de vida. Son pues estos asentamientos los que han puesto en evidencia la complejidad y la heterogeneidad de la Ciudad, su discontinuidad en la distribución espacial y el acceso diferencial e inequitativo de los pobladores populares urbanos a las políticas sociales del Estado. “A los procesos de masificación urbana corresponde una ideología del ascenso social que se revuelve con aspiraciones justas por el derecho a la ciudad. Ya en la ciudad, los nuevos pobladores activan memorias urbanas, establecen relaciones de parentesco, vecindad, amistad y compadrazgo, ponen en marcha estrategias de ayuda mutua y solidaridad” (Naranjo y Hurtado, 2002: 4).

2.3 Regularización Integral de Asentamientos

Como parte de las respuestas tardías del Estado a la irregularidad urbana, el reciente marco regulador del ordenamiento territorial⁷ comprende actualmente la regularización y legalización, concebidas como un instrumento de la planeación territorial en los asentamientos de desarrollo incompleto e inadecuado, o en asentamientos irregulares, con miras a generar mecanismos que implementen la visión estratégica de consolidar ciudades equitativas, buscando mejorar la calidad de vida de la población más vulnerable. Desde esta óptica, debe entenderse la regularización como el mecanismo de intervención racional del territorio irregular que busca generar nuevos procesos socioeconómicos en su interior.

Como una versión a escala inferior de un Plan de Ordenamiento Territorial, se trata de un conjunto de políticas públicas, directrices de planeamiento y estrategias de gestión de las áreas urbanas caracterizadas desde la irregularidad, que permitan la reversión de los procesos irregulares de urbanización, buscando, a través de los distintos medios de la gestión del suelo urbano, la democratización del acceso al suelo, la promoción de la vivienda digna y la generación de alternativas para dotar de infraestructuras y equipamientos comunitarios.

Desde esta perspectiva, el municipio de Medellín ha implementado programas de regularización de asentamientos, a partir de los cuales se busca incorporar el asentamiento humano irregular al entramado urbano formal de la Ciudad. De ahí que en el Artículo 133 del POT de Medellín se hayan establecido los parámetros para realizar programas de regularización definidos como:

7 El sistema urbanístico colombiano normativamente está conformado básicamente por cuatro normas: La Ley 9 de 1989; la Constitución Política de 1991, la Ley 388 de 1997 y la Ley Orgánica 1454 de 2011.

“[...] una acción orientada a los asentamientos urbanos resultado de las formas de producción espontánea e ilegal del hábitat y la vivienda, para corregir los desequilibrios urbanos y consolidar los sistemas estructurantes del espacio público y de ocupación del espacio privado, revirtiendo el fenómeno de la informalidad en el uso, ocupación y aprovechamiento del suelo, para hacer con criterios ambientales y de equidad el reordenamiento territorial, elevar los estándares de habitabilidad y de seguridad a los asentamientos, por medio de la elaboración de proyectos urbanos que reconozcan la construcción social del hábitat con la adopción de normas urbanísticas flexibles ajustadas a la realidad concreta y a las dinámicas singulares de los asentamientos urbanos que propendan por la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo” (Alcaldía de Medellín, 2006: 68).

De acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial, los procesos de regularización deben entenderse desde una perspectiva integradora de las demás estrategias para la intervención en los asentamientos irregulares: la titulación y legalización de predios y el reconocimiento de la existencia de edificaciones. De esta manera, las tres variables juntas conforman el Programa Integral de Regularización, a partir del cual se busca generar procesos de inclusión socioespacial para la población socioeconómicamente vulnerable.

Así como la irregularidad urbana se manifiesta a través de tres fenómenos interdependientes, la regularización integral de predios comprende a su vez tres tipos de intervención: en primer lugar, la regularización y legalización de asentamientos, que busca la generación de un proyecto urbano a través del cual disminuya el déficit de infraestructura y servicios públicos. En segundo lugar, la titulación de predios, que puede definirse como un instrumento jurídico para otorgar títulos de propiedad a las personas que ocupan irregularmente bienes del Estado; y finalmente, el reconocimiento de construcciones, entendido como un procedimiento adelantado ante la autoridad encargada de expedir licencias —Curador o Secretario de Planeación—, que busca legalizar la construcción levantada sin licencia.

Mediante estas medidas, se busca la inclusión de sectores generalmente marginados por las autoridades, y frente a los cuales sólo se había reaccionado con el desalojo y la demolición de los predios ocupados irregularmente, buscando la desaparición de la dualidad Ciudad irregular *Vs.* Ciudad planificada que ha marcado los procesos de ocupación del territorio de Medellín.

En este sentido, los programas de regularización deben contar —en sus ejes de trabajo— con la reorganización de los asentamientos urbanos a partir de la identificación, mejoramiento o generación de los equipamientos, espacios públicos, sistema vial, servicios públicos domiciliarios y saneamiento, así como la reubicación de las personas cuyas viviendas se encuentran ubicadas en suelos de protección (zonas de alto riesgo, de retiro o reserva).

Cuando se habla de regularización de un asentamiento, se hace alusión a intervenciones en la estructura física, social, económica y jurídica de un asentamiento humano que se formó a través de mecanismos espontáneos y procesos no planificados de ocupación de tierras; es decir, se trata de una integración física y social de la ciudad. “El objetivo de la regularización no es solucionar el conflicto de construcciones irregulares, sino incorporarlo como parte del marco normativo” (Duhau, 2003: 3).

El mejoramiento y la regularización de los asentamientos irregulares tienen una importancia estratégica dentro de la planeación del territorio para la reestructuración urbana. En Medellín, la necesidad de mantener un control social y político sobre el territorio es una de las causas principales de la regularización y el mejoramiento de los asentamientos irregulares. Este factor —que impulsa las políticas de integración social, económica, jurídica y administrativa— tiene como objetivos: primero, neutralizar la influencia de grupos delincuenciales formados en el olvido del Estado en el nacimiento de los asentamientos; segundo, ofrecer mejores condiciones de vida a las poblaciones. “Las políticas de ingresos son las fuerzas motrices que avivan el interés de los sectores públicos y privados por incorporar estas barriadas al mercado capitalista urbano de suelo y bienes raíces” (Acioly, 2001: 6).

3. ANÁLISIS Y COMPRENSIÓN DE LAS EXPERIENCIAS. APORTES AL CONOCIMIENTO DE LA TEORÍA

La sistematización de las experiencias ha permitido extraer un conocimiento útil a la hora de comprender el fenómeno de la irregularidad urbana en Medellín. En primer lugar, estos aportes tienen que ver con la caracterización de los rasgos genéricos del proceso de ocupación irregular del suelo, y en segundo lugar con la reconstrucción y redefinición de prácticas y conceptos en torno a la irregularidad urbana y los procesos de intervención realizados.

3.1 Rasgos generales de la ocupación irregular del suelo en Medellín

La investigación permitió evidenciar los rasgos característicos del proceso de ocupación irregular del suelo urbano en Medellín, los cuales pueden resumirse así:

a. Tipologías de ocupación irregular del suelo

El estudio adelantado ha permitido evidenciar que los procesos de urbanización irregular en Medellín pueden clasificarse en dos subgrupos de la siguiente manera: aquellos que obedecen a una **Ocupación medianamente planificada**, como

la que se llevó a cabo en la Zona Nororiental: barrios Moscú, Populares y Santo Domingo, que se trata de procesos de urbanismo y construcción iniciados por parte de urbanizadores particulares, pero que no se terminaron, en los cuales se hizo un loteo más o menos técnico, permitiendo la conformación del damero tradicional; y los que responden a una **Ocupación espontánea**, como la que se presentó en el sector de las Independencias, donde no hubo una planificación que permitiera la separación y complementariedad entre el espacio público y el privado. Desde lo fisicoespacial, la forma que toman estos asentamientos es absolutamente particular, siguiendo generalmente la forma de los estructurantes naturales del sector, como quebradas, laderas y cerros.

b. El papel de los dueños de la tierra

La investigación mostró cómo, ante la ineficacia de los instrumentos legales para controlar y encausar los procesos de urbanización irregular, estos se han llevado a cabo por parte de agentes privados dueños de la tierra urbana en sectores como Villatina, de la Zona Centro Oriental; las Independencias de la Zona Centro Occidental, o la Esperanza, de la Zona Nororiental; nombrando solo los casos más significativos en los que ha resultado paradigmática la intervención de terratenientes como Nepomuceno Arroyave, Carlos A. Cock, Jesusita Vallejo de Mora Vásquez o la congregación de los hermanos cristianos. Los urbanizadores privados que han llevado a cabo estos procesos, han subdividido la tierra de manera arbitraria: en manzanas más o menos rectangulares y largas, siempre que el suelo mismo lo permitiera, lo que actualmente dificulta su consolidación. Solo reservaron espacio para vías peatonales muy angostas, que llevan a una única vía principal de acceso a todo el asentamiento; no reservaron espacio para uso público (parques, infraestructura, colegios, vías principales), y tampoco tuvieron en consideración las regulaciones urbanas de la ciudad para estos sectores. Las densidades resultantes de este proceso son altas, generalmente mayores a las que el mismo suelo soporta.

Posteriormente los urbanizadores vendieron los lotes con sistemas de pago accesibles para la comunidad; los lotes se entregaban a las familias y se iniciaba la autoconstrucción de viviendas sin tener en cuenta ninguna reglamentación distinta a la de los usos y prácticas de los procesos constructivos de origen popular. Ante esta situación, las autoridades encargadas de llevar a cabo acciones de control no cumplieron su misión y por ello la autoconstrucción ha venido significando la forma predominante en que los pobres pueden ser provistos de vivienda, en una forma muy económica para ellos y para el Estado mismo. Sin embargo, aunque los costos resultan bajos en el corto plazo, suelen tornarse mucho más altos en el largo plazo,

cuando las administraciones emprenden la tarea de regularizar, titular y legalizar las construcciones.

c. Urbanización del riesgo⁸

Una de las características de los procesos de urbanización irregular se asocia al asentamiento en zonas de riesgo. La investigación urbana ha vinculado este fenómeno con la lógica de la desigualdad en la producción de las ciudades latinoamericanas marcada por la falta de políticas públicas para que la población socioeconómicamente vulnerable, obtenga acceso al suelo urbano en condiciones dignas y garantías de derecho a la ciudad (ver Aristizábal y Ortiz (2002); Fernández y Smolka (2004)).

Para el caso de Medellín, y tomando como referente ocho de los sectores intervenidos, la experiencia permitió constatar que la escasez de suelo urbano apto ha llevado a miles de familias a ocupar suelos protegidos, ya sea por corresponder a retiros de quebradas o por el riesgo de movimientos en masa. Esta situación no solo constituye una vulneración del derecho a la ciudad y a la vivienda digna de las familias ocupantes, sino también “[...] para la ciudad como un todo, que se expande ilimitadamente, avanza sobre áreas de interés ambiental, compromete recursos naturales y paga un alto precio por la expansión de la infraestructura.” (Alfonsin, 2006: 2). La tabla 1 representa la cantidad de inmuebles ubicados en las cuatro zonas objeto de estudio, según información obtenida de la Base de Datos de la Subsecretaría de Catastro Municipal.

d. Déficit de infraestructura pública

Tal vez una de las características de los procesos de ocupación irregular del suelo en Medellín que más evidencia falta de garantías a las reivindicaciones que componen el Derecho a la Ciudad, tiene que ver con el déficit de espacio público, equipamientos e infraestructura vial. La mayoría de los asentamientos, en su proceso de conformación espontánea o medianamente planificada, siguieron la forma de los accidentes geográficos y quebradas del sector, sin diferenciar si el suelo era apto o no para el asentamiento humano. El resultado fue un entramado de viviendas, complejo e irregular, en el que la conectividad, la movilidad y el espacio para el uso común, se constituyeron en fines secundarios, pues en primer lugar debía ser satisfecha la necesidad de una vivienda.

8 El término proviene de los investigadores Raquel Rolnik y Nelson Saule Júnior, citados por Alfonsin (2006).

Tabla 1. Número de inmuebles por zonas.

SECTOR O BARRIO	Lotes catastrales	Lotes privados	Lotes privados en suelos de protección	Municipio en suelos de protección	Total lotes en suelo apto	Lotes privados en suelo apto	Total lotes Municipio	Lotes Municipio a titular apto
ZONA CENTRO ORIENTAL	8.818	3.304	675	3.609	4.453	2.553	5.514	1.841
PAN DE AZÚCAR	2.564	1.676	177	299	2.012	1.354	888	603
VILLAS	6.254	1.628	498	3.310	2.441	1.199	4.626	1.238
ZONA NOR ORIENTAL	18.482	8.236	1.928	5.767	10.738	6.273	10.250	4.286
NOR BAJA	12.320	7.323	1.586	2.655	8.085	5.741	5.001	2.384
MARÍA CANO-CARAMBOLAS	2.653	573	181	1.475	997	353	2.080	605
ALDEA PABLO VI	2.063	1	0	1.128	898	1	2.062	934
BARRIO MOSCU	741	268	160	129	452	108	473	164
LA AVANZADA CARPINELO	616	3	1	380	235	2	613	198
PIÑUELA	89	68			71	68	21	1
ZONA NOR OCCIDENTAL	1.237	958	46	11	1.097	912	279	583
EL TRIUNFO	416	278	28	8	327	250	138	101
MADERA	75	64	0	0	75	64	11	4
KENNEDY	439	338	18	3	389	320	101	69
MIRADOR 1 Y 2	184	177			184	177	7	7

SECTOR O BARRIO	Lotes catastrales	Lotes privados	Lotes privados en suelos de protección	Lotes Municipio en suelos de protección	Total lotes en suelo apto	Lotes privados en suelo apto	Total lotes Municipio	Total lotes Municipio a titular apto
MIRADOR DE 12	123	101			122	101	22	402
ZONA CENTRO OCCIDENTAL	5.470	2.660	866	688	3.552	1.984	2.810	1.645
JUAN XXIII-LA DIVISA	658				408	0	658	605
INDEPENDENCIAS	4.179	2.526	866	688	2.849	1.850	1.653	979
VALLEJUELOS	633	134			295	134	499	61
TOTALES	34.007	15.158	3.515	10.075	19.840	11.722	18.853	8.355

De este consolidado pueden extraerse las siguientes conclusiones, que contribuirán a ilustrar al lector sobre el proceso de urbanización de riesgo que se había llevado a cabo en Medellín hasta ese momento.

- De **34.007** inmuebles existentes en las cuatro zonas intervenidas durante las experiencias, **19.840** (equivalente al 58% del total) se encuentran en suelo apto para el asentamiento humano. Los restantes **14.167** inmuebles (el 42%) se encuentran afectados por el suelo de protección del Municipio.
- De **34.007** inmuebles, **15.158** son propiedad de particulares. Esta cifra comprende los inmuebles desprendidos de las mayores extensiones con anterioridad a la adquisición de Corvide y los que fueron vinculados a los programas de titulación adelantados por Corvide, entre los cuales **3.515** (23% del total de predios privados) fueron titulados en suelo de protección.
- En la actualidad, de **18.853** lotes propiedad del municipio de Medellín, **8.355** (el 44%) pueden ser incluidos en el programa de titulación, los restantes **10.498** predios (56%) deben incluirse en programas de reubicación o reasentamiento, según el caso, pues se encuentran afectados por alguno de los elementos determinantes de protección jurídica (retiros de quebrada, movimientos en masa, protección ambiental).

De esta manera, las calles devienen en un complejo de servidumbres que terminan por conectarse con una única vía principal, de la que depende la conectividad y acceso de toda la comunidad al resto de la ciudad. La precariedad de los asentamientos también se refleja en la ausencia de programas de intervención y mejoramiento de los equipamientos. Las placas polideportivas se encontraron en un alto nivel de deterioro, debido, principalmente, a que en muchos casos oficiaban en el sector como único espacio público efectivo.

La investigación permitió evidenciar que lo anterior tiene que ver con la mutabilidad o alternancia de lo público y lo privado en relación con la ocupación irregular del espacio, y la demolición permanente de viviendas a causa de las intervenciones urbanísticas y de los riesgos geológicos latentes. En algunos sectores como Juan XXIII-La Divisa, las zonas verdes que habían sido invadidas se han recuperado a raíz de la intervención de Metro Cable. En contraste y en otros sectores, los procesos de ocupación del espacio público continuaban siendo una constante, frente a lo cual no se habían implementado acciones públicas efectivas.

e. El círculo vicioso de la irregularidad

En términos de Betania Alfonsin (2006), entre irregularidad y regularización existe en la ciudad latinoamericana una especie de círculo vicioso. Los procesos de regularización de asentamientos, como se ha dicho antes, constituyen una respuesta tardía del Estado a un problema de iniquidad urbana acumulado durante décadas. Sin embargo, debido a la forma especialmente excluyente en que se han levantado ciudades como Medellín, estas iniciativas institucionales no logran revertir completamente dichas dinámicas. Así, mientras el Estado implementa regularizaciones (titulación, legalización y reconocimiento) en unos sectores de la ciudad, simultáneamente el mismo patrón de ocupación informal se presenta en otras zonas periféricas o de alto riesgo del territorio, lo que implica que con estas medidas apenas si se logra saldar una deuda histórica puntual con los asentamientos intervenidos, pero no se logra revertir un proceso estructural.

3.2 RECONSTRUCCIÓN DE PRÁCTICAS Y CONCEPTOS

Las experiencias permitieron repensar algunas prácticas y conceptos propios del quehacer jurídico y del derecho urbanístico. A continuación se presentan los principales elementos, a partir de los cuales puede evidenciarse el aporte de los proyectos a la reconstrucción de tales quehaceres.

3.2.1 Estudio jurídico-técnico de títulos inmobiliarios

La metodología de estudio jurídico-técnico de títulos, implementada durante las experiencias, unió dos perspectivas para el estudio de los inmuebles: la jurídica y la fisicoespacial; de esta manera, no sólo se logró un mayor nivel de confiabilidad en el estudio, sino que se enriquecieron los conocimientos de cada uno de los saberes convocados. Para el caso del Derecho, la dimensión físico espacial de este tipo de estudios, así como los aportes de la Arquitectura, el Urbanismo o la Ingeniería, permite convalidar prácticas y conocimientos empleados tradicionalmente en el quehacer jurídico y que terminan por entrar en desuso ante la falta de pertinencia de sus procedimientos. La experiencia, por su lado, permitió evidenciar que para el caso de los procesos de intervención en el territorio, sea urbano o rural, el aporte del Derecho está condicionado a su articulación con otras ciencias, saberes y prácticas que incluyen al territorio entre sus objetos de estudio.

La necesidad de re-significar prácticas jurídicas concretas como el estudio de títulos inmobiliarios, se hace más apremiante cuando se trata de programas de acceso al suelo, como los de titulación y regularización, en los cuales están involucradas grandes porciones del suelo urbano y rural de nuestras ciudades. En parte, porque se entiende que un proceso de intervención social a largo plazo, que pretende brindar soluciones al problema de la informalidad de la tenencia y de la irregularidad de los asentamientos en Medellín, debe contar con bases sólidas desde lo jurídico y lo técnico, en el conocimiento del territorio y de las comunidades. De lo contrario, tratar de dar respuesta a un problema, que teóricamente se ha planteado como estructural en nuestras sociedades, sería una tarea inabarcable por parte de cualquier administración.

Desde el punto de vista de la retroalimentación de conocimientos, la experiencia permitió que los integrantes del equipo de trabajo desarrollaran competencias para los estudios del territorio, desde una perspectiva integradora de las dimensiones fisicoespacial y jurídica. En este sentido, el diálogo entre conocimientos, necesariamente atraviesa —y beneficia— los métodos y prácticas de las personas involucradas en el proceso, hasta el punto de lograr innovaciones importantes en la forma en que tradicionalmente se ha presentado este tipo de estudios. En la experiencia relatada, el equipo de trabajo no solo creó la denominación “jurídico-técnico” para los diagnósticos presentados al Municipio, sino que cada uno de sus integrantes tiene claro hoy, que el estudio de grandes extensiones de suelo no consiste solo en documentarse desde el folio de matrícula hasta veinte años atrás; dicho estudio debe consistir en un rastreo jurídico-técnico que comprenda un proceso de georreferenciación, a partir del cual sea posible contrastar, verificar, convalidar o refutar la información jurídica extraída de los títulos.

3.2.2 Doble matriculación

Según la normatividad y los principios que orientan la función pública del Registro de Instrumentos Públicos en Colombia, se ha establecido que cada inmueble está identificado con un folio de matrícula inmobiliaria en el que se consignan los datos necesarios para su determinación como el área, los linderos, la tradición jurídica y demás mutaciones; limitaciones y gravámenes de que pueden ser objeto los inmuebles. Sin embargo, la experiencia permitió evidenciar, que a raíz del alto grado de desfase entre la realidad y la forma en el registro de los inmuebles, así como en la falta de correspondencia en la información registrada en los folios y la obtenida con las actualizaciones catastrales, existían inmuebles con dos matrículas inmobiliarias distintas. Durante el proceso de diagnóstico este fenómeno se denominó doble matriculación y se manifestó de las siguientes maneras:

- **Matrículas mal cargadas.** En los procesos de actualización catastral, la información jurídica obtenida por la Subdirección de Catastro Municipal es proporcionada por los habitantes de los inmuebles y no por la oficina de Registro de Instrumentos Públicos; ello implica que se presenten errores en la base de datos catastral, pues se pueden asignar matrículas a inmuebles que corresponden a otros predios desprendidos de la misma mayor extensión, o de inmuebles correspondientes a otras tradiciones jurídicas.
- **Matrículas doblemente asignadas.** En el proceso de calificación de los instrumentos públicos adelantado por la Oficina de Registro se asignaron matrículas inmobiliarias a lotes que ya la tenían adjudicada, evento que sucedía por la falta de información gráfica o por errores involuntarios contenidos en las escrituras, entre ellos que Corvide efectuaba declaraciones de reloleo sobre inmuebles que no eran de su propiedad, ya sea porque no tenía claridad sobre los linderos o porque los inmuebles correspondían a desprendimientos anteriores a la adquisición por la entidad. Esta situación conllevó a que en al momento de ejecución del proyecto aparecieran inmuebles a nombre de Corvide y de un particular, o de Corvide y del Municipio de Medellín.

3.2.3 La venta mediante cuerpo cierto

El artículo 1887 del Código Civil colombiano prescribe que un predio rústico puede venderse con relación a su cabida, o como una especie —o cuerpo cierto—. Esta última categoría legal corresponde a la venta de inmuebles cuya extensión se desconoce, y los linderos corresponden a accidentes naturales que hacen las veces de límite espacial. En el proceso de diagnóstico se encontraron predios identificados a partir de términos y referentes inciertos que en la actualidad no existen o no logran

identificarse. Esta particular modalidad de venta de los inmuebles tiene su origen en la Colonia, cuando fue una figura jurídica

“[...] a la que recurrieron quienes iniciaban trámites para obtener ‘títulos justos’ sobre tierras denunciadas y apropiadas en ‘guerras justas’. Fue el referente para las ‘donaciones de privilegios y tierras baldías’ durante la Conquista y buena parte de la Colonia. Esa ‘realidad virtual’ que representan desde entonces los títulos que invocan al ‘cuerpo cierto’ para encubrir decorosamente la ignorancia e incapacidad para precisar los linderos y la localización del terreno reclamado, goza aún entre nosotros de mayor estima que la ‘realidad terrenal’ de los predios tangibles” (Pérez, 2006: 306).

Desde aquella época la ambigüedad propia de la venta de inmuebles mediante cuerpo cierto, ha venido generando todo tipo de controversias y enredos difíciles de resolver con sentido de justicia, ante la legalidad y vigencia del artículo 1887 del Código Civil Colombiano, que terminó por legitimar un práctica arbitraria empleada por los españoles en las épocas de la Conquista y la Colonia. El diagnóstico puso en evidencia las dificultades de la venta de inmuebles de mayor extensión por parte de los dueños de la tierra al Municipio de Medellín. La venta mediante cuerpo cierto en sectores como Primavera, Villatina, La Esperanza o Juan XXIII-La Divisa, blindó jurídicamente al vendedor de la responsabilidad civil derivada de las inconsistencias en las áreas y linderos, que daban origen a superposiciones totales o parciales con otros inmuebles. Implicó, además, que el manzaneo y reloleo en las mayores extensiones que adelantó la entidad, dieran origen a dobles matriculaciones.

Uno de los principales aprendizajes de la experiencia, estuvo relacionado con la identificación de los inmuebles. Por ello, para las fases de transferencia al Municipio y posterior englobe, el equipo acudió al plano anexo a la escritura como referente para la identificación del inmueble; de esta manera, se prescindió de la redacción de linderos, cuya digitalización siempre traerá inconsistencias —aunque se describan con parámetros técnicos—. Para tal efecto, se acudió al Decreto 2157 de 1995.

3.2.4 El Registro de Instrumentos Públicos

La experiencia ha permitido conocer de cerca el funcionamiento del Sistema Registral en Colombia, particularmente en lo relacionado con la calificación y registro de instrumentos públicos de compraventa de inmuebles. En primera instancia, se hizo evidente que para el diagnóstico adelantado no era suficiente la historia traslatica de dominio de veinte años contenido en las matrículas inmobiliarias, que hasta ahora han expedido las oficinas de Registro. En esto tiene que ver la extensión y naturaleza de los inmuebles estudiados; pues como ya se advirtió en este informe, no es lo mismo realizar un estudio de títulos de un inmueble cualquiera ubicado en

la “ciudad formal”, que diagnosticar jurídica y técnicamente inmuebles de mayor extensión ubicados en la “ciudad informal”, que soportan no sólo asentamientos irregulares, sino toda una historia de conflictos por la tierra.

En este sentido, fue necesario trascender los veinte años en el estudio para desentrañar toda la historia jurídica del bien e identificar cada uno de los desprendimientos que había sufrido el inmueble, así como para encontrar los linderos reales del mismo. La práctica jurídica parte de varios supuestos o imaginarios, a partir de los cuales se estructuran los procedimientos de los abogados en el litigio. Tradicionalmente y con respecto a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, se ha dado por cierta la información que se consigna en los folios de matrícula inmobiliaria y que se entrega en los certificados de libertad. A partir de esta información, en la práctica del Derecho se emiten conceptos y se asignan consecuencias jurídicas.

En el proceso adelantado, el estudio de los títulos debió comprender hasta los últimos setenta u ochenta años, pues la información anterior a 1970 —año de instauración del nuevo sistema de registro— se consignaba en los libros del viejo sistema,⁹ que a la fecha no ha sido transferida en su totalidad al nuevo sistema, entre otras cosas porque se trata de libros en los que la información sobre un mismo inmueble se encuentra dispersa en distintos folios manuscritos, algunos ya ilegibles por el paso del tiempo, y también porque algunos de los desprendimientos remiten a otros libros. Ello implica que encontrar la historia jurídica de un inmueble en el viejo sistema de registro suponga un grado de complejidad mayor y, por supuesto, que tome más tiempo hallarla.

3.2.5 Asentamientos irregulares e informalidad en la tenencia de la tierra.

La irregularidad urbana y la informalidad en la tenencia de la tierra, son dos de los conceptos transversales a la experiencia: a partir de ellos se enmarcan y explican tanto las políticas públicas de titulación y regularización impulsadas desde los planes de desarrollo municipal, como la necesidad de realizar un proceso de diagnóstico

9 Este proceso implicó la transformación del folio real (cartulina que contenía toda la información histórica de un bien inmueble) al folio de matrícula inmobiliaria en medio magnético (folio magnético), con el cual se busca almacenar toda la información asociada a una matrícula inmobiliaria en discos magnéticos y organizada dentro de una base de datos relacional. Estas bases funcionan como colecciones de datos organizados, que permiten efectuar diversas operaciones como la consulta de índices de propietarios y direcciones, actualización de datos de registro y la generación de reportes con rapidez y seguridad.

A partir de 1994 se programó la sistematización de los folios de matrícula inmobiliaria en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, logrando alcanzar en 1999 el 100% de los resultados esperados. A diciembre de 1999 se contaba con 8.921.056 de folios sistematizados, lo cual representa el 82.98% de la totalidad de matrículas inmobiliarias.

como el que se adelantó en el proyecto, pues la puesta en marcha de programas de inclusión socioespacial, precisa de bases sólidas —desde lo jurídico y lo técnico— para la toma de decisiones y la correcta implementación de acciones político administrativas de ordenamiento e intervención en sectores que, como los estudiados, están siendo ocupados por poblaciones socioeconómicamente vulnerables.

La experiencia ha proporcionado elementos para la discusión sobre el tema de la irregularidad urbana y la informalidad en la tenencia. En primera instancia, ha permitido diferenciar con claridad los dos fenómenos, que tradicionalmente se han confundido en uno solo:

De un lado, la irregularidad urbana está relacionada con la falta de adecuación de un asentamiento humano a la normatividad vigente sobre planificación y ordenamiento territorial. Se trata de porciones del territorio urbano que han surgido desarticuladas del entramado urbano regular y planificado de la ciudad; sectores caracterizados, principalmente, por la precariedad de los subsistemas vial y de conectividad, por la carencia o ausencia de espacio público efectivo, y por la falta de equipamientos dignos que respondan a las demandas de servicios públicos en la zona; pero la irregularidad urbana está relacionada, básicamente, con la falta de adecuación de las construcciones a la normatividad vigente para los procesos de edificación y urbanización en el Municipio.

De otro lado, la informalidad en la tenencia de la tierra está relacionada con la ausencia total o parcial de los elementos constitutivos, ya sea del derecho de dominio, del derecho de posesión o de la mera tenencia. La experiencia ha permitido poner en evidencia la falta de adecuación de los asentamientos, a las tipologías de tenencia de la tierra que contiene el ordenamiento jurídico colombiano, situación que se derivó del hecho de que la mayoría de las familias asentadas en las zonas estudiadas no poseían un título de propiedad, pues Corvide no alcanzó, en ese entonces, a culminar el proceso.

Esta situación, en otros escenarios, conllevaría a afirmar que, cuando menos, la relación que establecieron estas familias con los inmuebles corresponde a la posesión, que es un derecho constitucionalmente protegido. Sin embargo, la naturaleza de bienes fiscales que tenían los inmuebles ocupados, por el hecho de ser propiedad del Municipio de Medellín —antes de Corvide— descarta toda posibilidad de que estos bienes fueran adquiridos mediante la prescripción¹⁰ y desvirtúa la figura de la posesión.

10 Según el artículo 63 de la Constitución Política de Colombia, los bienes de uso público “[...] son inalienables, imprescriptibles e inembargables”. En el mismo sentido, aquellos bienes propiedad de las entidades de derecho público, que no están destinados al uso común de los habitantes, tienen la categoría de bien fiscal,

Esta situación nos permitió afirmar no sólo el carácter informal de la tenencia de la tierra en los sectores estudiados, sino también la naturaleza inflexible de nuestro ordenamiento jurídico para reconocer otras formas de ocupación y acceso al suelo, distintas al derecho de dominio individual sobre los bienes y a la posesión.

CONCLUSIONES

Con respecto a la irregularidad de la ocupación del suelo urbano en Medellín, la investigación arrojó algunas conclusiones que pueden constituir un punto de partida para nuevos trabajos, o cuando menos para la conformación de una agenda de investigación en la materia.

Las experiencias, objeto de sistematización, han permitido evidenciar que el proceso de urbanización que ha experimentado Medellín durante las últimas décadas, se ha caracterizado por la desigualdad en el uso y aprovechamiento del territorio urbano. Tal como se ha mostrado en este trabajo, 14.167 inmuebles correspondientes al 42% de los existentes en las zonas estudiadas por la Universidad de Antioquia, se encontraron ubicados en suelos de protección de Medellín. Se trata de espacio urbano no apto para el asentamiento humano, ya sea porque corresponde a áreas de retiro de quebradas, de interés ambiental o que presentan algún riesgo geológico. En esto ha tenido que ver no sólo el acelerado crecimiento de la ciudad —fruto de los procesos de industrialización y migración forzada y voluntaria—, sino también la falta de aplicación de los instrumentos de planeación y ordenamiento que permitieran proveer suelo urbano en condiciones dignas a la población pobre.

La vinculación, no controlada, de los particulares a los procesos de urbanización irregular, ha traído altos costos a Medellín en su conjunto, pues ante la prohibición constitucional de invertir dineros públicos en áreas privadas no urbanizadas, el Municipio, a través de entidades como Corvide, ha tenido que adquirir los inmuebles en mayor extensión, con el fin de continuar la tarea emprendida en estos sectores por agentes privados asociados principalmente a las familias como la Arroyave, Cock o Restrepo.

Caracterizar el fenómeno de la irregularidad en Medellín implica reconocer la incidencia de situaciones, usos, costumbres y una serie de dimensiones culturales relacionadas con la forma en que se ejerce el poder en las distintas zonas de la

con respecto al cual se ha dicho que su régimen legal se asimila al que tienen los bienes particulares, con la diferencia de que estos no pueden ser adquiridos por prescripción, sino que la transferencia del dominio debe someterse a los procesos de venta o adjudicación.

ciudad, con la producción de la criminalidad y con las correlativas políticas de seguridad. Por ello se hace necesario articular el análisis de la normatividad estatal con las múltiples formas no-estatales bajo las que se construye la ciudad día a día, de manera que se trascienda la abstracción del análisis jurídico bajo el cual simplemente puede decirse cuál o cuáles espacios cumplen con el marco normativo del desarrollo urbano y cuáles son por lo tanto legales o ilegales, regulares o irregulares; asunto éste que ha servido de paso para la defensa de intereses de tipo hegemónico, pues contribuye a mantener la discusión sobre la desigualdad en la ciudad en medio de la penumbra de las políticas públicas.

Es necesario ahora reconocer la pluralidad en la producción jurídica como un asunto no solamente verificable en la cotidianidad de las relaciones sociales, sino además como un elemento esencial para el análisis de fenómenos como el que aquí se trata. “El espacio, al contrario de lo que dicen los análisis abstractos, presenta las marcas de la acumulación histórica de normas que orientan su formación y apropiación. A veces estas marcas confrontan las leyes con los modelos que buscan organizar la vida urbana” (Torres, 2005: 2).

La respuesta normativa del Estado no logra contener el verdadero problema social que subyace en el desarrollo de viviendas irregulares al margen del Plan de Ordenamiento Territorial, que como se indicó anteriormente corresponden a problemas económicos estructurales ligados a desplazamientos por el conflicto armado, marginalidad, y la imposibilidad de acceso a una vivienda en el mercado inmobiliario formal.

En la actualidad, Medellín enfrenta el reto de incorporar estos asentamientos al entramado urbano formal, para lo cual debe apropiarse del marco normativo existente en materia de titulación predial, regularización de asentamientos y legalización de construcciones, que se ha venido expediente durante las últimas dos décadas. Esto implica no solo aplicar los instrumentos, sino también reconocer las particularidades propias de cada uno de los asentamientos, de manera que sea viable incluir el mayor número de familias posible, en los programas de acceso al suelo.

De acuerdo con el proceso adelantado por la Universidad de Antioquia, como lo reseñamos antes: de los 18.853 lotes propiedad del municipio de Medellín, solo 8.355 (el 44%) fueron incluidos en el programa de titulación que actualmente se adelanta, pues los restantes 10.498 predios (el 56%) deberán incluirse en programas de reubicación o reasentamiento, según el caso, pues se encontraron afectados por alguna de las situaciones determinantes de protección jurídica del suelo (retiros de quebrada, riesgo de movimientos en masa, o interés ambiental). En estos términos, los programas de acceso al suelo que se lleven a cabo en Medellín, deberán incorporar además iniciativas tendientes a la reubicación o reasentamiento de la

población que no puede incluirse en los programas de titulación y regularización; de lo contrario, se estarían generando condiciones de desigualdad desde la misma gestión pública con la que se pretende corregir situaciones ya injustas.

Una de las perspectivas a tener en cuenta en la investigación urbana y en los procesos de gestión pública de acceso al suelo, tiene que ver con el conocimiento y apropiación del Derecho a la Ciudad. Retomando las ideas iniciales de este trabajo, una política pública que pretenda reconocer e incorporar los asentamientos irregulares al entramado urbano formal, debe partir de lo urbano, en tanto lugar de encuentro para todos a partir de una planificación orientada a las necesidades sociales (véase Maldonado, 1999), que en nuestro contexto significan el acceso a una vivienda digna y adecuada, a la propiedad del suelo y a la provisión de los servicios públicos e infraestructura necesarios para gozar de los atributos que la Ciudad debe brindar, con equidad, a todos sus habitantes.

Solo desde esta perspectiva es posible contribuir a la conformación de una sociedad urbana incluyente, concebida como la meta final de todo el proceso de industrialización y desarrollo. Así, en los términos de Henry Lefebvre, la ciudad deja de ser mero “receptáculo de la producción”, para dar espacio a la vida urbana en condiciones de dignidad, y retoma su lugar de eje del desarrollo y centralidad, renovada, provista de los lugares de encuentro y cambios. Como se expuso en el capítulo tercero de esta trabajo, la justificación del significado del derecho a la ciudad debe ser buscada en la legitimidad que tiene el individuo para ejercer un “derecho a exigir” sobre la ciudad. No se trata solamente de proveer un vivienda y otorgar títulos sobre el suelo; desde esta perspectiva se busca retomar la Ciudad como el operador de democracia social, en la cual tengan lugar la exigencia de los derechos, la actividad participante y la apropiación, por parte de todos, del espacio urbano y, para ello, es fundamental retomar la planificación como el instrumento para lograr ese desarrollo urbano equitativo y sustentable, basado en el equilibrio entre el desarrollo industrial, territorial, la garantía de los derechos y la conservación del patrimonio ambiental, histórico, arquitectónico, cultural y artístico de Medellín.

Una de las principales conclusiones de este trabajo, con respecto a las perspectivas de los procesos de regularización y titulación de predios, es que estos son absolutamente necesarios para lograr niveles de desarrollo territorial aceptables en la vigencia del Estado Social de Derecho impuesto por la Constitución Política de 1991. En este sentido, a las administraciones municipales y a la ciudad en general, no les queda otra opción política y jurídicamente más viable que innovar en la política urbana de acceso al suelo, con instrumentos de prevención de la construcción irregular de ciudad. No significa abandonar las políticas de regularización, sino reconocer que las mismas son curativas de un proceso consolidado y de profunda distorsión

e injusticia social. En este orden de ideas, el mejor escenario en un contexto como el nuestro es aquél en el que los programas de acceso al suelo, combinan políticas curativas y preventivas de la irregularidad urbana.

De carácter curativo seguirán siendo los programas de titulación y regularización, pero no cabe duda de que la planeación urbana, desde la perspectiva del Derecho a la Ciudad, tenga la potencialidad de proveer a las administraciones municipales de las medidas e instrumentos preventivos de la irregularidad urbana. Ello debe acompañarse de acciones permanentes de control de los procesos de ocupación irregular, de lo contrario Medellín seguirá incurriendo indefinidamente en el círculo vicioso de la regularización.

REFERENCIAS

- Acioly Jr., Claudio (2001). *Razón de los proyectos de regularización de los asentamientos informales: desde el mejoramiento de los asentamientos hasta la integración*. Cambridge: Lincoln Institut of Land Policy / Institute for Housing and Urban Development Studies.
- Alcaldía de Medellín (2006). *Acuerdo Municipal N° 046 de 2006. Plan de Ordenamiento Territorial. Por el cual se revisa y ajusta el Plan de Ordenamiento Territorial para el Municipio de Medellín y se dictan otras disposiciones*. Medellín: Alcaldía de Medellín.
- Alfonsin, Betania de Moraes (2006). *Legalidad e ilegalidad en la producción del espacio urbano: Nuevas sendas para superar viejos caminos - Porto Alegre y el Urbanizador Social*. Curso Acceso y Gestión del suelo para pobres en América Latina. Cambridge: Lincoln Institut of Land Policy / Programa para América Latina y el Caribe.
- Calderón Cockburn, Julio A. (1999). *Algunas consideraciones sobre los mercados ilegales e informales de suelo urbano en América Latina. Reporte de investigación LP99Z16*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.
- Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad (2004). Foro Social de las Américas, Quito, julio de 2004; Foro Mundial Urbano, Barcelona, octubre de 2004; Foro Social Mundial, Porto Alegre, enero de 2005. Revisión previa a Barcelona, septiembre de 2005.
- Duhau, Emilio (1995, enero-marzo). “Estado de derecho e irregularidad urbana”. En: *Revista Mexicana de Sociología*, 1 (pp. 3-25). México: Universidad Autónoma de México.
- Duhau, Emilio (2003). *La ciudad informal, el orden urbano y el derecho a la ciudad*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Duhau, Emilio (2008, septiembre-noviembre). *Dimensiones sociopolíticas de la irregularidad y la regularización de los asentamientos populares*. Curso Dimensiones Jurídicas de las políticas del Suelo. Cambridge: Lincoln Institut of Land Policy / Programa para América Latina y el Caribe.

- Eiguren, Fernando (2000). *La experiencia del proyecto Red de información y conocimiento sobre el problema de la tierra y el desarrollo sostenible*. Febrero 2001. En: http://www.ciat.cgiar.org/planificacion_rural/
- Lefebvre, Henri (1978). *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Editorial Península.
- Maldonado Copello, María Mercedes (1999, julio). “Ordenamiento jurídico y ordenamiento urbano”. En: *Territorios*, 2, (pp. 23-52) Bogotá: Universidad de los Andes, Revista de Estudios Regionales y Urbanos. Disponible en: <http://www.redalyc.org/redalyc/pdf/357/35700202.pdf>
- Matterlart, Armand (1973). *La comunicación masiva en el proceso de liberación*. Madrid: Siglo XXI editores.
- Mejía J., Marco Raúl. (2008). *La sistematización. Empodera y produce saber y conocimiento*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo, colección Biblioteca Vértices Colombianos.
- Naranjo, Gloria y Hurtado, Deicy (2002). “El derecho a la ciudad. Migrantes y desplazados en las ciudades”. En: *Boletines Desde la Región* Nº 37: *Desplazamiento* (pp. 4-15). Medellín: Corporación Región. Disponible en: http://www.region.org.co/index.php/publicaciones/cat_view/71-desde-la-region?start=15
- Naranjo G., Gloria y Villa M., Marta Inés (1997). Entre luces y sombras. Medellín: espacios y políticas urbanas. Medellín: Corporación Región.
- Pérez Salazar, Bernardo (2006). “Del cuerpo cierto y otras ambigüedades”. En: *Revista de Economía Institucional*, 14, (8), pp. 305-310, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- República de Colombia (1995). Decreto 2157 de 1995. Titulación. Por el cual se reglamentan parcialmente los Decretos-ley 960 y 1250 de 1970, 1711 de 1984 y se modifica el artículo 18 del Decreto 2148 de 1993. Bogotá: República de Colombia.
- Smolka, Martin y Fernández, Edésio (2004, julio). “Regularización de la tierra y programas de mejoramiento: Nuevas consideraciones”. En: *Land Lines*, 3, (16), Cambridge: Lincoln Institut of Land Policy.
- Torres Ribeiro, Ana Clara (2005). “Dimensiones culturales de la ilegalidad”. En: Análida Rincón Patiño (Ed.). *Espacios urbanos no con-sentidos. Legalidad e ilegalidad en la producción de ciudad. Colombia y Brasil* (pp. 23-38). Medellín: Universidad Nacional de Colombia / Área Metropolitana del Valle de Aburrá / Alcaldía de Medellín.



Título: Sin Título

Técnica: Lápiz sobre papel

Dimensión: 18,5 x 24,5 cm

Año: 2012

LAS “LABORES DE INTELIGENCIA”. EL CONCEPTO DE DESPLIEGUE*

* Resultado final del proyecto de investigación: "El carácter punitivo de la coacción directa. Despliegues en la comuna cuatro occidental de Medellín 2001-2003 (examen de caso). Inscrita en el sistema Universitario de Investigación Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: marzo 22 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 2 de 2013

LAS “LABORES DE INTELIGENCIA”. EL CONCEPTO DE DESPLIEGUE

*Óscar Rodas Villegas***

“El escándalo comienza cuando la policía le pone fin”

Karl Kraus

RESUMEN

El concepto de despliegue pretende dar cuenta de lo que diversas agencias del “sistema penal” denominan “labores de inteligencia”. El despliegue es un dispositivo contentivo de una *patente de corso* que habilita a un *comando* para tomar una decisión *constitutiva y performativa* amparada en la *sorpresa y el secreto* mediante la cual se ejerce una *fuerza concentrada de carácter punitivo* que califica una situación como *sospechosa* y ejecuta un *curso operativo*. La decisión performativa es un dispositivo enquistado en un *estado de excepción* que constituye, por una parte, una *imagen* de juridicidad que cuestiona el *paradigma soberano*. Y, por otra parte, dicha decisión contrae en un solo momento y maniobra las “fases” del “proceso de criminalización” realizadas por el “sistema penal”. El carácter punitivo de la *sospecha y el curso operativo* del despliegue no sólo revelan que la llamadas “labores de inteligencia” castigan persiguiendo sino que alteran los habituales presupuestos con los que se piensa el delito, el proceso y la pena.

Palabras clave: “Labores de inteligencia”, dispositivo, estado de excepción, “imagen” de juridicidad, decisión performativa, patente de corso, comando, sospecha, curso operativo, carácter punitivo.

“INTELLIGENCE LABORS”. THE DEPLOYMENT CONCEPT.

ABSTRACT

The deployment concept tries to give an account about of some agencies of the “penal system” calls “intelligence labors”. Deployment is a dispositif which has inside a *carte blanche* that qualify a commando to make a constitutive and performative decision covered by the surprise and the secret through that exerts a *concentrated punitive force* which qualifies a situation how *suspicious* and executes an *operative course*. The performative decision is a cystic dispositif in an exception state is by one side a legal image which questions the ruler paradigm. And by the other side contracts in one moment and maneuver the “phases” of the “criminalization process” make by the “penal system”. The punitive character of the *suspect and the operative course of the deployment* show that the “intelligence labors” punish chasing and adulterates the way to see the offense, the process and the penalty by the normal budgets.

Keywords: intelligence labors, dispositif, exception state, “legal image”, performative decision, carte blanche, commando, suspect, operative course, penalty character.

** Abogado, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Candidato a Doctor de la Universidad de Barcelona.

LAS “LABORES DE INTELIGENCIA”. EL CONCEPTO DE DESPLIEGUE

INTRODUCCIÓN. LAS “LABORES DE INTELIGENCIA”

Existen despliegues, calificaciones y prácticas que desde las agencias del sistema penal y los grandes medios de comunicación de masas se suelen denominar “labores de inteligencia”. A pesar de que cualquier inventario exhaustivo de las prácticas cubiertas por el término resulta infructuoso, pueden señalarse algunas de ellas: seguimientos, vigilancia de personas o cosas, entrevistas, entregas vigiladas, interceptaciones, penetraciones, provocaciones, infiltraciones, contacto de informantes, operaciones encubiertas, entregas vigiladas, registro personal, inspección corporal o de vehículos, y por encima de todo, “*diligencias similares*”¹.

La normativa policial y los códigos de procedimiento penal pretenden albergar todas estas actuaciones que se desarrollan “sin perjuicio de las labores preventivas” bajo el amparo de términos como “indagación” y/o “investigación” adelantadas por los llamados “órganos de persecución penal” a partir de la también llamada “noticia criminis”². Prevenir e indagar persiguiendo parecería resumir la estela de las “labores de inteligencia”.

Generalmente, se trata de un campo de tensión entre fuerzas activas y pasivas que emergen de un Estado que hace posible crear y calificar situaciones, disponer recursos al asalto y producir efectos punitivos. Allí, en donde “cualquier persona” o funcionario está habilitado para calificar determinados movimientos como una situación sospechosa y urgente y, en consecuencia, adelantar una persecución secreta o pública que según el caso, requerirá de trampas y camuflajes, gritos de alarma o gestos sigilosos, conformación de comandos o disposición aleatoria de las fuerzas, elaboración *in situ* de planes, croquis, trayectorias, recaudo de informaciones e informantes, preparativos logísticos y, en general, un prolongado y tendencialmente indefinido etcétera.

1 Así lo señala el C.P.P. recordando la famosa enciclopedia china borgiana.

2 Denominar de esta manera dichos “órganos” y la llamada *notitia criminis* no hace más que delatar uno de los cometidos de este escrito: *que la persecución es por sí misma punitiva* y que la *notitia* entraña una calificación a merced de un comando –agencia del despliegue– que la reputa *criminis*.

Es difícil instalarse allí por varias razones. En primer lugar, porque la vaguedad de esos términos –“labores de inteligencia”- es deliberada a fin de extender su cobertura a una serie de *disposiciones* estratégicas, económicas, técnicas, burocráticas, etc., que recaen sobre una materia informe, plástica, móvil, flexible de tal versatilidad que parece resistente a todo análisis; porque la calificación que lleva a cabo es producto de una *decisión* que se funda en una creencia, una creencia que sospecha; porque en dicha decisión interviene un sinnúmero de factores que no concurren todos necesariamente en cada curso operativo; porque estos cursos operativos, en general, son sorpresivos, están amparados en el secreto y la reserva y son algo más que la mera “aplicación” de reglas procedimentales; porque sus resultados son hechos consumados, *positivos* -más allá de la carga valorativa que encierra esta palabra- que inevitablemente provocan privación de derechos o dolor frente a los cuales los recursos jurídicos, la denuncia política y la investigación académica llegan cuando ya es tarde.

Sin embargo, es importante advertir que cada uno de los obstáculos mencionados hace parte del objeto de estudio a condición de entenderlos no sólo en su positividad, es decir, como el remanente legible y visible de prácticas efectivas que configuran un específico saber-poder³, sino también como envueltos en un *mapa* estratégico que invita a pensarlos excediendo la lógica del *calco* de una estructura profunda, de un código sustantivo y procesal o de un discurso justificador. Estas consideraciones sumadas a la complejidad y dispersión de la materia exigen la presentación de un concepto que dé cuenta del elemento común que atraviesa las calificaciones y maniobras propias de esta “inteligencia”, del plano que le corresponde, las líneas que lo componen y, finalmente, sus alcances.

Procederemos del siguiente modo. A partir de la definición de despliegue derivaremos dos bloques: en el primero nos ocuparemos del despliegue como un dispositivo propio del estado de excepción por un lado; y por otro, de la “imagen” de juridicidad que surge a partir del mismo. En el segundo destacaremos los componentes del despliegue que afectan el llamado “sistema penal”, respectivamente: la sospecha, el comando y el curso operativo y de ambos el carácter punitivo.

3 Edgar Morin ha destacado que el investigador mismo está involucrado en el objeto de su averiguación. Esto posibilita entender los obstáculos metodológicos, jurídicos, políticos y militares como parte de este esfuerzo investigativo. Esta esfera de lo oculto, lo reservado, lo invisible e ilegible es un inquietante campo de curiosidad intelectual.

1º. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR DESPLIEGUE?

Se entiende por despliegue el dispositivo mediante el cual una *patente de corso*⁴ habilita a un *comando*⁵ para tomar una *decisión performativa*⁶, *cúantica y molecular*; amparada en la *sorpresa y el secreto*, en la que se ejerce una *fuerza concentrada de carácter punitivo* que califica una *situación como sospechosa* y ejecuta un *curso operativo*.

El despliegue es un dispositivo⁷ que funciona como un rizoma⁸. Con este concepto se pretende señalar un dispositivo enquistado en un estado de excepción⁹ mediante el cual se lleva a cabo una tensión polar entre el “gobierno de los hombres” y el “gobierno de las leyes” que afecta la vida y libertad de los individuos¹⁰; y por otra parte, que las “labores de inteligencia” poseen un sello inconfundible: su carácter

- 4 Esta patente consiste en una autorización dispensada para realizar cualquier tipo de actos sobre alguien que se considera enemigo. No encuentro mejor ilustración al respecto que la introducida por Pérez-Reverte, Arturo. *Patente de corso (1993-1998)*. Madrid, Santillana, 2008. Cruz Barney, Oscar. *Notas sobre el corso y la patente de corso: concepto y naturaleza jurídica*. México, Universidad Iberoamericana, 1995.<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/revdpriv/cont/16/dtr/dtr1.pdf>
- 5 En los términos de la RAE un comando es un “*pequeño grupo de tropas de choque destinado a realizar misiones peligrosas y hacer incursiones ofensivas en un terreno enemigo*”. En informática un comando es una orden. Ambas acepciones resultan relevantes en este estudio. También conviene seguir el concepto de comando en Negri, Toni/Hardt, Michael. *Imperio*. Bogotá, Desde Abajo, 2000. <http://www.rebelion.org/docs/121979.pdf>
- 6 Austin, J.L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona, Paidos, 1982; Searle, Jhon. *Actos de habla*. Madrid, Cátedra, 2001; Benveniste, Emile. *Problemas de Lingüística general*. México, Siglo XXI editores, 19^a. Edición, 1997; Ducrot, Oswald y otros. *Diccionario Encyclopédico de las ciencias del lenguaje*. México, Siglo XXI editores, 1995.
- 7 Ver concepto de dispositivo en :Deleuze, Guilles. *¿Qué es un dispositivo?* En. Michel Foucault filósofo. Barcelona, Gedisa, 2000. Agamben, Giorgio. *¿Qué es un dispositivo?* En: Sociológica, México, año 26, No. 73 Mayo-Agosto 2011 <http://www.revistasociologica.com.mx/pdf/7310.pdf>.
- 8 Ver concepto de Rizoma en :Deleuze, Guilles y Guattari Felix. *Mil Mesetas*. Valencia, Pre textos, 3^a. Edición 1997 p. 25-26 En éstas páginas encontramos resumidos los caracteres de un rizoma. Desde esta perspectiva, el despliegue es un compuesto de líneas y estrados heterogéneos que intervienen en lo real. A través de su concepto se pueden registrar movimientos –en este caso punitivos- que darán cuenta de una tensión polar.
- 9 Acerca del *Estado de excepción* puede consultarse entre otros: Agamben, Giorgio. *Estado de excepción: Homo sacer II, Vol. 1*. Valencia, Pre textos, 2004, Trad. Antonio Jimeno Cuspinera. 135pags.; Ugarte Pérez, Javier. *Administración de la vida. Estudios Biopolíticos*. Barcelona, Anthropos, 2005. García Villegas, Mauricio y otros. *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997*. En: *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia Vol. I*. Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001; Pérez Toro, William Fredy y otros. *Estado de Derecho y Sistema Penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Medellín, Diké, 1997
- 10 La distinción entre *gobierno de las leyes y gobierno de los hombres* es clásica. Una interesante presentación de su recorrido en Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 3^a. Edición, 2001. Brevemente, Montesquieu ofrece esta caracterización: “En los estados despóticos no hay leyes. El juez es la propia regla”... “En los gobiernos despóticos los hombres mandan; en los gobiernos moderados mandan las leyes”; “a medida que es más grande el arbitrio del juez, menos segura es la libertad civil” citado por Luigi Ferrajoli en *Derecho y Razó*. Madrid, Ed. Trotta, , p. 75.

coactivo, más exactamente, punitivo. La decisión contenida en un despliegue es constitutiva-performativa en dos sentidos: es constitutiva de una juridicidad que descansa en un estado de excepción y es constitutiva de la sospecha produciendo con ello efectos punitivos. Veamos lo primero.

2º. ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DESPLIEGUE

Hoy es clásica la formulación de Schmitt (citado por Negretto, 1999) acerca de la soberanía: “*soberano es el que decide [dispone] acerca del estado de excepción*”¹¹. Este poder dispositivo¹² expresado en nuestros términos no sería más que un gobierno de las leyes que ha “autorizado” un gobierno de los hombres que suspende en concreto toda ley o un gobierno de los hombres que dispone a su arbitrio, estratégico y oportunista, de la Ley; esto significa que la ley del más fuerte ya está aquí y ha sido auspiciada, promovida, agenciada o autorizada desde dispositivos como el despliegue. Denominaremos *estado de excepción* a esta tensión polar entre “gobiernos” y al carácter *dispositivo* que le es inherente manifestado a través de despliegues¹³.

La decisión acerca de un estado de excepción que deviene en regla y que contiene un poder dispositivo propio del juego gobierno de los hombres-gobierno de las leyes es lo que resulta de un conjunto de decisiones constitutivas y performativas que dan lugar a ejercicios efectivos y concretos –como los despliegues y probablemente otros dispositivos similares-. La profusión de despliegues –y tal vez de otros dispositivos similares- contentivos de patentes, comandos, decisiones performativas, sorpresas, secretos y fuerza concentrada es lo que permite sostener que en concreto la excepción deviene en una multiplicidad de reglas y que en virtud de ello, estamos en presencia de un cierto estado de naturaleza que representaría nuestra realidad más próxima y evidente.

Al respecto, es necesario hacer algunas precisiones. En las concepciones sistémicas del orden jurídico-político es inevitable acudir a un *fundamento* que dé cuenta de la unidad, individualidad e integridad del ese orden. Este fundamento bien puede

11 Un recorrido pertinente a los efectos de este texto en: Negretto, Gabriel L. *El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción*. Buenos Aires, Flacso, 1999. <http://investigadores.cide.edu/gabriel.negretto/DecisionismoSchmitt.pdf>

12 Juego deliberadamente con dos usos del término “*dispositivo*”: Respectivamente, poder para disponer y mecanismo complejo.

13 Esta es una indicación que quizás invita a modificar algunos de los presupuestos del pensamiento político y jurídico orientados –de manera prevalente y en algunos casos exclusiva- al gobierno de las leyes, a la lógica binaria de corte militar o a la paridad retórica y consensual de sujetos hablantes.

ser un valor supremo, una regla, una decisión, un principio lógico-jurídico o una entidad que se reputa suprema, absoluta y permanente. Se trata de lo que llamaremos en este texto el *paradigma soberano*. Este paradigma presupone, al menos, dos presupuestos: el primero de ellos nos dirá que el mencionado fundamento es supremo y absoluto en el sentido de que es desregulado y que subsiste al margen de los acontecimientos. En el segundo palpita un cierto “horror vacui” según el cual se sostiene que sin el sistema jurídico retornaríamos a una suerte de estado de naturaleza hobbesiano en el que prima la ley salvaje del más fuerte y que, por consiguiente, estar regidos por aquél es el mejor de los mundos posibles leibnizianos¹⁴. Según esto, el *paradigma soberano* es algo dado o presupuesto que le confiere significado, sentido y justificación a una serie de ejercicios que dimanarían del mismo.

Aquí se sostiene, en cambio, que el estado de excepción –un peculiar estado de naturaleza- es nuestra realidad más próxima y evidente y que en ella no existe fundamento sino una lucha por constituirlo y configurarlo. En tal sentido, el paradigma soberano no está dado sino que es un proceso o, como ha sido planteado en nuestro medio, que la soberanía está *en vilo* (Uribe, 2001) y que, en cierta medida, se anticipa a través de dispositivos tales como el despliegue que son contentivos de decisiones concretas y tangibles de carácter performativo. Aun más, que bajo la óptica del paradigma soberano, el “sistema jurídico” ha desmontado a partir de su propia dinámica su propio fundamento a través de una serie de decisiones-excepciones que hacen por sí mismas las reglas. Dicho de otro modo, que el llamado “sistema subterráneo” no está al margen ni obra en detrimento del “sistema jurídico” sino que es una consecuencia, quizás inevitable, de las propias premisas del paradigma soberano.

Dependiendo de estas luchas insertas en el paradigma soberano, las decisiones y disposiciones contenidas en un despliegue tanto podrán ser atribuidas a un centro o fuente de juridicidad como ser desgajadas de ésta. Esta oscilación pendular entre los “gobiernos” aludidos no está saldada definitivamente ni es presupuesta, sino que siempre está en juego en el marco de un estado de excepción. Sirviéndose de otros términos Deleuze-Guattari (1997) sostienen:

En los rizomas existen estructuras de árbol o de raíces, y a la inversa, las ramas de un árbol o la división de una raíz puede ponerse a brotar en forma de rizoma... siempre existe el riesgo de que reaparezcan en [él] organizaciones que reestratifican el conjunto, formaciones que devuelven poder a un significante, atribuciones que reconstituyen un sujeto... los grupos y

14 Se trata de la lógica nihilista según la cual el mundo que tenemos es el mejor de los mundos posibles y, por tanto, “otro mundo posible” no es más que la tentación humana de contrariar la voluntad divina. Al respecto, ver la apostilla del libro de Agamben, Giorgio. *Estancias. La palabra y el fantasma en la cultura occidental*. Valencia, Pre textos, 2^a. Reimpresión 2006.

los individuos contienen microfascismos que siempre están dispuestos a cristalizar. (p.15)

En palabras que nos son más afines, el despliegue es un dispositivo cuyo movimiento polar y no binario establece una dinámica compleja entre el “gobierno de las leyes” y el “gobierno de los hombres”. En la perspectiva del paradigma soberano habría una naturaleza paradójica en el dispositivo que hemos llamado despliegue y que podría formularse de la siguiente manera: *¿Sigue siendo soberano el que “autoriza” -a través de patentes- sin determinar ni controlar el contenido de lo autorizado?* *¿Hay soberanía cuando la “autorización” depende de decisiones arbitrarias, contingentes, performativas que surgen de las vicisitudes propias de un sinnúmero de situaciones concretas?* Estos interrogantes ofrecen desde luego otra respuesta si se concibe que en el estado de excepción *la soberanía está en vilo*.

En todo caso, sea lo que sea de ello, bajo el estado de excepción que hemos expuesto, sigue operando un campo estratégico que *usa* la ley o sus instituciones como un componente más del despliegue o las *suspende* sin que por ello se reputen anti o extra jurídicas. Por eso, el despliegue es mucho más que la réplica o copia en miniatura de un precepto legal y soberano que sería simplemente ejecutado por un “órgano”.

3º. EL DESPLIEGUE ENTRE “IUS” Y LEY

Luigi Ferrajoli (1995) ha sostenido que las “imágenes del ordenamiento” son tantas como “niveles normativos” se toman como punto de partida. La “imagen” de juridicidad que surge del despliegue no es ni única ni exclusiva y, quizás tampoco contrapuesta a otras que puedan aparecer desde otros “peldaños” del orden jurídico. Pero lo que sí es cierto es que ofrece a la vista una manifestación concreta y tangible de un estado de excepción cuyos ejercicios “soberanos” estarían diseminados por todo el campo social. Soberanías en vilo en medio de un estado de naturaleza hobbesiano... soberanías de ocasión, transitorias, móviles y arbitrarias.¹⁵

Pero es necesario precisar el sentido y los alcances de esta “imagen” de la juridicidad que procede del dispositivo despliegue.

15 Insisto. Esto, desde luego, iría en contravía de los rasgos tradicionales que se le suelen atribuir a la soberanía: la supremacía, la permanencia y su carácter absoluto. Sin embargo, estas *soberanías en vilo* conservan dichos rasgos a condición de pensar en sus efectos punitivos y “positivos” que no dejan de ser *absolutos, supremos y permanentes*.

a. La esfera del “ius” y la decisión performativa

La esfera de un *ius* que surge por *exclusión-inclusiva* de la *lex* tiene un importante antecedente en la obra de Thomas Hobbes. Según éste, por “ius” se entiende: “*la libertad que la ley me deja hacer cualquier cosa que la ley no me prohíba y la dejar de hacer cualquier cosa que la ley no me ordene*” (Hobbes, 2005). Esto es, está permitido lo que la Ley no prohíba (acciones) ni ordene (omisiones). Se constituye así una esfera de lo permitido, que en los términos de Hobbes, es la libertad que correspondería a la esfera del “ius”. La esfera de lo *permitido-libre* –el “ius”– es incluida en la medida en que es excluida por la misma Ley. Pensadas las cosas desde la perspectiva del despliegue, como quiera que la ley no define -ni podría hacerlo- las hipótesis de lo sospechoso, peligroso o flagrante¹⁶, el agente está autorizado por una patente de corso a calificarlas y a iniciar un curso operativo conforme a su creencia sin ninguna restricción legal al respecto. La esfera de “libertad” de cualquier individuo puede ser exceptuada por la creencia también libre de cualquier agente que a su arbitrio dispone acerca de los que considera sospechosos.

En este sentido, la decisión constitutiva-performativa inherente al despliegue lejos de ser un no-derecho, un acto contrario a derecho o la expresión de un sistema penal subterráneo, es profundamente jurídica. Más precisamente es fáctico-jurídica por ser performativa y con ello hace indiscernible el hecho del derecho. El comando puede disponer de una patente mediante la cual califica e interviene punitivamente, es decir, constituye sin regular –lo cual corresponde a la etimología del término “jurídico”¹⁷– y, de ese modo, produce efectos reales sin vínculos “sustantivos” superiores.

Al ser la decisión inherente al despliegue performativa se produce una juridicidad *in vivo* que no tiene carácter deontico o regulativo de conductas sino que es constitutiva de una situación y de una condición que recae en aquel que padece el despliegue: la condición de sospechoso. La esfera del *ius* no es pues de entrada prescriptiva sino constitutiva y performativa.

16 Al respecto cabe sostener algo similar a lo que sostiene H.L.A. Hart: “*Las situaciones de hecho no nos aguardan netamente rotuladas y plegadas; su clasificación no está escrita en ellas para que los jueces simplemente las lean. Por el contrario, al aplicar las reglas jurídicas alguien debe asumir la responsabilidad de decidir que las palabras se refieren o no a cierto caso, con todas las consecuencias prácticas que esta decisión implica*” p. 181. (Hart H.L.A. *Derecho y Moral contribuciones a su análisis*. Buenos Aires, Depalma, 1962.). Sin embargo, es necesario precisar, por una parte, que aquí no se trata de los jueces sino de las agencias del despliegue y, por otra, que en el despliegue no se trata de la *aplicación* de reglas jurídicas sino de la constitución performativa de una situación.

17 Ver en: Schiavone, Aldo. *Ius. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo, 2009. Benveniste Emile. *Vocabulario de las instituciones indo-europeas*. Madrid, Tauros, 1983. Agamben, Giorgio. *El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento*. Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo, 2010.

b. Despliegue y regla de clausura

Dicha “extensión” de lo jurídico que se destaca desde la “imagen” que ofrece el despliegue altera –o quizás precisa- la regla de clausura que las concepciones sistemáticas del derecho suelen invocar o presuponer: *Todo lo que no está prohibido está permitido* [Entiéndase: para los ciudadanos, por la Ley y desde la llamada “modernidad”], mientras que para los funcionarios *Todo lo que no está permitido está prohibido* [Entiéndase: por la Ley en el Estado de Derecho y desde la llamada “modernidad”] (Guarinoni, 2000). En primer lugar, es el comando del despliegue el que decide soberanamente acerca de lo prohibido/permitido sin ningún criterio racional ni cierto para hacerlo y sin que con ello obre en una zona de no-derecho, al margen de lo jurídico, ni que su actuación constituya la expresión de un sistema penal subterráneo; segundo, y como corolario de lo anterior, no estamos en presencia de ningún *in dubio* del que se pueda invocar algún principio tutelar (*favor rei, in dubio contra reum o in dubio pro republica*). Dicho de otro modo, una vez que se califica algo como sospechoso, la creencia allí instalada no duda. Antes que eso, el carácter constitutivo del despliegue impone como cierta la creencia incombustible de un comando –para el efecto, un cuerpo policial, una banda, una organización armada, etc.- que hace “ley” en la medida en que opera; tercero, conforme a esto *Está prohibido todo lo que al agente del despliegue le está permitido* o dicho de otro modo, la excepción calificada como tal por el comando del despliegue es la regla. Cuarto, el agente del despliegue no distingue –ni podría hacerlo- entre inocentes o culpables y por eso a través de su poder de disposición los envuelve a todos bajo la etiqueta de “sospechosos”. Parafraseando a Holmes: *Lo jurídico es lo que los agentes del despliegue –y de otros posibles dispositivos similares- deciden que es* (Pompeu, 1994).

Si esto es así, entonces existe cierta analogía entre la susodicha regla de clausura y el estado de excepción. Esto es, la esfera del *ius* ampara decisiones fundadas en creencias que producen resultados “positivos” con carácter punitivo que se reputan fáctico-jurídicas, es decir, que están justificadas en virtud de una “inclusión-exclusiva” o “exclusión-inclusiva”.

c. Despliegue y mapa estratégico.

Esta “imagen” de una juridicidad *in vivo* commueve la imagen lineal, concéntrica o piramidal del llamado sistema jurídico. Como hemos visto, es preciso situar el despliegue en un mapa estratégico que responde a un plano de composición y no bajo la lógica de un calco que responda al plano de organización propio de un sistema (Deleuze & Parnet, 1997). El despliegue en cuanto dispositivo se instala

en un régimen inmanente compuesto de una serie de líneas que modulan a su modo un estado de excepción¹⁸.

La imagen sistemática de lo jurídico es necesario contrastarla con la decisión constitutiva-performativa del despliegue –y otros dispositivos similares-. Veamos lo que resulta de este contraste. En vez de adelantar una búsqueda *hacia arriba* del mentado *fundamento*, se trata, por el contrario, de pensar estas soberanías de ocasión, transitorias, supremas y absolutas en situación en las que se decide un régimen particular y concreto de excepción.

Conforme a esto no hay antinomias ni lagunas sino luchas por crear un monopolio de la calificación y de los cursos operativos subsiguientes; como tampoco hay fractura entre lo normativo y su efectividad por cuanto, esas decisiones tienen carácter constitutivo-performativo. Y el conjunto de estas luchas es lo que constituye una peculiar “fuente de validez”.

Entonces, en el despliegue no estamos ante un “acto de pura ejecución” o aplicación como dimanaría de la construcción kelseniana, esto es, como un acto de aplicación que nada crea y cuya validez depende de los niveles superiores del sistema jurídico (Kelsen, 1998). Esta decisión no se inscribe únicamente en el “gobierno de las leyes” en tanto el agente del despliegue es la propia regla que compone según las vicisitudes de la situación la “cadena de validez”.

Ahora, si bien esto no desaconseja por completo las orientaciones hacia arriba de la teoría jurídica y política –y de su *praxis* correspondiente-, sí ofrece una perspectiva bajo la cual calificaciones, construcciones, patentes y operaciones enfrentan sin hacer desaparecer esas “imágenes del ordenamiento” basadas en la jerarquía, deducibilidad, coherencia y plenitud de un sistema jurídico que se hace pivotar desde el paradigma soberano.

Desde la perspectiva del despliegue el *argumentum ad infinitum* que reclama una regla suprema de clausura para conjurarla, se invierte. Ahora no se dirige hacia las alturas sino que orienta su persecución-castigo *in situ* desde los bajos de la realidad social. El despliegue al perseguir castigando crea la sospecha, el peligro, la flagrancia, es decir, según lo sostenido en la dogmática penal, no se orienta al acto sino al autor, persigue lo “innatural”, “inmoral” o “antisocial” más allá de lo definido en la ley. En este sentido, lo que se persigue castigando con el despliegue es la virtualidad de lo que a juicio del que cree en el despliegue podría suceder. Es en acto la persecución de las potencias.

18 Reiteramos la recomendación deleuziana: “siempre hay que volver a colocar el calco sobre el mapa”.

Igualmente, el ámbito de lo “jurídico” del que participa el despliegue es un ámbito sin verdad ni justicia, o mejor, sí éstas aparecen sólo lo hacen en función de las veleidades propias del mismo despliegue que las fabrica.

En tanto, esta decisión está amparada en una creencia que sospecha un peligro o una flagrancia no está limitada por los derechos fundamentales ni por los criterios de racionalidad, necesidad o proporcionalidad tan manoseados en la Ley y las Cortes. Vistas las cosas exclusivamente desde el “gobierno de las leyes” se objetará que finalmente son la Constitución y la Ley la que expiden la patente de corso pero ¿qué es esta “autorización” a favor de cualquiera para que sea llenada de cualquier manera sin otros límites que los “naturales” o los que proceden de la maniobra sino el ejercicio nudo y directo de un gobierno de los hombres?

4º. EL DESPLIEGUE Y EL COLAPSO DEL “SISTEMA PENAL”

Arriba se ha sostenido que la decisión contenida en el despliegue es constitutiva-performativa en dos sentidos. Ahora exploraremos el segundo de ellos, esto es, el que nos dice que esta decisión performativa y punitiva envuelve, por una parte, la calificación de “algo” como sospechoso y, por otra, el inmediato curso operativo.

El despliegue contrae en un solo momento y en una sola maniobra un compuesto de líneas que en su ejercicio son inescindibles pero que conviene diseccionar. En contraste con esto, es usual acudir a la separación analítica que distinguiría entre actos de producción, interpretación y aplicación de normas; el *iter* institucional según el cual cada uno de estos actos tiene como órgano privilegiado y no exclusivo al legislador, el juez y el funcionario policial, administrativo o penitenciario; o también la articulación de fases, funciones e instancias institucionales que en un proceso lineal y progresivo criminalizan –el “proceso de criminalización”- que de conjunto conformaría el “sistema penal”. Más precisamente, estas separaciones corresponderían a: la *definición y previsión legal del delito*, la *comprobación y aplicación judicial en un proceso* y la *ejecución y represión administrativa de la pena*¹⁹(Ferrajoli, 1995). Sin embargo, aquí se procederá a la descomposición de

19 Ferrajoli ob. Cit. P. 331-338. En el despliegue, aproximativamente, podrían establecerse algunas correspondencias: la *definición y previsión legal* corresponde a la *calificación* de algo como una sospecha de peligro y/o flagrancia (como se ha dicho sin referencia a la “ley”); la *comprobación y aplicación judicial en un proceso* no es más que el curso operativo *con o sin proceso* que responde más al mapa estratégico de un *comando*; y la *ejecución y represión administrativa* no es más que el carácter *coactivo* que afecta tanto la calificación como el consiguiente curso operativo

otra manera: *calificación* y *curso operativo* englobados en la *decisión performativa y punitiva*.

Desde luego, la razón de ser del despliegue no es necesariamente la criminalización puesto que puede ser también el exterminio, la desaparición, el exilio, la neutralización en un proceso, el estigma o la amenaza. Por eso, la metáfora del individuo que comete un *desorden* y por ello es atrapado por una máquina, sistema o aparato que tiene unas funciones de definición, asignación, atribución y ejecución distribuidas en instancias y sale transformado en delincuente, es una metáfora acertada pero que requiere ser complementada con dispositivos tales como el despliegue.

En el despliegue encontramos la concentración de las llamadas “fases” de la criminalización o del “sistema penal” en una decisión performativa que al perseguir calificando, castiga.

Muchas consecuencias se siguen de aquí y bastará mencionar algunas de ellas.

a. La sospecha

La calificación realizada por las agencias del despliegue es una sospecha. El término “sospecha” podrá ser definido –denotado y connotado- siguiendo las reglas técnicas de producción propias de un diccionario²⁰ sin que jamás pueda precisarse con claridad *que es eso* que despierta sospecha. Aquí ya se han dado algunas indicaciones y se ofrecerán otras: 1) Decir que algo es “sospechoso” afecta lo real (carácter performativo) y tiene carácter constitutivo y no regulativo; 2) Lo “sospechoso” está soportado en una creencia contingente y no existen referentes empíricos ni racionales ni legales para precisarlos; 3) Al ser la creencia el contenido de una decisión constitutivo-performativa no acude necesariamente a las “hipótesis de desviación” o de “delito” definidas en la ley aunque podría hacerlo, como tampoco está sometido a los rigores propios de la sede judicial. Dicho de otro modo, lo “sospechoso”

20 Igual aseveración puede hacerse con el legislador –cuálquiera que éste sea-. Véase sino la definición de “*flagrancia*” que aparece en la constitución, la ley y las decisiones de las cortes. Por otra parte, los diccionarios al definir los términos a menudo ofrecen importantísimas aportaciones para la reflexión. Al respecto, la RAE no sólo cuenta con el diccionario sino que ofrece un “*Corpus de referencia del español actual*” o CREA y un “*Corpus diacrónico del español*” o CORDES.. Por ejemplo, refiriéndonos sólo al diccionario, la RAE define el término “sospecha” como “*La acción y efecto de sospechar*”. Nótese allí que el conector “y” es indicador de un vínculo en el que podría advertirse que si dicha “acción” consiste en *calificar* estamos en presencia de un performativo. Además, la RAE define el término “sospechar” así: “*(Del lat. *suspectare*). 1. tr. Aprehender o imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad. 2. intr. Desconfiar, dudar, recelar de alguien. Era u. t. c. tr.* Ambas acepciones permiten señalar que la sospecha descansa en una *creencia* que entraña cierto *recelo* o *desconfianza* que, por lo que se ha dicho, son bastante importantes en el concepto de despliegue.

se aparta de la definición lata de “delito” que hace la ley y de la decisión estricta propia de la sentencia judicial; 4) La calificación de que algo es “sospechoso” por la agencia del despliegue –y no por el legislador- está en la órbita de la *mala prohibita*. Sin embargo, está calificación a menudo presupone la existencia ontológica de desviación o *mala en se*, es decir, está basada en criterios naturales, morales o sociales; 5) Lo “sospechoso” hace “sospechosos” a determinados individuos. Desde esta perspectiva, los “sospechosos” ni son inocentes ni son culpables, simplemente son “sospechosos”; 6) Lo que es definido como “sospechoso” es un acto concentrado y complejo que recae fundamentalmente sobre potencias o virtualidades que pueden o no cristalizar en acto. Dicho, en los términos de la dogmática penal, está preferentemente orientado a lo que se ha denominado “derecho penal de autor”, al “peligro abstracto”, al “derecho penal de enemigo”, etc.

Ahora conviene detenerse en el vínculo de la sospecha con lo que en términos constitucionales, legales y doctrinales se denomina *flagrancia*²¹ La flagrancia es el eufemismo de la sospecha y el “indiciado” es el eufemismo del sospechoso. Veamos las razones de esto. La primera parte del art. 32 de la Constitución establece: “*El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado al juez por cualquier persona.*” [Subrayas mías]. Esto significa ni más ni menos que cualquier persona –agencia del despliegue- *in situ* puede según su creencia calificar el *delito* y el *delincuente*. No se trata de la definición legal ni judicial de “*delincuente*” y “*delito*”. El “*delincuente*” es delincuente porque así lo cree cualquier comando del despliegue. Si esto es así, descriptivamente, puede decirse que palpita en la calificación del agente una creencia en un delito-delincuente *ontológico* de carácter moral, natural o social que él puede calificar a su antojo. Ahora bien, esta calificación pareciera reservarse a aquellos eventos en los cuales también el agente crea que hay *flagrancia*. El listado de hipótesis de flagrancia está consagrado en el art. 57 de la Ley 1453 de 2011²².

21 Rebolledo Vidal, Augusto y otros. *Flagrancia ¿Hipótesis indiscutible?* En Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, Año 9, No. 9, 2008; Konstenwein, Ezequiel. *La velocidad y las formas jurídicas. Privación preventiva en tiempos de flagrancia.* En: Revista pensamiento penal, No. 137, Febrero 2012; Ferreira de Abreu, Francisco. *La flagrancia en los delitos permanentes y en los de consumación instantánea con efectos permanentes.* En: Revista CENIPEC, Enero-Diciembre, 2007; Hoyos Sancho, Monserrat. *Ánalisis comparado de la situación de flagrancia.* En: Revista de Derecho, Universidad de Valdivia, Vol XII, Diciembre de 2001.

22 “Se entiende que hay flagrancia cuando: 1. La persona es sorprendida y aprendida durante la comisión del delito; 2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración. 3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él. 4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente

Cada una de éstas recaba en el carácter ontológico mencionado porque se refieren a *sorprender y aprehender; sorprender o individualizar; sorprender y capturar durante o momentos después de la comisión del delito*, o el señalamiento de la víctima u otra persona como *autor o cómplice del delito*. [Subrayas mías]. El elemento común de cada una de las “hipótesis” es el sorprendimiento en la *comisión del delito o momentos después del mismo*. Pero, ¿Cuáles son los *delitos* legales que habilitan a través de la *flagrancia* la captura, allanamiento y otros operativos propios del despliegue? La respuesta muestra de manera fidedigna que la excepción se ha convertido en regla: todos. Incluso los que admiten los llamados dispositivos amplificadores del tipo (tentativas y los que admiten la coparticipación). Nada obliga a restringir la “flagrancia” a los casos “claros”: homicidio, hurto, porte de estupefacientes, armas²³, etc. Antes que ello, la comisión o los momentos después del delito-delincuente toman la cobertura no solo de todas las hipótesis legales sino de todas las sustentadas en la creencia del agente del despliegue. Pensadas las cosas de esta manera, estamos bajo el imperio del poder dispositivo propio de un estado de excepción contrariando de manera evidente la afirmación cara al liberalismo, al Estado de Derecho y al gobierno de las leyes que hacía Beccaria (2001): “*Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez*”. Al revés, son Garófalo, Ferri, Manzini, entre otros, los que han triunfado²⁴. En definitiva, existe un delito que no es ni legal ni judicial, es el *delito flagrante* y se entiende por tal, lo que cualquiera quiera calificar como tal al arbitrio de sus propias creencias. Más tajantemente, *la sospecha es el presupuesto irracional del ius*.

La “imagen del ordenamiento” que se ofrece desde la perspectiva del despliegue es muy otra a la que ofrecería, por ejemplo, el llamado “modelo garantista”. La diferencia más importante quizás consista en que mientras aquélla instala el dispositivo despliegue en una tensión polar entre los “gobiernos”, este modelo descansa en el propósito político -¿utópico?- de conjurarlo mediante el “gobierno de las leyes”. Sea lo que sea de esta confrontación, lo que sí es claro es que todas las “condiciones”,

después. 5. *La persona se encuentra en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible*”. (art. 301 mod. 1453/11).

- 23 La doctrina ha señalado reiteradamente que el verbo de este y otros tipos no se reducen al “porte” sino que se extienden al “tráfico”, “transporte”, “conservación”, “almacenamiento” entre otros. Con esto se constata una vez más que se expande de manera escandalosa las posibilidades de la “flagrancia”.
- 24 Garófalo: “*El juicio es anticipado y la sentencia pronunciada por la opinión pública. El imputado no se debería presumir inocente ni culpable, es alguien con respecto al cual existen razones por las cuales el magistrado [la agencia del despliegue] lo envía a los jueces porque lo ha creído culpable*” (Corchetes y negrilla míos). Ferri también sosténia que en el *delito flagrante* no hay ninguna presunción de inocencia. Y Manzini que sostenía que los presupuestos de cualquier imputación –en este caso de la calificación realizada por la agencia del despliegue– es la presunción de culpabilidad. Recuérdese, sin embargo, la afirmación que he hecho más arriba: el sospechoso no es ni se presume ni inocente ni culpable sino que es simplemente sospechoso.

“límites” o “prohibiciones” de dicho modelo quedan suspendidas o excepcionadas por una “imagen” que es completamente diferente. Conforme a ésta *no hay acto punitivo sin sospecha* (“*Nullum poena sine crimine*”); *no hay sospecha sin la calificación de una agencia del despliegue* (“*Nullum crimen sine lege*”); *no hay calificación sin estrategia, oportunidad o conveniencia* (“*Nulla lex –poenalis- sine necessitate*”); *no hay estrategia, oportunidad, conveniencia sin peligro* (*Nulla necessitas sine iniuria*”); *no hay peligro sin estigma* (“*Nulla iniuria sine actione*”); y, cerrando el círculo, *no hay estigma sin sospecha* (“*Nulla actio sine culpa*”)²⁵

b. Comando y curso operativo dentro del mapa estratégico.

Se insiste, es preciso analizar el despliegue a la luz de un mapa estratégico en el que operan criterios de oportunidad, rentabilidad y conveniencia según los cuales se incorporará o no el modelo de las garantías *en proceso*, se administrará su secreto o publicidad y se legitimará el ejercicio sorpresivo de la fuerza²⁶. Como resultado de este dispositivo se observará que sus efectos punitivos son a menudo ignorados, ocultados o distorsionados lo que tendencialmente los sustrae a la acción jurídico-procesal, la denuncia política o la investigación académica.

El poder dispositivo que encierra la decisión performativa determina no sólo la sospecha sino también el comando y el curso operativo. Dicho en términos jurídico-procesales determina lo “desviado”, el “órgano de persecución”, la “competencia” y las “actuaciones” que puedan llevarse a cabo.

Si, como se ha dicho, la sospecha es elástica, flexible, discrecional y, con ello, que siempre *puede* producirse porque siempre *puede* haber flagrancia, entonces es difícil determinar con precisión la configuración exacta de un comando y de su siguiente curso operativo. Del mismo modo que nadie puede agotar el inventario

25 Aquí una apretada condensación del modelo garantista: “*El modelo garantista descrito en SG presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos*” p. 104

26 La observación de Hassemer relativa a la persecución es importante: “*Las decisiones de las autoridades instructoras de NO perseguir un delito no pueden controlarse eficazmente y, por tanto, no pueden limitarse... las posibilidades para una persecución oportunista son demasiado numerosas, demasiado inasibles y demasiado incontrolables. Por ello, la mixtura legalidad-oportunidad, depende finalmente de la ética de las autoridades y tribunales, del control público y de la confianza de la población en el derecho*”. Winfried Hassemer. *Persona, mundo y responsabilidad*. Barcelona, Tirant Le Blanch, 1999.

de todas las estrategias, tampoco puede ofrecerse un panorama exhaustivo de todos los comandos y cursos operativos. Lo que sí es cierto es que pueden hacerse unas consideraciones generales en las que seguirá siendo claro que el despliegue tiene un carácter punitivo que afecta la “libertad”, “intimidad” y “vida” de individuos o colectivos, por cuanto sus cursos operativos consisten en perseguir, allanar, capturar, registrar, incautar, etc. En resumidas cuentas, *castigar persiguiendo*.

1. El comando

Será comando, aquel –individuo o grupo sea o no “servidor público”– que en virtud de la patente de que dispone puede calificar la situación y llevar a cabo un curso operativo. Dicha calificación hace que el comando se convierta en “órgano de persecución”. Desde la perspectiva del texto constitucional y de la ley procesal *cualquier persona* puede calificar la *flagrancia* y proceder a aprehender al sospechoso, pero de allí no se sigue que pueda realizar todos los cursos operativos, por ejemplo, un allanamiento, una interceptación, entre otros.

Mediante la calificación de la situación como sospechosa el comando deviene en “órgano de persecución”. Así, el despliegue no es un “monopolio” del Estado en el sentido restringido de que solo puede ser realizado por “servidores públicos” sino en el más extenso, según el cual, cualquiera puede adoptar la función de comando porque dispone de una patente con la que puede a sus anchas calificar, perseguir y restringir o, dicho de otra forma, puede ser al mismo tiempo legislador, juez y ejecutor en situación.

2. Patente y mandato

Cualquier persona puede ser comando en la medida en que dispone de una patente para calificar y proceder a un operativo sin que la ley suministre –ni podría hacerlo– criterios estrictos relativos a cómo definir lo sospechoso-flagrante ni la esfera precisa de sus intervenciones. La decisión performativa en la que se hace *uso* de esta patente no queda desnaturalizada por la existencia o no de un mandato fiscal o la exigencia de una autorización o control judicial. Antes que eso, la patente anticipa el mandato, autorización y/o control que terminan siendo un componente aleatorio del despliegue.

El concepto de despliegue se sustrae así, por una parte, de esa variante de legalismo ético que es el judicialismo ético según el cual siempre que exista mandato fiscal, autorización o control judicial son legales, justos, buenos o convenientes los correspondientes cursos operativos. Reduciendo, de este modo, el ejercicio crítico a determinar en cada caso *si* hubo o no mandato, autorización o control. Y por

otra parte, el mandato fiscal, la autorización o control judicial tenderán a confirmar, ratificar o validar autorreferencialmente la decisión tomada en el despliegue.

Por otra parte, la patente es de “corso” precisamente porque configura una vigencia cuyo significado depende del arbitrio del comando. De este modo los llamados “criterios moduladores de la actuación” adquieren un significado específico contemplados a la luz del despliegue la “necesidad” se convierte en urgencia, la “ponderación” en estrategia, la “legalidad” en calificación performativa y la “corrección del comportamiento” será evaluada sólo en términos de la eficacia del curso operativo.

3. Curso operativo y proceso

La ley procesal penal establece una serie de *hipótesis* que dividirán las “actuaciones”, según la inflexión *proceso*, en pre-procesales y procesales y en cada caso establecerá el “órgano de persecución” competente, la exigencia o no de un mandato procedente del fiscal, y el sometimiento de ese mandato a control previo o posterior por parte de un juez de garantías. En el despliegue el operativo importa en cuanto operativo al margen del desarrollo eventual de un proceso o de que esté incardinado en el proceso mismo. Del mismo modo que la decisión performativa determina la configuración específica del “órgano de persecución” también determina la naturaleza y alcances de sus maniobras.

Al margen de la importante cuestión política de si es deseable o indeseable para quien padece el despliegue que llegue el proceso. La producción performativa en el despliegue provoca una suerte de circularidad en relación con el eventual trámite procesal. Decir que el proceso es eventual significa que después del despliegue es el mismo agente el que decide “poner o no a disposición” de una jurisdiccional cosas o individuos. En caso de que decida “*remitir lo actuado*” surge la circularidad mencionada en la medida en que el “proceso” no será “recognoscitivo de normas” sino recognoscitivo de la situación calificada por los agentes del despliegue ni tampoco será “cognoscitivo de hechos regulados” relativos a la acción u omisión del coaccionado sino que será cognoscitivo de los hechos producidos en el despliegue mismo. En esta medida, el “proceso” no hará más que convalidar, ratificar o descartar lo dispuesto en el despliegue. Y, por eso, puede decirse que el “proceso” es declarativo de lo que ya ha sido constituido en el despliegue.

Se objetará que está circularidad conduce a una visión “macabra del proceso” que ignora que con éste se pueden controlar los desafueros del despliegue. Hay aquí una valoración del proceso –incluso del peor de los procesos- como expectativa mejor frente a un arbitrio que en el peor de los casos, puede conducir a la tortura, desaparición forzosa y muerte de los coaccionados. Sí, vistas las cosas de este

modo, se dirá que es mejor sufrir cualquier privación de la libertad por arbitraría que sea que morir. Nada que decir frente a esta implacable lógica del mal menor que sugiere que el mejor mundo posible es un proceso.

4. *Garantías “procesales”*

Por otra parte, si los derechos y garantías “sustanciales” quedan oscurecidos o disueltos por la *sospecha*, los derechos y garantías “procesales” llegarán –si es que llegan- cuando ya se han surtido todos los efectos punitivos del despliegue. Serán derechos y garantías en el mejor de los casos restringidos o, en el peor, excluidas del curso operativo precisamente por ser éste *pre-procesal*. Lo que parece evidente es que los efectos punitivos del despliegue desarrollados bajo el apremio y la “urgencia” calificada por el comando ya se han producido sin la pulcritud y celo de las garantías y derechos que deónticamente configuran el debido proceso y el derecho de defensa²⁷. Examinadas, desde la perspectiva del despliegue, una a una las garantías “procesales” se advierte que éstas se tornan inocuas, suspendidas o directamente excluidas y que los esfuerzos teóricos y políticos por extenderlas a los operativos pre-procesales han resultado insatisfactorios.

En la medida en que las “actuaciones” son pre-procesales o para-procesales, sorpresivas y secretas, no comprometen al comando con la obligación de establecer con “objetividad la verdad y la justicia” pues las creencias no saben de esta obligación, ni dudan favorable o desfavorablemente. Todo esto torna inane –o en el mejor de los casos postergada o limitada- cualquier pretensión de ejercicio del derecho de defensa y de contradicción para el “indiciado” por el carácter performativo de la decisión que al tener los contornos de una marca o estigma la impide, por la confusión que genera entre lo fáctico y lo jurídico y porque para quien tiene patente de corso todo está permitido.

De este modo, el círculo autorreferente de las “garantías procesales” que propone el modelo político garantista también resulta suspendido o exceptuado. Conforme a esto se dirá: *No hay sospecha sin creencia de la agencia del despliegue* (“Nulla

27 Es importante advertir al respecto, que la existencia de *derechos y garantías* son concebidos a partir del mismo tenor literal de esos textos como *procesales* lo cual ha generado multitud de posturas y debates relativos a su extensión o no a las actuaciones pre-procesales. Desde esta perspectiva, adquieren otra dimensión y significado multitud de expresiones diseminadas por los textos “procesales” tales como: “Los intervenientes en el proceso penal”, “es obligación de los servidores judiciales”, “órgano de persecución penal”, “Todos los que intervienen en la actuación”, “las partes tendrán derecho” e, incluso, “Fiscal” o “Juez”. Y otras como: “En la actuación prevalecerá”, “En desarrollo de la actuación”, “La actuación procesal”, “... decisión definitiva relativa a la persecución penal”.

culpa sine indicium”); no hay creencia sin concentración de funciones en la agencia (“Nullum indicium sine accusatione”); no hay concentración sin prejuicio (“Nullum accusatio sine probatione”); no hay prejuicio con defensa (“nulla probatio sine defensione”). Quizás lo único que queda de todo ello es el miedo…

c. La fuerza en el despliegue

El despliegue es una fuerza concentrada que cubre tanto la calificación como el curso operativo. La “fuerza” comprende dos aspectos inescindibles. Por una parte, la decisión contenida en el despliegue es performativa, esto es, involucra una “fuerza” enunciativa que produce consecuencias fácticas que exceden o suspenden la relación entre significante y significado. Y, por otra, la efectividad de esa fuerza es punitiva en la medida en que priva de “libertades” o “derechos” y produce dolor. Esta fuerza –performativa y punible- carece de carácter regulativo o deóntico. Como tal es una disposición con fines arbitrarios y contingentes de reglas técnicas, maniobras estratégicas, cálculos económicos y requerimientos burocráticos.

Fuerza enunciativa y fuerza física concurren y se actualizan en el despliegue como resultantes de la *potentia puniendi* del *ius*²⁸. Así, los dos aspectos de esta fuerza no son exteriores ni contrarios al *ius* sino que constituyen el rasgo más sobresaliente de la “imagen” de la juridicidad que proviene del despliegue. Fuerza del más fuerte que fabrica a su imagen y semejanza la verdad y la justicia; fuerza que se concreta en un dispositivo móvil que oscila entre el gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes; fuerza que pone de manifiesto un estado de excepción en el que el *ius* no regula la fuerza sino que es esa misma fuerza en tanto *potentia puniendi* que deviene en acto.

De esta manera, la fuerza obrante en el despliegue no es ni mínima ni última sino máxima y primera en la medida en que se incardina con el denominado poder configurador positivo según lo sostenido por Zaffaroni (2000).

1. La persecución punitiva

Si ha de entenderse por pena “una coerción que impone una privación de derechos o un dolor que no repara ni restituye ni tampoco detiene lesiones en curso ni

28 “Ius” tal y como lo hemos entendido en este texto. Es importante advertir que en este escrito cuando empleamos la expresión latina *ius* no lo hacemos en el mismo sentido en que es empleada en muchos ámbitos de la doctrina penal que la tematizan como “*ius puniendi*” queriéndose referir con ella a un presunto *derecho subjetivo* propio de la soberanía estatal y que, paradójicamente, sería fundamento y límite del ejercicio del poder. Aquí, por el contrario, nos referimos a un *ius objetivo*.

neutraliza peligros inminentes" (Zafaroni, 2000, p.43), entonces, la persecución inherente al despliegue es inmediatamente punitiva²⁹ al margen de la definición legal de pena o de su irrogación judicial³⁰.

Es sabido que el ejercicio de la acción penal comprende las labores de persecución que, como se ha visto, van más allá de actividades de indagación o investigación. En el despliegue, dicha persecución, creyente, secreta y sorpresiva, representa una expansión de la punibilidad que permite aseverar que mediante el despliegue antes que castigar procesando se castiga persiguiendo.

Este carácter punitivo de la persecución cuestiona el horizonte de discusión prevaleciente en la dogmática penal orientado a la definición de los presupuestos bajo los cuales el Estado puede y debe imponer una pena. En el marco de una cultura jurídica ilustrada, utilitarista y contractual, esta dogmática que deposita toda su confianza política en el gobierno de las leyes sostiene que hay pena siempre que aparezca una conducta típica, antijurídica y culpable³¹. El carácter punitivo del despliegue pone en evidencia que dichos presupuestos sucumben o reclamarían una transformación sustancial.

Esto significa que el despliegue no es la "retribución" que corresponde a un "acto pasado" porque carece de carácter regulativo y porque en el fondo no hay "acto"; tampoco es la "prevención futura" del mismo. Ni efectos retributivos dirigidos a un presunto acto pasado, ni fines preventivos de un posible acto futuro. Al ser una persecución performativa y punitiva se agota en el acto mismo de constitución de la sospecha. Es por eso, que el despliegue es útil por sí mismo y a través de su ejercicio complejo se contrae la instauración, el juicio y el castigo.

Igualmente, al estar la persecución soportada en una creencia se desvanece cualquier tentativa de concebir el despliegue como mecanismo de reparación, de restitución o de coacción directa³², por más que los propios comandos del despliegue pretendan

29 Ferrajoli en "*Derecho y Razón*" propone una interesante descomposición analítica de la cuestión penal. Sistématicamente esta descomposición respondería a las preguntas acerca de *Si, por qué, cómo y cuándo prohibir, juzgar y castigar*: La respuesta de estas preguntas ofrecería un panorama de las diversas imágenes del "sistema penal". Con el despliegue, se apunta a precisar una "*Imagen*" en la órbita de otras preguntas que afectan las relativas al delito, el proceso y la pena: *Si, por qué, cómo y cuándo perseguir*.

30 La pena en el despliegue es la que emerge de la calificación realizada por el comando acerca de la "existencia" de un "delito flagrante". Por eso este carácter punitivo del despliegue no dimana de lo que la ley define como tal, ni de una sentencia judicial ni de las funciones positivas o negativas usualmente pregonadas en las teorías de la pena. Otro tanto puede sostenerse en relación con los llamados "criterios moduladores" de la actuación a los que ya hemos aludido.

31 Eludo las discusiones dogmáticas al respecto que con variantes coincidirán con estos presupuestos.

32 Se entiende por coacción directa. Esta última es aquella en la que la agencia interviene en la persona o en sus bienes ante un peligro inminente de daño o lesión o para detener un que ya está en curso. Esta coacción directa responde a las hipótesis de defensa o de estado de necesidad que acostumbra el derecho penal y

presentarlos como tales luego de alcanzar sus “positivos”. Bajo este marco, los llamados criterios “moduladores” de la actuación siempre operan *a posteriori*, es decir, cuando los efectos nefastos del despliegue ya se han producido y resulta necesario justificarlos ante la “opinión pública”.

En resumen, el *ius* dispone de la ley, el delito y el proceso en función de una sospecha, un curso operativo y una persecución punitiva.

2. Poder configurador positivo y “positivos”

El despliegue como dispositivo oscilante entre el gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes en el marco de un estado de excepción que mediante él deviene en regla hace parte de lo que Zaffaroni (2000) denomina el poder configurador positivo. Al respecto el autor dice que se trata de

un formidable control configurador positivo de la vida social, que en ningún momento pasa por las agencias judiciales o jurídicas: la detención de sospechosos, de cualquier persona para identificarla o porque llama la atención, la detención por supuestas contravenciones, el registro de las personas para identificarlas y detenidas, la vigilancia de lugares de reunión y de espectáculos, de espacios abiertos, el registro de información recogida en la tarea de vigilancia, el control aduanero, el impositivo, migratorio, vehicular, la expedición de documentación personal, la investigación de la vida privada de las personas, los datos referentes a la misma recogidos en curso de investigaciones ajenas a ella, la información de cuentas bancarias, del patrimonio, de conversaciones privadas y de comunicaciones telefónicas, telegráficas, postales, electrónicas, etc. todo con pretexto de prevención y vigilancia para la seguridad o investigación para la criminalización, constituyen un conjunto de atribuciones que pueden ejercerse de modo tan arbitrario como desregulado, y que proporcionan un poder muchísimo mayor y enormemente más significativo que el de la reducida criminalización secundaria. (Zafaroni, 2000, p.13)

El ejercicio efectivo de este poder es el que permite sostener que los “positivos” del despliegue son penas al margen de la definición legal o judicial de las mismas³³.

cuyos requisitos son perentorios. Dicho peligro no necesariamente es dependiente de la acción humana, puede tratarse de una calamidad natural. La intervención punitiva del despliegue se ampara en la idea de orden público que sintoniza con el llamado por los penalistas *derecho penal de autor*. Zaffaroni, Ob. Cit..

33 “Al abarcar el derecho penal los casos de poder punitivo ejercido al margen de toda ley y los ejercidos excediendo la habilitación legal, no excluye del concepto de pena las torturas, los aparamios, las victimizaciones por el poder subterráneo, los fusilamientos o ejecuciones sin proceso, los secuestros, etc., y tampoco los agravamientos ilícitos de penas lícitas, como las violencias, maltratos, riesgos de contagio, suicidio o de enfermedad física o mental, de lesiones, mutilaciones, violaciones, etc. Sin duda que todo este ejercicio de poder punitivo es penal (son penas) aunque se trate de penas ilícitas. Este concepto importa adoptar una idea

En tal sentido, el despliegue, es ni más ni menos, una máquina de producción de los llamados “falsos positivos” a condición de entender lo siguiente: los “*positivos*” del despliegue no son falsos. Son “*positivos*” incluso cuando arrojan resultados “negativos”. En este sentido se insiste, un allanamiento, un seguimiento, un registro personal, una interceptación de correspondencia, etc. que resulta “negativo”, esto es, que no arroja resultados con vistas a un proceso (una captura, un elemento material de prueba, etc.) no pierde el carácter de punitivo que sella al despliegue. El despliegue nunca fracasa, sus resultados son siempre positivos en términos de castigo más allá de que luego o concomitante con él se desarrolle un proceso lineal, progresivo, causal, final o funcional. *Operativo qua operativo* que cualquiera puede sufrir en virtud de la llamada “igualdad de las cargas públicas”. De este modo, no hay sospecha infundada, peligro que no sea inminente, ni flagrancia falsa.

Además, en el despliegue no hay “extralimitación”, “abuso”, “resultados negativos”, o “ilícito oficial” porque en cualquiera de estos casos su comprobación a posteriori deja indemne el despliegue y sus consecuencias punitivas. El ciudadano o el policía que sospecha un “delito flagrante” y para aprehender a su presunto autor penetran en domicilio ajeno llevan a cabo un despliegue soportado en la creencia de que pueden hacerlo. El despliegue y sus efectos podrán ser legales o ilegales pero en todo caso serán jurídicos porque en este ámbito está amparada cualquier creencia. Dichos efectos jamás podrán ser deshechos por ningún mandato, autorización o control y, más generalmente, por ningún trámite civil, disciplinario o penal que posteriormente se adelante en contra del ciudadano o policía³⁴.

amplia de pena, como categoría que permite al derecho penal distinguir entre penas lícitas e ilícitas, pero que le impide ignorar la penalidad de las coacciones ilícitas, lo que tiene consecuencias en las decisiones pautadoras de casos particulares” (Zafaroni, 2000, p. 44)

34 Aunque parezca reiterativo conviene afrontar cuatro objeciones posibles que emergen de considerar en exclusiva el *gobierno de las leyes* : 1) el agente es tal por tener *competencia*; 2) La Ley señala las “*hipótesis de desviación punible*” que activan la *identificación* por parte de este agente; 3) la *persecución* está reglada de manera estricta por un “*procedimiento*” también pre establecido en la Ley; 4) La Ley contempla un control judicial previo o posterior a las actuaciones realizadas en el despliegue. No obstante, estos presuntos “límites” son derribados o tornados completamente ineficaces en el despliegue. Veamos: las constituciones y leyes contemporáneas con variados tonos *autorizan* agentes –ciudadanos y funcionarios públicos- para que califiquen y aprehendan en *flagrancia* a quienes consideren que realizan un acto que ellos reputan *desviado*. Esta “*autorización*” o “*competencia*” es una *patente de corso* pues la ley no, suministra ni puede hacerlo criterios estrictos de definición de aquello que es “*flagrante*”. Esto nos lleva al otro punto, la doctrina del derecho penal –incluidos los más fervientes defensores de la *razón de estado*- no se han cansado de señalar que existe ausencia o una completa elasticidad en la “definición” de las “*hipótesis de desviación*” dando lugar a un inusitado número de vicios: tipos abiertos, tipos en blanco, elementos normativos-valorativos en los tipos, tipos permanentes, tipos de peligro abstracto, derecho penal de autor y, un prolongado etcétera. Siendo así, la decisión inherente al despliegue está amparada en una *patente de corso* que otorga a esos agentes *poder* para calificar como a bien tengan *lo desviado-flagrante* y desatar un curso operativo sin otras reglas de “*procedimiento*” que las que dimanan de la propia situación por ellos calificada como “urgente”.

De todo ello resulta que no estamos en presencia de un “sistema penal subterráneo” y que puede hablarse de una *cifra negra de la penalidad* en la medida en que existe un portentoso número de despliegues cuyo carácter punitivo es habitualmente olvidado, ignorado o sepultado.

CONCLUSIONES

1º. Las dificultades y obstáculos para la comprensión de lo que las agencias del “sistema penal” llaman “labores de inteligencia” requiere de un concepto que dé cuenta del elemento común que las atraviesa: su carácter punitivo.

2º. El despliegue es un dispositivo mediante el cual una patente de corso habilita a un comando para tomar una decisión performativa, amparada en la sorpresa y el secreto, en la que se ejerce una fuerza concentrada de carácter punitivo que califica una situación como sospechosa y de paso ejecuta un curso operativo.

3º. El despliegue es un dispositivo enquistado en un estado de excepción en el que se lleva a cabo una tensión polar entre el “gobierno de las leyes” y el “gobierno de los hombres” que *suspende o usa* estratégicamente las leyes. El estado de excepción es lo que resulta de un conjunto de *decisiones* constitutivas y performativas que aparecen en el despliegue –y en otros dispositivos similares–.

4º. Desde el despliegue puede generarse una “imagen” de juridicidad que hace que las decisiones y creencias que lo conforman sean *jurídicas*, esto es, que no están en una zona de *no-derecho* o que sean *contrarias al derecho*. Son decisiones constitutivas que no regulan conductas y que están sustraídas a los presupuestos legales o jurisdiccionales puesto que en éstos no se define que sea lo sospechoso, lo peligroso o lo flagrante.

5º. El despliegue altera la regla de clausura presupuesta en las concepciones sistémicas del derecho. Según éste: *está prohibido todo lo que al comando del despliegue le está permitido*. Por ello, el despliegue no es la expresión de un “sistema penal subterráneo”, las *creencias* contenidas en sus decisiones no dudan y el sospechoso lo es al margen de cualquier inocencia o culpabilidad.

Esta “urgencia” de suyo impide la morosidad en comprobaciones que a la postre resultarían nefastas para la obtención del resultado. Finalmente, en relación con la existencia de controles judiciales previos o posteriores a la realización del despliegue cabe decir lo siguiente: el control posterior por más que pueda invalidar lo actuado jamás puede hacer que lo “*hecho sea deshecho*” y que los resultados desastrosos del despliegue desaparezcan. En cuanto al control previo se verá que la imposibilidad de facto de inmediación judicial queda completamente subordinada a la calificación realizada por el agente del despliegue.

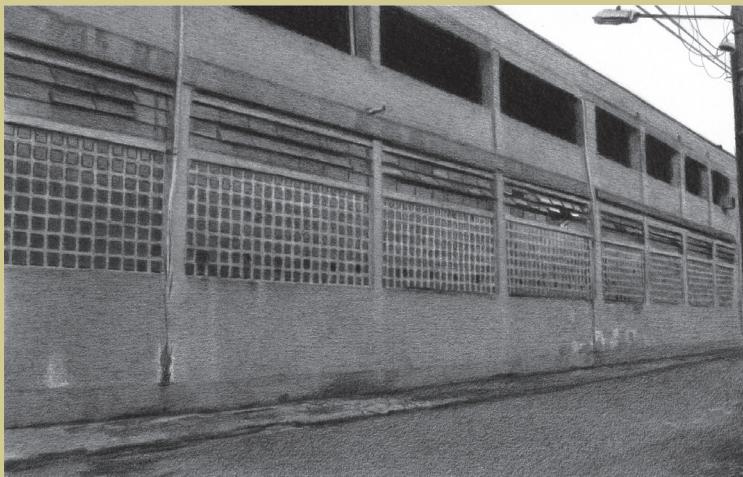
6º. El despliegue al contraer en un solo momento y en una sola maniobra la calificación de la sospecha y el curso operativo produce “positivos”, más exactamente, penas que van más allá del llamado “proceso de criminalización” tal y como es usualmente entendido. El despliegue como expresión de una fuerza enunciativa y punitiva hace que *calificación y persecución* sean inmediatamente punitivas. En este sentido, el despliegue nunca fracasa porque no hay sospecha infundada, peligro que no sea inminente ni flagrancia falsa.

7º. Concebido el concepto de pena en los términos de Zafaronni, el concepto de despliegue permite alterar lo que en términos dogmáticos se entiende por delito, proceso y pena. Son *penas* los resultados de esa persecución que castiga y que llamamos despliegue y, por ello, existe una *cifra negra de la penalidad* sustraída a la definición legal y jurisdiccional de la misma que eventualmente está sustraída a la investigación académica, al control jurídico y a la denuncia política.

REFERENCIAS

- Agamben, G. (2010). *El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento*. Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo.
- Agamben, G. (2006). *Estancias. La palabra y el fantasma en la cultura occidental*. Valencia, Pre textos, 2^a. Reimpresión.
- Agamben, G. (2004). *Estado de excepción: Homo sacer II, Vol. 1*. Valencia, Pre textos.
- Austin, J.L. (1982) *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona, Paidos.
- Benveniste, E. (1997). *Problemas de Lingüística general*. México, Siglo XXI editores, 19^a. Edición.
- Benveniste, E. (1983). *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*. Madrid, Tauros.
- Bobbio, N.(2001). *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 3^a. Edición.
- Beccaria, C. (2001). *De los delitos y las penas*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Cruz Barney, O. (1995). *Notas sobre el corso y la patente de corso: concepto y naturaleza jurídica*. México, Universidad Iberoamericana. (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/16/dtr/dtr1.pdf>)
- Ducrot, Oswald y otros (1995). *Diccionario Encyclopédico de las ciencias del lenguaje*. México, Siglo XXI editores.
- Deleuze, G. y Parnet, C.(1997). *Diálogos*. Valencia, Pre-textos.
- Deleuze, G. y Guattari F.(1997). *Mil Mesetas*. Valencia, Pre textos, 3^a. Edición.
- Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y Razón*. Madrid, Ed. Trotta.

- Ferreira de Abreu, F. (2007). *La flagrancia en los delitos permanentes y en los de consumación instantánea con efectos permanentes*. En: Revista CENIPEC, Enero-Diciembre.
- Guarinoni, R.(2000). *Algunas reglas de clausura*. Doxa (23). http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/public/12383873132368273109213/Doxa23_30.pdf
- García Villegas, Mauricio y otros (2001). *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997*. En: *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia Vol. I*. Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- Hart H.L.A (1962). *Derecho y Moral contribuciones a su análisis*. Buenos Aires, Depalma.
- Hassemer, W.(1999). *Persona, mundo y responsabilidad*. Barcelona, Tirant Le Blanch.
- Hobbes, T. (2005). *Del ciudadano y leviatán*. Madrid. Tecnos.
- Hoyos Sancho, M. (2001). *Análisis comparado de la situación de flagrancia*. En: Revista de Derecho, Universidad de Valdivia, Vol XII, Diciembre.
- Kelsen, H. (1998). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, UNAM.
- Konstenwein, E. (2012). *La velocidad y las formas jurídicas. Prisión preventiva en tiempos de flagrancia*. En: Revista pensamiento penal, No. 137, Febrero.
- Negri, Toni/Hardt, Michael (2000). *Imperio. Desde Abajo*. <http://www.rebelion.org/docs/121979.pdf>
- Negretto, G. (1999). *El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción*. Buenos Aires, Flacso, 1999. (<http://investigadores.cide.edu/gabriel.negretto/DecisionismoSchmitt.pdf>)
- Pérez-Reverte, Arturo (1993-1998). *Patente de corso (1993-1998)*. Madrid. Santillana.
- Pérez Toro, William Fredy y otros (1997). *Estado de Derecho y Sistema Penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Medellín, Diké.
- Pompeu Casanovas, R. (1994)(Comp.). *El ámbito de lo jurídico*. Madrid, Crítica.
- Rebolledo Vidal, Augusto y otros (2008). *Flagrancia ¿Hipótesis indiscutible?* En Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, Año 9, No. 9.
- Schiavone, A.(2009). *Ius. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo.
- Searle, J. (2001). *Actos de habla*. Madrid, Cátedra.
- Uribe de Hincapie, M. (2001). *Nación, ciudadano, soberano*. Medellín, Corporación Región.
- Ugarte Pérez, J. (2005). *Administración de la vida. Estudios Biopolíticos*. Barcelona, Anthropos.
- Zafaronni, E. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ed. Ediar



Título: Sin Título

Técnica: Lápiz sobre papel

Dimensión: 15,5 x 24,5 cm

Año: 2012

***ENTRE LA ESPERANZA Y LA FRUSTRACIÓN:
LUCHAS SOCIALES POR UN MARCO
JURÍDICO PARA LA REPARACIÓN
EN COLOMBIA 2004-2011 ENTRE
LA ESPERANZA Y LA FRUSTRACIÓN:***

***LUCHAS SOCIALES POR UN MARCO
JURÍDICO PARA LA REPARACIÓN
EN COLOMBIA 2004-2011****

* Este artículo se basa en un capítulo de la tesis doctoral sobre la experiencia colombiana en materia de justicia transicional y cuyo trabajo de campo se desarrolló entre 2009 y 2010. Esta investigación se realizó con el apoyo de la Universidad Estatal de Arizona a través del GraduateFellowshipDissertationAward. Parte de las reflexiones del artículo se presentaron en el Congreso Internacional de Latin American Studies Association LASA, celebrado en San Francisco, mayo 23-26 2012

Fecha de recepción: marzo 24 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 2 de 2013

**ENTRE LA ESPERANZA Y LA FRUSTRACIÓN: LUCHAS SOCIALES
POR UN MARCO JURÍDICO PARA LA REPARACIÓN EN COLOMBIA 2004-2011**
ENTRE LA ESPERANZA Y LA FRUSTRACIÓN:

**LUCHAS SOCIALES POR UN MARCO JURÍDICO
PARA LA REPARACIÓN EN COLOMBIA 2004-2011**

Gabriel Ignacio Gómez**

RESUMEN

Este artículo intenta dar cuenta del reciente proceso político que llevó a la institucionalización del discurso de los derechos de las víctimas, y concretamente, a la expedición de la denominada “Ley de Víctimas”. Con base en perspectivas críticas en materia de sociología del derecho y derechos humanos, este artículo argumenta que la configuración de un nuevo marco normativo para la reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia, es el resultado de una construcción discursiva en donde confluyeron, de un lado, las acciones de movilización política y jurídica lideradas por las redes de organizaciones derechos humanos y de víctimas, y del otro, unas condiciones de oportunidad política que hicieron posible la institucionalización de los discursos y sentidos promovidos por estas redes. En tal sentido, las redes de apoyo a las víctimas desarrollaron varias acciones consistentes en la incorporación del discurso transnacional de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el escenario nacional, así como la movilización social y política de las víctimas mediante la construcción de un discurso de derechos desde abajo. Sin embargo, a pesar de la fuerza persuasiva del discurso de los derechos de las víctimas, era necesario que se presentaran estructuras de oportunidad que hicieran posible la expedición de un marco jurídico en materia de reparación

Palabras clave: Justicia Transicional, Redes Transnacionales de activistas, Derechos Humanos, Organizaciones de víctimas, Movilización Social.

ABSTRACT

This article attempts to give account of the recent political process that led to the institutionalization of the victims' rights discourse, and more specifically, to the enactment of the “Victim's Law”. Drawing on critical approaches on law and society and human rights, this article sustains that the framing process of new mechanisms of reparation for victims of the armed conflict in Colombia, is a discursive construction. This new discourse is based, on the one hand, on social and legal mobilization led by human rights networks, and on the other hand, on political opportunity structures that made possible the institutionalization of the meanings promoted by those networks. In this regard, human rights networks carried out different actions, such as the incorporation of the transnational discourse on the rights to truth, justice and reparation, and social mobilization of victims through the construction of a discourse of human rights from below. However, despite the persuasive force of that discourse, structures of political opportunity were necessary to make possible the enactment of a new legal framework on reparation.

Key Words: Transitional Justice, Transnational Advocacy Networks, Human Rights, Victims' Organizations, Social Mobilization.

** Profesor asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Investigador del grupo Derecho y Sociedad, gomez.gabrielignacio@gmail.com. PhD en Estudios en Justicia e Investigación social de la Universidad Estatal de Arizona

**ENTRE LA ESPERANZA Y LA FRUSTRACIÓN:
LUCHAS SOCIALES POR UN MARCO JURÍDICO
PARA LA REPARACIÓN EN COLOMBIA 2004-2011**

**ENTRE LA ESPERANZA Y LA FRUSTRACIÓN:
LUCHAS SOCIALES POR UN MARCO JURÍDICO
PARA LA REPARACIÓN EN COLOMBIA 2004-2011**

INTRODUCCIÓN

En mayo de 2011, con ocasión de la expedición de la ley 1448 de 2011, más conocida como la nueva “Ley de Víctimas” por parte del Congreso de la República, el gobierno colombiano anunciaba ante la presencia del Secretario General de Naciones Unidas, una nueva revolución social en virtud de la cual se buscaba responder a la expectativa de centenares de miles de víctimas de la violencia política en Colombia. Sin embargo, a pesar del anuncio oficial, la configuración y desarrollo de este marco normativo ha estado lejos de ser la expresión del consenso político en la sociedad colombiana. El hecho de que se hable actualmente de derechos de las víctimas, ha sido el resultado de los esfuerzos de las organizaciones de derechos humanos y de víctimas para resistir las políticas de perdón y olvido promovidas por el anterior gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). A lo largo de la última década, las redes de derechos humanos articularon sus acciones políticas y jurídicas para reclamar verdad, justicia y reparación para las víctimas de la violencia política. Estas redes, no solo ganaron una visibilidad social que no tenían, al menos en la historia reciente de Colombia, sino que promovieron la configuración de un marco jurídico de protección de sus derechos.

Teniendo en cuenta que durante la primera década del siglo predominó un discurso hegemónico en materia de seguridad, así como políticas de desmovilización que buscaban beneficiar poderosos grupos de la población, surge la siguiente pregunta: ¿cómo se explica, entonces, la emergencia del proceso de institucionalización del discurso de derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia? Con base en perspectivas críticas en materia de sociología del derecho y derechos humanos este artículo argumenta que la configuración de un nuevo marco normativo para la reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia, es el resultado de una construcción discursiva en donde confluyeron, de un lado, las acciones de

movilización social y política lideradas por las redes de organizaciones de derechos humanos y de víctimas (en adelante, redes de apoyo a las víctimas) y, del otro, unas condiciones de oportunidad política que hicieron posible la institucionalización de los discursos y sentidos promovidos por estas redes. En tal sentido, las redes de apoyo a las víctimas han desarrollado varias acciones consistentes en la incorporación del discurso transnacional de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el escenario nacional, así como la movilización social y política de las víctimas mediante la construcción de un discurso de derechos desde abajo (McEvoy y McGregor, 2008).

Sin embargo, a pesar de la fuerza persuasiva del discurso de los derechos de las víctimas, así como de las acciones de movilización social y política de las redes de apoyo a las víctimas, era necesario que se presentaran estructuras de oportunidad que hicieran posible la expedición de un marco jurídico en materia de reparación (Bendford & Snow, 2000; McAdam & Snow, 2010). En tal sentido, la llegada de un nuevo gobierno más dispuesto a incorporar políticas públicas en materia de reparación, hizo posible que se promoviera nuevamente un marco normativo cercano al propuesto por las organizaciones de apoyo a las víctimas. Este artículo da cuenta de algunos resultados de la investigación doctoral realizada entre 2009 y 2011. Dentro del trabajo de campo, que se realizó en Bogotá y Medellín, se efectuaron más de 50 entrevistas en profundidad con miembros de organizaciones de derechos humanos y de víctimas, así como con miembros de organismos intergubernamentales y agencias de cooperación internacional.¹

Con el fin de presentar estos resultados de investigación, dividiré este artículo de la siguiente manera: en primer lugar, explicaré, a manera de marco teórico, la perspectiva de derechos humanos desde abajo y su relación con los procesos de resistencia; en segundo lugar, me detendré en el contexto político y social que hizo posible la visibilidad y posicionamiento político a las organizaciones de víctimas; posteriormente, expondré el proceso de formación de las redes de víctimas, para luego explicar cómo estas redes lideraron importantes procesos de movilización social y política. Luego, explicaré los debates en el Congreso sobre los primeros proyectos de ley de víctimas para, finalmente, dar cuenta de los últimos debates y las oportunidades políticas que dieron lugar a la expedición de la “Ley de Víctimas”.

1 Los nombres de las personas entrevistadas se omiten, salvo que se trate de opiniones conocidas públicamente.

1. DERECHOS HUMANOS DESDE ABAJO, CAMBIO SOCIAL Y RESISTENCIA

A lo largo de las últimas décadas, nuevas perspectivas en ciencias sociales han enriquecido las discusiones en materia de derechos humanos. Durante el pasado siglo, especialmente luego de la segunda guerra mundial, el campo de los derechos humanos se convirtió en un campo de conocimiento dominado especialmente por expertos en un lenguaje jurídico (McEvoy 2008: 18-28). A pesar de ser un espacio de contienda en el cual los simpatizantes de las diferentes perspectivas argumentaban sobre la naturaleza y los fundamentos de los derechos humanos, este discurso se desarrolló sobre la base de valores promovidos por la modernidad occidental, tales como el presupuesto de la soberanía del Estado Nación, la preminencia de las libertades individuales y el respeto de la propiedad privada (McEvoy&McGregor, 2008; Rajagopal, 2003). Paradójicamente, el discurso de derechos humanos fue, al mismo tiempo, un lenguaje que inspiraba resistencia y reproducía formas de opresión. Inspiraba resistencia en la medida que se constituía en la principal forma de protección de la esfera individual frente a la intervención y agresión del gobierno estatal; pero también podía ser connivente con formas de opresión, en la medida que se constituía en parte de un proyecto colonial que buscaba mostrar como saber universal la experiencia particular de las sociedades occidentales (Baxi, 2010; Rajagopal, 2003; Santos & Rodríguez, 2005).

Los estudios sobre derechos humanos y justicia transicional a lo largo de las últimas décadas, ha prestado especial atención a las regulaciones formales y en las decisiones de élites políticas (Baxi, 2010; McEvoy, 2008). Sin embargo, estas aproximaciones institucionales no pueden dar cuenta de los procesos sociológicos y culturales que inciden en la construcción del discurso de derechos humanos. Más recientemente, perspectivas críticas en antropología sociocultural y aproximaciones interdisciplinarias en ciencias sociales han intentado subvertir las perspectivas legalistas e institucionalistas, y han proporcionado elementos analíticos que muestran nuevos horizontes de reflexión. En primer lugar, se asumen los derechos humanos como una construcción discursiva en virtud de la cual diversos actores sociales luchan por establecer nuevos significados de los derechos (Baxi, 2010; Goodale&Merry, 2007); en segundo lugar, la producción de tales significados no es patrimonio exclusivo de élites políticas o de instituciones estatales o quasi estatales, sino que también entran en juego actores no estatales, como las organizaciones no gubernamentales ONGs, los movimientos sociales, y las redes de activistas (Keck& Sikkink, 1998; McEvoy, 2008; Rajagopal, 2003); finalmente, la definición de mecanismos de protección de derechos humanos es, en buena parte, un proceso de tensión política en virtud del cual actores subalternos intentan, a través del lenguaje de los derechos, reivindicar sus

identidades culturales, reclamar inclusión social y resistirlas prácticas de opresión (Rajagopal, 2003; Santos & Rodríguez, 2005).

En cuanto al primer aspecto, el discurso de derechos humanos es una construcción social y cultural asociada con la experiencia histórica de los grupos sociales (Goodale&Merry, 2007). Las ciencias sociales proporcionan elementos para un debate que va más allá de las expresiones formales del derecho y de la aspiración de universalización de algunas perspectivas en filosofía moral (Baxi, 2010; Rajagopal, 2003). Las aproximaciones socioculturales, sin desconocer los aportes de perspectivas institucionalistas y de fundamentación filosófica, proporcionan elementos para tener una perspectiva más amplia, de acuerdo con la cual los derechos humanos son concebidos como una expresión de procesos sociales e históricos, en lugar de principios universales e inmutables. Los derechos humanos no son restringidos a las regulaciones jurídicas positivizadas en el mundo durante el último siglo, o a la producción de significados relativamente coherentes y estables. El campo de los derechos humanos, como una construcción discursiva, está lleno de ambivalencias y debates internos entre diferentes actores, disciplinas y aproximaciones culturales.

En cuanto al segundo aspecto, una aproximación sociocultural de los derechos humanos también proporciona elementos teóricos para analizar el rol de los actores no estatales en la construcción del discurso de derechos humanos y la configuración de los mecanismos de protección de tales derechos. Mientras que las aproximaciones jurídicas e institucionalistas se concentran en instituciones estatales y cuasi estatales, las perspectivas críticas en derecho y ciencias sociales se abren a la posibilidad de observar el rol de actores sociales como los movimientos sociales (Archila, 2003; Alvarez, Dagnino & Escobar 1998; Bendford& Snow, 2000), las redes transnacionales de activistas (Keck& Sikkink, 1998), los sujetos subalternos (Santos & Rodríguez, 2005; Rajagopal, 2003) y las organizaciones de base (McEvoy, 2008), creando alternativas a formas contemporáneas de opresión. La relevancia de estos actores radica en el hecho de que ellos confrontan los discursos que normalizan formas de violencia y exclusión. Estos actores no son necesariamente coherentes y homogéneos. En el caso de Colombia, las relaciones y coaliciones de organizaciones internacionales y nacionales, así como la emergencia de diferentes grupos de víctimas, ha generado redes más extensas entre organizaciones derechos humanos que buscan superar las discrepancias internas y lograr consensos mínimos entre las múltiples organizaciones y movimientos.

Finalmente, las perspectivas sobre derechos humanos desde abajo sugeridas por autores como Rajagopal (2003), Santos y Rodríguez (2005), y Speed (2007), enfatizan la dimensión de los derechos humanos como un discurso de resistencia contra formas actuales de opresión que se manifiestan en proyectos globales

hegemónicos que universalizan perspectivas occidentales sobre el desarrollo, el capitalismo corporativo, y la seguridad. Estos proyectos normalizan las prácticas de exclusión social, crean jerarquías sociales y culturales, marginalizan otras perspectivas de vida, y normalizan el estado de excepción (Agamben, 2005). En este punto, es necesario señalar diferentes formas de relaciones entre el derecho y la resistencia. De un lado, el derecho tiene una dimensión opresiva en la medida que podría ser instrumental a los proyectos de desarrollo y globalización económica, y del otro, tiene el potencial emancipador en la medida que ofrece resistencia frente a tales proyectos. En tal sentido, la resistencia liderada por ONGs y movimientos sociales son, de alguna manera, resistencias contra el derecho (en su dimensión opresiva) y por medio del derecho (en su dimensión emancipadora), lo cual implica la promoción de acciones colectivas orientadas a defender prácticas alternativas y a desafiar esos proyectos políticos que son considerados injustos. En la reciente experiencia colombiana, el discurso de derechos ha servido como una herramienta que ha permitido a las organizaciones de apoyo a las víctimas resistir expresiones de violencia política e institucional, así como construir procesos de institucionalización con base en significados alternativos que permitan la reivindicación de las víctimas de la violencia política en Colombia.

2. CONTEXTO

Para mediados de la década pasada, las organizaciones de derechos humanos y de víctimas tenían una importante experiencia en el desarrollo de alianzas y movilizaciones con organizaciones internacionales y locales. Sin embargo, entre 2005 y 2007, nuevos espacios de alianzas entre organizaciones de derechos humanos y de víctimas emergieron en un contexto de profunda polarización política. Estas nuevas redes surgieron en medio de los debates públicos sobre el marco jurídico para la desmovilización de los grupos paramilitares y los reclamos de justicia y de protección por los derechos de las víctimas. Es posible señalar dos perspectivas antagonistas en la arena política. De un lado, había un discurso hegemónico que, no sólo promovía las reformas neoliberales, el desmonte del precario Estado de bienestar y la promoción de un buen ambiente para los negocios, sino que también promovía un proyecto basado en la seguridad y en el orden (Ramírez, 2010). El gobierno y la coalición mayoritaria en el Congreso, que sobrerrepresentaba los intereses de terratenientes, grandes corporaciones, y sectores urbanos de clase alta y media, habían promovido una reforma constitucional permitiendo la reelección del presidente (López, 2010). De otro lado, las organizaciones de derechos humanos, y de víctimas, intentaron promover un proyecto social y político que hacía mayor

énfasis en el respeto al orden constitucional, la protección de los derechos humanos, el intercambio humanitario de secuestrados de las FARC, y un mayor compromiso con las víctimas de derechos humanos. Estas organizaciones se opusieron de manera vehemente a las políticas económicas y de seguridad del gobierno. En tal sentido, resultan elocuentes las palabras del fundador de una de las organizaciones de víctimas, según el cual “parecía que las organizaciones de derechos humanos se convirtieron en el principal partido de oposición al gobierno”.² En efecto, las redes de derechos humanos cumplieron un rol significativo en la oposición a proyectos estratégicos para el gobierno de Uribe, tales como el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, la oposición al proyecto de reelección presidencial, y la oposición a las políticas de seguridad y de desmovilización de los grupos paramilitares.³

Para mediados de la primera década del siglo, las víctimas de la violencia política en Colombia comenzaron a ganar una visibilidad política y social que nunca habían tenido. ¿Cómo se puede explicar la visibilidad de las víctimas y el cambio en las representaciones sobre las violencias y el conflicto político en Colombia? Varias condiciones contribuyeron a la visibilidad de las víctimas y a la emergencia de un nuevo discurso sobre derechos de verdad, justicia y reparación. En primer lugar, a lo largo de las últimas décadas se había intensificado un proceso de globalización de los discursos de derechos humanos y justicia transicional que ha entrado en convergencia con procesos de transformación nacional y local. Así como ha ocurrido en otros países latinoamericanos (Houtzager, 2005), el proceso de constitucionalización del discurso de derechos humanos iniciado desde comienzos de la década del noventa ha contribuido para que las organizaciones de derechos humanos y de víctimas contemplen la posibilidad de incorporar acciones jurídicas en sus repertorios de acción. En esta perspectiva, las diferentes redes de derechos humanos han contribuido a incorporar e introducir los conceptos de verdad, justicia y reparación en la arena política, así como la idea de la existencia de límites legales y éticos en las negociaciones políticas. Adicionalmente, la emergencia de un discurso transnacional de derechos humanos dio la posibilidad de crear nuevas identidades en los grupos de víctimas, así como de articular más sus acciones de movilización política y jurídica.

En segundo lugar, en el contexto de un proceso de desmovilización de un grupo armado que desarrolló prácticas de violencia masiva y miedo generalizado en nombre de

2 Entrevista con uno de los fundadores de “Hijos e Hijas por la memoria y contra la impunidad,” febrero 23 de 2010.

3 Entrevista personal, miembro Viva la Ciudadanía, Bogotá, febrero 8, 2010; Entrevista personal, miembro del Colectivo José Alvear Restrepo, Bogotá, febrero 15, 2010.

una guerra contrainsurgente, muchas víctimas sentían que necesitaban alzar su voz. Con sentimientos colectivos de pánico e intimidación, pero a la vez de indignación y rabia, muchas víctimas tuvieron la necesidad de contar sus experiencias y exigir el esclarecimiento de los hechos de violencia contra sus familiares. Nuevas narrativas emergieron y se enfrentaron las versiones expuestas en medios de comunicación y declaraciones judiciales por los paramilitares desmovilizados. Es importante recordar que para finales de los 90 y el comienzo de los 2000, los grupos paramilitares construyeron y maximizaron una narrativa contrainsurgente en virtud de la cual ellos fueron forzados a tomar las armas para defender su vida y sus propiedades en contra de las guerrillas (Romero, 2003; Valencia, 2007). Los paramilitares crearon un lenguaje y unos símbolos en virtud de los cuales, no sólo reinventaron su propia identidad como “enemigos políticos” con los cuales se podía negociar un proceso de paz, sino que, además, comenzaron a definir al “otro” políticamente diferente como un enemigo al que había que eliminar. Sin embargo, la incorporación de un discurso global de los derechos de las víctimas y la presión de la comunidad internacional y de las organizaciones de derechos humanos, hizo posible contar narrativas alternativas y mostrar las perspectivas de aquellos quienes no habían tenido el poder de levantar su voz ni de contar su sufrimiento. Durante más de dos décadas de violencia y prácticas indescriptibles consistentes en masacres, desapariciones forzadas, asesinatos y desplazamiento masivo, era humillante para las víctimas que los autores de tales crímenes pudieran recibir generosos incentivos para su desmovilización. En este sentido, las negociaciones políticas con los grupos paramilitares y los debates sobre el marco jurídico para la desmovilización entre 2002 y 2005 desataron una reacción de creciente descontento entre los grupos de víctimas. Uno de los momentos de mayor poder simbólico, y que hizo a las víctimas más visibles en la esfera pública, se desencadenó con ocasión de la invitación que se hizo a tres comandantes paramilitares para intervenir en la cámara de representantes el 28 de julio de 2004 (Abad, 2004). Ese día, mientras los comandantes leían sus discursos, demandando mayores estímulos para la desmovilización, las cámaras de televisión mostraban las imágenes de dos líderes de organizaciones de víctimas que desde los balcones del recinto exhibían las fotos de sus familiares asesinados. El sentimiento colectivo de indignación creció durante los años siguientes, especialmente cuando los comandantes paramilitares, en sus versiones ante los fiscales de “justicia y paz”, intentaban reproducir sus narrativas épicas, y a la vez, negaban la victimización de población civil.⁴

Una tercera condición de posibilidad para la emergencia del discurso de los derechos de las víctimas tiene que ver con el rol de los medios de comunicación, incluyendo

4 Entrevista personal, integrante del MOVICE, Bogotá, febrero 17, 2010.

a algunos de los más conservadores, que comenzaron a publicar reportajes sobre la historia y acciones de los grupos paramilitares. Estos reportes comenzaron a dar cuenta de prácticas brutales, tales como aquellas consistentes en arrojar los cuerpos de las víctimas a los ríos, desmembrar los cuerpos con el fin de enterrarlos más rápido, y destruir los restos por medio del uso de hornos crematorios. Por ejemplo, el Tiempo publicó en mayo 24 de 2007 uno de los reportes más crudos y reveladores hasta ese momento. Este reportaje daba cuenta de los procesos de entrenamiento para deshacerse de los cuerpos de las víctimas por los grupos paramilitares. Uno de los miembros de los mencionados grupos describía con enorme frialdad la manera cómo eran entrenados: "...Ellos eran personas mayores quienes fueron traídas en camiones. Sus manos estaban atadas. La orden era cortar sus brazos, así como sus cabezas, y desmembrarlos vivos" (*El Tiempo, Mayo 24 2007*). *Las organizaciones de derechos humanos y los medios de comunicación también comenzaron a dar cuenta de la historia de las comunidades que se vieron obligadas a soportar la dureza de la violencia paramilitar. Tal fue el caso de poblaciones como Trujillo, en el departamento del Valle; Soledad, en el departamento del Atlántico; Mapiripán, en el departamento del Meta; y en Pueblo Bello, en el departamento de Antioquia, entre muchos otros.*⁵ *Adicionalmente, algunos medios alternativos como Verdad Abierta, han hecho seguimiento a los procesos de "justicia y paz".*⁶ De acuerdo con varios defensores de derechos humanos, las investigaciones penales y los reportes de los medios alternativos confirmaron lo que las ONGs habían denunciado por años.⁷ Sin embargo, los reportes de las organizaciones de derechos humanos se quedaban cortos frente a la残酷 de las acciones y a la dimensión de los eventos, tal como se fue encontrando posteriormente. Para los activistas en derechos humanos, las informaciones sobre los hechos cometidos por los grupos paramilitares no eran más que la punta de un iceberg de enormes proporciones que aún está pendiente por descubrirse en su real dimensión.

3. LA FORMACIÓN DE LAS REDES DE APOYO A LAS VÍCTIMAS

En el contexto anteriormente descrito, entre 2005 y 2007 emergieron en el orden nacional varios espacios de reflexión y movilización que habrían de jugar un rol bastante significativo en la incorporación de un discurso de derechos de las víctimas

5 Al respecto el Centro de Memoria Histórica ha documentado varios de estos casos, cfr. <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co>.

6 Al respecto ver los informes publicados en Verdad Abierta, <http://www.verdadabierta.com/>.

7 Entrevista personal, miembro de ICTJ, Bogotá, septiembre 16, 2009.

y, más específicamente, en la propuesta de un nuevo marco normativo en materia de reparación. Estas redes de activistas, como formas de acción colectiva, no se limitaron a promover acciones de apoyo político en el escenario transnacional, tal como lo ha mostrado el trabajo de Margaret Keck y Kathryn Sikkink con respecto a las redes transnacionales de activistas (1998). Las redes de apoyo a las víctimas se dedicaron principalmente a promover acciones de movilización social y jurídica orientadas a la visibilización de las víctimas del conflicto armado y a la protección de sus derechos. Adicionalmente, estas redes establecieron importantes lazos con la comunidad internacional, en especial los países cooperantes, varios de los cuales cambiaron las prioridades de sus programas, como por ejemplo, “procesos paz y convivencia”, para concentrarse en el apoyo a las víctimas del conflicto armado en Colombia.⁸Aun así, debe aclararse que estas redes y organizaciones no representaban una perspectiva unificada y homogénea sobre las víctimas en el país. Las redes han sido, más bien, espacios en los que coexisten diversas identidades políticas (Álvarez, Dagnino y Escobar, 1998), así como múltiples perspectivas metodológicas sobre las acciones que desarrollan. A continuación voy a explicar las características de las principales redes que surgieron en el periodo 2005-2007, es decir, del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE), de la Mesa Nacional de Víctimas de Organizaciones Sociales (en adelante, la Mesa Nacional de Víctimas); y del Grupo de Trabajo de la Ley de Víctimas (en adelante, Grupo de Trabajo).

El Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado MOVICE, fundado en 2005 en el “II encuentro nacional de víctimas de crímenes contra la humanidad”, es una red que para 2010 ya congregaba a más de 1.400 organizaciones de base que trabajan en derechos humanos o con víctimas y que están distribuidas en nueve capítulos nacionales e internacionales. Las víctimas de crímenes de Estado se han mostrado a sí mismas como un movimiento social compuesto de víctimas de la violencia promovida por el Estado, y organizaciones de base que trabajan con ellas. Varias de las personas que han liderado el movimiento afirman elocuentemente: “nosotros trabajamos con las bases”.⁹Su identidad política también se basa en la relación confrontacional con el gobierno estatal, en la lucha contra la impunidad y en la protección de los derechos humanos. En tal sentido, el MOVICE intenta ir más allá de las dimensiones legales de los derechos humanos y crear iniciativas y prácticas desde abajo basadas en la experiencia y necesidades de las organizaciones de base (Díaz, 2008; McEvoy, 2008; McGovern, 2008). De acuerdo con uno de sus fundadores “...las acciones legales son importantes, pero no es la parte más

8 Entrevistas personales, funcionaria embajada de Suecia, Bogotá, noviembre 3, 2009; funcionaria embajada de Canadá, Bogotá, septiembre 28, 2009; y funcionarias de PNUD, Bogotá, febrero 2, 2010.

9 Entrevista con un miembro del MOVICE, Bogotá, Noviembre de 2009.

importante de la lucha. Tampoco es una lucha de corto plazo, es importante tener en cuenta que el principal objetivo tiene que ver con las transformaciones políticas y sociales en el largo plazo”.¹⁰

Por su parte, la Mesa Nacional de Víctimas, incluye múltiples organizaciones sociales que desarrollan trabajo social o jurídico con víctimas.¹¹ Luego de la expedición de la “ley de justicia y paz” y la decisión de la Corte Constitucional en la que se decidió sobre la exequibilidad de la misma,¹² todas estas organizaciones promovieron un espacio para trabajar por los derechos de víctimas. Su identidad fue el resultado de negociaciones difíciles entre diferentes organizaciones sociales, puesto que algunas de ellas buscaban incluir otros grupos de víctimas, mientras que otras se oponían a la inclusión de víctimas de los grupos subversivos. Finalmente la Mesa se mostraba como un espacio conformado por organizaciones sociales que apoyaba a personas y grupos que habían sido victimizadas por su trabajo con las organizaciones sociales. Con el fin de conocer mejor la situación real de las víctimas en el país, y luego de intensas discusiones, estas organizaciones decidieron organizar un encuentro nacional de víctimas de organizaciones sociales en 2007.¹³ Luego del encuentro, los miembros del comité organizador decidieron continuar su trabajo estableciéndose como la Mesa Nacional de Víctimas. Los miembros de la Mesa, quienes también hacían parte de otras redes de derechos humanos, tenían una perspectiva crítica sobre la “ley de justicia y paz” y la política de seguridad democrática promovida por el gobierno Uribe. Al igual que el MOVICE, la Mesa intentó crear mecanismos participativos para construir iniciativas desde abajo en materia de reparación y protección de los derechos de las víctimas (McEvoy, 2008; McGovern, 2008).

Una tercera red de organizaciones de gran relevancia en la lucha por los derechos de las víctimas fue el “Grupo de Trabajo sobre la Ley de Víctimas”. La mayor parte de las organizaciones que hacían parte de este grupo se auto-representaba como expertos que buscaban arrojar luces sobre los derechos de las víctimas, con base en derecho constitucional, derecho comparado y derecho internacional de los

10 Presentación de un miembro del MOVICE en el encuentro sobre Desaparición Forzada, Universidad Antioquia, Medellín, julio de 2009.

11 La Mesa está integrada por múltiples organizaciones, entre las cuales algunas se dedicaban a actividades de movilización social y política, como Viva la Ciudadanía, CINEP, AVRE, MOVICE, y otras que hacía un trabajo jurídico, como la Comisión Colombiana de Juristas.

12 Ver, Corte Constitucional, Sentencia C- 370 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur y Clara Inés Vargas.

13 Entrevista con abogadas de la CCJ, Bogotá, septiembre 17 y octubre 16, 2009.

derechos humanos¹⁴. Para finales de 2007, cuando el Congreso comenzó a discutir el proyecto de “Ley de Víctimas”, diferentes organizaciones de derechos humanos convocadas por la Fundación Social, conformaron un espacio de discusión con el fin de asesorar a los miembros del Congreso que lideraron la iniciativa. Este grupo también congregó a organizaciones de derechos humanos como la Comisión Colombiana de Juristas CCJ, el centro de estudios en derecho y justicia y sociedad Dejusticia, y la corporación Nuevo Arco Iris. Estos grupos de expertos han funcionado como traductores que introducen y adaptan la información y los conceptos que dan mayor contenido al discurso de “derechos de las víctimas” (McGregor, 2008; Merry, 2006; Tate, 2007). Estas organizaciones convocaron a foros públicos en los que se invitaban expertos internacionales en materia de reparación, se divulgaban las regulaciones internacionales en la materia, tales como los principios Pinheiro sobre restitución (OHCHR, 2007), se promovían investigaciones, y se publicaban libros con el fin de divulgar información y cualificar el debate público sobre un tema en el que había tantas expectativas.¹⁵Estas acciones de políticas de información (Keck & Sikkink, 1998), adaptación (McGregor, 2008; Merry, 2006;) y construcciones alternativas (Speed, 2009; Tate, 2007) fueron cruciales para incidir en el contenido del proyecto de “Ley de Víctimas”. Estas organizaciones también desarrollaron acciones de litigio estratégico consistentes en la interposición de acciones constitucionales relacionadas con la reparación.¹⁶

De acuerdo con lo anterior, es posible identificar algunas características de las redes de apoyo a las víctimas durante este período. En primer lugar, hubo una diversidad de perspectivas y experiencias entre estas organizaciones y movimientos. En el interior de estas redes, si bien había diferencias internas sobre concepciones ideológicas, estrategias y metodologías de acción, las organizaciones de víctimas y de derechos humanos intentaron sortear las dificultades para evitar la fragmentación. Si bien las redes no han sido tan cohesionadas como lo pueden ser otras experiencias en Latinoamérica, tal como el caso de la “coordinadora de derechos humanos” en Perú (Root, 2009), han logrado trabajar conjuntamente y alcanzar un nivel de relativa coordinación entre ellas. En esta perspectiva, las redes de apoyo a las víctimas no solo lograron el apoyo de la comunidad internacional sino también que se apropiaron del discurso de los derechos de las víctimas para movilizarse y ganar visibilidad social. Estos espacios han articulado con las redes de derechos humanos ya existentes, tales como la Alianza de Organizaciones Sociales, el grupo de los 24 (G-24) y la

14 Entrevista con integrantes de la CCJ y de Fundación Social, septiembre 17 de 2009, y febrero 5 de 2010.

15 Ibid.

16 Entrevista con Rodrigo Uprimny, director de Dejusticia, Bogotá, abril 20 de 2010.

coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos. En segundo lugar, los encuentros de víctimas, que se intensificaron especialmente después de 2005, han permitido a las diferentes organizaciones de víctimas compartir sus experiencias, crear lazos de solidaridad y construir un proceso de identidad colectiva (Álvarez, Dagnino & Escobar, 1998). El caso de las víctimas de crímenes de Estado, es particularmente interesante en el sentido de que ellas intentaban crear un movimiento social cuya identidad radicara en la búsqueda de justicia y en la lucha contra la impunidad en materia de los crímenes cometidos directa o indirectamente por el Estado (MOVICE, 2010). Los encuentros del MOVICE, así como los encuentros de la Mesa Nacional de Víctimas, han contribuido a crear conciencia dentro de los grupos de víctimas sobre quiénes son, qué buscan, y cuáles deben ser sus derechos. En esta perspectiva, la elaboración de declaraciones fundacionales y documentos en las que se reflejan sus valores comunes y objetivos también ha contribuido a reforzar su identidad política y definir un consenso mínimo en los contenidos de sus luchas.

4. MOVILIZACIÓN SOCIAL Y POLÍTICA: INICIATIVAS DE REPARACIÓN DESDE ABAJO

Durante la segunda mitad de la década, las redes de apoyo a las víctimas comenzaron a promover procesos de participación democrática y la creación de espacios de debate público que podrían denominarse perspectivas desde abajo en materia de derechos de las víctimas (McEvoy, 2008). De un lado, el MOVICE y la Mesa buscaban promover procesos de movilización social y política que hicieran visible a las víctimas y las consolidaran como un actor político en el escenario nacional. De otro lado, otras organizaciones se concentraron en promover procesos de movilización jurídica, con el fin de dar mayor contenido a los derechos de las víctimas, en especial, el derecho a la reparación. Sin embargo, a pesar de que estas organizaciones y redes podían diferir en concepciones y metodologías, se comenzaban a generar consensos sobre la necesidad de incidir en procesos de institucionalización del discurso de los derechos de las víctimas. En tal sentido, desde 2007 las diferentes redes de apoyo a las víctimas comenzaron a promover la discusión de los siguientes temas: 1) el reconocimiento del proceso histórico de victimización en Colombia y su relación con condiciones estructurales de exclusión que reproduce la situación de vulnerabilidad y marginalización de diferentes grupos sociales; 2) el reconocimiento de que el Estado ha tomado parte en el proceso sistemático de eliminación de grupos sociales por razones de afiliación política; 3) la inclusión de diferentes grupos de víctimas, sin discriminar a las víctimas de crímenes de Estado; y 4) la necesidad de diseñar programas de restitución de la tierra y reparación integral para las víctimas (Mesa Nacional de Víctimas; 2007).

Para finales de 2007, nuevas circunstancias hicieron que las redes de apoyo a las víctimas se concentraran en realizar acciones de incidencia ante el Congreso Nacional y en promover debate público en materia de reparación. En efecto, el Congreso de la República, que hasta el momento se había concentrado en el marco jurídico para la desmovilización de los paramilitares, asumió el tema de reparación como respuesta a la solicitud de Víctimas Visibles, una organización que trabajaba con víctimas de la guerrilla. Así, Juan Fernando Cristo, congresista del partido liberal, asumió el liderazgo de la discusión en el Senado sobre el proyecto de ley (Cristo, 2012). Una vez que las organizaciones de derechos humanos que hacían incidencia política en el Congreso se percataron de la existencia de un proyecto de “Ley de Víctimas”, lo divulgaron con las demás organizaciones sociales y de derechos humanos. Por ejemplo, la Mesa Nacional de Víctimas comenzó a prestar mayor interés en el proyecto y exploró la posibilidad de tomar parte en los debates.¹⁷ Igualmente, la Fundación Social contactó otras ONGs de derechos humanos con las cuales se conformó el Grupo de Trabajo sobre la Ley de Víctimas, con el fin de ejercer alguna influencia en dicho marco jurídico desde una perspectiva más técnica. De acuerdo con Paula Gaviria, entonces coordinadora del programa de Derechos Humanos de la Fundación Social, explicaba:

“Nosotros contactamos al senador y empezamos: bien, ¿a dónde quiere usted llegar con esto? Y el proceso de discusión continuó. Nos concentraremos en eso. Pusimos todo nuestros esfuerzos en estudiar el tema y comenzamos a compartirlo con otra gente.”¹⁸

Estos espacios complementarios de discusión influenciaron notablemente el proyecto de “Ley de Víctimas” en el Congreso. Muchos miembros del MOVICE y de la Mesa estaban más interesados en escuchar las voces de las víctimas, promover movilización social y tomar parte de un proceso participativo en las discusiones sobre la ley. Por su parte, quienes hacían parte del Grupo de Trabajo, estaban más interesados en construir argumentos jurídicos con base en el discurso internacional de los derechos humanos y derecho comparado. Una vez que contactaron al senador Juan Fernando Cristo, las redes de apoyo a las víctimas promovieron un proceso de discusión y mejoramiento del proyecto de ley inicialmente elaborado. Los debates iniciales en el Senado, que se desarrollaron entre 2007 y 2008, avanzaron inicialmente sin mayores contratiempos y sin una oposición visible por parte de los grupos mayoritarios del Congreso. Varias razones explican este avance en las discusiones del proyecto (Cristo, 2012; Sánchez, 2009). En primer lugar, en las redes de derechos hu-

17 Entrevista con abogada de la CCJ, Bogotá, agosto 25 y septiembre 17, 2009.

18 Entrevista con Paula Gaviria, antigua coordinadora de Derechos Humanos de la Fundación Social, Bogotá, febrero 5 de 2010.

manos y la comunidad internacional, prevalecía la representación de que el Congreso había trabajado inicialmente en favor de los victimarios, en lugar de tomar en serio los derechos de las víctimas. A pesar del respaldo que la opinión pública pudiera dar al gobierno de Uribe, el Congreso – así como el mismo Gobierno- estaba bastante desacreditado ante la comunidad internacional y los sectores democráticos del país. Esta percepción empeoró cuando los medios de comunicación y los grupos de oposición revelaron los vínculos entre grupos paramilitares y miembros del Congreso en un debate político que se conoció como la “parapolítica” (López, 2010). En segundo lugar, como consecuencia de esa percepción de descrédito, aquellos miembros del Congreso que estaban interesados en la protección de los derechos de las víctimas enfrentaron menos oposición por parte de la coalición mayoritaria durante el período posterior a 2007. En tercer lugar, la primera versión del proyecto de “ley de víctimas” era bastante general y no representaba un riesgo para los intereses del gobierno. De acuerdo con varios activistas en derechos humanos, el senador Cristo reconoció que el proyecto era bastante vago y, en consecuencia, era necesario discutir con expertos de las organizaciones sociales, la comunidad internacional y las organizaciones de víctimas.¹⁹

Para el 2008, las redes de apoyo a las víctimas asumieron progresivamente el liderazgo del debate público sobre el proyecto de “Ley de Víctimas”. Los miembros del Grupo de Trabajo y de la Mesa, convencieron al senador de planear una serie de audiencias congresionales con el fin de escuchar las voces de las víctimas y discutir con ellos el contenido del proyecto. Las audiencias congresionales fueron social y políticamente relevantes por diferentes razones: en primer lugar, para la Mesa estas audiencias representaban la posibilidad de seguir el proceso que se había iniciado en el 2007 con el encuentro Nacional de Víctimas de Organizaciones Sociales. En segundo lugar, también representaban la posibilidad de construir un marco jurídico desde abajo que respondiera a las voces y necesidades de las víctimas. En tercer lugar, hicieron fortalecer la capacidad organizativa de las víctimas, especialmente en las regiones. Con el fin de conseguir apoyo para las audiencias regionales, el senador Cristo y la Fundación Social contactaron al programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Esta agencia, que había contribuido en la realización de anteriores encuentros de víctimas, buscó apoyo en otras agencias de cooperación, así como del sistema de Naciones Unidas, para organizar nueve audiencias regionales a mediados de 2008.²⁰ Las audiencias hicieron posible congregar a víctimas de diversas regiones con el fin de escuchar sus opiniones sobre el proyecto (Cristo, 2012; Gaviria

19 Entrevista con abogadas de la CCJ y de la Fundación Social, Bogotá, septiembre 17 de 2009 y febrero 5 de 2010.

20 Entrevistas personales con activistas del CINEP, y la CCJ, Bogotá, Septiembre 17, octubre 28 y noviembre 6, 2009.

y Gil, 2010). Para aquellos quienes asistieron a las audiencias, se trató de un proceso democrático que fortalecía los lazos de solidaridad, especialmente entre víctimas y organizaciones. También permitió a los miembros del Congreso acercarse a la realidad de las víctimas en Colombia. Sin embargo, en la medida que el proyecto de ley ganaba más atención pública y legitimidad entre las organizaciones sociales y de víctimas, el proyecto comenzaba a generar mayor sospecha entre la coalición mayoritaria del Congreso y el Gobierno de Álvaro Uribe.²¹

5. PERSPECTIVAS EN DISPUTA EN EL ESCENARIO DEL CONGRESO

Para el período comprendido entre 2007 y 2009, en medio de un contexto bastante adverso, las redes de apoyo a las víctimas habían contribuido notablemente a visibilizar la situación de estas mediante acciones de movilización social y debates sobre políticas públicas en materia de reparación y restitución de tierras. Para esta época, las redes de activistas se concentraron específicamente en el proyecto de “Ley de Víctimas” que se debatía en el Congreso. En este escenario se podían identificar claramente dos perspectivas en disputa (Gaviria y Gil, 2010; Sánchez, 2009). De un lado, las redes de apoyo a las víctimas promovieron una concepción más amplia y substancial de reparación basada en estándares de derecho internacional de derechos humanos, así como en los reclamos de las organizaciones de víctimas, y del otro, el gobierno, con el apoyo de la Comisión Nacional de Reintegración y Reparación CNRR, promovía una concepción restrictiva en materia de reparación. Cabe recordar que el gobierno de Uribe, no sólo había guardado durante varios años un silencio displicente sobre los derechos de las víctimas, sino que también había promovido un discurso hostil en contra de las organizaciones que las apoyaban.²² Para comienzos de 2008, cuando el proyecto promovido por las redes de apoyo a las víctimas se debatía en el Congreso, el gobierno expidió el decreto 1290 sobre reparaciones administrativas en 2008 (Henao, 2009). De acuerdo con un antiguo asesor del Ministerio del Interior y de Justicia, “esta [era] la única forma de reparación que [podían] asumir”.²³ El ex-asesor hacía referencia al decreto de reparación

21 Ibid.

22 Un ejemplo elocuente de la postura del gobierno Uribe en contra de las organizaciones de derechos humanos fue la descalificación de la marcha programada para el 6 de marzo de 2008. Según Jose Obdulio Gaviria, entonces asesor presidencial, la marcha era convocada por las FARC. Al respecto, ver, <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/el-gobierno-descalifica-la-marcha-del-6-de-marzo/20080210/nota/546604.aspx>.

23 Entrevista con anterior asesor del Ministerio del Interior y de Justicia, Bogotá, febrero 17, 2009.

administrativa, que más tarde inspiró el proyecto de “ley de víctimas” presentado por el partido conservador en la Cámara de Representantes.²⁴

Las redes de apoyo a las víctimas, así como el partido liberal, promovieron un marco jurídico caracterizado por cinco aspectos fundamentales.²⁵ En primer lugar, con base en el discurso de derecho internacional de derechos humanos, sea adoptó un concepto de reparación integral que, además de un componente económico, incluía aspectos no patrimoniales, como por ejemplo, el apoyo psicosocial y la reparación simbólica. En segundo lugar, con respecto a la población beneficiada, se buscaba reconocer los derechos de las víctimas sin consideración del grupo que hubiera cometido los crímenes. Desde esta perspectiva, las redes de apoyo a las víctimas buscaban la inclusión de víctimas de crímenes de Estado como parte de la población beneficiada. Para estas redes, el reconocimiento de la responsabilidad estatal no afectaba el debido proceso de los agentes del Estado, puesto que de acuerdo con los estándares de derechos humanos, el reconocimiento del derecho de una víctima de la violencia estatal a la reparación, no debía tener como presupuesto la responsabilidad penal de los agentes estatales (Uprimny, 2008). En tercer lugar, con respecto a los mecanismos jurídicos que las víctimas podían usar para proteger sus derechos, había un acuerdo común según el cual el proceso judicial era complejo, lento y costoso para las víctimas. Por tal razón los grupos de derechos humanos promovían un mecanismo de reparación administrativa con el fin de agilizar el proceso de reparación. En cuarto lugar, con respecto al significado de reparación, las ONGs de derechos humanos insistieron en que el gobierno confundía conceptos muy diferentes, tales como *ayuda humanitaria, políticas públicas y reparación* (Uprimny & Saffon, 2009).²⁶ Finalmente, en lo relacionado con las instituciones a cargo de canalizar los recursos para la reparación, las redes de apoyo a las víctimas desconfiaban especialmente de Acción Social, y de la CNRR por su falta de compromiso con las víctimas.

De otra parte, el gobierno promovió una perspectiva minimalista en materia de reparación y que era apoyada por la CNRR. Adicionalmente, en la Cámara de Representantes la coalición mayoritaria buscaba neutralizar el proyecto de “Ley de Víctimas” promovido por las redes de apoyo a las víctimas, por medio de la introducción de un nuevo proyecto de ley que recogía la perspectiva gubernamental.

24 Para más información ver Revista Semana, “Ley de víctimas ¿para las víctimas o para el gobierno?”, Bogotá, octubre 7 de 2008. <http://www.semana.com/politica/articulo/ley-victimas-para-victimas-para-gobierno/95975-3>.

25 Cfr, Gaceta del Congreso No 502, proyecto de ley No 157 Senado, 2007.

26 Sobre este aspecto, ver Corte Constitucional, Sentencia C-1199 de 2009.

Este nuevo proyecto incluía los siguientes componentes.²⁷ En primer lugar, el gobierno asumió una concepción restrictiva que asimilaba la reparación a compensación económica individual. En segundo lugar, con respecto a la población beneficiada, para el gobierno y la coalición mayoritaria en el Congreso, las víctimas de crímenes de Estado deberían estar excluidas de este programa, así como las parejas del mismo sexo y las futuras víctimas. En tercer lugar, con respecto a los mecanismos de reparación, la CNRR y el gobierno consideraban que el mecanismo de reparación administrativa era más expedito. Sin embargo, de acuerdo con el gobierno, las víctimas de agentes del Estado deberían reclamar sus derechos ante las instancias judiciales. En cuarto lugar, con respecto al significado del derecho a la reparación, el gobierno y la coalición mayoritaria en el Congreso consideraban que las acciones de *ayuda humanitaria y las políticas públicas* deberían ser consideradas como actos de reparación (Uprimny y Saffon, 2009). Finalmente, para el proyecto propuesto por el partido conservador, y respaldado por el gobierno, el programa gubernamental de Acción Social, así como la CNRR deberían ser las instituciones a cargo de los programas de reparación.

Durante el comienzo del 2009, cuando se debatía el proyecto de “Ley de Víctimas” en la Cámara de Representantes, la coalición mayoritaria desconoció el proceso democrático que las redes de apoyo a las víctimas habían promovido durante 2007 y 2008 a través de las audiencias congresionales. El gobierno y la coalición mayoritaria intentaron imponer el proyecto presentado por el representante Mantilla, tanto en los debates en la comisión constitucional como en la plenaria de la Cámara (Cristo, 2012). El gobierno de Uribe, comenzó entonces a mostrar sus principales prioridades e intereses. En primer lugar, de acuerdo con el sector uribista, la reparación administrativa derivada de los hechos cometidos por agentes estatales, violaba el debido proceso de los soldados y afectaba la moral de la tropa. En segundo lugar, para el gobierno, el tema estaba politizado por las ONG de derechos humanos y los partidos de oposición. Desde la perspectiva «técnica» del gobierno, era necesario tener en cuenta el costo de la reparación, que para el Ministro de Hacienda de entonces, ascendía a 80 billones de pesos. El gobierno de Uribe logró que la coalición mayoritaria en la Cámara de Representantes defendiera la perspectiva restrictiva en materia de reparación. Sin embargo, por tratarse de un proyecto con contenidos diferentes al que se había aprobado en el Senado, era necesario conciliar los proyectos aprobados en una y otra cámara. La negociación en la comisión de conciliación permitió acercar la versión final a la aprobada por la plenaria del senado. Ante esta situación, el gobierno solicitó a la coalición mayoritaria

27 Cfr. Gaceta del Congreso 699 de 2008, proyecto de ley 044 Cámara de Representantes.

votar negativamente el proyecto tal como había quedado en la comisión de conciliación (Cristo, 2012; Sánchez, 2009). Al final, el gobierno de Uribe y la coalición mayoritaria en el Congreso lograron imponer la fuerza aplastante de sus mayoría en nombre de la moral de la tropa y la austeridad fiscal (Díaz, 2009). Aun así, las redes de apoyo a las víctimas hicieron evidente, además de la legitimidad de sus reclamos, la profunda indolencia del gobierno de Álvaro Uribe con las víctimas de la violencia política en Colombia.

6. EL CAMBIO DE GOBIERNO: UNA NUEVA OPORTUNIDAD POLÍTICA

En la literatura sobre movimientos sociales, específicamente sobre el giro cultural en materia de movimientos sociales, el concepto de estructuras de oportunidad política busca explicar las razones que facilitan o dificultan los procesos de movilización social (Bendford& Snow, 2000; Snow, Soule&Kriesi, 2007). Me baso en el concepto de estructuras de oportunidad política para argumentar que para las redes de apoyo de las víctimas y los promotores del proyecto de “Ley de Víctimas”, las posibilidades de promover un marco jurídico que reconociera el derecho a la reparación en el escenario del Congreso se había agotado. Por esta razón, durante el segundo semestre de 2009 y el primer semestre de 2010 el tema quedó suspendido y el debate político se concentró en dos asuntos fundamentales: la posible reelección de Álvaro Uribe, y las elecciones de 2010. Ante este nuevo escenario político, sostengo que tanto el rol que jugó la Corte Constitucional, como el giro político que se dio con las elecciones presidenciales, se constituyeron en una nueva estructura de oportunidad que abrió la posibilidad de promover nuevamente el proyecto de “Ley de Víctimas”.

Con respecto al primer punto, la decisión de la Corte Constitucional de declarar inexequible la convocatoria a referéndum para reformar la Constitución,²⁸ cerraba la discusión sobre la posibilidad de una nueva reelección, y con ello se iniciaba el fin a ocho años de un gobierno que, en nombre de la seguridad y el orden, no sólo se había desentendido de los derechos de las víctimas, sino que las había puesto en el plano de los enemigos del gobierno. Con respecto al segundo aspecto, las elecciones se presentaron como un duro debate que mostraba el nivel de polarización política que vivía el país. De un lado, Juan Manuel Santos representaba, en principio, la continuidad de las políticas de seguridad democrática promovidas durante los ocho años del gobierno de Uribe, y del otro lado, los partidos de oposición, entre ellos el partido verde, el partido liberal y el Polo Democrático, mostraban los efectos

28 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C- 141 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.

perversos de tales políticas y trataban de promover proyectos de orientación democrática, como la “Ley de Víctimas”. Si bien Santos resultó el candidato ganador en la contienda electoral, este orientó su gobierno con una línea pragmática que sorprendió tanto a la oposición como a sus antiguos aliados políticos. El gobierno Santos no solamente hizo un giro insospechado en algunos aspectos, como las relaciones internacionales y la comunicación con las Cortes, sino que también adoptó como programas de gobierno algunos asuntos reivindicados por sectores democráticos, especialmente el proyecto de “Ley de Víctimas”.

Este nuevo escenario se caracterizaba por el apoyo del gobierno y una nueva composición de fuerzas políticas en el Congreso dentro de una coalición de gobierno llamada “la Unidad Nacional”, que incluía anteriores partidos de oposición, como el partido liberal, y posteriormente, el partido verde. En estas circunstancias, el gobierno promovió la presentación de un proyecto de “Ley de Víctimas”, relativamente más cercano a los estándares defendidos por las redes de apoyo a las víctimas. Sin embargo, a diferencia del proceso participativo y desde abajo que se había promovido entre 2007 y 2009, el nuevo proyecto de “Ley de Víctimas” se discutió fundamentalmente en el escenario del Congreso, y en consecuencia, se sometió a las lógicas de decisión entre élites políticas (McEvoy, 2008). El proyecto, que se presentó inicialmente en la Cámara de Representantes en 2010 y posteriormente, fue aprobado en el Senado en 2011 en junio del mismo año, terminó sacrificando algunas de las aspiraciones de las organizaciones sociales y de víctimas. Algunos de los aspectos más debatidos a lo largo del proceso político que condujo a la nueva regulación en materia de reparación, eran los siguientes: 1) el concepto y el universo de víctimas; 2) la fecha desde la cual se reconocía el derecho a la reparación; 3) las instituciones a cargo de los programas de reparación; y 4) los mecanismos institucionales para hacer efectiva la reparación.

Al igual que como ocurrió entre 2007 y 2009, entre 2010 y 2011 se podían identificar dos posturas claramente diferenciables: de un lado, una perspectiva progresista y comprometida con los derechos de las víctimas en la que se buscaba tomar en serio los estándares internacionales en materia de reparación, así como las voces de las víctimas en las audiencias celebradas en 2008, y del otro lado, una perspectiva restrictiva que, desde un discurso de seguridad y de economía neoliberal, insistía en diferenciar a los grupos de víctimas según sus victimarios, y en la necesidad de minimizar los costos de las reparaciones. Pero en medio de estas perspectivas, parecía emerger una disposición de negociación entre élites políticas, incluyendo a los promotores del proyecto de la ley en el Congreso, que si bien aceptaban con simpatía las propuestas sugeridas por las redes de apoyo a las víctimas, terminaban haciendo concesiones sobre asuntos sensibles a estas (Cristo, 2012). En esta ocasión, no se contó con la amplia participación de las víctimas del conflicto armado que se

había realizado en el período 2007-2009. Aún así, las redes de apoyo a las víctimas continuaron jugando un rol crucial en la medida que ejercían presión mediante el seguimiento a los debates y la expedición de informes y comunicados de prensa.

Un ejemplo que ilustra la nueva dinámica del debate tiene que ver con la definición del universo de víctimas y la inclusión de las víctimas de “agentes estatales.” Luego de múltiples debates entre los sectores uribistas y quienes querían ser más incluyentes, se logró llegar a un acuerdo para reconocer a las víctimas desde 1985 para efectos de indemnización y desde 1991 para efectos de restitución de tierras. Sin embargo, no existieron razones de peso para excluir a las víctimas de actos previos a estas fechas (Cristo, 2012). El argumento principal era el temor del sector uribista sobre el costo de la reparación. Tampoco se incluyeron las víctimas de los grupos paramilitares que quedaron operando luego de la desmovilización de las AUC, y que fueron denominadas por el gobierno como Bandas Criminales o BACRIM. Estas dos exclusiones muestran como las razones económicas e ideológicas de las élites en el Congreso, terminaban restringiendo las propuestas inicialmente construidas desde abajo por las redes de apoyo a las víctimas.²⁹

En circunstancias bastante diferentes a las que habían predominado durante la primera década del siglo, el gobierno de Santos sancionó la nueva “Ley de Víctimas” en junio de 2011 ante la presencia del Secretario General de Naciones Unidas. El hecho de que se hubiera llegado a un mayor nivel de institucionalización en materia derechos de reparación y restitución de las víctimas del conflicto armado en Colombia, mostraba que el nuevo marco jurídico, lejos de haber sido el resultado de un consenso generalizado, era el resultado de un largo proceso de resistencia y de construcción promovido desde abajo por las redes de apoyo a las víctimas, así como de la existencia de unas condiciones de oportunidad política que facilitaron finalmente la expedición de la ley. En adelante se abriría un nuevo capítulo, quizás más retador y arduo, consistente en poner en marcha las políticas públicas de reparación y restitución, así como la protección real de los derechos de las víctimas.

CONCLUSIONES

Este artículo ha mostrado cómo en medio de un contexto caracterizado por la hegemonía de un discurso de seguridad y una intensa confrontación política, la situación de las víctimas de violaciones de derechos humanos se hizo más visible especial-

29 Una descripción detallada de estos debates y negociaciones excede los objetivos y posibilidades de este artículo. Sin embargo, para mayor información, ver Cristo, Juan Fernando (2012).

mente después de la desmovilización de los grupos paramilitares. En un primer período comprendido entre 2004 y 2007, las organizaciones de derechos humanos y de víctimas del conflicto armado articularon sus esfuerzos para dar nacimiento a nuevas formas de redes y movimientos sociales. A pesar de la diversidad de perspectivas, durante los años siguientes las redes de apoyo a las víctimas han tratado de superar su fragmentación y marginalización para construir espacios comunes de deliberación y diálogo entre ellas (Goodale&Merry, 2007; Speed, 2009).

Con base en conexiones con organizaciones transnacionales, intergubernamentales y miembros del Congreso, así como en su experiencia profesional y política, estas redes jugaron un rol de traductoras y mediadoras en la incorporación del derecho internacional de derechos humanos (Goodale&Merry, 2007). En tal sentido, las redes de apoyo a las víctimas lograron coordinar acciones de movilización política para construir un proceso que integrara elementos del discurso global de derechos humanos, así como las experiencias y perspectivas de las organizaciones sociales de base. Estas acciones buscaban promover políticas públicas y regulaciones desde abajo en materia de reparación (McEvoy, 2008; Rajagopal, 2003).

En un segundo período comprendido entre 2007 y 2009, las redes de apoyo a las víctimas contribuyeron de manera más decisiva a diseñar un proceso participativo con los grupos de víctimas de todo el país, mediante la promoción de debates público en materia de reparación, así como de políticas públicas sobre aspectos que habían sido reivindicados por las organizaciones de víctimas. Con ocasión de las discusiones sobre el proyecto de “Ley de Víctimas” en el Congreso, las redes de activistas lograron construir un discurso que permitía llenar de contenido el concepto de *derechos de las víctimas*, y más específicamente el concepto de *reparación*, teniendo en cuenta aspectos como la reparación para las víctimas de crímenes de Estado, los derechos colectivos y la restitución de tierras de comunidades indígenas y afrodescendientes, la reparación para víctimas de violencia de género y el abordaje sicosocial para las víctimas, entre otros asuntos(McEvoy, 2008; Rajagopal, 2003, 2005).

Desafortunadamente, la capacidad de movilización y acción colectiva no bastaba para sacar adelante el proceso de institucionalización de los derechos de las víctimas, especialmente en un contexto político tan adverso. El gobierno de Uribe, en nombre de la seguridad y la defensa de la moral de la tropa, logró imponer sus mayorías en el Congreso para sepultar el proyecto promovido por las redes de víctimas, sin considerar los procesos participativos y los reclamos de miles de víctimas del conflicto armado en Colombia.

Finalmente, en un tercer período comprendido entre 2010 y 2011, se presentó un cambio en las estructuras de oportunidad que hizo posible poner en el escenario político el proyecto que habían promovido las redes de apoyo a las víctimas. En

efecto, el hecho de que la Corte Constitucional hubiera cerrado la posibilidad de una nueva reelección de Alvaro Uribe, así como el giro pragmático del nuevo gobierno de Juan Manuel Santos al incorporar como una prioridad de su gobierno la expedición del proyecto de ley de víctimas, allanaron el camino para continuar el proceso que se había iniciado en 2007. Si bien el cambio en estas nuevas estructuras de oportunidad, no implicó que en el escenario del Congreso se incorporaran totalmente las aspiraciones de las organizaciones de base, sí se estableció un nuevo rumbo en el proceso de institucionalización de los derechos a la reparación y a la restitución.

Luego de la expedición de la “Ley de Víctimas” quedan muchos asuntos pendientes. Hacia el futuro, la sociedad colombiana, las redes de apoyo a las víctimas, y la academia, tendrán que prestar mucha atención a la manera como los procesos de reparación y restitución de tierras en Colombia puedan responder a las expectativas de los sectores afectados por la violencia política en Colombia, y no se constituyan en una nueva frustración para la sociedad colombiana.

REFERENCIAS

- Agamben, Giorgio. (2005). *State of Exception*. Chicago, USA: University of Chicago Press.
- Álvarez, Dagnino and Escobar.(1998). *Culture of Politics/Politics of Culture: Re-visioning Latin American Social Movements*. Boulder, USA: WestviewPress.
- Archila, Mauricio. (2003). Idas y venidas, vueltas y revueltas. Protestas Sociales en Colombia 1958-1990. Bogotá, Colombia: ICANH – CINEP.
- ASFADDES. (2003). *Veinte años de historia y lucha*. Bogota, Colombia:ASFADDES.
- Baxi, Upendra. (2010). *The Future of Human Rights*. New York, USA: Oxford University Press.
- Cristo, Juan Fernando. (2012).*La Guerra por las Víctimas. Lo que nunca se supo de la ley*. Bogotá, Colombia: Ediciones B.
- De Gamboa, Camila (Ed). (2006). *Justicia Transicional:Teoría y Praxis*.Bogotá, Colombia:Editorial Universidad del Rosario.
- Díaz, Catalina. “Las víctimas y la moral de la tropa”, en revista Semana, Julio 2 de 2009. <http://www.semana.com/opinion/articulo/las-victimas-moral-tropa/104727-3>. Visitado el 21 de enero de 2013.
- Escobar, Arturo and Sonia Escobar. (2002). *The Making of Social Movements in Latin America: Identity, Strategy and Democracy*.Boulder, USA: Westview Press.
- Gaviria, Paula y Gil, Laura (Ed). (2010). *La agenda de las víctimas en el Congreso 2007-2009. Aprendizajes para la incidencia desde la sociedad civil*.Bogotá, Colombia: Fundación Social.
- Goodale, Mark and Sally Engle Merry. (Eds) (2007). *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local*. New York, USA: Cambridge UniversityPress.

- Henao, Evelio. (2009). *El fin de las AUC. Verdad o ficcion?* Bogota, Colombia: Intermedio editores.
- Houtzager, Peter. (2005). “The Movement of the Landless (MST), juridical field, and the legal change in Brazil.” In, Santos Boaventura and César Rodríguez-Garavito (eds.) *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. New York, USA: Cambridge University Press.
- Jelin, Elizabeth. (1994). “The Politics of Memory: The Human Rights Movements and the Construction of Democracy in Argentina.” *Latin American Perspectives*, Vol. 21, No. 2, Social Movements and Political Change in Latin America: 1, pp. 38-58.
- Jelin, Elizabeth. (1998). “Toward a Culture of Participation and Citizenship: Challenges for a More Equitable World.” In, Alvarez, Dagnino and Escobar. (Eds.) 1998. *Culture of Politics/Politics of Culture: Re-visioning Latin American Social Movements*. Westview Press.
- Keck, Margaret and Kathryn Sikkink. 1998. *Activists Beyond Borders: Transnational Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca, USA: Cornell University Press.
- Khagram, Sanjeev, James V. Riker and Kathryn Sikkink (Eds.) (2002). *Restructuring World Politics. Transnational Social Movements, Networks and Norms*. Minnesota, USA: University of Minnesota Press.
- Lundy, Patricia and Kirsten McGovern. (2008). “The Role of Community in Participatory Transitional Justice.” In, McEvoy, Kieran and Lorna McGregor. *Transitional Justice from Below. Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Portland, USA: Hart Publishing.
- McAdam, Doug y David Snow. (2010). *Readings on Social Movements. Origins, Dynamics, and outcomes*. New York, Oxford University Press.
- McEvoy, Kieran. 2008. “Letting Go of Legalism: Developing a ‘Thicker’ Version of Transitional Justice.” In, McEvoy, Kieran and Lorna McGregor. *Transitional Justice from Below. Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Portland, USA: Hart Publishing.
- McEvoy, Kieran and Lorna McGregor. 2008. *Transitional Justice from Below. Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Portland, USA: Hart Publishing.
- McGregor, Lorna. (2008). “International Law as a ‘Tiered Process’: Transitional Justice at the Local, National and International Level.” In, McEvoy, Kieran and Lorna McGregor. *Transitional Justice from Below. Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Portland, USA: Hart Publishing.
- Merry, Sally Engel. (1995). “Resistance and the Cultural Power of Law” *Law & Society Review*, Vol. 29, No. 1, pp. 11-26.
- Merry, Sally Engel. (2006). “Transnacional Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle.” *American Anthropologist*, Vol. 108 Issue 1, pp. 38-51.
- Mesa Nacional de Victimas de Organizaciones Sociales. (2007). *Lineamientos para una política pública garantista de los derechos de las víctimas*. Bogotá, Colombia: 2007. Disponible en <http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0169/articulo0008b.pdf>.

- OHCHR. (2007). Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de Refugiados y Personas Desplazadas. Aplicación de los “Principios Pinheiro”. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro_principles_sp.pdf.
- Ramírez, María Clemencia. (2010). “Maintaining Democracy in Colombia through Political Exclusion, States of Exception, Counterinsurgency, and Dirty War”, en, Enrique Desmond Arias and Daniel M. Goldstein (eds). *Violent Democracies in Latin America*. Durham, USA:Duke University Press, 2010.
- Rajagopal, Balakrishnan. 2003. *Internacional Law from Below: Development, Social Movements, and Third World Resistance*. New York, USA: Cambridge University Press.
- Rajagopal, Balakrishnan. 2005. “Limits of law in counter-hegemonic globalization: the Indian Supreme Court and the Narmada Valley Struggle,” en, Santos Boaventura and César Rodríguez-Garavito (eds.) 2005. *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. New York, USA: Cambridge University Press.
- Root, Rebecca. (2009). “Through the Window of Opportunity: The Transitional Justice Network in Peru.” *Human Rights Quarterly*. No 31, 452-473.
- Sánchez, Camilo. (2009). “¿Perder es ganar un poco? Avances y frustraciones de la discusión del Estatuto de Víctimas en Colombia”, en, Díaz, Catalina, Nelson Camilo Sánchez and Rodrigo Uprimny (Eds). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Bogotá, Colombia: Centro Internacional para la Justicia Transicional ICTJ y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia.
- Santos Boaventura and César Rodríguez-Garavito (eds.) (2005). *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Nueva York, USA: Cambridge University Press.
- Snow, David, Sarah Soule and HanspeterKriesi (eds.) (2007). *The Blackwell Companion to Social Movements*. Maldem, USA: Blackwell Publishing.
- Speed, Shannon. 2007. “Excercising Rights and Reconfiguring Resistance in the Zapatista Juntas de BuenGobiern”,en, Goodale, Mark and Sally Engle Merry. (Eds) 2007. *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local*.New York, USA: Cambridge University Press.
- Speed, Shannon. 2009. *Rights in Rebellion. Indigenous Struggle and Human Rights in Chiapas*. Stanford, USA: Stanford University Press.
- Tate, Winifred. 2007. *Counting the Dead. The Culture and Politics of Human Rights Activism in Colombia*.Los Angeles, USA. University of California Press.
- Uprimny, Rodrigo. (2010)“Argucias jurídicas contra las víctimas”, Bogotá, Dejusticia, noviembre 8. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&publicacion=486, visitado enero 21 de 2013.
- Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon.(2009) “Usos y abusos de la Justicia Transicional en Colombia”, en Alfredo Rangel (Ed). *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*, Bogotá, Colombia: Intermedio Editores.



Título: Sin Título

Técnica: Lápiz sobre papel

Dimensión: 18,5 x 24,5 cm

Año: 2012

LOS CONFLICTOS DE FAMILIA: ¿CONFLICTOS DE AUTOESTIMA?*

* Resultado de la investigación “Conflictos de familia y mediación. La Mediación, una herramienta y un mecanismo idóneo de intervención, para el tratamiento o la transformación en los conflictos de familia: el caso del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia”, financiada por el Comité de Desarrollo de la Investigación CODI, realizada en el Consultorio Jurídico de la Universidad de Antioquia, durante junio de 2010 y abril de 2012. Además del autor, en la Investigación intervinieron la abogada Isabel Puerta Lopera, las Trabajadoras Sociales Natalia Andrea Salinas Arango y Verónica Andrea Villa Gómez, y las Estudiantes Daniela Andrea Restrepo Puerta, Natalia Matute Aguirre y Amanda Jamanoy Timarán.

Fecha de recepción: abril 2 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 14 de 2013

LOS CONFLICTOS DE FAMILIA: ¿CONFLICTOS DE AUTOESTIMA?

Miguel Ángel Montoya Sánchez**

RESUMEN

Con el tema tratado en este escrito, se pretende presentar un aparte de lo hallado en la Investigación de referencia, realizada en el Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Alzate” de la Universidad de Antioquia, durante el período comprendido entre junio de 2010 y abril de 2012. En él se plasma lo encontrado respecto de uno de los elementos que, por obvio, sale siendo ignorado en la intervención del conflicto de familia: la autoestima. Elemento que de por sí, debe despertar un mayor interés, cuando se trata de confrontar a los miembros de la pareja o de la familia en la intervención de su conflictiva.

La puesta en práctica del denominado enfoque de mediación transformativo en esta Investigación, condujo a la revisión de múltiples elementos del tratamiento del conflicto en el mencionado contexto, de los cuales, y al menos preliminarmente, se pretende mostrar el ya señalado, cuyo marco podría delinearse en aquello de que, *intentar negociar con el otro con la autoestima lastimada, es como jugar a la pelota con ésta desinflada*. Se logró visibilizar así, que para alcanzar algún nivel de comprensión del otro y del conflicto que hace relación con ese otro a efectos de posibilitar algún grado de transformación del conflicto mismo y de las partes, se hace necesario, precisamente, sopesar la valía propia y la del otro; en aras de que el interés mostrado para la negociación, termine siendo una franca apuesta soportada en la voluntariedad de todos los involucrados.

Palabras clave: conflicto de familia y de pareja, autoestima, reconocimiento del otro, voluntariedad, mediación y transformación.

ABSTRACT

With the subject treated in this paper, is to present an addition to what was found in the Reference Research conducted in the Legal Clinic “Peña Guillermo Alzate” at the University of Antioquia, during the period between June 2010 and April 2012. It depicts the findings with respect to one of the elements which, obviously, goes largely ignored in family conflict intervention: self-esteem. Element which in itself, should arouse greater interest when it comes to confronting the members of the couple or family in their conflict intervention.

The implementation of the so-called transformative mediation approach in this research led to the review of multiple elements of conflict handling in that context, of which, and at least preliminarily, is to show the already mentioned, the framework could be delineated in that which, try to negotiate with the other injured self-esteem is something like playing ball with it deflated. Visible was achieved so that to achieve some understanding of the other and the conflict that makes relation to that other in order to enable some degree of transformation of the conflict itself and the parties, it is necessary to precisely weigh the worth of its own and the other, in order that the interest shown for negotiation, ends up being a frank supported on the voluntary commitment of everyone involved.

Keywords: family conflict and relationship, self-esteem, recognition of the other, voluntary, mediation and transformation.

** Abogado, Conciliador, Especialista en Derecho de Familia y Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesor Asociado de la misma Universidad. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad de la Universidad de Antioquia. Coordinador del Área de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la referida Universidad. Investigador Principal de la Investigación citada en el presente escrito. E-mail: mangel@derecho.udea.edu.co

LOS CONFLICTOS DE FAMILIA: ¿CONFLICTOS DE AUTOESTIMA?

INTRODUCCIÓN

*Negociar con alguien con la autoestima lastimada,
es como jugar a la pelota con esta desinflada.*

Miguel Ángel Montoya Sánchez.

De los conflictos de familia, de su comprensión y análisis a efectos de su tratamiento, muchos enfoques, técnicas y teorías se han ensayado. Todas ellas, generalmente, apuntan a identificar el origen o génesis del conflicto desde el aspecto de lo relacional: de la relación entre quienes como familia o pareja se han entendido y ahora se encuentran *empantanados* en un determinado conflicto (Suares, Mediando en Sistemas Familiares, 2002) o de quienes, después de la ruptura como pareja, se encuentran en el *impasse* de manejar sus vínculos como familia en su rol de padres. El acercamiento al conflicto para iniciar su intervención, se suele realizar, generalmente, bordeando sus causas o tomando distancia del sentir de cada uno de los involucrados o muy escasamente, desde la propia mirada o perspectiva de los afectados y de su relación con el contexto (Cigoli, Vittorio; Scabini, Eugenia, 2007). Al efecto, éstos opinan que:

[...] si quisieramos utilizar el concepto de *contexto familiar*, lo entenderíamos no como intercambio y secuencia de miembros familiares, sino como matriz de origen de la persona como ser relacional y como encuentro entre géneros, generaciones y estirpes-culturas. Tal encuentro tiene una tensión específica: la de *volver similar lo que es diferente* y de esta manera construir pertenencia y límites comunes. El conflicto es en realidad *cum-fligere*, es decir, algo que actúa *junto a y con* alguna otra cosa. Se trata de una verdadera paradoja de la cual se puede derivar tanto salud como enfermedad.

De las intervenciones en mediación desarrolladas en esta investigación y luego de analizadas las versiones y perspectivas del conflicto vivido por las partes, se logró concluir que cada uno de los interesados manifestó, desde su propia visión, la forma en que experimenta el conflicto con el otro. No importa tanto que el conflicto sea

agudo o no, que se haya enraizado o que solo sea de coyuntura, lo que importa es quién lo sufre y cómo lo sufre, y la forma en que este ve reflejada su condición en el entendimiento del otro y de sí es escuchado o leído desde su propia valía o autoestima por ese otro. El origen o causa del conflicto de familia, generalmente se suele poner en lo que deriva del otro o en lo que es el otro. Nada más alejado de la realidad, pues el conflicto no es el otro. El conflicto encuentra su causa, básicamente, en la forma de relación con ese otro. Los conflictos en la pareja, por ejemplo, como lo anota (Tena Piazuelo, 2013), al hablar de Mecanismos de prevención a las crisis familiares “...surgen con el devenir del tiempo y las renuncias personales que se deben producir como expresión máxima de la donación incondicional al otro, erosionan la ilusión inicial de los cónyuges y, junto con la visión hedonista, acelerada y cambiante de la sociedad actual, hacen que un matrimonio de por sí débilmente asentado en la realidad esencial del compromiso conyugal desemboque irremediablemente en ruptura. Si el matrimonio no se concibe en la realidad del ‘ser para otro’, el ‘estar con o junto al otro’ tiene fecha de caducidad”.

En este *estudio de caso*, lo que se pretende mostrar, pues, es que en el tratamiento de los conflictos de familia o de pareja, es importante tener en consideración tanto la estima propia como la forma en que se insinúa o se muestra la autoestima del otro. La autoestima es entendida aquí, como el elemento clave en la toma de decisiones y el reflejo de la auténtica valía de quien se asume, en el tratamiento de los conflictos, en la calidad de contraparte. Se pretende entonces relevar, que en los asuntos conflictivos de familia al momento de su intervención, lo que los miembros, o al menos algunos de ellos ofrecen, más que la voluntariedad necesaria para negociar, es una voluntad precaria y afectada generalmente por carencias de índole afectiva o emocional, carencia que en más de las veces, conduce a que la causa o la imposibilidad de tratar el conflicto, se centre en la persona del otro.

Esta investigación cualitativa, soportada en el enfoque del Interaccionismo simbólico, permitió un importante abordaje a la descripción y al análisis de las relaciones de familia y de pareja, delineadas en los hallazgos que al final se presentan, derivadas al efecto, del Programa de Atención a las Familias Usuarias del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia —PAIFUCJ¹.

1 Este Programa, denominado actualmente como Centro de Atención a la Familia, ofrece varias alternativas para atender a la población más vulnerable, no sólo a nivel jurídico, sino también a nivel social y psicológico, pues comprende que los procesos judiciales conllevan una problemática al interior de la familia, la cual debe ser atendida. Por esta razón, ofrece atención psicológica y social: acompañamiento de psicología en las conciliaciones y propuesta de talleres grupales con temáticas que le atañen a la familia, entre otros.

A partir de la observación participante², los grupos focales y las entrevistas aplicadas a los interesados, se logró rescatar la concepción de los actores en cada una de las familias que accedieron a tratar su conflictiva, en la idea de que en la confrontación acompañada por el mediador³ desde el Enfoque de Mediación Transformativo y desde los elementos que le son propios (*la revalorización* y el *reconocimiento*), se identificara a esta forma de mediación como un mecanismo idóneo de intervención en los conflictos de pareja y de familia, evidenciándose, con ello, entre otros hallazgos, que la posibilidad o no de tratar tal conflictiva se halla precisamente en el elemento que por obvio, termina siendo obviado: la autoestima propia y la del otro. Elemento, que al permanecer cubierto o encubierto, según se le mire, termina por afectar la voluntariedad de las partes y la visión que se tiene del otro, al momento de tratar el conflicto y de asumir algún compromiso.

LOS CONFLICTOS DE LA PAREJA Y DE LA FAMILIA. LA AUTOESTIMA COMO DETONANTE

Para (Romero, 2002), citado por (Montoya Sánchez & Puerta Lopera, 2012) en las relaciones de familia, como en cualquiera otra relación humana, —o como en ninguna otra relación humana, podríamos agregar—, el conflicto se asume como un fenómeno consustancial, en donde se resalta, con todo, el hecho de que en ella se conservan naturalmente, sus potencialidades para el crecimiento o para la destrucción. Lo peculiar del conflicto familiar en las sociedades modernas, anota el referido autor, se circunscribe principalmente al ámbito de la pareja, aunque no se reduce a ella, afectando ordinariamente a la familia de procreación y a las familias de origen.

En la consideración que se haya de tener de la familia⁴, de los conflictos habidos en ella y de las posibles formas de tratarlo, es necesario tener en cuenta los elementos

-
- 2 Según Woods, citado por Galeano (2004, pág. 23), la observación participante “Es una estrategia para llegar profundamente a la comprensión y explicación de la realidad por la cual el investigador participa de la situación que quiere observar”.
 - 3 En esta Investigación se realizaron las intervenciones con la participación conjunta de dos Mediadores (MA y MB), y la asistencia de dos Trabajadoras Sociales.
 - 4 Jurídicamente hablando, de la familia hoy se predica un aspecto eminentemente flexible o maleable, al decir de la Corte Constitucional: …La doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo

que le son específicos, si no exclusivos, a la relación que se gesta y desarrolla básicamente entre la pareja: la comunicación, la intimidad y la satisfacción emocional (Montoya Sánchez & Puerta Lopera, 2012). Esto, por cuanto dichas características se han asumido (Romero, 2002), como la razón para establecer el vínculo y el motivo principal para legitimar su permanencia. Por ello, el conflicto se origina principalmente en los espacios propios de la pareja y es dirimido generalmente por la misma, teniendo en cuenta para su resolución la satisfacción o insatisfacción de las dimensiones emocionales y afectivas que de ella se derivan —o de autoestima, añadiríamos—, y no tanto por otros criterios externos.

Redorta, 2004, págs. 60-61, por ejemplo, para quien la morfología o tipología de conflictos es una herramienta importante de mediación, los conflictos de identidad y de autoestima son, en específico, tipos de conflicto a tener en cuenta en los casos en donde las personas conflictuadas presentan algún grado de intimidad o de relación continua. Al hablar de algunas de las teorías que tratan de la intervención en conflictos, anota, citando a Maturana y Varela (1980), quienes a su vez son citados por Navarro (2002, pág. 106), lo siguiente: La autonomía es un rasgo obvio en los seres vivos que se sobreentiende. Los seres vivos tienen una extraordinaria habilidad para conservarse a sí mismos, esto es, para guardar su identidad y las relaciones internas que configuran su organización. Desde el punto de vista de dichas teorías, sus consecuencias, anota Redorta, pueden ser pensadas así:

- a. Donde vemos vida debemos ver una red de relaciones. Las relaciones personales son la esencia de la vida. Así pues, deben ser revalorizadas.
- b. La primera función de un conflicto es poner a las personas en relación y esto es bueno.
- c. Para que una relación sea buena, de cara a la autocomposición de un conflicto, esta debe ser cooperativa.
- d. El conflicto es un proceso normal dentro del fenómeno de la vida.

familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez”, lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares”. A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que “en su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros”, de manera que “la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia”. Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- e. La doctrina de la autocomposición de los conflictos tiene una base científica y biológica.
- f. La identidad tiene una base biológica importante que se proyecta continuamente en su expresión más psicológica, de ahí su importancia para el conflicto.
- g. Con este autor entonces, y a sabiendas de que la familia es el núcleo básico de la sociedad y que además es, por excelencia, el sistema que naturalmente más redes de relaciones teje en lo personal y en lo social, es necesario afirmar que dado el resquebrajamiento de las relaciones en la pareja o en la familia y dadas igualmente las condiciones de proximidad, afectividad e intimidad entre sus miembros, es a estos a quienes corresponde, directamente, intentar su tratamiento, teniendo en consideración para ello la responsabilización en el conflicto por cuenta de cada uno, de la valía propia (autoestima) y del reconocimiento del otro. En este sentido, (Febre, 1998) opina que:

En todo vínculo entre dos personas, existe un intercambio, una negociación. Aun en los lugares de sufrimiento, la permanencia del sometimiento obedece a intereses propios del individuo ¿Por qué no pensar que extrae beneficios de esta relación?... La actitud de hacer culpable a otro de la ambigüedad e indecisión propias, desplaza la participación personal y hace que el indeciso se justifique. Esto le permite continuar su postura.

Con este cariz, al analizar los conflictos en el contexto de la familia, asoman plenamente las caras de una misma moneda: la identidad y la autoestima. Aunque las partes conflictuadas se identifiquen como miembros de una misma familia, en la otra cara, la de la autoestima, se refleja lo que de aquella se ha hecho en cada uno de ellos. De una moneda, vista en circunstancias normales, no se puede apreciar sino una cara a la vez, pero en tiempos de negociación, los dos perfiles se tendrán que poner de manifiesto, para verificar, en esa mesa, su validez.

(Ocampo Duque, Francisco Javier, 2005), al tratar el tema del conflicto desde *la mente, las emociones, las razones y el contexto*; se pregunta: “¿Cuáles son los motivos o impulsos de la acción en los actores del conflicto y el porqué de los métodos que eligen para resolverlo?, es decir, ¿del comportamiento?; ¿De dónde proviene o procede toda esa energía síquica que alimenta o mantiene el conflicto y que no puede ser explicada exclusivamente por análisis ideológicos?”; de donde, luego de sopesar todos y cada uno de dichos elementos, termina afirmando que:

En el conflicto entran en crisis no sólo nuestra subjetividad, nuestra memoria e identidad, sino además nuestras relaciones y referentes de valores o constructos éticos desde la conciencia colectiva y la responsabilidad individual.

Así pues, y en la idea de proponer algunos elementos de aporte que podrían servir como punto de análisis en dicho contexto conflictivo, bien vale la pena referir a Redorta, cuando, al exponer su teoría sobre tipología de conflictos, habla de conflicto de identidad y de conflicto de autoestima, citado al efecto por (Montoya, Salinas, Osorio, & Martínez, 2011, págs. 25-26):

Conflicto de identidad: se disputa porque el problema afecta la manera íntima de una persona de ser lo que es (ejemplos: ... la rebeldía en los adolescentes como medio para afirmar su yo). Esta definición operativa se fundamenta en la percepción de que tanto los elementos que permiten la construcción de la identidad personal, como aquellos que posibilitan la identidad social, pueden verse amenazados. Se asume que no puede oponerse identidad personal e identidad social, ya que las dos son aspectos de los mismos procesos psicosociales. Se parte de la asunción de que las personas y los grupos son lo que dicen ser, es decir, de su propia autodefinición, como de la percepción compartida —o no— que tengan los otros de esa misma autodefinición. Se considera también que el conflicto de identidad surge en el marco de procesos sociales de identificación personal o grupal

Conflicto de autoestima: se disputa porque el orgullo personal de uno de los implicados se “siente herido” (ejemplos: la aparición de insultos y agresiones verbales como “tonto”, “estúpido” o expresiones de desvalor como “Es una persona incapaz de hacer lo que se propone” o “Nunca hará nada en la vida”). Esta definición se refiere al profundo dolor que se experimenta cuando “el ser íntimo es atacado”. Sin embargo, el conflicto de autoestima se plantea aquí en la perspectiva interpersonal, es decir, no tanto como un problema interno, sino como algo que afecta a alguien más. Y afecta en el sentido de que alguien ha producido una herida en el “yo”, a la que hay que dar una respuesta. Es, pues, un detonante. Se hace preciso destacar que los grupos sociales también adoptan una idea grupal de su propio valor como grupo y, en consecuencia, el conflicto de autoestima, pese a la definición operativa que se presenta en primera persona, se extrapola al grupo de membresía si existe la vivencia de ataque.

De lo rescatado por Redorta en su aporte, si bien cada persona ha de hacerse responsable por la actitud que asume frente a su propia vida y la de los demás, también es cierto que del reflejo que de ello reciba por parte del otro, la autoestima vendrá a ser detonante o pólvora mojada, en cada caso, al intentar abordar directamente el tratamiento de los conflictos en la familia.

Pretender la intervención de los conflictos de familia, como ya se dijo, desde la perspectiva o visión de cada uno de los miembros, exige una mínima condición: la

responsabilización (Quintero, 2007)⁵. Los miembros de la pareja o de la familia, al afrontar el conflicto con el otro, suelen descansar su carga o escudar su aporte al conflicto, en el otro o en alguna condición ajena (Rosenberg, 1999). El hecho, por ejemplo, de que se entienda que la familia debe permanecer unida “a pesar de” o de que la unión es condición inquebrantable del vínculo conyugal independientemente del incumplimiento ramplón de sus obligaciones por parte de alguno de los cónyuges, da para que en algún momento, uno de ellos se parapete en estas circunstancias para no asumir la responsabilidad que le es propia. El hecho, entonces, de que se tienda a ver una cosa como otra o una cosa en otra, obstaculiza la visión de quien se obceca en no ver el real estado de cosas o de que no vea al otro, como realmente ese otro necesita que se le vea: como lo que es o como quien es.

Surgido un conflicto entre los miembros de una pareja o de una familia, generalmente se suele acudir a la solución que un tercero imponga por vía de autoridad, que aunque es válida, ha de considerarse como la alternativa o la última. Es en las vías de la autocomposición, en donde el tratamiento del conflicto debería transitar antes de que un juez, por ejemplo, intervenga; pues como lo diría (Donoso Castillo, 2004):

[...] en la lógica de la vía adversarial, generalmente se establecen culpables o inocentes, víctimas o victimarios, ganadores o perdedores. Esto exacerba el clima beligerante al maximizar los intereses individuales, lo que produce un elevado costo en sufrimiento, sentido de pertenencia y viabilidad de la familia. El que se defina en un determinado proceso judicial a un padre como vencedor y a otro como derrotado, mutila el sentido familiar.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y LA TRANSFORMACIÓN

La mediación familiar se puede definir como un método que construye puentes entre partes en conflicto, generando una determinada capacidad de consenso (Romero, 2002). Esta proporciona a la familia un espacio en el que puedan tener cabida todos aquellos temas sobre los que sus miembros deben tomar decisiones, tengan o no relevancia legal (custodia, visitas, alimentos, régimen económico de la sociedad conyugal o patrimonial, por ejemplo), integrando de forma armoniosa

5 Este término significa al efecto, que cada una de las personas entrampadas en el conflicto se debe hacer responsable de su propia cuota aportada a la situación que lo enfrenta con el otro, pero igualmente es y debe hacerse responsable de la posible resolución. O dicho en otros términos (Quintero, 2007), la mediación familiar, como forma autocompositiva de resolución de conflictos, permite a las partes *responsabilizarse* frente a salidas creativas que garanticen un resultado donde todos ganen (subraya fuera de texto).

tales decisiones y las emociones asociadas a éstas. Desde la perspectiva de tratar la mediación desde el ámbito de lo familiar, (Parkinson, 2005) ésta ha sido definida como un proceso en el que una tercera persona imparcial ayuda a los interesados en una separación familiar, y en especial, a las parejas en vías de separación o divorcio, a comunicarse mejor entre ellos y a llegar a sus propias decisiones conjuntas, sobre la base de una información suficiente, respecto de algunos o todos los temas relacionados con la separación, el divorcio, los hijos, la economía o el patrimonio familiar.

(Bramati & Tamanza, 2007), sostienen a su vez, que la mediación familiar es un recorrido estructurado con un *tercero* adecuadamente formado, orientado hacia la búsqueda de soluciones, suficientemente buenas, para la reorganización de las relaciones entre *ex partners* (padres separados) o entre parientes, como consecuencia de conflictos conectados con la gestión de las responsabilidades del cuidado de los hijos, del uso de los recursos en dinero y capital, pero también relativos a problemas de herencia o del cuidado de ancianos o menores y terminan diciendo, que ella tiende a hacer revivir la pertenencia que la fractura conyugal parece haber interrumpido para siempre.

Para Bush & Folger, 1994, la mediación transformativa ha venido a reformular la runa o forma de tratar los conflictos interpersonales. La explicación del conflicto, dicen, no está centrada en una causa específica. El conflicto mismo se considera como la expresión de un patrón de relación que mantienen las personas involucradas. La causalidad de los conflictos es circular e interactiva y está instalada y mantenida precisamente, en la pauta de relaciones con base en la cual se vinculan e interactúan esas personas. Y en cuanto a la visión que de conjunto guardan de dicho enfoque: de cambiar a la gente y no solo a las situaciones, agregan precisamente, que tanto la revalorización como el reconocimiento, deben distinguirse de objetivos eminentemente terapéuticos.⁶ El propósito de algunos psicólogos es que su paciente resuelva o elabore sus sentimientos conflictivos, para lo cual adoptan una actitud muy directiva, despreocupándose, relativamente, de la posibilidad de que los pacientes reconozcan a los miembros de la familia o a otros, excepto en la medida en que ello pueda colaborar en la mejoría de su estado psíquico. Este tipo de terapia, sostienen dichos autores, es una forma de resolución de problemas, en

6 Consideramos que como objetivo de la mediación en este enfoque (y en específico, en materia de familia), la revalorización y el reconocimiento juegan un importante papel. No se puede menos que observar que si una persona entrabada en un conflicto se piensa a sí misma con la valía, autoestima o dignidad que le debe ser propia, más fácilmente interactuará con el otro en una cierta igualdad de condiciones en pro de la transformación.

este caso de los emocionales. A este clase de terapia no le interesa la revalorización o el reconocimiento, y la distinción entre los objetivos es bastante clara.

En términos generales, algunos autores, incluyendo a los ya referidos (Bush & Folger, 1994), presentan una crítica bien interesante al enfoque de la mediación basado en la *resolución de problemas*, crítica que consideramos pertinente y ajustada a la apuesta que hacemos en este escrito por el enfoque transformativo en el tratamiento de los conflictos de familia. Esto, por cuanto en los asuntos de relaciones conflictivas en la familia, lo que interesa no es tanto que se encuentre o *induzca* a una solución a rajatabla de los conflictos (en donde generalmente no se logra la anhelada satisfacción), sino que quienes componen la familia misma, en el evento de que tengan que enfrentarse al tratamiento de sus conflictos, puedan proyectarse y encontrar ellos mismos, sus propios proyectos comunes de convivencia o acuerdos de transición y superación del rompimiento de la vida en común (en los casos de que la convivencia continúe, o aún en el caso de desintegración o separación familiar).

Así pues, con estos autores, el abordaje del conflicto de familia, entendida esta como sistema que más naturalmente teje redes de relaciones y en donde se conjugan la intimidad, las emociones y la estabilidad, los elementos por ellos denominados *valía propia y reconocimiento del otro*, juegan un papel más que preponderante. Dando por sentado, por supuesto, que para el tratamiento del conflicto de familia, no es necesaria la condición del cambio en el otro. Lo que se hace necesario o al menos importante, es la conciencia generalmente hecha visible por el mediador, de que se debe asumir la conciencia de que el cambio o la transformación es personal, es de cada uno, y sólo cada uno puede propiciar dicha condición: partiendo precisamente de la valía propia y el reconocimiento del otro como a un igual o como a un interlocutor válido.

LA VALÍA PROPIA Y LA REAFIRMACIÓN DEL OTRO

Las familias-objeto de esta Investigación, se identifican de la siguiente manera (Montoya Sánchez & Puerta Lopera, 2012): La Familia M1, compuesta por el padre (LE), la madre DC y un hijo adolescente (AF). De este grupo familiar se destaca: tienen como lugar de residencia el sector nororiental de la ciudad de Medellín. DC es ama de casa y LE pensionado por invalidez. En dicho grupo familiar, además, está compuesto por otros cuatro miembros, los cuales conviven bajo el mismo techo, pero que no intervinieron en la mediación, son: la hija mayor de LE y DC, con su compañero permanente y dos hijos menores. El conflicto que dio lugar a la intervención se fundamentó en el hecho de que los padres pretendían que su

hijo AF mejorara su actitud de desgredo en el hogar y siguiera con sus estudios de bachillerato; él por su lado, no tenía el menor interés en ello.

La Familia M2: residía igualmente en la zona nororiental de la ciudad de Medellín, compuesta por la madre (C) —abuela de 70 años—, su nieto de siete años (E), quien fuera abandonado por su padre y cuya madre se encontraba para la época de la mediación, residenciada en el extranjero, y dos hijos mayores de edad, un varón de 50 años (H) y una mujer de 40 años (M). Esta última convivía bajo el mismo techo de su madre con su cónyuge y un hijo menor de 10 años que sufría de parálisis cerebral. El conflicto que atravesaba esta familia, se basaba en las diferencias entre la madre-abuela (C) y sus dos hijos H y M, respecto de la forma de educación y establecimiento del niño (E) de siete años —nieto y sobrino—, cuya madre y padre biológicos, no ejercían su tenencia y custodia.

La Familia M3: Estaba conformada por la pareja de cónyuges, el señor L y la señora N, casados desde hacía 4 años y con un hijo menor de 18 meses. Residían en el sector sur occidental de la ciudad de Medellín, separados de hecho desde hacía un mes al momento de la intervención. El conflicto que los enfrentaba se fundamentó en los actos de desconsideración y descalificación como mujer y madre del cónyuge L hacia N y de ésta hacia aquel en acciones de agresiones físicas y violencia.

Luego de analizar los supuestos fácticos en cada uno de los casos, de escuchar y analizar los elementos que cada una de las partes presentó respecto de la conflictiva que los enfrentaba o que los distanciaba; el elemento común que se pudo constatar a efectos de identificar las circunstancias que limitaron las posibilidades de transformación que se pretendía lograr en la intervención, fue la nula o baja autoestima mostrada por algunos de los intervenientes, amén de la falta de reafirmación de los unos hacia los otros. Si bien, como ya se mencionó, para alcanzar la transformación desde el enfoque propuesto (Bush & Folger, 1994), se hace necesaria la debida conjunción de la valía propia y el reconocimiento del otro, aquí se evidenció, que lo que se requiere para propiciar un eficiente desarrollo del proceso de intervención de los conflictos de familia y de pareja, es la suficiente puesta en escena de la autoestima —entiéndase valía propia— y la reafirmación por el otro. Esto, en tanto que si al proceso llegan las partes conociendo de sí sus reales capacidades y facultades como persona, y en este mismo sentido, se siente reafirmado por el otro, máxime si son miembros de la misma familia, las posibilidades de un mejor resultado son bastante altas. Cosa que brilló por su ausencia en las interacciones propiciadas en las familias intervenidas. A expresiones tales como las citadas a continuación, obedece el grado de poca fe, descalificación, falta de estima o distancia afectiva, encontrado en las partes en cada uno de los casos:

En la intervención realizada sobre M1, al hijo adolescente (AF), se le dirigieron algunas preguntas (por el mediador MB), conducentes a verificar el estado de la relación con sus padres; dando como resultado que su valía propia dejaba mucho que desear y que la asunción de dicha condición por sus padres, rayaba en lo desconocido, dijo:

— [...] para ti, cuál sería la persona más cercana en la casa, no porque no quieras a los otros si no porque con esa persona entras más fácil en confianza, le puedes decir más cosas, te sientes más tranquilo diciéndolas. ¿Quién es esa persona en tu casa? —Mi mamá. — ¿Y sientes que aunque hayas dejado de estudiar sigue siendo así de fuerte la relación? —Sí, pero después de que ya nació el primer sobrinito, ella cambió conmigo, ya no volvió a ser la misma. — ¿Por qué sientes eso? —Porque nació él y ya. — ¿Qué cambio notaste en tu mamá después de que nació el nieto? —Ya jugaba con él, ya todo era para él. — ¿Y antes eras el niño? —Sí, yo era el niño. — ¿Y eso te afecta mucho en la práctica, eso te duele mucho? ¿Qué te gustaría que ella volviera a hacer?... —Como antes, más cariñosa conmigo, yo ya la toco y a ella como que le da fastidio mío, yo le voy a dar un pico y ella me rechaza. (M1, 8 de agosto de 2011; MB; AF).

En la mediación M2, la madre-abuela, evidenció una percepción bastante lastimada respecto de su propia valía, al manifestar respecto de lo que experimentaba en la relación de familia en la que se involucraba a su nieto de siete años (E) y a sus hijos mayores de edad (JH y MN), quienes convivían bajo el mismo techo, al referir lo siguiente:

[...] soy la madre de JH y MN y la abuela del niño E, que es el que nos está causando el conflicto aquí en el hogar. El problema por este niño es la desobediencia, yo prácticamente he criado a este niño desde que nació, porque la mamá lo tuvo aquí y aquí vivió con él, pero cuando se fue aquí me lo dejó, pero después de que ella se fue a mí me ha dado mucha brega [...] ella se fue hace tres años y medio... y desde eso el niño se puso demasiado rebelde, la rebeldía es exagerada, este niño no obedece a nadie, no respeta a nadie, yo le impongo respeto, como lo hice con mis propios hijos, pero este niño no acepta la educación ni el respeto ni nada; entonces ese es el problema, que ellos que son mis hijos, que tanto me respetaron no aceptan que el niño me irrespete a mí, entonces ahí está el problema que ellos se disgustan y entran a disgustarse con el niño también y a mí me fastidia que se igualen con él y que piensen que yo no tengo las facultades para criarlo como los crié a ellos... (M2, 3 de noviembre de 2011).

Respecto de lo expresado por los cónyuges en el Encuentro de Mediación M3, en cuanto a su relación conflictiva y respecto de la actitud de escudarse uno en el otro, es de referir lo siguiente:

[...] para él, yo nunca hago bien las cosas. No atiendo bien al niño, dice que lo descuido en la forma en que lo alimento y como lo cuido cuando está enfermo y frecuentemente me reclama por esto, sabiendo que yo después del embarazo y del parto quedé muy enferma, muy débil [...] también me siento mal, como encerrada desde que vivimos en la casa de sus padres, me siento limitada, como que no puedo hacer nada [...] y luego él llega, muy cansado, y yo con ganas de que hagamos otras cosas, y con él no se puede [...] y yo por eso le respondía como con rabia, como con violencia [...] (M3, NC).

[...] en realidad cuando pasaban estas cosas, ella hacía sus pataletas, y decía sus groserías y luego me perdonaba [...] yo trataba de entender que eso era por la cuestión de sus hormonas, de su desajuste después del parto [...] (M3, LO).

En esta última referencia, para el cónyuge LO, las reclamaciones de su cónyuge que podrían haberse catalogado como válidas o legítimas, no pasaban más allá de una *pataleta*. La necesidad de atención y de reclamo de suficiente estima por parte de ésta hacia aquel, no dejaba de ser cosa de hormonas, circunstancia, por supuesto, que agravó más la falta de entendimiento y que propició un mayor alejamiento afectivo y emocional entre estos y, de paso, descargar la *culpa* de lo que acontecía en el otro.

La unidad y la armonía familiar, no se conjugan pues al interior de la familia porque se entienda que se trata de “la familia”, y que ésta se “supone” debe permanecer unida y en armonía, estas dos cualidades no surgen de sí o por que sí, hay que trabajar por ellas. En este aspecto, enmarcado en el hecho de la convivencia, la familia ha de entenderse regida por un grado más o menos alto de aceptación mutua; al efecto, por ejemplo, (Suárez, 2002), sostiene que una de las tareas importantes de la familia es saber armonizar las diferencias, entendiéndolas como la aceptación y en ocasiones, en la misma visibilización de su existencia.

Con todo lo dicho, el aporte que en materia de mediación familiar pudíramos presentar a efectos de este escrito, ha de estar ligado necesariamente a lo específico de su objeto de estudio o tratamiento, la familia. Dicho aporte pues, se encuentra circunscrito, en la regulación o manejo positivo de los conflictos en este contexto, considerando propiamente los elementos de su esencia: la intimidad, el afecto, la estima propia y las emociones, y a la apuesta por el referido enfoque transformativo; en el entendido de que con éste, se avanza, como diría (París, 2005), en el aprendizaje de nuevas alternativas pacíficas que conducen a la comprensión y a la superación de la fragilidad humana, soportada en la convicción firme de abandonar todo acto de violencia y de proscribir toda actitud de destrucción de la unidad y armonía familiar.

CONCLUSIONES O HALLAZGOS

La intervención que se realizó a través de la mediación transformativa en la conflictiva de las familias objeto de la investigación de referencia, deja en el papel algunos interrogantes respecto de sus componentes teóricos y del potencial de dicha teoría, luego de haber sido puesta en práctica. Valgan pues, las siguientes consideraciones:

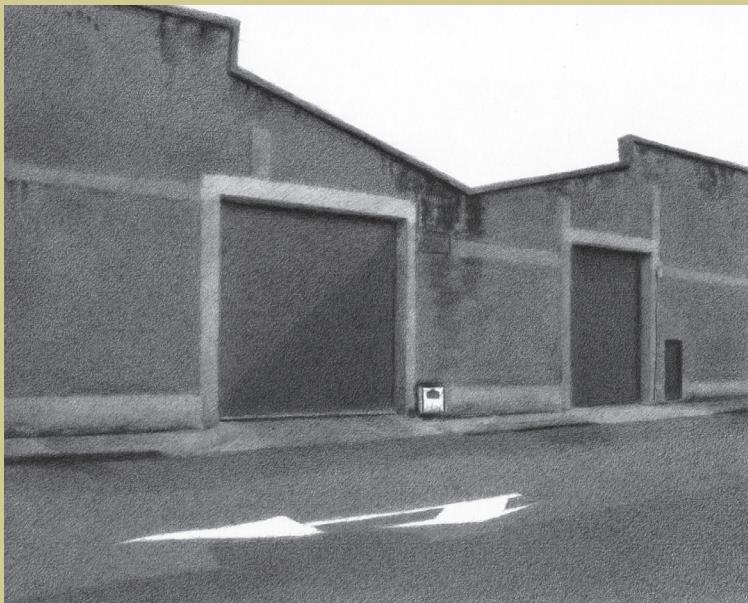
- El tratamiento de los conflictos en el contexto de la familia, está atravesado por condiciones que le son muy propias o específicas: las emociones y el afecto.
- La identidad y la autoestima de los sujetos involucrados en un conflicto de pareja o de familia, son variables que deben ser tenidas especialmente en cuenta por el mediador, antes, durante y después del proceso de intervención.
- Los conflictos de familia, vistos a través del contexto que le es propio, son en esencia, conflictos de autoestima e identidad. Lo primero, porque la valía propia de cada uno de los miembros de la familia suele condicionar el acercamiento franco con el otro; y lo segundo, por cuanto la identidad, entendida como el sello que cada persona tiene como distintivo de su individualidad, en suma, depende del lugar que se la haya dado en el grupo familiar y de la forma en que se aprecie al surgimiento de un determinado conflicto.
- En cuanto a su tratamiento, los conflictos de familia han resistido un buen número de formas, autocompositivas unas, heterocompositivas otras, pero en atención a sus especiales características, como se pudo evidenciar en el desarrollo del presente texto, el enfoque de mediación transformativa es el que a nuestro entender más consulta dichas especificidades. El mero hecho de que este enfoque sea cercano a la terapia, sin ser terapia, posibilita navegar en las previsibles o imprevisibles zonas de penumbra —dígase visiones egoístas infranqueables o afectaciones propias o mutuas de la estima— que pudieran llegar a obstaculizar la puesta de todas las cartas de negociación sobre la mesa.
- Plegado a lo planteado en el párrafo anterior, se hace imprescindible el tratamiento interdisciplinario de los conflictos de familia. Las otras voces, las otras visiones, son necesarias.
- El entendimiento o comprensión del otro como interlocutor válido, con todo el valor y la dignidad que este se merece, en el tratamiento de los conflictos de familia, es un común denominador que el tercero facilitado debe propiciar en la ecuación que se intenta desentrañar por las partes conflictuadas. Las trazas de oscuridad que pueda haber en dicha comprensión, debe ser diligentemente disipada por la intervención del tercero legitimado para ello.

— Al modo en que lo manifiestan (Bramati & Tamanza, 2007) al hablar del cuidado de los vínculos familiares, concluimos diciendo que la acción de mediación, punteada en esta propuesta, no es ni puede ser reducible a una técnica para gestionar y resolver conflictos, como a menudo propone la literatura especializada. Ella está pensada, *contrario sensu*, como una potente acción transformadora, dirigida a salvaguardar y regenerar el valor simbólico de los vínculos. En otras palabras, la idea distintiva de este enfoque, es que en mediación no se encuentran sólo las personas que están en conflicto, sino también sus vínculos y la historia de estos vínculos que piden ser acogidos y reconocidos y, en la medida de lo posible, relanzarlos y reafirmarlos en sus potencialidades regeneradoras. En esta perspectiva, el desafío de la mediación consiste, especialmente, en buscar transformar relaciones cristalizadas en el conflicto o en la indiferencia recíproca, en relaciones creativas que no estén destinadas a perpetuarse de forma repetitiva, sino que sean abiertas a la posibilidad de renovarse. Es pues, un desafío que apunta sobre todo a ayudar a las personas que acceden a la mediación para reencontrar la confianza y la justicia en los vínculos. Sólo la creación de vínculos confiables y justos puede, de hecho, estimular a las personas para desear soluciones cooperativas y transformativas, en la gestión de la diversidad de las necesidades y de los intereses contrastantes, y perseguirlas con paciencia y tenacidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bramati, D., & Tamanza, G. (2007). *La mediación y el cuidado de los vínculos familiares. Mediación familiar y comunitaria. Introducción al volumen.* (M. I. González, Ed.) Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Bush, B., & Folger, J. (1994). *La promesa de mediación.* Barcelona: Granica.
- Cigoli, Vittorio; Scabini, Eugenia. (2007). *La mediación familiar: el horizonte relacional-simbólico.* (M. I. González, Ed.) Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Donoso Castillo, A. (abril de 2004). La mediación y las dinámicas de las familias involucradas en un proceso ante los tribunales de justicia. *Memorias 2º Congreso Internacional Derecho de Familia Universidad de Antioquia*. Medellín.
- Febre, L. (1998). *El diálogo puede ser una solución. Enfrentando problemas desde la palabra.* Argentina: Lumen.
- Galeano, E. (2004). *Estrategias de Investigación Social Cualitativa. El giro de la mirada.* Medellín: La Carreta.
- Montoya Sánchez, M. Á., & Puerta Lopera, I. (2012). La mediación familiar. El encuentro de las partes como apertura a la transformación. *Opinión Jurídica*, 11 (22), 97-113.

- Montoya, M. Á., Salinas, N. A., Osorio, B. F., & Martínez, S. M. (2011). *Teoría y práctica de la conciliación*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Ocampo Duque, Francisco Javier. (2005). *tratamiento de conflictos*. (F.d. Humanas, Ed.) Medellín, Colombia: Imprenta Universidad de Antioquia.
- París, S. (2005). [www.tdx.cesca.es](http://www.tdx.cesca.es/TDX-0324106-113557/). Recuperado el 18 de Septiembre de 2008, de <http://www.tdx.cesca.es/TDX-0324106-113557/>
- Parkinson, L. (2005). *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa.
- Quintero, Á. M. (2007). Diccionario Especializado en Familia y Género. Buenos Aires, Argentina: Lumen.
- Redorta, J. (2004). *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflicots como herramienta de mediación*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.
- Romero, F. (junio de 2002). La mediación familiar. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 206.
- Rosenberg, M. B. (1999). *Comunicación no violenta. El lenguaje de la compasión*. Barcelona: Ediciones Urano S.A.
- Suárez, M. (2002). *Mediando en Sistemas Familiares* (Tercera ed.). Buenos Aires: Paidós.



Título: Sin Título

Técnica: Lápiz sobre papel

Dimensión: 18,5 x 24,5 cm

Año: 2012

FUNDAMENTACIÓN TRASCENDENTAL Y ANÁLISIS LÓGICO EN LA OBRA DE ROBERT ALEXY*

* Artículo final de la investigación sobre la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, financiado por el CODI y la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: abril 3 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 14 de 2013

FUNDAMENTACIÓN TRASCENDENTAL Y ANÁLISIS LÓGICO EN LA OBRA DE ROBERT ALEXY

*Esteban Buriticá Arango***

RESUMEN

En este trabajo expongo las dificultades más relevantes que afronta la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy en el campo de fundamentación de las reglas del discurso y en el campo del análisis lógico, evaluando las dificultades que se derivan para una concepción racionalista de la decisión jurídica.

Palabras clave: teoría de la argumentación, argumento pragmático trascendental, lógica.

TRANSCENDENTAL FOUNDATION AND LOGIC ANALYSIS IN ROBERT ALEXY

ABSTRACT

In this paper I discuss the most important challenges facing the Robert Alexy's theory of legal argumentation in the field of foundation of the rules of discourse and in the field of logical analysis, assessing the difficulties that arise for the rationalist conception of legal decision.

Keywords: argumentation theory, transcendental-pragmatic argument, logic.

** Estudiante de noveno semestre de Derecho (Universidad de Antioquia), integrante del semillero Saber, poder y derecho.

FUNDAMENTACIÓN TRASCENDENTAL Y ANÁLISIS LÓGICO EN LA OBRA DE ROBERT ALEXY

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de la argumentación jurídica surge a mediados del siglo XX como respuesta a una doble deficiencia de la llamada “metodología jurídica”: por una parte, la descripción incompleta del proceso racional de aplicación de normas jurídicas en aquellos casos que pueden denominarse “dudosos” y, por otra, la enorme confusión generada sobre los instrumentos de que disponen los jueces y demás sujetos a la hora de tomar decisiones jurídicas no arbitrarias. A los criterios jurídico-positivos, analíticos y morales comúnmente utilizados por la metodología jurídica, las teorías de la argumentación oponen un conjunto de reglas pragmáticas de carácter –más o menos- universal que garantizan la corrección de las decisiones jurídicas y la racionalidad de los procedimientos. Esta labor suele ir acompañada en mayor o menor medida del análisis lógico de los procesos argumentativos en campos jurídicos, y de una recopilación de los argumentos efectivamente utilizados en la práctica del derecho. Se evidencia así una triple dimensión de las teorías de la argumentación jurídica: normativa, analítica y empírica.

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy (en adelante *la teoría*) engloba estas tres dimensiones, siendo predominantemente normativa. En este sentido, *la teoría* formula un conjunto de reglas pragmáticas que rigen la conducta de los participantes y las condiciones que deben cumplir los argumentos aducidos por ellos. Estas reglas definen las condiciones ideales bajo las cuales cualquier enunciado adoptado vía decisión o consenso por los participantes en el discurso debe ser calificado como correcto y, en caso de resultar transgredidas las reglas, como incorrecto. En cuanto analítica, *la teoría* estudia la estructura lógica de los argumentos jurídicos, el papel que en el discurso juega el razonamiento lógico y la estructura de los razonamientos no estrictamente lógicos (e.g. la ponderación). La adecuación lógica de los argumentos es, además, una exigencia impuesta por las mismas reglas del discurso.

El principal problema que afrontan las teorías de la argumentación en su dimensión normativa es, sin duda alguna, la manera en que deben ser fundamentadas las reglas del discurso. Al ser normas que exigen de los participantes la observancia

incondicional de una determinada regla –racional–, su fundamentación no resulta sencilla. Alexy opta por una fundamentación pragmático-trascendental que retoma casi íntegramente las propuestas de Apel y (en menor medida) las de Habermas. Con esta fundamentación pretende Alexy señalar a las reglas del discurso no solo como constitutivas del un discurso racional particular, sino como constitutivas *de un único* discurso racional *universal* estrechamente ligado a “la forma de vida más universal de la persona” (Alexy 1997, pág. 146), y presupuesto en toda situación argumentativa (real) del habla.

Por su parte, el carácter analítico de las teorías de la argumentación jurídica afronta dificultades relativas a la incapacidad (connatural) de la lógica para controlar la corrección de las premisas utilizadas en el razonamiento. La posibilidad que existe en principio de estructurar todo argumento bajo esquemas de inferencia se ve opacada por las características propias de los contextos discursivos: razonamiento no monótono, decisionismo, arbitrariedad, etc. que limitan considerablemente la utilidad de la lógica en las teorías del discurso. En *la teoría* de Robert Alexy resulta especialmente problemático el uso de la ponderación.

En este trabajo trataré de exponer las dificultades más relevantes que afronta *la teoría* de Robert Alexy en el campo de fundamentación de las reglas del discurso y en el campo del análisis lógico. Ambas cuestiones definen a grandes rasgos la idea de racionalidad jurídica que defiende el autor y la alternativa que ofrece frente a las teorías de la metodología jurídica. Por eso, tales críticas pueden tomarse también como dirigidas a su idea particular de “racionalidad jurídica”, o, más concretamente, a su idea de superar la irracionalidad de las decisiones discretionales.

2. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

Según Alexy, siempre que como usuarios de un lenguaje regulativo emitamos enunciados que ordenen o permitan determinada conducta elevamos necesariamente una pretensión de corrección. Con ella damos a entender, expresa o tácitamente, que nuestros enunciados son correctos y que estamos en capacidad de aportar los argumentos que lo justifican. La pretensión de corrección incluye así una pretensión de fundamentabilidad y un deber *prima facie* de fundamentar. Ambas tareas, tanto la de emitir el acto de habla regulativo como la de tematizar (fundamentar) la pretensión de corrección presuponen necesariamente un conjunto de reglas pragmáticas que, por una parte, fungen como condiciones de posibilidad de la aserción y de la fundamentación y, por otra, regulan las actividades de enunciar y argumentar. Este doble carácter de las reglas del discurso (constitutivo y regulativo del habla)

se hace evidente –según Alexy- si se muestra de qué manera su transgresión genera contradicciones pragmáticas (performativas), que a los ojos de todo hablante competente aparecen como absurdos (Alexy, 2007, pág. 209). Las reglas del discurso definirían así una competencia lingüística universal en cuestiones prácticas que garantiza el ingreso al discurso práctico racional y, concretamente, garantiza (en caso de su observancia) la satisfacción de la pretensión de corrección (i.e. la corrección de los enunciados normativos objeto del discurso). El aspecto decisivo en este punto sería el consenso de los participantes sobre el enunciado finalmente adoptado, que se convierte en condición formal de la racionalidad del discurso y de la corrección de las aserciones. El cumplimiento ideal de las reglas del discurso, bajo el que cualquier enunciado adoptado por consenso resultaría correcto, constituirían, finalmente, las “condiciones ideales” del discurso (Alexy, 2007, pág. 213).

Lo anterior vale tanto para el discurso moral como para el discurso jurídico (grandes extensiones de la razón práctica), pero en diferente medida. Según Alexy, la pretensión de corrección formulada en el derecho coincide solo parcialmente con la pretensión de corrección moral: mientras que con un enunciado moral se formula una pretensión de corrección ilimitada, en el discurso jurídico “(n)o se pretende que el enunciado jurídico normativo.... sea sin más racional, sino solo que en el contexto del ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado” (Alexy, 2007, pág. 208). Este contexto está definido en la mayoría de los actuales ordenamientos jurídicos por la necesaria sujeción a la ley, al precedente y a la dogmática, así como por limitaciones de carácter procesal (e.g. los términos procesales o la ilegalidad de algunas pruebas). De ahí que el discurso jurídico se constituya como “un caso especial del discurso práctico general”, en el que se tratan cuestiones normativas ceñidas a una pretensión de corrección, pero en un contexto institucional. Lo que aquí resulta relevante es que el discurso jurídico, en cuanto sujeto a la ley, al precedente y a la dogmática, suele ver agotados sus recursos institucionales para dar una solución “racional” a determinados casos, debiendo acudir entonces al discurso práctico general (discurso moral) para justificar las premisas agregadas al razonamiento. Una vez más, la cuestión decisiva en este punto es que la decisión adoptada vía consenso puede ser considerada en todo caso como “correcta”.

Así presentada, *la teoría* expone un modelo significativamente diferente a muchos de los expuestos por la metodología jurídica o por corrientes logicistas del razonamiento judicial¹. La medida de corrección de las decisiones jurídicas no viene dada por la utilización de argumentos de un determinado tipo (e.g. argumentos fundados

1 Por corriente logicista entiendo aquí, por ejemplo, la representada por Alchourrón y Bulygin (1991).

en la ley o determinados tipos de interpretación), o por la utilización de esquemas de inferencia que garantizan el paso de premisas dadas a la conclusión, sino, en última instancia, por la satisfacción de las reglas del discurso. Cabe aclarar, por supuesto, que la utilización de determinados argumentos y la adecuación lógica de las inferencias son una exigencia de las reglas del discurso (Alexy,...). Pero, en todo caso, ello debe complementarse con exigencias relativas a la conducta de los participantes que, referidas a ciertos valores como la imparcialidad y la universalidad, pueden ser transgredidas y excluir solo por ello la corrección de la decisión adoptada². Se trata, en conclusión, de lo que Gianformaggio (1993, pág. 161) ha llamado “una concepción de la racionalidad procedural fuerte”, en la que el procedimiento no aparece como un simple sustitutivo de la esquila racionalidad en cuestiones prácticas, sino como definitorio de la misma.

Atienza (1999, pág. 44) identifica tal procedimiento como “un tipo de acción -o interacción- lingüística” fruto de una noción “pragmática o dialéctica” de la praxis argumentativa. El que sea pragmática resalta el hecho de que “la argumentación sea inconcebible haciendo abstracción de los sujetos que argumentan” (pág. 44), es decir, que la sola referencia a las propiedades del lenguaje no basta para explicar un proceso argumentativo racional. Una tal abstracción constituye lo que tanto Apel como Habermas denominan “falacia abstractiva”: un análisis lingüístico donde “ya no puede verse la conexión constitutiva que se da entre las operaciones generativas de los sujetos capaces de lenguaje y de acción, por un lado, y las estructuras generales del habla, por otro” (Habermas 1976, pág. 303). De ahí que surjan diferencias muy puntuales, por ejemplo, con la argumentación en sentido lógico. En la lógica utilizamos argumentos estructurados de tal forma que de un conjunto de sus enunciados se sigue (se deduce, se infiere) necesariamente la conclusión. Esta propiedad “deductiva” conserva la verdad de las premisas en la conclusión, pero no dice nada sobre la aceptación previa de las premisas. En la argumentación en sentido pragmático, por el contrario, juegan un papel central las ideas de “consenso” y de “decisión” como acciones humanas que contribuyen a la corrección de las premisas. En palabras de Atienza (1999, pág. 44) “inferir consiste aquí en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; para cada intervintiente en el proceso, funcionan como premisas los enunciados cuya aceptación pueda darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptado por el otro”. Con esta conjunción entre “inferencia”

2 Alexy (2007, pág. 297) afirma: “La argumentación jurídica puede ser consistente, no contravenir principios de racionalidad de fines, apoyarse sólo en enunciados empíricos verdaderos y, sin embargo, por ejemplo a causa del fin que le sirve de fundamento, ser considerada ‘irracional’”. Alexy entiende aquí por “consistencia” la aplicación de las reglas lógicas.

y “aceptación” se persigue, pues, no solo la adecuación formal de los argumentos sino también la corrección material de los enunciados (al paso que se formula una superación al famoso trilema de *Münchhausen*). De forma muy simplificada, podríamos caracterizar este modelo como una labor conjunta de búsqueda de premisas correctas que apoyan –lógicamente– una determinada conclusión.

Así las cosas, podríamos puntualizar aún más las diferencias entre el modelo alexyano de argumentación y el modelo definido por la lógica. Esta labor resulta necesaria para referenciar algunas de las críticas al modelo de Alexy que se formularán más abajo.

La primera diferencia apunta a la naturaleza del lenguaje utilizado en ambos modelos. En la lógica clásica se usa un lenguaje formalizado que toma del lenguaje natural la estructura semántica y, concretamente, aquellas palabras que contienen un significado lógico (Tugendhat, 1997, pág. 75). Incluso en los clásicos modelos de lógica deontológica se asumen los operadores normativos O y P como signos de naturaleza lógico-semántica. En la argumentación jurídica propuesta en *la teoría*, por el contrario, resulta imprescindible operar sobre actos de habla, es decir, sobre unidades lingüísticas inmersas en su particular contexto de emisión³. Esta circunstancia resulta problemática si se tiene en cuenta que las propiedades del lenguaje que pueden denominarse lógicas no pueden ser aplicadas a las acciones: de un acto humano no puede “deducirse” otro acto⁴. La naturaleza de la deducción lógica ha sido explicada en términos semánticos y sintácticos (Alchourrón, 1995), pero resulta poco probable una noción “pragmática” de deducción. Las relaciones entre acciones, es decir, entre hechos empíricos pueden ser explicadas en términos de causalidad, pero no de necesidad (lógica). Esto sugiere que la aplicación de la lógica de enunciados a un modelo de argumentación como el expuesto por Robert Alexy no puede aceptarse sin ciertas reservas. Habermas (1973, pág. 656) es consciente de ello cuando afirma: “La lógica del discurso es una lógica pragmática. Investiga las propiedades formales de los plexos de argumentación... Entre estas unidades pragmáticas del habla el tránsito no puede fundarse en términos exclusivamente lógicos (pues no se trata de enunciados, sino de emisiones o manifestaciones o justificaciones)”

Una segunda diferencia está referida a la consistencia de las conclusiones adoptadas. En los sistemas de lógica clásica (y algunos de lógica deontológica) resulta imposible

3 Al respecto, Habermas (1973, pág. 656) afirma: “la expectativa de que la pertinencia de un argumento habría de basarse en la necesidad lógica y/o la evidencia empírica surge de la errónea suposición de que una argumentación consta de una cadena de oraciones. Esta alternativa no se plantea en cuanto nos percatamos de que una argumentación no consta de una cadena de oraciones, sino de actos de habla”.

4 Sobre esto: Alchourrón y Bulygin (1991, pág. 121 y ss.)

la adopción de premisas o conclusiones inconsistentes: rige el principio relativo al condicional material (\rightarrow) según el cual “de una contradicción se deduce cualquier cosa”. Las contradicciones cercenan en la lógica clásica toda su capacidad deductiva y exigen la aplicación incondicional del principio de no contradicción $\neg(p \wedge \neg p)$. En el modelo pragmático de argumentación, por el contrario, existe un amplio espectro denominado “posibilidad discursiva” donde, en principio, “pueden fundamentarse dos proposiciones normativas o reglas incompatibles entre sí” (Alexy, 2007, pág. 202)⁵. La razón para ello deriva de la naturaleza misma de las reglas del discurso que no regulan -a diferencia de las reglas lógicas- cada uno de los pasos en el proceso argumentativo, y enfatizan las contradicciones surgidas en contextos pragmáticos antes que las contradicciones lógico-semánticas.

La tercera diferencia afecta la estructura de las normas (premisas, razones) utilizadas en el razonamiento. Los enunciados condicionales en la lógica proposicional clásica están estructurados de tal manera que su antecedente constituye una razón suficiente para inferir el consecuente. Si el antecedente resulta satisfecho por una nueva premisa, no queda más alternativa al hablante que adoptar el consecuente como conclusión. Las normas condicionales en *la teoría*, por el contrario, se caracterizan por su naturaleza derrotable, es decir, por la posibilidad siempre abierta de reformular las reglas condicionales y adoptar conclusiones diversas aun permaneciendo como tales las antiguas premisas. Ello acarrea dos consecuencias importantes para el razonamiento, que adquieren el cariz de dilema: por una parte, podrían producirse consecuencias jurídicas contradictorias y, por otra, el carácter inferencial de la lógica podría reducirse a sus mínimos⁶. En los ordenamientos jurídicos contemporáneos la mayoría de las reglas están consignadas de tal manera que poseen excepciones implícitas, es decir, el legislador las ha concebido derrotables. Ello no resulta ser, sin embargo, un problema para el razonamiento monotónico (no derrotable) mientras todo dependa de un particular estilo nomográfico adoptado por el legislador. Alchourrón (2010) ha demostrado que no es necesario abandonar la noción clásica de lógica deductiva para razonar con normas jurídicas derrotables,

-
- 5 Al respecto Alexy ha dicho: “Un juicio es tan sólo discursivamente posible cuando una persona puede justificarlo sin violar ninguna regla o principio del discurso, mientras que otra persona, al mismo tiempo, puede hacer lo mismo con respecto al principio contrario”. La cita la tomo de Gaido (2011, pág. 156). Igualmente señala Alexy (2007, pág. 301): “si no hay ninguna garantía de consenso, entonces debe mantenerse como posible el que... se defiendan por los participantes normas que son sin embargo incompatibles entre sí. Según la concepción de la corrección teórico-discursiva... esto significa que tanto N como no N serían calificadas como correctas”.
- 6 En las lógicas no monotónicas no rige el principio del refuerzo del antecedente ni la regla del *modus ponens*. Véase: Alchourrón (2010, pág. 106 y ss.) y Bayón, Juan C. (2001). Ello hace que la capacidad inferencia de la misma sea muy reducida, y mucho más en aquellos campos que, como el derecho, la mayoría de sus premisas suelen tener estructura condicional.

pues en todo caso se pueden “revisar las premisas con tanta frecuencia como sea necesario” (pág. 126). Esta revisión (“de creencias”) está encaminada a hacer de los antecedentes de las normas jurídicas “razones suficientes” que junto con la premisa fáctica desaten el consecuente. Una solución semejante, sin embargo, está lejos de ser posible en el modelo de argumentación jurídica expuesto en *la teoría*. Para Alexy, los resultados obtenidos en la argumentación no pueden pretender una certeza definitiva, por lo que se hace “*necesario* que su revisión *siempre* sea posible” (Alexy, 2007, pág. 201), es decir, las premisas (y con ellas la conclusión) siempre están abiertas a nuevas excepciones implícitas que pueden cancelar la consecuencia jurídica inicialmente adoptada. Ello es así, sobretodo, porque las razones válidas para que se dé la derrota de un deber no son solo de tipo jurídico, sino también moral. Para Alexy, siempre existe la posibilidad de que un juez falle en contra del tenor literal de una norma por razones prácticas. Ello es evidente en citas como esta: “Si la ley, el precedente o la dogmática establecen claramente la decisión, *y no existen reparos serios en el aspecto de la corrección material*, el caso se decidirá solo mediante lo autoritativo e institucional” (Alexy, 2009, pág. 81). La naturaleza moral de esos “reparos” hace que, en principio, “ni siquiera sea posible identificar de antemano en su totalidad el conjunto de circunstancias genéricas que constituirían sus excepciones” (Bayón, 2001, pág. 52). De ahí que el contenido del antecedente de la norma de derecho permanezca siempre indeterminado, y que la aplicación de las reglas lógicas del *modus ponens* y del refuerzo del antecedente (y con ellas de la lógica monotónica) al razonamiento jurídico quede en entredicho.

Cabe resaltar que en el modelo de Alexy la derrotabilidad no sólo es un problema del ámbito de la justificación interna sino, fundamentalmente, de la justificación externa. Al problema de indeterminación de las reglas generales (jurídicas o no) que fungen como premisas en la justificación interna corresponde el problema de la indeterminación de las reglas generales aducidas como premisas en la justificación externa. Ello se hace más evidente cuando en la toma de decisiones las razones institucionales se agotan y debe acudirse al discurso práctico general: la famosa “saturación” exigida por las reglas del discurso remite ineludiblemente a enunciados morales (Alexy, 2007 pág. 236)⁷. Así vista, la derrotabilidad pone en duda la tesis de Robert Alexy según la cual la lógica formal clásica rige la inferencia en el ámbito de la justificación interna, y la tesis expuesta en 1980 (pág. 50) según la cual la lógica deontica de G. H. von Wright sirve como criterio para analizar la adecuación formal de los argumentos en la justificación externa. En el sistema estándar de lógica deontica de von Wright rige la regla metalógica de

7 “...un argumento de una determinada forma sólo es completo si contiene todas las permisivas pertenecientes a esa forma. A esto se le llama el requisito de saturación” Alexy (2007, pág. 236)

monotonía, lo que lo hace inaplicable a un modelo argumentativo en la que todas sus reglas sean “semánticamente” derrotables.

Una diferencia adicional entre un modelo definido por la lógica y el modelo expuesto por Alexy en *la teoría* se refiere a la diferenciación entre el contexto de la justificación y el contexto del descubrimiento. Tal cual se señaló arriba, en el modelo de Alexy los participantes no sólo tratan de aportar las premisas que apoyan formalmente una determinada conclusión, sino que buscan a través de la actividad argumentativa alcanzar un consenso fundado que aporte corrección a las premisas y a la conclusión. Con ello, podría decirse, los participantes “descubren” las premisas correctas en el mismo contexto en el que las justifican y, de esta manera, mantienen indistintos ambos contextos. Para la lógica, por el contrario, esta diferenciación es siempre posible: “la justificación en sentido lógico es ajena a la corrección material del argumento... Así como en una razonamiento teórico la validez del mismo no supone la verdad de las premisas, en una razonamiento práctico la validez del argumento no supone la corrección o bondad de aquellas” (Moreso, José J. et al, 1992, pág. 255). Para llevar a cabo una justificación en sentido lógico no es necesario, pues, partir de premisas verdaderas o correctas, y tampoco se obtiene verdad o corrección (mayor a la contenida previamente en las premisas) utilizando axiomas y reglas de inferencia. En otras palabras, “la elección de las premisas de una inferencia es el resultado de un proceso de deliberación y argumentación que se desarrolla conforme a criterios diferentes a los proporcionados por la lógica deductiva” (Ibíd., 1992, pág. 258). Uno de esos criterios no lógicos es, sin duda, la ponderación. Alexy trata de mostrar la estricta toma de decisiones normativas no como una operación de inferencia lógica entre enunciados sino como una operación matemática de balanceo entre principios (o valores) contrarios. La inclusión de este procedimiento demuestra la importancia de la “decisión” en la práctica argumentativa y reduce el papel de la lógica al de un mero instrumento (entre muchos) utilizado por los participantes.

En este punto cabe hacer una última diferenciación relativa a los alcances del modelo de la argumentación expuesto por Alexy. *La teoría* no sólo alberga un modelo para la aplicación y la justificación de normas jurídicas, sino que expone una determinada teoría de la corrección moral. El discurso, como actividad lingüística descargada de experiencia, y el consenso, como *factum* de la voluntad perseguido por los participantes, se constituyen así como elementos definitorios de la razón práctica. A ello apunta también Habermas (2002, pág. 285) cuando afirma: “un acuerdo sobre normas o acciones ideales que haya sido alcanzado discursivamente bajo condiciones ideales posee algo más que una mera fuerza autorizante: garantiza la corrección de los juicios morales”.

Hasta aquí he tratado de dar una caracterización general de teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy y de mostrar sus diferencias con un hipotético modelo “lógicista” de argumentación. Con ello pueden despejarse las dudas sobre el eventual estado de *la teoría* en caso de que prosperen las críticas sobre la adecuación del argumento pragmático-trascendental. Si los criterios de racionalidad de *la teoría* no pueden ser justificados pragmático-trascendentalmente, ¿cómo integrarlos en el razonamiento jurídico si, además, no son criterios lógicos?

3. EL ARGUMENTO PRAGMÁTICO-TRASCENDENTAL Y LAS REGLAS UNIVERSALES DEL DISCURSO

El problema de fundamentación de las reglas universales del discurso lo soluciona Alexy con un argumento pragmático-trascendental. Aunque originalmente inclinado por una fundamentación pragmático-universal en el sentido de Habermas (1976), Alexy opta en 1989 por la versión más “fuerte” ofrecida por Apel. Ambas son, sin embargo, versiones actuales -“debilitadas”- del argumento trascendental de la filosofía crítica kantiana. Kant pretendió mostrar las condiciones objetivas de la experiencia posible a través un conjunto de categorías *a priori* que toda conciencia humana debería presuponer necesariamente en sus percepciones del mundo. Sin ese marco categorial *a priori*, hecho explícito mediante la reflexión trascendental, no sería posible en principio la racionalización de la experiencia y la superación del puro hecho de la percepción. Kant planteaba así un argumento efectivo contra el escepticismo filosófico: si el escéptico aceptaba la posibilidad (o necesidad) de un determinado tipo de experiencia, debería aceptar –para ser consecuente- aquellas categorías que la hacen posible. A tal argumento lo llamaría Kant “trascendental” y al método de su construcción “reflexión trascendental”.

En el modelo kantiano, sin embargo, se plantea una relación cognoscitiva no mediada entre la conciencia humana y la experiencia. El sujeto cognosciente percibe objetos del mundo que adquieren directamente las estructuras provistas por el sistema categorial, sin que medie hecho empírico o entidad analítica alguna. De este modo, el conocimiento objetivo de la realidad se decide en un contexto monológico y la noción de verdad se confunde con la de objetividad de la experiencia. En las versiones de Apel y Habermas, por el contrario, el concepto amplio de “lenguaje” moldeado por los tres “giros” de la filosofía contemporánea juega un papel de necesario mediador entre la conciencia y el mundo. Así, del positivismo lógico se aprende la necesidad de desplazar el interés filosófico por la *conciencia* hacia un interés creciente por el lenguaje como “tema y medio de la reflexión trascendental” (De Santiago (1996, pág. 288). La hermenéutica filosófica, por su parte, enseña que

no es en principio posible la representación de objetos del mundo mediante signos lingüísticos sin que medie una interpretación real en un contexto definido por reglas convencionales del lenguaje: reglas que fijan el sentido sintáctico y semántico de los signos. De ahí que, finalmente, de las corrientes pragmatistas originadas con el segundo Wittgenstein se comprenda la necesidad de incluir en el análisis lingüístico los contextos reales de emisión de actos de habla y el comportamiento de los sujetos que actúan como usuarios del lenguaje. De especial importancia resulta aquí el análisis de las condiciones bajo las cuales se producen consensos entre los participantes del discurso y que, en algunos casos, constituyen las condiciones universales del discurso ideal (Habermas) o de la comunidad ideal de comunicación (Apel). Esta “actualización” de la filosofía kantiana efectuada por Apel y Habermas permite sustituir la noción de “experiencia” por la noción “entendimiento”, y atribuir a la investigación trascendental (o pragmática universal) la labor de “identificar las condiciones universales del entendimiento posible” (Habermas, 1976, pág. 299)⁸. Tales condiciones universales están definidas por las pretensiones de validez intersubjetiva que se satisfacen en el ámbito del discurso y de la acción comunicativa. Se produce así, pues, un desplazamiento de la idea de conocimiento objetivo hacia un contexto dialógico en el que, a diferencia de los contextos monológicos, es posible la comprensión intersubjetiva de significados. De Santiago Guervós (1996, pág. 290) resume de la siguiente manera este cambio de enfoque: en Apel y Habermas “la filosofía trascendental kantiana es trasformada en una filosofía que reinterpreta las condiciones de posibilidad de la racionalidad como condiciones formales del discurso, es decir, las normas y reglas que rigen todo diálogo”.

Ahora bien, los argumentos pragmático-trascendentales constituyen una “variante” del tipo más amplio de argumentos trascendentales y, como tal, se componen de dos premisas (Alexy, 1997a, pág. 143). La primera de ellas postula que determinado campo de la experiencia, del lenguaje o del conocimiento no sería posible si no se presupone la existencia de determinado conjunto de condiciones *a priori* (conceptos, reglas, etc.). La segunda premisa formula que aquella porción de la experiencia, del lenguaje, o del pensamiento es, “en algún sentido, necesaria”. Finalmente se concluye, mediante la regla del *modus tollens*, la necesariedad de los elementos presupuestos *a priori*. El argumento pragmático-trascendental presentaría, pues, la siguiente estructura⁹:

-
- 8 Algo similar dice Apel: “...una pragmática trascendental del lenguaje... se ocupa de la reflexión sobre las condiciones de posibilidad del conocimiento formulado lingüísticamente y, en cuanto tal, válido intersubjetivamente”. La cita la tomo de De Santiago (1996, pág. 291).
 - 9 La forma lógica aquí expuesta la tomo de Cabrera (1999, pág. 9). La utilización de la regla del *modus tollens* es lógicamente equivalente a la utilización del *modus ponens*, pero enfatizan situaciones diferentes. Mientras

$(\neg q \rightarrow \neg \Diamond p)$

$\Box p$

$\Box q \quad (1-2)^{10}$

Alexy propone como premisa (1) de su argumento el enunciado condicional: “las afirmaciones son solo posibles si valen algunas reglas de la aserción” (1997, pág. 143). Las reglas de la aserción, por su parte, constituyen las denominadas “condiciones ideales del discurso”, es decir, el presupuesto necesario de la acción orientada al entendimiento (aserción). Para Alexy, sin embargo, no todas las reglas del discurso racional cabrían dentro del antecedente de esta premisa¹¹. Al respecto solo señala las reglas que confieren el carácter universalista a la teoría del discurso en su doble sentido de validez universal y contenido universal: las reglas de razón. Estas reglas hacen referencia a la admisión universal de sujetos capaces de habla en el discurso y a la igualdad de derechos en el ejercicio de la palabra. Por su parte, Alexy elige como premisa (2) el acto de la aserción o, en términos habermasianos, la acción encaminada al entendimiento (acción comunicativa). En el terreno de la razón práctica las aserciones son actos de habla regulativos de tipo moral o jurídico.

Al argumento pragmático-trascendental así expuesto le pueden ser formuladas críticas en tres sentidos. El primero de ellos va dirigido a la insuficiencia lógica del argumento para deducir una conclusión tan fuerte como la pretendida por Alexy (con operador modal de necesidad). La segunda y la tercera crítica están referidas, respectivamente, a la adecuación de las premisas (1) y (2). Estás críticas, aunque dirigidas en forma directa contra el argumento pragmático-trascendental, pueden tomarse también como críticas contra la idea de universalidad del discurso.

3.1. NECESIDAD, POSIBILIDAD Y ARGUMENTOS TRASCENDENTALES

Todo argumento trascendental enfrenta dificultades relativas a su estructura lógica. La más importante de ellas está referida al tipo de condición dispuesta en el antecedente de la premisa (1) (del *modus tollens*). En lógica clásica, la afirmación del antecedente de un enunciado condicional constituye razón suficiente para deducir el postsecuente, mientras que de la negación del mismo es dable deducir cualquier

que en el primero el antecedente del condicional es razón suficiente para la inexistencia del consecuente, en el segundo lo es para su existencia. Sin embargo, ambos padecen del mismo defecto: no postulan condiciones necesarias, que son las relevantes en los argumentos pragmático-trascendentales.

10 El paso de las premisas y la conclusión está mediado por la aplicación del axioma $\Upsilon p \rightarrow \Diamond p$.

11 Alexy (2007, pág. 183): “Una tal fundamentación (pragmático-trascendental) sólo será posible para relativamente pocas reglas fundamentales”.

cosa. Si los presupuestos que hacen posible un determinado tipo de experiencia, pensamiento o lenguaje existen, no es dable deducir de ello la existencia de ese tipo de experiencia, lenguaje o pensamiento. La idea de “*necesariedad*” atribuida a los argumentos trascendentales resulta de esta manera insostenible. La existencia¹² de las reglas o conceptos trascendentales no constituye en ningún modo prueba –real o hipotética- a favor de la existencia de un objeto particular. Como mucho podrá sostenerse que el argumento trascendental aporta una razón contingente para generar un campo de la experiencia, del lenguaje o del conocimiento, pero no una razón necesaria y suficiente que defina la posibilidad incondicional de los mismos.

Aunque esto pueda parecer algo trivial para los argumentos kantianos puesto que la existencia de los hechos no es algo que suela discutirse, sí acarrea serias dificultades a los argumentos pragmático-trascendentales. Si la reconstrucción de un conjunto de reglas que constituyen las condiciones ideales del discurso orientado al entendimiento no puede garantizar la obtención de tal discurso, entonces los participantes que buscan la corrección discursiva de sus enunciados no encontrarían en ello *razón suficiente* para el seguimiento de las reglas. Esto es válido aun cuando los participantes acepten que solo mediante las reglas del discurso pueden obtener consensos racionales. Aún en este caso, queda la *posibilidad lógica y fáctica* de que mediante el seguimiento de las reglas del discurso se produzcan, por ejemplo, discursos irracionales o enunciados incorrectos (injustos)¹³. Ello es así porque, a diferencia del argumento kantiano, el argumento de Apel y Alexy no pretende ser una explicación (trascendental) para un determinado campo indubitable de la experiencia, sino fundamentalmente una propuesta normativa sobre cómo debemos hablar y discutir racionalmente. Pero en este caso siempre habrá duda sobre lo que sea una acción orientada al entendimiento, o un discurso racional, o un enunciado correcto; duda que, como se ve, ni siquiera la idea de un discurso ideal guiado por reglas ayuda a despejar.

3.2. LA UNICIDAD CONCEPTUAL DEL LA PREMISA (1)

Es de resaltar que la deficiencia del argumento pragmático-trascendental no es un problema atribuible solo a la estructura lógica del argumento. De ser así, bastaría introducir un operador bicondicional en la premisa (1) para que la negación del antecedente constituyera también razón suficiente para la negación del conse-

12 En caso de utilizar un esquema con *modus ponens* debería hablarse de “inexistencia”.

13 Podría objetarse que la producción de un discurso irracional no es posible por ser las normas del discurso definitorias del discurso racional. Sin embargo, ello reduciría (aún más) la fundamentación pragmático-trascendental a una construcción artificial del concepto de racionalidad.

cuente, y de la afirmación del consecuente se siguiera necesariamente el antecedente ($\neg q \leftrightarrow \neg \Diamond p$). En este caso, sin embargo, aún persistirían los problemas relativos a la fundamentación *material* de la premisa (1), es decir, las dificultades relativas a la necesidad del esquema conceptual. En principio, quienes defienden la posibilidad de las fundamentaciones trascendentales advierten que un esquema conceptual determinado aporta una explicación plausible a un específico conjunto objetos. Toda situación real o hipotética resulta adecuadamente configurada por los criterios del esquema conceptual, lo que hace impensable que los mismos objetos puedan presentar las mismas propiedades bajo otros esquemas conceptuales. Estas impresiones –intuitivamente convincentes– permiten que se generalicen los elementos constitutivos del esquema y se les considere llanamente como “condiciones de posibilidad”. Sin embargo, como señala Körner (1999, pág. 42), llegara semejante conclusión es sólo posible si se logra demostrar que el esquema incluye las condiciones necesarias y suficientes de determinado campo de experiencia (o del lenguaje o del conocimiento). Pero la dificultad subyace, dice Körner (1999, pág. 42), en que “las condiciones suficientes nunca se distinguen de las necesarias. Las primeras... se satisfacen con el establecimiento de un esquema. Las últimas serían satisfechas solo si la unicidad del esquema fuera también demostrada”. Mientras esto no suceda, falla cualquier argumento trascendental aún cuando se adopte un operador bicondicional en la premisa (1).

Las propuestas para reforzar el argumento han sido variadas y en su mayoría insuficientes. Körner (1999, pág. 40) señala en relación con el argumento trascendental kantiano que demostrar la unicidad conceptual del esquema “es imposible”¹⁴. Por su parte, Cabrera (1999, pág. 23) señala cómo la propuesta de Bennett y Walker de considerar la premisa (1) como un enunciado analítico oponible a cualquier escéptico es inadecuada por fundarse en definiciones previas y en el concepto de sinonimia. Finalmente, no parece admisible aceptar la adecuación y la necesidad del esquema conceptual por razones religiosas o puro dogmatismo. Lo infructuoso de todos estos intentos parece sugerir más bien, en última instancia, lo conveniente de reformular la exigencia de “necesidad” impuesta al argumento trascendental. La misma experiencia en el campo de la ciencia ha enseñado que la supuesta necesidad de los esquemas conceptuales bajo los cuales explicamos el mundo en ciertas etapas históricas se muestran insuficientes y exigen su reformulación una vez se hacen nuevos descubrimientos. La misma estética trascendental kantiana fundó su esquema conceptual en la ciencia newtoniana de su tiempo, mostrándose insuficiente para exponer las condiciones trascendentales de la experiencia tal cual

14 “Es la imposibilidad de demostrar la unicidad un esquema conceptual lo que vuelve imposibles las deducciones trascendentales” (pág. 39).

es reflejada en la ciencia contemporánea. Lo mismo podría decirse de muchos paradigmas científicos que aunque no pretendieron ser una exposición trascendental de la experiencia, en su momento fueron concebidos como fundamentos suficientes y necesarios de la misma. Una “relativización” del esquema categorial sería conseciente con la falibilidad (Popper) del conocimiento humano, lo que en últimas restaría al carácter trascendental del mismo. El argumento expondría entonces el más plausible¹⁵ de los esquemas pero mantendría siempre abierta la posibilidad de ser remplazado por otro.

La situación ideal del habla fundamentada pragmático-trascendentalmente parece ser especialmente susceptible a un cambio de esta naturaleza. En primer lugar, porque no parece posible encontrar (de hecho) en la enorme variedad de teorías metaéticas un acuerdo sobre lo que signifique corrección normativa y las condiciones bajo las cuales es posible hablar de razón práctica. En segundo lugar, porque en principio los sujetos que buscan motivaciones a sus conductas cuentan con acciones alternativas a las fijadas por las reglas del discurso racional (e.g. la acción estratégica o las acciones simbólicas -Habermas, 1976, pág. 340). En tercer lugar, porque el hecho de poder concebir enunciados morales y jurídicos no provenientes de discursos racionales, es decir, *el hecho* de que las reglas no sean constitutivas de los enunciados sino de un atributo particular de los mismos: su corrección¹⁶, hace que de hecho sean posibles las discusiones sobre cuáles –entre una amplia variedad- sean los enunciados correctos. El que existan posiciones teológicas, intuicionistas, naturalistas, etc., es muestra de cómo los “paradigmas” son especialmente endeble en materia ética (y también jurídica) y de cómo, en última instancia, la observancia incondicional de las reglas del discurso racional resulta solo exigible a quienes tengan un interés particular de ingresar en el discurso y desechen las demás alternativas existentes. El carácter personal de esta motivación redunda, finalmente, en un debilitamiento “dramático” de la fundamentación trascendental. (A esto me referiré más adelante).

Alexy (2007, pág. 306 y 1997, pág. 143) parece ser consciente de todo esto cuando se decide por una fundamentación pragmático-trascendental “débil”. El mismo Apel, siguiendo a Habermas, ha señalado la necesidad de relativizar el apriorismo del esquema conceptual¹⁷. Por su parte, Habermas (1976, pág. 322 y ss.) admite la

15 Así, Cabrera (1999, pág. 15) habla en el sentido de reducir el argumento a una “explicación plausible”, y Chrisholm (1978, pág. 89) a una “hipótesis explicativa”.

16 Esto no se contradice con las afirmaciones de Alexy (199, pág. 144): “...las reglas (de aserción) son presupuestados necesarios de la posibilidad de las aseveraciones. No puede haber ninguna alternativa a ellas”.

17 Al respecto: De Santiago (1996, pág. 308).

posibilidad de que las reglas del discurso racional sean relativas en la medida en que su formulación puede derivarse tanto del análisis conceptual como del análisis empírico. La particularidad que en este punto presenta Alexy es que trata de reforzar el argumento con una premisa empírica relativa a la maximización individual de utilidades. Según esta premisa, siempre hay un número tan elevado de personas que tienen interés en la corrección que resulta más conveniente ingresar en el discurso racional aún cuando subjetivamente no se persigan resultados correctos o procedimientos racionales. Así planteada, sin embargo, parece que la premisa empírica no ayuda a superar en mucho la debilidad del argumento pragmático trascendental. Como ha señalado Betegón (1998, pág. 189): “en tanto empírica, la premisa puede ser tan cierta como falsa, es decir que podemos suponer también la existencia de individuos no interesados en la pretensión de corrección de la ética discursiva, o la de quienes no estén interesados en maximizar su propia utilidad”. Esto resulta especialmente cierto en el caso –muy común– de personas que no comparten posiciones cognoscitivas o que las comparten en manera adversa a la teoría del discurso. Entre ellos estarían los ya mencionados escépticos o quienes sostienen que la corrección de sus enunciados normativos proviene, por ejemplo, de un ser supremo o de algún tipo de intuición moral. Es perfectamente posible concebir una comunidad profundamente religiosa (y el mundo actual está lleno de ellas) en la que, por razones de fe, quede vetada cualquier tipo de opinión personal, o una comunidad de escépticos donde cualquier intento de fundamentación normativa sea ridiculizado.

3.3. NECESIDAD Y PREMISA (2) DEL ARGUMENTO

Un factor de vital importancia en los argumentos trascendentales es la naturaleza *necesaria* de la premisa (2), formalizada con el operador modal de necesidad. Según Alexy (1997, pág. 146), el carácter necesario de las aseveraciones proviene de su vinculación con una forma de vida universal: “quien nunca en su vida formula ninguna aseveración... y no ofrece ninguna fundamentación... no puede participar en aquello que uno puede llamar “la forma de vida más universal de la persona””. Esta forma de vida se caracteriza por estar presente en cualquier comunidad de seres humanos, independientemente del lugar y la época, y por su plena identificación con el modelo expuesto en la teoría del discurso. Para Alexy, todo ser humano debería formular aseveraciones y fundamentaciones, pues “resulta imposible no participar de la forma de vida más universal” (pág. 147). De este modo termina identificando la observancia de las reglas del discurso racional con las condiciones bajo las cuales cabe decir que hacemos parte de la vida más universal de la persona. Pero, como se ha visto, las condiciones de ingreso al plano del discurso siempre dependen de

la motivación de los sujetos que en principio se encuentran ante diversos cursos alternativos de acción. El ingreso a la forma de vida se reduce así a una cuestión de elección personal (motivada, por ejemplo, por el mero gusto o por alguna necesidad de comunicación) y su carácter necesario se vuelve tan sólo contingente. De esto parece ser consciente Alexy (2007, pág. 309) cuando señala que "...a la forma de vida más general de los hombres sólo pertenece el plantear en cualquier momento afirmaciones serias, pero no el que esto suceda siempre", lo que finalmente hace que su tesis incurra en una inconsistencia.

Dicho sea de paso, la vinculación postulada por Alexy entre los conceptos de "aseveración" y de "forma de vida más universal" no constituyen –creo yo– una auténtica fundamentación del carácter necesario de las primeras. Alexy pretende que las aseveraciones sean necesarias por el hecho de estar vinculadas a la forma de vida más general de la persona, pero luego identifica esa forma de vida general con la práctica de aseverar y fundamentar. Así vista, la argumentación sería evidentemente circular (o "definitoria"), además de insuficiente porque, como se ha visto, la práctica de aseverar y fundamentar no es necesaria. La premisa (2) debería simbolizarse entonces con el operador modal de posibilidad: $\Diamond p$.

Ahora bien, la consecuencia directa del relativismo en que incurre la premisa (2) no es la incorrección lógica de la fundamentación de las reglas del discurso (pues los argumentos pragmático trascendentales pueden proponerse con premisas necesarias o contingentes), sino un debilitamiento aún más pronunciado del argumento pragmático trascendental. En últimas lo que el argumento estaría postulando es que todo sujeto que opte por entablar una aseveración y una fundamentación se encuentra constreñido por las reglas del discurso, pero no que el sujeto esté obligado a aseverar y fundamentar. En cualquier situación que requiera una decisión moral podría optarse simplemente por la acción estratégica, o por la fuerza, sin cometer algún tipo de contradicción preformativa. Análogamente, ante un *caso difícil* que requiera una decisión jurídica un juez puede optar por no entrar en el campo del discurso y decidir conforme a una simple opinión desprovista de cualquier pretensión de validez¹⁸.

Hasta aquí he tratado de mostrar las deficiencias lógicas y de fundamentación en que incurre la premisa (1), y los problemas de fundamentación del operador (de necesidad \Box) de la premisa (2). He sostenido que todo ello implica un debilitamiento del argumento pragmático-trascendental y una pérdida del carácter universal de las reglas del discurso práctico. Sin embargo, aún resulta posible demostrar cómo

18 En este caso habría que descartar, por supuesto, que no exista la obligación legal-positiva –y por lo tanto contingente– de fundamentar.

el argumento de Alexy puede debilitarse hasta que las reglas del discurso adquieran paulatinamente los rasgos de una mera propuesta normativa (no universal, ni trascendental, ni analítica). Para ello basta mostrar las dificultades derivadas de la fundamentación material de la premisa (2), especialmente los aspectos relativos a la pretensión de corrección. La vinculación entre el habla aseverativa y las reglas universales es lograda por Alexy a través de la pretensión de corrección, convirtiéndose ésta en la piedra angular de la fundamentación universalista de la teoría del discurso. Por ello voy a referirme a las críticas relativas a la pretensión de corrección no como problemas de fundamentación de la premisa (2), sino como problemas que afectan –especialmente- la universalidad del discurso.

3.4. PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN Y UNIVERSALIDAD DEL DISCURSO

Un aspecto irrenunciable de la teoría del discurso racional de Alexy es el *carácter necesario* de la pretensión de corrección: todo sujeto que asevera algo entabla (necesariamente) una pretensión de corrección que a su vez resulta vinculada (necesariamente) con las reglas universales del discurso. Esta cadena de nexos fuertes permite que la situación ideal de habla adquiera visos de universalidad y que todo sujeto que opte por la aseveración se encuentre irremediablemente bajo el influjo de las reglas pragmático-universales (so pena de incurrir en contradicciones preformativas). Para que tengan lugar estos nexos la pretensión de corrección debe cumplir a su vez con dos requisitos fundamentales: formular (necesariamente) una pretensión de justificabilidad que implique (necesariamente) un deber *prima facie* de fundamentar¹⁹. Solo cumpliendo con estos requisitos conceptual-pragmáticos es que pueden los actos de habla aseverativos fungir como premisa (2) del argumento pragmático trascendental. Esta condición no está exenta, sin embargo, de algunas objeciones. En acápitones anteriores ya se ha sugerido que los nexos entre una y otra condición no son estrictamente necesarios, por lo que aquí haré énfasis en determinar qué tan relativos resultan ser. Si se lograra establecer que las condiciones mencionadas no son constitutivas de la noción de aseveración el argumento quedaría desprovisto de toda su fuerza²⁰.

19 Sobre este tipo de deber Habermas (1976, pág. 363) sostiene: “En el uso interactivo del lenguaje el hablante oferta una obligación de justificar, inmanente al acto de habla”.

20 Lo mismo sostiene Gaido (2011, pág. 157): “Si se demostrara que es falsa la afirmación que dice que toda afirmación sobre lo que debe ser realizado está vinculada de manera necesaria a una pretensión de corrección, o, de manera específica, que la pretensión de corrección no implica de manera necesaria una pretensión de justificabilidad en los términos descritos por Alexy, se privaría a su teoría del eje que la sostiene”.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que la noción meta-teórica de “necesidad conceptual” postulada por Alexy no coincide con nociones fuertes defendidas desde posturas metafísicas. El vínculo necesario que existe entre la pretensión de corrección y el acto de habla aseverativo no constituye una legalidad eterna e immutable en sentido platónico, sino una necesidad dentro de una práctica lingüística no inmune a la revisión: “la pretensión de corrección solo es necesaria dentro del marco de una práctica específica; en consecuencia, la necesidad en cuestión es solo una necesidad relativa” (Alexy, 2008, pág. 66). Podría encontrarse así que bajo esquemas conceptuales diversos –en otros tiempos y espacios- los actos de habla regulativos no formulan necesariamente una pretensión de corrección, o la formulan en un sentido distinto. La noción de “necesidad relativa” permite de esta manera descargar la teoría de Alexy de fuertes supuestos ontológicos, pero conservando aún una noción fuerte de necesidad conceptual. De ahí que resulte irrenunciable la tesis según la cual todo individuo participe de una cierta práctica lingüística debe formular la pretensión de corrección en sus emisiones aseverativas, y evitar de esta forma las contradicciones pragmáticas. El punto crucial aquí es que Alexy identifica esa práctica lingüística en la que la pretensión de corrección se encuentra vinculada con las aserciones morales como propia de las comunidades constituidas por medio del derecho y la moral. Para Alexy, la pretensión de corrección constituye un elemento esencial de ambos discursos (el jurídico y el moral), de manera que “no puede existir derecho sin pretensión de corrección” (2008, pág. 66)²¹. Así, puesto que es difícil concebir sociedades humanas desentendidas de normas morales y jurídicas, Alexy logra conservar el aspecto universalista de su teoría.

Este universalismo se ve apocado, sin embargo, cuando los elementos pragmáticos de la premisa (2) resultan ser estrictamente contingentes. De lo que se trata aquí es de determinar si el argumento conceptual relativo a la pretensión de corrección es adecuado. Por adecuación debe entenderse tanto la consistencia analítica como el éxito empírico. Si el argumento de la corrección no resulta suficiente para dar cuenta de la manera en que emitimos enunciados éticos en contextos reales (o genera inconsistencias fácticas) no es empíricamente exitoso ni analíticamente necesario. A continuación me referiré a ello en la doble dimensión en que Alexy pretende fundamentar la pretensión de corrección: subjetiva y objetiva.

Como se vio antes, la pretensión de corrección (moral y jurídica) solo es formulada por quien tiene un interés especial en la corrección (Alexy, 1997, pág. 148). Dicho interés viene dado, en principio, por motivaciones particulares que tiene

21 Alexy (2008, pág. 66): “Una práctica social que no estuviera constituida por nada distinto al poder, la emoción, la subjetividad y la voluntad no sería un sistema jurídico”.

el usuario del lenguaje. En este sentido la fundamentación de la pretensión de corrección y de sus propiedades necesarias es tan solo subjetiva. Las personas pueden optar por otro tipo de lenguaje que de hecho sirva más a sus intereses y sus alternativas pueden ser más o menos amplias. Esto hace que la formulación de la pretensión de corrección en las aseveraciones sea contingente, y que su *status* analítico resulte equívoco. En algunos *casos reales*, como el del escéptico, esto resulta especialmente cierto. De un escéptico –entre los muchos que hoy existen– podríamos decir incluso que no formula necesariamente, por principio, una pretensión de corrección. Sus enunciados morales –que los tiene realmente– están encaminados a influir positiva o negativamente en la conducta de los demás sin esperar que sus interlocutores se convenzan de la justicia o bondad que predicen. Lo más relevante aquí es que el escéptico, que no se encuentra vinculado a las reglas del discurso por falta de interés, no incurre en contradicción preformativa alguna. Sus enunciados y argumentos “psicológicos” o “estratégicos” obedecen, pues, a una pragmática no universal-discursiva.

La figura del intuicionista resulta también problemática desde este punto de vista subjetivo. Un intuicionista pretende siempre que sus aseveraciones morales y jurídicas son correctas, pero a su vez no se interesa en aportar argumentos que lo fundamentan. Para él la bondad o justicia de sus aseveraciones provienen de una cierta intuición moral o analítica (más o menos desarrollada), y no de los argumentos ni del consenso. Aunque el intuicionista no se margina de las prácticas lingüísticas, cabría esperar de sus argumentos solo una explicación de cómo las evidencias morales funcionan, o de cómo podrían ser refinadas. De ninguna manera pretenderá deducir la corrección de sus juicios a partir de razones y reglas generales adoptadas por consensos discursivos. Como el mismo Alexy ha señalado, si el intuicionismo “es incluido en una argumentación, entonces ya no se trata de intuicionismo. Las evidencias no pueden remplazar a los argumentos”.

Otra actitud de este tipo es la que asumen quienes dan por válido sólo una cierta clase de argumento no falsable. Para un religioso o metafísico, por ejemplo, la corrección de los enunciados morales viene dada –necesaria y suficientemente– por un conjunto más o menos amplio de dogmas no susceptibles de fundamentación ni de crítica. Aunque no resulta posible, en principio, aportar pruebas racionales que sirvan de justificación a los enunciados, tampoco se está dispuesto a renunciar a ellos. Los procesos de fundamentación se agotan así en la formulación de los dogmas, reduciéndose la expectativa de aceptación a un simple acto de voluntad del interlocutor. Una posición semejante atenta, como es obvio, contra los postulados de la situación ideal de habla, en particular

contra las *reglas de razón*²². Para Alexy (2003, pág. 170), “la teoría del discurso exige que, cuando en una cuestión la resolución pública de intereses y la formación de un ordenamiento común de individuos libres e iguales, como ocurre en el caso de las cuestiones de justicia y las cuestiones constitucionales, se puedan tener en cuenta solo los argumentos que son *susceptibles de ser puestos a prueba*”. Pero el que no se deban tener en cuenta los enunciados del dogmático no obedece a su carácter no-aseverativo, sino a la limitación impuesta por el dogma a la pretensión de fundamentabilidad y al conexo deber *prima facie* de fundamentar. El dogmático pretende que sus enunciados son correctos, pero a esa pretensión de corrección no se vincula necesariamente una pretensión de fundamentabilidad en el sentido de Alexy. Solo se aceptan como razones válidas cierto tipo de enunciados, y el deber de fundamentar se agota en ellos. Así, en consecuencia, el nexo existente entre la pretensión de fundamentabilidad y el deber *prima facie* de fundamentar se vuelve relativo y con ello, una vez más, relativo el ingreso al discurso racional a través de la aseveración y la pretensión de corrección.

Como éstas, aún podrían citarse muchas actitudes subjetivas que ponen en entredicho la consistencia analítica de la noción alexiana de “aseveración”. La actitud del dictador o del sujeto que ejerce una autoridad ilimitada es una de ellas. Sin embargo, basta concluir con lo ya dicho que desde el punto de vista subjetivo de la actitud del hablante no puede Alexy proporcionar una fundamentación adecuada a su noción de aseveración. Los hablantes pueden –sin incurrir en contradicciones preformativas- asumir diversas posiciones que hacen de la pretensión de corrección un elemento no analítico, y de la pretensión de fundamentabilidad un elemento no necesariamente implicado por la pretensión de corrección. Ahora queda por revisar la fundamentación en sentido objetivo.

Para Alexy la formulación de la pretensión de corrección y el interés subjetivo en la corrección no depende de la actitud particular que adopte el hablante. Aún cuando un sujeto actúe de forma insincera frente a sus interlocutores subsiste para él un deber objetivo o institucional de formular la pretensión de corrección: “si todo aquel que decide, juzga o argumenta en un sistema jurídico, debe formular dicha pretensión, se trata de una pretensión objetiva de corrección. Esta pretensión de corrección objetiva no es un asunto privado sino que está necesariamente relacionada con el rol de participante en el sistema jurídico” (Alexy, 2010, pág. 29). En el ámbito jurídico –pero también en el moral- cabría preguntarse entonces en qué consiste ese deber que dota de validez objetiva a la pretensión de corrección.

22 La primera regla de razón dice: “Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación”. Alexy (2007, pág. 283)

Las posibles respuestas parecen ser todas ellas insuficientes. Si, en primer lugar, se trata de un deber ético, la fundamentación incurre en circularidad: se pretende mostrar la objetividad de la pretensión de corrección, que es constitutiva de la moral (en el sistema de Alexy), a través de un deber moral. Si, en segundo lugar, el deber es jurídico, además de ser fundamentada circularmente, la pretensión de corrección dependería del hecho de que sea ordenada en el correspondiente sistema normativo, es decir, dependería de un hecho siempre contingente. La opción más plausible parece ser, entonces, la que ve en el deber de formular la pretensión de corrección una exigencia de tipo pragmático. Se considera así que en la emisión de enunciados morales o jurídicos²³ debe concurrir la pretensión de corrección para que sea –en términos austinianos– *feliz* (por oposición a *infeliz*, que correspondería a la contradicción preformativa). No obstante, la naturaleza misma de las reglas pragmáticas y los casos ya analizados en los que *de hecho* la pretensión de corrección parece ser un elemento contingente hablan en contra de esta tesis. En efecto, si hablamos de reglas pragmáticas formuladas en el ámbito de una ciencia lingüística empírica (Habermas, 1976, pág. 313 y ss.) la regla que exige la formulación objetiva de la pretensión de corrección sería contingente y, además, por lo ya dicho, probablemente falsa en una multitud de casos. Si, antes bien, pretendemos reconstruir desde una pragmática universal o trascendental una regla que exija la formulación objetiva de la pretensión de corrección en todo caso posible, nos encontraríamos con una multitud de *casos reales* en los que hablar moral o jurídicamente no nos compromete con una pretensión de corrección, ni aún siendo participantes del sistema jurídico. Es perfectamente posible encontrar, por ejemplo, comunidades de escépticos empedernidos o de fundamentalistas religiosos en las que no resultan válidos enunciados morales o jurídicos que pretenden ser correctos (en el sentido en que Alexy entiende el término: corrección discursiva). Objeto diciendo simplemente que en estas comunidades los enunciados regulativos no son morales o jurídicos, o que son fruto de un uso incorrecto del lenguaje, sería una exageración: las reglas que rigen el habla, como reglas pragmáticas, se originan en la praxis y no en idealizaciones sobre cómo *deberíamos* usar el lenguaje.

En resumen, los aspectos fácticos del lenguaje normativo nos permiten concluir que Alexy no logra aportar una fundamentación adecuada de la premisa (2) del argumento pragmático-trascendental, ni subjetiva ni objetivamente. Sin embargo, aún podríamos preguntarnos si la fundamentación del carácter analítico de dicha premisa, en caso de lograrse, resultaría conveniente en el campo jurídico. Refiriéndose a algunos aspectos de la pretensión de corrección, Alexy (1998, pág. 151) ha llegado

23 En el caso de los enunciados morales la no formulación de la pretensión de corrección llevaría a su inexistencia, mientras que en los jurídicos serían, en principio, deficientes.

a afirmar: “los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar su pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa”. Como en el caso de la pretensión de fundamentabilidad y del deber *prima facie* de fundamentar, este deber de presuponer la idea regulativa de la única respuesta correcta es de naturaleza pragmática y en cuanto tal susceptible de las objeciones aducidas arriba. Estas objeciones, sin embargo, no se agotan allí. Como ha señalado Ulfried Neumann (2006), los actuales ordenamientos jurídicos cuentan con procedimientos judiciales en los que resulta prejudicial la idea regulativa de la única respuesta correcta. Un ejemplo dicente es el del proceso penal en el que se acusa a un juez por prevaricato. Si en principio el sistema normativo permite múltiples respuestas jurídicamente “sustentables”, la reducción de las alternativas a una sola por parte del juez encargado de dictar sentencia vulneraría derechos fundamentales del juez sentenciado. Lo mismo cabría decir, con algunas reservas, de los procedimientos de revisión de sentencia por parte de tribunales superiores: a menos que quieran sentar un cambio de jurisprudencia la decisión sustentable del juez que ha fallado en última instancia no debería ser revocada. Así pues, otro aspecto necesariamente vinculado a la pretensión de corrección en el modelo de Alexy resulta ser no solo relativo sino también inconveniente.

3.5. LA CONCLUSIÓN □ Q DEL ARGUMENTO PRAGMÁTICO-TRASCENDENTAL

Después de lo ya dicho sobre la adecuación de las premisas (1) y (2) del argumento pragmático-trascendental resulta evidente que su conclusión (3) □ q es incorrecta. Las reglas ideales del discurso deberían reflejar un tipo de necesidad analítica o sintética *a priori* para resultar reflejadas adecuadamente bajo este esquema modal. Aunque en principio no puede descartarse que una empresa tal sea posible (siempre que se sostenga un esquema “débil”), en el caso del argumento propuesto por Alexy el relativismo en que incurren las reglas del discurso no se compadece con una fundamentación trascendental (o universal). Las reglas pragmáticas relativas a la igualdad discursiva o a la ausencia de coerción, más que necesidades analíticas del acto de habla aseverativo parecen reducirse a una simple propuesta normativa coincidente con los principios democráticos de los actuales estados constitucionales. Nada distinto a las motivaciones particulares, a reglas institucionales (jurídica o sociales), o a un cierto código moral laico parece constreñir a los sujetos a comportarse conforme a las reglas que definen la situación ideal del habla. La teoría de la argumentación funge así como una explicación plausible de cómo en las sociedades occidentales resulta adecuada la emisión de un acto de habla aseverativo y la

ejecución de una fundamentación (y de cómo resultan absurdos o “contradictorios” otros modelos), pero no como clarificación de una competencia universal del habla.

4. LA DIMENSIÓN ANALÍTICA DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA.

En su teoría de la argumentación jurídica distingue Alexy dos dimensiones de fundamentación: la justificación interna, que trata sobre la adecuación lógica de las premisas y la conclusión, y la justificación externa cuyo objeto es la corrección de las premisas (2007, pág. 214). Ambas tareas vienen definidas por las reglas universales del discurso que, entre otras cosas, exigen la consistencia lógica de los argumentos. Por consistencia entiende aquí Alexy la aplicación de las estructuras formales de la lógica deductiva al conjunto de enunciados que apoyen una determinada conclusión o norma. El estudio de este aspecto del discurso no correspondería ya a una teoría normativa sino analítica de la argumentación. El punto a tratar aquí es, pues, si el instrumental lógico que ofrece la dimensión analítica de *la teoría* de Alexy define suficientemente un procedimiento racional de aplicación del derecho, teniendo en cuenta que la dimensión normativa que garantizaba la racionalidad del procedimiento y la corrección de las decisiones no parece contar con una justificación adecuada. Todo indica, sin embargo, que tal posibilidad también fracasa.

Consideremos en primer lugar la aplicación de la lógica clásica al modelo silogístico de la justificación interna. La construcción de la decisión jurídica como un argumento guiado por la regla del *modus ponens* afronta las mismas dificultades expuestas en la primera parte de este escrito. Por un lado, la naturaleza esencialmente derrotable del lenguaje jurídico –predicada en *la teoría* de Robert Alexy– impide la aplicación correcta del condicional material de la lógica clásica y genera problemas serios de consistencia. Una consecuencia drástica al respecto sería la imposibilidad de estructurar silogísticamente una decisión jurídica, y la reducción de la actividad de los operadores jurídicos a una actividad irracional. Por otro lado, la posibilidad siempre abierta de que se presenten conclusiones normativas contradictorias resulta incompatible con los axiomas constitutivos de la lógica clásica. Finalmente, los instrumentos analíticos que ofrece la lógica clásica resultan insuficientes en aquellos casos–*difíciles*– en que la premisa normativa del silogismo jurídico debe apoyarse en enunciados normativos adicionales, o simplemente sustituida por una nueva norma general.

Por su parte, la justificación externa –que se corresponde con la argumentación jurídica en estricto sentido– también afronta los problemas reseñados previamente.

Con contadas excepciones (como el *argumentum e contrario*, el *argumentum ad absurdum* o algunos argumentos semánticos) los argumentos que entran a fundamentar las premisas adicionales del silogismo jurídico presuponen a su vez enunciados no controlables racionalmente por las reglas lógicas o semánticas. Así, por ejemplo, el argumento analógico presupone una valoración sobre lo que es semejante en dos o más casos distintos, el argumento genético requiere de suposiciones sobre la intención real de un legislador histórico, y el argumento teleológico (objetivo) presupone una valoración sobre las finalidades objetivas del ordenamiento jurídico. Las premisas adicionales, que según Alexy deben ser saturadas -como una exigencia de razón práctica-, solo pueden ser objeto de fundamentación mediante argumentos que a su vez presuponen enunciados –premisas– no controlables racionalmente. Esto es especialmente cierto en el caso de los argumentos prácticos generales que, como se ha visto, acuden en última instancia a la simple decisión y al consenso, o, en el mejor de los casos, a la ponderación.

Además, cabe considerar que los esquemas de argumento expuestos por Alexy pierden considerablemente su universalidad como criterios de racionalidad: por una parte, pierden el carácter de exigencias generales de la razón práctica (por ejemplo el argumento analógico, que es una exigencia del principio de universalidad) y, por otra, su esquema no es como tal analítico (es decir, necesario) sino probabilístico.

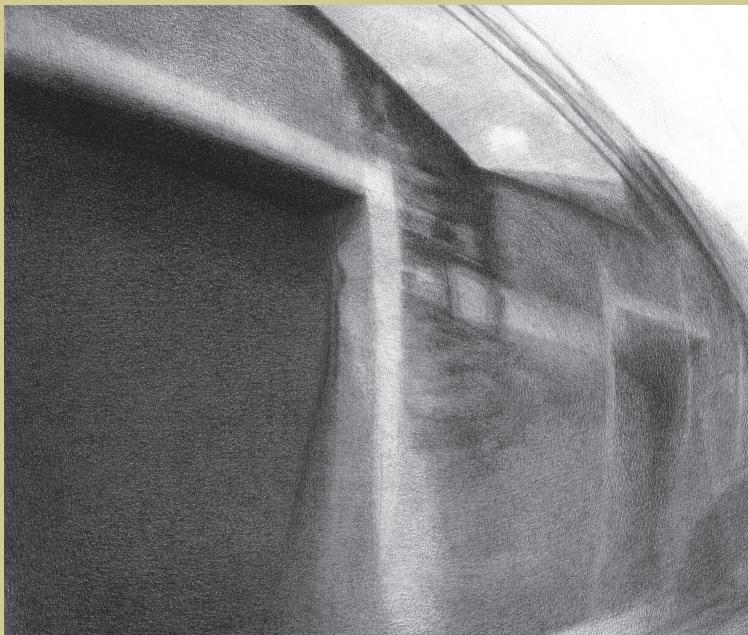
5. CONCLUSIONES

Este artículo ha querido señalar los problemas de justificación trascendental que padece la teoría de la argumentación de Robert Alexy, y la insuficiencia del análisis lógico que en la misma se ofrece. Las dificultades inherentes a las teorías del discurso del tipo Apel-Habermas en la definición de una pragmática trascendental (o universal), y la naturaleza formal de la lógica que dificulta su inserción en un contexto discursivo de este tipo, muestran, por una parte, el “particularismo” del modelo argumentativo, y por otra, la discrecionalidad que subyace –inevitablemente– a la aplicación de normas jurídicas. Si las críticas así formuladas tienen éxito, el modelo propuesto por Alexy no constituye una auténtica alternativa a las diversas teorías de la metodología jurídica, pues la introducción de argumentos no jurídicos en los procesos de aplicación de normas no estarían justificados. En otras palabras, en los denominados “casos difíciles” (aunque no sólo en ellos) los operadores jurídicos no pueden evitar la discrecionalidad, y ni siquiera, como pretende Alexy, ubicarse en un punto medio entre desicionismo y determinismo.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo y BULIGYN, Eugenio (1991). *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo (1995). *Concepciones de la lógica*. En Alchourrón et al. Lógica. España: Trotta.
- ALEXY, Robert (1995). *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*. En Alexy, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____(1997). *Una concepción teórica discursiva de la razón práctica*. En Alexy, Robert. El concepto y la validez del derecho y otros ensayos. Barcelona: Gedisa.
- _____(1998). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa. 5, pp. 139-151.
- _____(2003). *Justicia como corrección*. Doxa. 26. pp. 161-171.
- _____(2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____(2009). *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*. Doxa, 32. pp. 67-84.
- _____(2008). *La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho*. En Alexy, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- _____(2010). *Derecho y corrección*. En: Alexy, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares.
- ATIENZA, Manuel (1999). *El derecho como argumentación*. Isegoría, 21. pp. 37-47
- BAYÓN, Juan Carlos. (2001) *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?* Doxa, 24, pp. 35-62.
- BETEGÓN, Jerónimo (1998). *Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección*. Doxa 21, pp. 171-192.
- CABRERA, Isabel (1999). *Argumentos trascendentales o cómo no perderse en un laberinto de modalidades*. En Cabrera, Isabel. Argumentos trascendentales. México: UNAM.
- CRISHOLM, Roderick (1978). En Cabrera, Isabel. Argumentos trascendentales. México: UNAM.
- DE SANTIAGO, Luis Enrique (1996). *El giro pragmático-hermenéutico de la filosofía actual desde la perspectiva trascendentalista de K-O Apel*. Contrastes: Revista Interdisciplinar de Filosofía, 1, pp. 285-308.
- GAÍDO, Paula (2011). *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid: Marcial Pons.
- GIANFORMAGGIO, Letizia (1993). *La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica*. Doxa, 14. pp. 158-167.

- HABERMAS, Jürgen (1973). *Teorías de la verdad*. En Nicolás, Juan Antonio et al (2012) *Teorías contemporáneas de la verdad*. Madrid: Tecnos.
- _____(1976). *¿Qué significa pragmática universal?* En: Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*. España: Cátedra.
- _____(2002). *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta.
- KÖRNER, Stephan (1999). *La imposibilidad de las deducciones trascendentales*. En Cabrerá, Isabel. *Argumentos trascendentales*. México: UNAM.
- MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, Cristina. *Lógica, Argumentación y decisión judicial*. Doxa, 11. pp 247-262.
- TUGENDHAT, Ernst (1997). *Propedéutica Lógico-semántica*. Barcelona: Antropos.



Título: Sin Título

Técnica: Lápiz sobre papel

Dimensión: 18,5 x 24,5 cm

Año: 2012

MECÁNICA DE LA TENTACIÓN. EL DELITO, LA CULPA Y LA PENA A PARTIR DE CESARE BECCARIA*

* Este artículo se derivó de la investigación doctoral titulada “*Tribulaciones de la conciencia. Culpabilidad y subjetivación a partir de Michel Foucault*”, la cual fue desarrollada en el marco del Doctorado en Filosofía del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia bajo la dirección del Dr. Gonzalo Soto Posada, desde febrero de 2008 hasta diciembre de 2012.

Fecha de recepción: abril 3 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 14 de 2013

MECÁNICA DE LA TENTACIÓN. EL DELITO, LA CULPA Y LA PENA A PARTIR DE CESARE BECCARIA

*John Fredy Lenis Castaño***

RESUMEN

Beccaria representa un giro antimetafísico fundamental para el desarrollo del derecho penal moderno, su perspectiva normativista y garantista; permitiendo el perfeccionamiento de una penalización basada en la demostración fáctica y razonada de la responsabilidad del imputado y no en su confesión forzada o en su esencia pecaminosa; algo con lo cual el método inquisitorial (vengativo-retributivo) se vuelve primitivo y la culpabilización ingresa en el entramado de la racionalidad científica de la época y su carácter positivista-pragmático, la cual no busca extirpar las pasiones humanas (tentaciones, intereses) sino modularlas en aras de una administración política eficaz de los castigos a través también de una educación jurídica y ejemplarizante de los ciudadanos. Sin embargo, la genealogía de los logros beccarianos muestra que éstos conllevan el germe de una obsesión securitaria enmarcada en el afán (también económico y parcializado) de defensa, control y orden social que hoy vivimos muchas veces de manera dramática y antijurídica.

Palabras clave: Beccaria, Foucault, delito, culpabilización, penalización.

THE MECHANICS OF TEMPTATION. CRIME, GUILT AND PUNISHMENT FROM CESARE BECCARIA

ABSTRACT

Beccaria represents a fundamental anti-metaphysic turn in the development of modern criminal law and its normativist and guaranteeing approach. He allows for the perfecting of a penalization system based on factual and reasoned evidence of the responsibility of the accused individual instead of relying on a forced confession or on the sinful essence of a person. With this, the inquisitorial method (based on revenge and retribution) becomes primitive. Likewise, criminalization becomes part of the scientific rationality of the time and its positivist and pragmatic nature. This way of thinking does not seek to erase human passions (temptations, interests); it rather aims to regulate them for the sake of having an effective public administration of punishment that also provides citizens with a legal and exemplifying education. However, the genealogy of Beccarian achievements shows that they entail the seed of the obsession with security inscribed in the desire for defense, control, and social order (which is also an economic and biased desire) that we currently experience, often in dramatic and non-legal manners.

Keywords: Beccaria, Foucault, crime, criminalization, penalization.

** Profesor del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia. Licenciado, Magíster y Candidato a Doctor en Filosofía de la misma institución. Correo: johnlenisc@gmail.com; Tel: 219 56 85.

MECÁNICA DE LA TENTACIÓN. EL DELITO, LA CULPA Y LA PENA A PARTIR DE CESARE BECCARIA

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la teoría jurídica moderna está imbricado en un contexto complejo que no sólo contiene factores premodernos que consideran la pena como resultado de una condición metafísico-teológica arcaica e imperecedera como el pecado, sino también circunstancias sociales, políticas y económicas que hicieron de la modernidad un giro fundamental en las formas mismas de entender el comercio, la riqueza, el orden social, la gubernamentalidad y, por supuesto, la culpabilización y el castigo. En este contexto surgió un movimiento humanista de reforma jurídica que con autores como Cesare Beccaria desplegó una intensa búsqueda de humanización y racionalización utilitaria de las penas con el fin principal de defender el orden social y regular la conducta de los hombres tentados permanentemente a la comisión de crímenes en aras de la realización de su interés privado.

Este tipo de reformas puede leerse en clave hermenéutica, es decir, simbólico-cultural-textual, como una intención bondadosa toda vez que abogaba por el suavizamiento proporcional de las penas; o, desde una perspectiva principalmente epistemológica, como la evolución jurídica correlativa a la revolución científica de la Ilustración. Sin embargo, la metodología genealógica desarrollada por Michel Foucault sirve para entender cómo junto a esas intenciones reformistas y humanitarias germinaron estrategias que han servido para la instrumentalización del Derecho en función de intereses económicos, políticos y culturales menos interesados en el bien general que en el privado: estrategias de seguridad, control, prevención, ejemplarización, amenaza, objetivismo, que muchos sectores y grupos de la modernidad tardía han sabido aprovechar en beneficio de sus propios intereses.

El objetivo principal de este artículo es entonces demostrar a partir de una perspectiva genealógica foucaultiana las ventajas (respecto al sistema feudal de punición) y los peligros del giro beccariano, lo cual implica la consideración de algunas continuidades y discontinuidades respecto a la historia jurídica occidental premoderna. Para ello procederemos a través de los siguientes pasos: (2) *La tensión con la teología del pecado*, donde definiremos uno de los intentos principales del planteamiento beccariano respecto al contexto doctrinario y religioso de su época;

(3) *La disputa con la razón de Estado*, dada la instrumentalización que ésta hacía del Derecho en función de los intereses de la nobleza y sus pretensiones autoritarias; (4) *De la noción de pecado a la idea de delito*, afianzando con ello el paso de una metafísica de la caída hacia una consideración pragmática de los intereses individuales y su tramitación jurídico-estatal; (5) *La concepción mecanicista del hombre y la regulación social, pública y jurídica de la penalización*, las cuales implican la idea de un ser humano interesado, racional, económico y calculador, en medio del condicionamiento psico-físico que modula su sensibilidad y sus pasiones, sin impedir empero la educación de sus representaciones y su consideración respecto a las ventajas e inconvenientes de la realización de los delitos; (6) *El igualitarismo jurídico y la pretensión de superioridad del derecho sobre la moral*, que pone de relieve la igualdad de los hombres ante la ley positiva –neutra, proporcional y ejemplarizante o educativa--, más allá de las disputas morales tradicionales en torno al vicio, la virtud o las intenciones del fuero interno; para finalizar y a manera de (7) *conclusión*, con una reflexión sobre algunas herencias beccarianas para la problematización de la modernidad tardía.

2. LA TENSIÓN CON LA TEOLOGÍA DEL PECADO

Beccaria ha sido uno de los más importantes críticos del exceso punitivo por parte del poder nobiliario a pesar del contexto aún inquisidor que regía su época. En su más afamado libro, no deslegitima ni a la revelación ni a la ley natural como fuentes de los principios morales y políticos de la organización social, sino que justifica el pacto social como origen más apropiado de las convenciones humanas toda vez que tanto las creencias religiosas como las leyes naturales han sido desvirtuadas por los abusos de los hombres (2010, pág. 4)¹. El contrato y la artificialidad de las leyes emergen de este modo como garantes de la convivencia en un mundo pervertido y

1 La religión aparecería así secundada por una consideración de la tergiversación de la que ha sido objeto, evitando con ello el juicio condenatorio que muchos clérigos y creyentes se sintieron autorizados a hacerle por su revolucionario texto. De hecho si todos actuaran movidos por la fuerza de la verdadera religión, para Beccaria no habría necesidad de códigos artificiales como el derecho penal (Cf. 2010, pág. 79). Así pues es muy difícil establecer si el guion de Beccaria al poder religioso surgió de una convicción piadosa sincera como lo proponen Rothman e Ignatiiff (Garland, 2006, pág. 190; Cf. también la “Noticia sobre Beccaria” que aparece en Beccaria, 1995a, pág. IX y ss) o si era una estrategia de cara al poder (Mondolfo, 1946, pág. 27). En efecto, a partir de la famosa afirmación beccariana de que ha “querido defender la humanidad sin ser su mártir” (Beccaria, 1995a, pág. 395), es posible que se haya dado la combinación de ambos motivos (humanitario y estratégico), teniendo en cuenta que para la pragmática jurídica lo que finalmente importó fue el efecto real que el proyecto de reforma tuvo sobre las costumbres punitivas. La racionalidad utilitaria y estratégica es entonces un modo de actuar que no está exenta necesariamente de otros motivos, por ejemplo, la fe religiosa o la compasión.

confuso en cuanto a las verdades de la fe y del cosmos. En este sentido Beccaria da un paso más allá de la reforma luterana al desligar filosofía moral y política de teología, esto es, al diferenciar radicalmente la distinción entre los poderes de los reinos celestial y terreno (Beccaria, 1995, pág. 341 y ss).

A partir de Beccaria es necesario entonces clarificar la racionalidad legal que opera en el trato entre los hombres y distinguirla de la que funciona frente a Dios (2010, pág. 5), al tiempo que separa la retórica religiosa de la pragmática penal toda vez que considera que aquélla no ha tenido efecto en la contención de las pasiones (1995, pág. 345), acompañando así la razón política del Estado o razón gubernamental (Foucault, 2006, pág. 328-329) con una razón jurídica puesto que “se gobierna a partir de unos ‘principios generales’ que ya no son obtenidos por analogía y semejanza (con Dios o la naturaleza), sino producidos por medio de una ‘ciencia del Estado’, de una Estadística” (Castro-Gómez, 2010, pág. 114).

De este modo si bien el gobernante ya no tenía que ocuparse únicamente del fundamento jurídico de la soberanía para manejar el territorio y la sociedad, pues ahora se trataba de controlar el comercio, los recursos, la mano de obra, las vías de comunicación, en fin, la economía y la estadística además de la opinión (Foucault, 2006, pág. 320-323) y los procesos biológicos de la natalidad, la morbilidad, las enfermedades y condicionamientos ambientales de la población (2001, pág. 222); el refinamiento secular del derecho penal debía ser el correlato de ese auge político-económico.

En este sentido Beccaria haría uno de los aportes más interesantes a la ablución de la penalización respecto a residuos de tipo teológico, como refuerzo digno de ese proyecto político de gubernamentalidad económica que estaba surgiendo --y que se sedimentaría en el siglo XIX-- poniendo el derecho a castigar como un instrumento más del Estado que para ser eficiente tenía que pasar por el convencimiento de los ciudadanos respecto a su justicia y proporcionalidad, logrando así el fortalecimiento de uno de los factores más importantes para la conducción de los individuos, a saber, su consentimiento, con lo cual se ajusta el gobierno a la racionalidad de quienes son gobernados (quienes en adelante se debían dirigir más por el cálculo –incluido el Derecho-- que por la verdad o la sabiduría revelada).

3. LA DISPUTA CON LA RAZÓN DE ESTADO

Sin embargo la distancia de Beccaria respecto a la razón de Estado estribaría en la pretensión de ésta de instrumentalizar el derecho, es decir, de poner siempre la ley al servicio de los intereses del Estado al punto de suspenderla según su conveniencia e instaurando la violencia como forma de desarrollar sus objetivos (Foucault, 2006,

pág. 303-305)², pasando a un último plano el deber de velar por la felicidad de los ciudadanos (pág. 324-325) bajo la premisa de que esta felicidad no depende de su autogobierno sino del orden impuesto por el mismo Estado (Castro-Gómez, 2010, pág. 132). Un sometimiento que rompería con el espíritu garantista de la teoría beccariana³.

La ley como convención social es el marco general en el que conviene desarrollar la racionalidad culpabilizadora, separada ahora de los deberes religiosos o naturales, y de las pasiones exacerbadas de unos hombres contra otros –como sucedía en el antiguo derecho germánico (Foucault, 2003, pág. 65 y ss)--, pasando de una culpa espectáculo a una asignación de culpas racional y objetiva, sin volver empero a la idea platónica de ser esclavos de las leyes o de mantener un respeto incondicional por ellas (2009, pág. 284). Su funcionamiento debe darse bajo el principio calculador de la búsqueda de “la máxima felicidad compartida por el mayor número” (Beccaria, 2010, pág. 7), en un contexto que Beccaria describe como muy desarrollado a nivel de la teorización sobre la relación entre soberano y súbditos, la vehiculización del comercio, la “guerra” de la industria entre las naciones, pero donde “poquísimos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de legislación tan principal, y tan descuidada en casi toda Europa” (pág. 8)⁴.

De hecho a finales del siglo XVIII la prisión había adquirido el estatus de forma de castigo privilegiada frente a algunas consideradas más arcaicas y salvajes como la ley del talión, el patíbulo o el suplicio (Foucault, 2003, pág. 100), u otras como el destierro y la multa. Así pues la reforma beccariana germinó en un con-

2 Al respecto es importante anotar que “[...]a teoría del derecho y las instituciones judiciales ya no actuarán ahora como multiplicadoras sino, al contrario, como sustractores del poder real.” (Foucault, 2007, pág. 23)

3 Ahora bien, ¿en qué sentido Beccaria también serviría para la justificación posterior de la razón de Estado al darle al gobierno la potestad legítima de organizar e interpretar las leyes, y al juez la tarea de aplicarlas como un silogismo, sin interpretarlas, toda vez que “la forma secreta y escrita del procedimiento responde al principio de que en materia penal el establecimiento de la verdad era para el soberano y sus jueces un derecho absoluto y un poder exclusivo” (Foucault, 2001a, pág. 41)? Debido al principio contractualista presente en Beccaria, su teoría tampoco es ajena al hecho de que la razón de Estado asociada al poder del Leviatán implica una relación entre Estado y súbdito que coloca a éste en la posición de culpable indigno de misericordia cuando es desleal al código pues es necesario realizar el mito de la ley y el orden mantenidos por el soberano y justificados por la infracción del criminal.

4 Parte de ese poco desarrollo penal tenía que ver también con la fuerte imbricación entre poder y Derecho, de tal suerte que “las clases altas, nobles o nobleza, gozaban de ciertos favores y prioridades y además, privilegios, frente a la ley. Estaban exentos de tortura, salvo en procesos por *Lesa Magestad Divina o Humana*. Era esta una de las manifestaciones de desigualdad personal ante la ley penal” (Monteverde, 1995, pág. 362). La reforma beccariana representa entonces no sólo un giro jurídico sino también una forma larvaria de reforma social (Fernández, 2002, pág. 42 y ss) y una protocrítica al mito de la igualdad en el proceso y la condena penal.

texto marcado por graves problemáticas no sólo religiosas y jurídicas sino también económicas, a la vez que se continuaba de cierta manera con algunas técnicas del encierro y confinamiento de las celdas católicas y protestantes de finales del Medioevo (Cf. Garland, 2006, pág. 127 y 239) a través de las cuales arquitectura y culpabilización se armonizaban en los claustros y celdas monacales y civiles destinados no sólo a purgar la conciencia sino también a separar la geografía de las tentaciones y la contabilidad de las penas.

4. DE LA NOCIÓN DE PECADO A LA IDEA DE DELITO

Por su parte la crítica beccariana a la violencia punitiva ineficaz también se vio favorecida por el proceso civilizatorio que empezó desde finales del siglo XVII a vincular los castigos exagerados a indicios de retraso, ordinariet, pobreza y falta de educación (Cf. Elías, 1994). Nuestro reformador italiano cuestiona entonces el exceso de violencia y el desequilibrio de las penas, los padecimientos de los débiles sacrificados por cuenta de la ignorancia y la indolencia, la inútil severidad de los castigos, la falta de certeza probatoria en muchos de los procesos judiciales, las crueles condiciones de las prisiones y la incertidumbre, características de la mentalidad jurídica de la época signada por los procedimientos de cuño medieval e inquisitorio que aún se daban, y cuyo eje era la noción misma de pecado, la visión maniquea de la naturaleza humana y su incorregible propensión al mal. Por ello Beccaria deja de hablar de pecados y enuncia su planteamiento con base en la noción secular de delitos, formulándose preguntas como:

“¿Cuáles serán las penas convenientes a esos delitos? ¿Es verdaderamente la muerte una pena útil y *necesaria* para la seguridad y el buen orden de la sociedad? ¿Son *justos* los tormentos y la tortura, y obtienen *el fin* que con ellos se proponen las leyes? ¿Cuál es la mejor manera de prevenir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? ¿Qué influencia tienen ellas sobre las costumbres?” (Beccaria, 2010, pág. 9)

Con interpelaciones de este estilo se da un vuelco hacia el racionalismo jurídico de corte utilitarista y pragmático en materia penal; con la consiguiente adición del principio de lo útil para el poder público al principio del intercambio comercial desplegado por la economía política de la época –adición sintetizada en el interés de la ganancia económica y la utilidad social (Foucault, 2007, pág. 64). El paso del pecado al concepto de delito implica pues la reconsideración de la racionalidad teológico-metafísica y el giro hacia una racionalidad de talante histórico y político (Cf. Voltaire, 1980, pág. 133) centrada en los intereses como medio para influir en “los individuos, los actos, las palabras, las riquezas, los recursos, la propiedad, los

derechos, etc.” (Foucault, 2007, pág. 65) “Y de golpe se plantea la idea de que el castigo debe calcularse en función, claro, de los intereses de la persona perjudicada, de la reparación de los daños, etc.” (pág. 66)⁵ De hecho en el planteamiento de Beccaria se trata más de demostrar la inocencia de los imputados que su culpabilidad (Beccaria, 2010, pág.9)⁶ y de tramitar la culpa en un contexto donde lo que debe primar es la idea de justicia, con el cuidado de no “atribuir a esta palabra, *justicia*, la idea de algo real, a modo de una fuerza física y de un ser existente: es una simple manera de concebir de los hombres, manera que influye infinitamente sobre la felicidad de cada uno.” (pág. 11)

Ahora bien, en el espíritu del contrato social generador de las leyes y de la coexistencia socialmente útil, cada integrante cede parte de su libertad, se somete al derecho de castigar bajo la condición de que éste se ejecute de manera justa, esto es, sin abusos por parte de la autoridad, con garantías que legitimen esa cesión hecha por los individuos en aras del todo (Cf. Sotomayor, 2009, pág. 300-301)⁷. En Hobbes mismo además de que el pacto debe implicar disciplina y sometimiento por parte de los súbditos, también exige ecuanimidad por parte del soberano, y en este sentido libertad y sumisión, poder y disciplina, cohabitan allí y lo hacen mediados por la noción de justicia (Cf. Hobbes, 2000, pág. 309; Cassirer, 1996, pág. 208; Tönnies, 1988, pág. 263). Por eso lo que hace hobbesiano a Beccaria no es el absolutismo de la razón de Estado, sino la defensa del deber de justicia del soberano derivado del pacto.

-
- 5 Esta misma primacía del interés es la que hará que la seguridad se ponga como factor acompañante de la libertad del comercio y ello con el fin de que los intereses individuales no primen sobre los colectivos o viceversa (Foucault, 2007, pág. 85-86), de tal suerte que “[n]o hay liberalismo sin cultura del peligro. La segunda consecuencia, claro, de ese liberalismo y del arte liberal de gobernar [del s. XIX] es la formidable extensión de los procedimientos de [vigilancia] control, coacción y coerción que van a constituir la contrapartida y el contrapeso de las libertades.” (pág. 87)
- 6 La distinción principal para Beccaria entre pecado y delito es que mientras el primero sólo puede ser juzgado de forma trascendente y castigado cabalmente de manera *postmortem*, el segundo se juzga y penaliza en el marco de la existencia terrena con los limitados artificios sociales inventados por el hombre en aras de disciplinar tanto el cuerpo como el alma en función del autocontrol (Cf. Foucault, 2001a, pág. 16; Garland, 2006, pág. 167)
- 7 Precisamente Beccaria aboga por un equilibrio entre independencia de los súbditos y poder soberano: los primeros deben ser libres en la medida que respetan el ejercicio justo (no tiránico) del poder estatal (Beccaria, 1995, pág. 348), de tal modo que ni admite las acusaciones de impiedad frente al poder religioso de las que fue señalado, ni acepta las de sedición frente al poder civil.

5. LA CONCEPCIÓN MECANICISTA DEL HOMBRE Y LA REGULACIÓN SOCIAL, PÚBLICA Y JURÍDICA DE LA PENALIZACIÓN

Por su parte, los hombres son concebidos acá de una forma consonante con la definición burguesa y capitalista de persona: “las categorías jurídicas de la persona definen a los individuos como ‘sujetos egoístas aislados’, ‘poseedores de intereses privados autónomos’ y ‘territoriantes ideales’ que se relacionan entre y con el mundo por medio de formas de contrato, propiedad e intercambio” (Garland, 2006, pág. 138). En efecto, en el mundo del tribunal jurídico el imputado aparece como un sujeto libre, responsable y hedonista que ha preferido su placer particular al bien social y es responsabilizado en consecuencia; imponiendo así una idea de subjetividad a la vez que se ejerce una estrategia de sujetación.

Esta idea jurídica de persona promedio es uno de los referentes fundamentales de la noción de culpabilidad en el marco del derecho penal, la cual también se verá confrontada con su concepción terapéutica y que confirma que la definición de la responsabilidad es corolario de una ontología de la libertad --asepsia de la idea de persona que aún es objeto de debate en el análisis del derecho penal contemporáneo. La justicia establecida por Beccaria como racionalidad jurídica y gubernamental y como convenio inmanente a la vida terrena se articula con esa idea de sujeto burgués, que al considerar la igualdad racional y física de los hombres como presupuesto del contrato civil y jurídico, permite definir el proceso judicial como transacción entre el deudor (infractor o criminal) y el acreedor (Estado), pasando por alto las desigualdades introducidas por la pobreza y la falta de plena libertad entre los ciudadanos, así como las diferencias implantadas por las disciplinas (Cf. Dreyfus & Rabinow, 2001, pág. 165) a pesar de su conciencia respecto a la dañina relación entre intereses económico-políticos y la aplicación de la ley; con lo cual se muestra que la teoría jurídico-política de la igualdad entre los hombres y la desigualdad fáctica y socio-económica entre ellos pueden ser simultáneas y paralelas.

En este sentido la asunción beccariana de las circunstancias materiales e históricas que definen las relaciones sociales y políticas entre los ciudadanos no es la misma que haría el análisis marxista posterior, sino la historización radical del orden colectivo en su separación de la primacía asignada a lo espiritual en la tradición religiosa precedente a la Ilustración. Con la asepsia social y religiosa del derecho penal llevada a cabo por Beccaria, el entramado conformado por la antropología y psicología del culpable en esos términos de sujeto burgués, viene como anillo al dedo para la aplicación de la política penal del capitalismo naciente, a pesar del llamado también beccariano a la defensa de las garantías procesales (Cf. Garland, 2006,

pág. 199), de tal modo que en su planteamiento encontramos juntas las semillas de un derecho penal individualizador y de una concepción jurídica garantista que reclama la consideración de circunstancias y urdimientos procesales,

“es decir que si, en apariencia, la nueva legislación criminal se caracteriza por un suavizamiento de las penas, una codificación más clara, una disminución notable de la arbitrariedad, un consenso mejor establecido respecto del poder de castigar [...], existe bajo ella una alteración de la economía tradicional de los ilegalismos y una coacción rigurosa para mantener su nueva ordenación. Hay que concebir un sistema penal como un aparato para administrar diferencialmente los ilegalismos, y no, en modo alguno, para suprimirlos todos” (Foucault, 2001a, pág.93).

Teniendo en cuenta que la exigencia de una adecuada economía del castigo buscaba también

“asegurar una mejor distribución de este poder, hacer que no esté demasiado concentrado en algunos puntos privilegiados, ni demasiado dividido entre unas instancias que se oponen: que esté repartido en circuitos homogéneos susceptibles de ejercerse en todas partes, de manera continua, y hasta el grano más fino del cuerpo social. La reforma del derecho criminológico [por tanto] debe ser leída como una estrategia para el reacondicionamiento del poder de castigar, según unas modalidades que lo vuelvan más regular, más eficaz, más constante y mejor detallado en sus efectos...” (pág. 85)

Con esta noción de delito se historiza además la definición de la culpa toda vez esta se vuelve un asunto meramente humano, ni Dios ni los sacerdotes, *so pretexto* estos últimos de su investidura sagrada, podrán seguir haciendo de legisladores. Pero entre los hombres se instaura un magistrado como mediación entre el poder soberano y los súbditos como garantía de la verdad de los hechos (Beccaria, 2010, pág. 12); con la condición de que ya no se debía arrancar la verdad a través de la tortura y la confesión con el ánimo de probar a toda costa la culpabilidad del imputado, “pues ¿qué pregunta más sugestiva que el dolor?” (pág. 25), y que barbarie infligirle dolor a alguien, es decir, imponerle una pena, cuando es incierta su culpabilidad⁸.

8 Con el agravante de que debido al carácter “inquisitorio” del proceso (“ofensivo” como lo llamaba Beccaria) y no “informativo” (“acusatorio” según la terminología actual) el juez se constitúa al mismo tiempo en acusador, dándose así la peculiar circunstancia de que el juez se veía llevado a demostrar, a cualquier precio, su propia versión acusatoria para dictar sentencia en coherencia consigo mismo (Cf. Agudelo, 2010, pág. 102, nota 36). En la Inquisición los acusados no participaban de manera activa en el proceso judicial, sino como meros individuos psico-físicos autoincriminadores, no como sujetos procesales, haciéndose “del culpable el pregonero de su propia condena” (Foucault, 2001a, pág. 49). De este modo se anulaba la presunción de inocencia que se debía contraponer a la hipótesis acusatoria o culpabilizadora como fundamento de la necesidad del proceso jurídico y como garantía para el inculpado.

De hecho cuando la culpabilidad es inducida y no demostrada, lo que se confirma es la compleja circunstancia física y sensible que determina al hombre,

“por consiguiente, la impresión del dolor puede crecer al punto de que, ocupándola toda [la sensibilidad], no deje otra libertad al torturado que la de elegir el camino más corto, de momento, para sustraerse de la pena [...] Entonces el inocente sensible se declarará culpable, si cree que con ello hará cesar el tormento.” (pág. 29)

Inocencia y culpabilidad según el orden de la resistencia corporal y no según la responsabilidad del imputado llevan a que el derecho y la moral se minimicen al nivel biológico de la fuerza para resistir o para ceder ante el tormento escrutador,

“tanto, que con este método un matemático resolvería mejor que un juez este problema: dada la fuerza de los músculos y la sensibilidad de los nervios de un inocente, determíñese el grado de dolor que lo hará confesarse culpable de un determinado delito” (ibid.)

Además de la natural confusión mental que puede padecer un hombre (inocente o culpable) durante las peripecias del juicio penal. En efecto, si aún en estado de tranquilidad la razón no está exenta de contradicción, ¿cómo no habría ésta de multiplicarse en medio de la ansiedad propia de un proceso tal (pág. 31)? La inculpación por la vía del tormento sistemático y coactivo se vuelve así un cierto modo de ontologización toda vez que la estigmatización llevada a cabo no sólo surge a partir del hecho particular por el que se está acusando al imputado, sino que también afecta la historia y modo de ser completos del hombre en cuestión, “lo cual equivale a este razonamiento: *eres culpable de un delito, luego es posible que lo seas de cien otros...*” (ibid.) El sospechoso y confeso culpable (aunque lo sea por la vía de la tortura), deja de ser un agente de un hecho específico consagrado por la ley (en este caso natural o divina) como contravención y se constituye en un ser malvado y naturalmente inclinado a cometer el mal no sólo en el pasado o el presente (como quedaría demostrado según la tecnología de la tortura) sino también en el futuro próximo o lejano; y por ello merecedor de una pena que se debe establecer como algo propiamente atemporal en correspondencia con el eterno carácter malvado del criminal.

Contra lo anterior Beccaria enfatiza que lo propio del derecho penal debe ser el establecimiento de la verdad de los hechos y no la imperiosa búsqueda de culpabilización como sucedía en las racionalidades abusivamente religiosas (pág. 36)⁹. Acá suena con fuerza el principio de que un hombre es inocente hasta que se *demuestre* lo

9 Incluso la promesa del perdón, propia de la religión cristiana especialmente en su vertiente católica, es una garantía para delinuir: “entonces la religión se presenta a la mente del criminal que abusa de todo, y

contrario (pág. 27), haciéndose inaceptable el exceso de sufrimiento que se le cause durante el proceso. Realmente la cárcel, mientras que se prueba la culpabilidad de un sospechoso, sólo debe ser usada como custodia rápida y garantía transitoria (pág. 51). La indolencia del juez no debe por consiguiente sobreponerse a las angustias del reo. De igual modo la prontitud de la sentencia educa a los ciudadanos, pues la asociación de las ideas, en este caso entre crimen y castigo, es mayor, más fuerte y duradera, mientras menos tiempo transcurra entre ellas (ibid.).

Así pues el método inquisitorial se vuelve primitivo (Cf. pág. 28) y la culpa entra en el entramado de la racionalidad científica de la época: la verdad de la acusación tiene que demostrarse de manera segura. Y para ello el juez tampoco puede erigirse en hermeneuta exclusivo y privilegiado de la ley. La transparencia de esta debe ser tal que “en todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena” (pág. 13-14). Predecesor pues del normativismo jurídico contemporáneo, Beccaria defiende la positividad de la ley y la transparencia de la demostración (ex)culpabilizadora. Y en este sentido para él es preferible el desorden que pueda nacer de la rigurosa aplicación de la ley al desorden nacido del conflicto de interpretaciones en torno a ella (pág. 14).

El peso de la ley escrita se asemeja a la fuerza de un hecho físico y positivo que se impone con toda evidencia: “donde haya leyes claras y precisas, el oficio de un juez no consiste más que en verificar un hecho” (pág. 19). De tal suerte que, aparejado con esta exterioridad y positividad de la ley, se desarrolla la racionalidad calculadora del potencial delincuente en tanto éste también puede sopesar con precisión los inconvenientes de un delito, esto es, las penas correspondientes. El castigo “afecta sobre todo a los otros [no sólo al condenado], a todos los culpables posibles. Que estos signos-obstáculo que se graban poco a poco en la representación del condenado circulen, pues, rápida y ampliamente, que sean aceptados y redistribuidos por todos, que formen el discurso que cada cual dirige a todo el mundo y por el cual todos se vedan al crimen” (Foucault, 2001a, pág. 112); función ejemplar predecesora de la amenaza culpabilizadora de las sociedades de la sospecha y la delación actuales. El castigo surge así como el resultado de una ecuación y de un cálculo¹⁰,

ofreciéndole un fácil arrepentimiento y una casi certeza de felicidad eterna, disminuye en mucho el horror de la última tragedia [el suplicio o la pena de muerte]” (Beccaria, 2010, pág. 45).

10 “Espíritu de cálculo y de comparación rápida y profunda, por medio del cual se descubre la verdad en las marañas más complicadas y difíciles, y sólo del cual puede adquirir su perfección la ciencia legislativa.” (Beccaria, 2003, pág. 17). Sin embargo esta asepsia de la ley escrita, no sólo respecto a los abusos de la teología medieval, o a las pugnas por la riqueza, el poder o los intereses particulares (pág. 16-17), sino también en razón de la interpretación de los jueces, tiene como contra-efecto la confianza excesiva en el *corpus*

del cual hacen parte la culpabilidad y los hechos (léase pruebas o indicios ciertos). Acá resuena el principio luterano de la publicidad de los textos o de su traducción a las lenguas vernáculas:

“cuanto mayor sea el número de los que entiendan y tengan entre sus manos el Código sagrado de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos, pues no hay duda de que la ignorancia y la falta de certeza respecto de las penas favorecen la elocuencia de las pasiones” (Beccaria, 2010, pág. 16).

Además, con la importancia dada a la función de los testigos, cuya credibilidad se funda en el único interés de decir la verdad o no (pág. 20-21), la culpabilidad queda delimitada a un asunto intersubjetiva y socialmente juzgado, saliendo así del confinamiento intimista y religioso en el que antes se hallaba (pág. ej. en San Agustín). Acá se empieza a vislumbrar la generalización de la culpabilidad potencial que hará época en las sociedades de control de la modernidad tardía, “el criminal es cualquier hijo de vecino. Es una persona cualquiera o, en fin, se lo trata como a cualquier otra persona que invierte en una acción, espera de ella una ganancia y acepta el riesgo de una pérdida” (Foucault, 2007, pág. 293).

La racionalidad culpabilizadora comienza a funcionar, esta vez dentro del marco del derecho, como estrategia de gobierno y socialización (aliada al poder pastoral como poder de castigar) pues la culpa sería definida a partir de un proceso y no de una concepción metafísica o substancialista. Sin embargo este procedimiento también acarrea sus riesgos: apresuramiento en la sentencia, impunidad por falta de carácter o temor a equivocarse (Beccaria, 2010, pág. 22), acusaciones secretas e instauración de una sociedad de la delación y la sospecha mutua entre los potenciales testigos o ciudadanos (pág. 23); lo cual es también una anticipación crítica a la importancia que adquiriría en las sociedades de control contemporáneas la idea de prevención y de los sujetos potencialmente peligrosos:

“¿Quién podrá defenderse de la calumnia, cuando esté ella armada con el más poderoso escudo de la tiranía, que es el secreto? ¿Qué clase de gobierno es aquel en que, quien gobierna, sospecha en cada uno de sus súbditos un enemigo, y se ve constreñido, en bien del público reposo, a quitarlo a todo el mundo?” (pág. 24).

jurídico, su abstracción. Y aunque probablemente el principio beccariano de la publicidad de los juicios y las pruebas (pág. 20) estaba llamado a garantizar la objetividad en la aplicación de la ley y el sentimiento de seguridad jurídica de los ciudadanos, así como el balance entre acusación y defensa (pág. 21), el principio de objetividad es puesto en cuestión cada que surge el conflicto de interpretaciones en los avatares de la hermenéutica jurídica.

Lo punitivo en Beccaria, trascendiendo lo meramente natural o religioso, tiene pues utilidad social sólo en la medida que el castigo es eficaz, esto es, surgido de un proceso judicial correcto, con la clara verificación de culpabilidad, así como la equilibrada relación entre delito y pena. No se trata de castigar por castigar, con la esperanza de que el solo temor a la crueldad de las penas ejemplarice a la sociedad, por ello es más importante la certidumbre de los castigos que su ferocidad (pág. 53); el temor debería darse entonces ante la infalibilidad de la justicia, esto es, ante la seguridad de que no habrá impunidad o “la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable [del castigo], lo que debe apartar del crimen” (Foucault, 2001a, pág. 17).

De este modo la culpabilidad supera el nivel meramente subjetivo y corporal de la tribulación trágica, helenística o medieval y se convierte en elemento al servicio del orden social y el gobierno político a través de la difusión ideológica de las posibles penas pues “lo que debe llevarse al máximo es la representación de la pena, no su realidad corporal” (pág. 99). “Las penas deben ser [pues] proporcionadas entre sí y en relación a los delitos, no solo en la fuerza, sino también en el modo de infligirlas” (Beccaria, 2010, pág. 53), de tal suerte que lo prioritario ya no es definir una gradación de la culpa sino una escala de los delitos en relación con las penas.

De hecho ni siquiera es fundamental castigar a los cómplices, si éstos huyen ante la captura del reo principal, ellos se autoinfingen el castigo en la medida que se exilian, liberando simultáneamente a la sociedad de origen de la continuación de su afectación (pág. 31). Con ello el procesamiento de la culpa en el marco del pensamiento beccariano se hace un asunto de pragmática socio-política y no de mera reivindicación ética, moral o religiosa. Por esto tampoco el perdón aparece como elemento central en su definición del procedimiento legal. En efecto, la clemencia sería propia de un régimen legal confuso, mientras que donde haya “una perfecta legislación en que las penas fuesen suaves y el método de juzgar fuera regular y expedito” (pág. 54), aquella no haría más que incentivar la impunidad; expulsándose así de la justicia civil el residuo teológico del perdón de los pecados y ahondándose en la consideración meramente secular del poder de castigar.

Con Beccaria entramos pues al ámbito de la culpabilidad entendida a la luz del contrato social y las vicisitudes jurídicas del Estado moderno, haciendo que uno de los ejes centrales sobre los que se definiría la moral ilustrada, en contraposición a la del Medioevo, fuese la racionalidad jurídica penal. Gran parte de la fuerza de este Estado gravita entonces en torno a la independencia de su corpus legal respecto a las consideraciones teológicas precedentes, las cuales también impregnaban el absolutismo propio de la razón de Estado que, entre otras cosas, pretendía que los súbditos fuesen juzgados y condenados de manera diferente a los nobles (pág. 64-65).

Así se busca superar también la analogía familiar que el poder nobiliario había asumido de la tradición patriarcal (pág. 84). El poder del *pater familias* queda suplantado por la ley positiva y el espíritu de familia es relegado por el espíritu regulador de la República. La moral doméstica debe ser superada por la moral pública; la sujeción y el temor por el valor y la libertad; la solidaridad familiar por la solidaridad humanitaria; el sacrificio por un bien restringido a la articulación de los propios intereses con la ley general (pág. 85). Incluso la culpabilización y la penalización deben ser posibilidades universales aunque territorializadas por los pactos fundadores de cada Estado: “[e]l lugar de la pena es el lugar del delito, pues solo allí, y no en otra parte, los hombres se ven forzados a ofender a un particular para prevenir la ofensa pública” (pág. 55).

Culpa y penalización quedan así unidas por el marco contextual del derecho que ha sido infringido, el cual fue originado a su vez por el pacto que instituyó a cada Estado particular. Dicha racionalidad es potencialmente universal pero aplicada de manera específica. Lo que queda de la culpa en este planteamiento beccariano es su *modus operandi*, es decir, su mecanismo o funcionamiento de cara a los compromisos del individuo con la sociedad y el Estado y ello precisamente porque, como ya se dijo, lo importante no es el drama moral ínsito en la culpa individual sino el daño a la sociedad.

Por tanto más que de culpa o culpabilidad se hace imperativo hablar de culpabilización, lo cual implicaría las nociones de proceso jurídico, marco legal (instituido a su vez por el pacto social), penalización proporcional y socialmente útil, objetividad de la ley, control del daño social y defensa de la sociedad. Todo lo cual está marcado en Beccaria por un cierto mecanicismo y empirismo moral, y en este sentido placer, dolor e interés hacen parte de los alicientes para la acción humana¹¹, pues la sensibilidad de los hombres les lleva a actuar según los obstáculos que encuentran en la sociedad: “si una pena igual castiga dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculo para cometer el delito mayor, si a él encuentran unida una mayor ventaja.” (pág. 58)

En este caso se hace fundamental que la ley tenga en cuenta los sentimientos morales que la tradición ha inculcado, especialmente aquellos de la indignación y la proporcionalidad de los castigos (ibíd.), a pesar de que la ley racional no deba basarse únicamente en ellos para actuar. La pasión humana entra pues en constante choque con el cálculo racional y así

11 Ni siquiera con la aparición del contrato o pacto social el sujeto de interés es anulado por el sujeto de derecho, tampoco aquél tiene que renunciar a sí mismo como ocurre con éste en la cesión de algunos derechos en aras de conservar algunos; el hombre económico del siglo XVIII es por tanto irreducible al hombre jurídico (Foucault, 2007, pág. 315 y ss).

“son imposibles de prevenir todos los desórdenes en el combate universal de las pasiones humanas. Tales desórdenes crecen en razón directa de la población y del entrecruzamiento de los intereses particulares que no es posible dirigir geométricamente a la utilidad pública. La exactitud matemática hay que sustituirla, en la aritmética política, por el cálculo de probabilidades [...] el impulso hacia los delitos crece en razón del interés que cada cual encuentra en esos mismos desórdenes; de ahí que la necesidad de agravar las penas vaya aumentando siempre por ese motivo.” (ibid.)

En suma, la antropología moral beccariana parte de la idea de un complejo pasional y racional que hace del hombre un actor movido por el propio interés y las fuerzas sociales que le condicionan, así como por el ejemplo, el principio del mínimo esfuerzo, la certeza del bien y del mal (2003, pág. 17), apareciendo allí la culpa como algo circunstancial y contingente, como fruto de una tensión histórica y social, enfatizando el carácter relacional de su comisión. Si las acciones humanas, movidas por el impulso del interés y la propensión a la búsqueda del placer a la manera de una fuerza gravitacional,

“chocan entre sí y se ofenden recíprocamente, las penas, que yo llamaría *obstáculos políticos*, impiden el mal efecto sin destruir la causa impelente, que es la sensibilidad misma, inseparable del hombre; y el legislador hace como el hábil arquitecto, cuyo oficio es el de oponerse a la dirección ruinosa de la [fuerza de] gravedad, y aprovechar las que contribuyen a la solidez del edificio.” (2010, pág. 59)

Nada de metafísica religiosa de la culpabilidad en esta metáfora física de la fuerza para el actuar toda vez que el criminal es un sujeto peligroso por la posibilidad de reincidencia efectiva, no por síntomas asociados a una esencia pecaminosa. Mecanicismo de la moralidad que hace de la arquitectura política la estrategema eficaz para encauzarla. Mecánica de la tentación que permite abstraer la culpabilidad del mero resorte interno del hombre en tanto aquélla es entendida como resultado de un sensualismo relacional de una fuerza en pos de otra, presentando así una profunda afinidad con el mecanicismo moderno (Cf. por ejemplo Hobbes, 2000). Culpa sólo en la medida de la exteriorización de la intención a través de la acción, de allí que “erraron los que creyeron verdadera medida de los delitos la intención de quien los comete” (Beccaria, 2010, pág. 60).

6. EL IGUALITARISMO JURÍDICO Y LA PRETENSIÓN DE SUPERIORIDAD DEL DERECHO SOBRE LA MORAL

Ni siquiera el rango de la persona ofendida a través del crimen puede contarse como determinadora de la gravedad del delito; en el entramado de la sociedad ju-

rídica todos son iguales, no hay una diferenciación metafísica de estimación como sucedería en la comparación entre el Ser supremo y los demás (ibid.). Tampoco la idea de gravedad del pecado puede determinar la escala de los delitos, ya por la igualdad jurídica entre los hombres¹² (no igualdad material o natural), o por la imposibilidad de suplantar la justicia divina: “solo la necesidad ha hecho nacer del choque de las pasiones y de la oposición de los intereses la idea de la *utilidad común*, que es la base de la justicia humana” (pág. 61). Castigar con base en la idea de pecado es pretender igualarse a la omnipotencia y omnisciencia divina que no sólo castiga exenta de las leyes humanas de la acción-reacción, sino también conociendo cabalmente los secretos del corazón de los hombres, vetados para la limitada mente de los jueces humanos.

Así pues si “la gravedad del pecado depende de la inescrutable malicia del corazón” (ibid.), los veredictos penales humanos pueden entrar en contradicción con los designios divinos. Con ello se aleja Beccaria no sólo de la Inquisición católica y los castigos análogos llevados a cabo por la reforma calvinista, sino también de la razón de Estado que se podía basar en la mera sospecha de la maquinación del potencial criminal para dictaminar el castigo. El juicio sobre la intención, el pensamiento y la voluntad queda supeditado a la evaluación de los hechos efectivamente realizados. De allí que para nuestro jurista la clasificación precisa y cierta de los delitos sea fundamental para llevar a cabo una justicia exenta de los vaivenes de las vagas y fluctuantes definiciones de vicio y virtud, propias de legislaciones confusas y morales equívocas (pág. 62)¹³, haciéndose así digno predecesor del normativismo penal contemporáneo --por ejemplo de Günther Jakobs quien también concibe el derecho penal como manifestación del ideal de organización social (Cf. pág. ej. Jakobs, 1995, 2003).

Por su parte, con la crítica beccariana a la tortura como respuesta a la infamia del criminal, se deslegitima la ley del talión y ello porque precisamente para el pensador italiano la indignación ocasionada con la ofensa es del orden de la relación moral, esto es, de la opinión pública y no de la ley o de la razón. De este modo la tortura se hace errónea al intentar compensar de manera sensible un asunto que se halla en otra dimensión: el orden jurídico-civil (Beccaria, 2010, pág. 32). Para él no pueden tolerarse en pleno siglo XVIII ideas como infierno, suplicio, retribución, que en su concepto corresponden al ámbito religioso y que algunos han equiparado de manera

12 Igualdad que también serviría posteriormente como uno de los pilares de la concepción democrática del Estado (Agudelo, 2010, pág. 99, nota 24).

13 Para nuestro autor la moral es ambigua y equívoca, mientras el derecho puede ser claro, preciso, unívoco (Beccaria, 2010, pág. 66). De aquí que la moral como opinión –muchas veces engendradora de despotismo-- no deba tener importancia y deba instituirse la moral como derecho (pág. 67).

equivocada y abusiva al procedimiento jurídico (pág. ej. el restablecimiento del orden –purificación de la mancha-- y la confesión del criminal), toda vez que la pena se debe imponer como respuesta a la ofensa cometida al todo social a través del delito y no para vengar los intereses particulares.

El derecho penal y la racionalidad culpabilizadora deben trascender en la mayor medida posible este sentimentalismo quasi religioso de la ira particular y su correlativo deseo de compensación, y concentrarse en la pragmática calculadora de la aplicación de la ley. En este cálculo el papel de la pena también tiene que ver con la racionalidad del hombre aplicada al fin de la evitación de la culpabilidad (pág. 33), quien es capaz de sopesar previamente la diferencia entre el mal acarreado por la pena y el bien que se lograría con el crimen: “para que una pena consiga su efecto, basta que el mal de la pena supere al bien que nace del delito” (pág. 39), a diferencia de la evitación helenística que se dedicaba fundamentalmente a la reflexión en búsqueda de la ataraxia personal.

Consecuentemente el fin de la pena en Beccaria es desincentivar la idea de impunidad (pág. 35), no busca retribuir al ofendido o equilibrar el dolor infligido, es decir, apunta a una función política cual es la administración social del castigo y la criminalidad, esto es, el control y la prevención, no buscando la purificación o domesticación de las pasiones, lo cual sería un fin último, el primero es el mantenimiento del orden social. “*El fin*, pues, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que los hagan iguales” (pág. 38) pero de tal forma que la racionalidad punitiva sea neutra y proporcional, sin los visos pasionales de la *vendetta* arcaica pues “la atrocidad misma de la pena hace que se arriesgue tanto más por eludirla cuanto mayor sea el mal a que se expone; hace que se cometan nuevos delitos para rehuir la pena por uno solo” (pág. 39), de tal modo que el castigo desproporcionado puede entonces inducir más al delito que refrenarlo. Por lo tanto se trata no de “castigar menos, sino castigar mejor; castigar con una severidad atenuada quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social” (Foucault, 2001a, pág. 86).

El derecho penal también tiene entonces el encargo social de educar jurídicamente a los ciudadanos; con la suavidad y proporcionalidad de las penas se buscaba imprimir de forma duradera en la mente de los hombres las prevenciones necesarias que les ayudaran a retener su deseo de transgresión,

“Aquel estribillo frecuentemente repetido dentro de nosotros mismos, y por ello eficaz, que dice: *yo mismo me veré reducido a tan prolongada y misera condición [de prisionero], si cometo tales hechos*, es mucho más abrumador que la idea de la muerte, que los hombres siempre miran en una oscura lejanía.” (Beccaria, 2010, pág. 42-43)

Autocompásion y carácter especular de la culpabilización y del castigo funcionan de esa forma como estrategias (prácticas institucionales o acciones políticas) de la punición que busca inducir en los ciudadanos una racionalidad autorreguladora. No es compasión por el reo castigado, ni la sensación de una culpa ajena a raíz del crimen cometido por el sujeto sancionado, sino la análoga representación de la pena y el señalamiento lo que lleva al espectador (o público) a identificar en sí mismo las desventajosas consecuencias asociadas a la comisión de un delito pues “es un principio evidente que ningún ser sensible se interesa más que por los males que conoce” (pág. 70) y no por los que permanecen en el anonimato de una historia vital impropia. ¿Dónde queda entonces la abstracción y generalidad de la ley? De ese nivel sensible de la socialización jurídica se podrá transitar luego a un nivel más abstracto y elaborado de la reflexión penal, tratando de pasar de individuos y naciones indolentes y voluptuosas a ciudadanos valerosos y fuertes; lo cual no lleva a Beccaria a desconocer –como ya había sido indicado-- que para la mayoría de los ciudadanos es fundamental que la codificación penal sea clara, sencilla, precisa, mínima y de sentido evidente (pág. 89).

El hombre ilustrado es pues el mayor grado alcanzado en la genealogía beccariana del Estado civil (pág. 90-91) y el eje de una sociedad movida por las leyes contractualmente constituidas bajo la luz de la razón y la utilidad. Con la idea de bien público o defensa social, Beccaria también se anticiparía a los desarrollos contemporáneos del derecho penal securitario, “los atentados, pues, contra la seguridad y la libertad de los ciudadanos son uno de los mayores delitos...” (pág. 63), con lo cual en la modernidad tardía se priorizaría la moral pública y la racionalidad conservadora para justificar el control. De tal modo que para Beccaria también es mejor “prevenir los delitos que castigarlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de los bienes y de los males de la vida” (pág. 87-88)¹⁴. Esto es, al principio del control social Beccaria anexa como un incondicional el de la transparencia y la justicia (pág. 73)¹⁵. Y ello gracias a la atenta observancia del código y del procedimiento con lo cual

-
- 14 Sin embargo hay que reconocer que en Beccaria no había la rigidez penal de los neoconservadores actuales (o nueva derecha); para él había que distinguir las sanciones de acuerdo a los delitos, por ejemplo, los ocurredos en contra del tributo a través del contrabando, de los asesinatos o robos (Beccaria, 2010, pág. 70), es decir, una taxonomía punitiva que buscaba ante todo distinguir los actos criminales con el fin de asignarles la pena más funcional y útil –no el perdón o la impunidad-- y no, como en la actualidad, subsumir cualquier indicio delictual en el complejo seguridad-control.
- 15 Precisamente “[l]o que caracteriza un Estado de policía es que se interesa en lo que los hombres hacen, en su actividad, en su ‘ocupación’” (Foucault, 2006, pág. 370) no en lo que son.

la culpabilidad o la inocencia pierden todo su peso cuando no son el resultado de un minucioso y detallado cúmulo de pruebas.

7. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Con Beccaria se instauró una racionalidad que se opone tanto al mito absolutista del Estado y su poder de castigar sin concesiones a los culpables, como al expresivismo punitivo de la cristiandad a través de los suplicios y las mistificaciones —esto es, ni punitivismo absolutista de la razón de Estado ni emotivismo religioso de las Iglesias—; abogando por un derecho penal útil en el control del delito. Sin embargo, en su teoría se hallan los gérmenes de dos tendencias contemporáneas distinguibles pero articulables: por una parte el modelo welfarista y su crítica a la arbitrariedad y a la inhumanidad de los castigos y, por otra, la determinación precisa y fija de las penas con la consiguiente multiplicación de normas, sanciones y restricciones, típica de los modelos normalizador y neoconservador.

En este sentido una cosa es el discurso de reformadores, filósofos, juristas y polí-tólogos y otra el conjunto de convicciones culturales (normas) y factores económicos y técnicos que constantemente permean y tensionan el corpus positivista del derecho penal (leyes). Uno de los elementos tradicionales más importantes que dichos modelos conllevan como fondo y sustento del derecho es la individualización culpabilizadora, a pesar del intento del positivismo jurídico de pasar de ésta a la criminalización y su penalización, pues el derecho penal sigue necesitando del criminal para aplicar su sentencia contrariamente al intento repetitivo de poner el acento en el acto criminal; la confesión misma del imputado se presenta pues como recurso económico y funcional para la determinación del veredicto por encima de las dudas que, durante el proceso, se puedan generar sobre las pruebas (Foucault, 1990).

En síntesis, seguimos atrapados en esa costumbre inveterada de legitimar la aplicación del derecho penal a través de la idea —griega, cristiana, medieval, protestante y jurídico/moderna— de culpa. La penalización depende entonces de una producción del culpable, de una configuración del criminal. En este sentido su poder fundamentalmente se da sobre el alma, sobre las interpretaciones, sobre los deseos, de tal suerte que “el poder del Estado de derecho no se mide por las acciones de los tribunales sino por la disposición de los ciudadanos para comprender los acontecimientos, las acciones y los sujetos como instancias del derecho” (Kahn, 2001, pág. 92).

Así el desarrollo científico y tecnológico de la época moderna ha corrido parejo con algunas concepciones tradicionales, de tal modo que con el auge de la ciencia moderna no se trata solamente de la ganancia de una seguridad ontológica pos-

tradicional en ruptura total con creencias de tipo religioso o mítico, como lo ha planteado Giddens (Castro-Gómez, 2001, pág. 66, nota 1).

Lo que el desarrollo actual de la criminalización ha mostrado es precisamente una alternancia en el uso de estas dos racionalidades: por un lado la científico-técnica que apunta a estrategias de control, eficiencia, maximización de la relación costos-beneficios, y, por otro, la penalización que vincula justificaciones jurídicas y políticas con convicciones morales, miedos e inseguridades. Todo ello en medio de la pérdida del poder estatal para redistribuir la riqueza y la seguridad social gracias a la globalización económica del neoliberalismo y la desterritorialización efectuada por las multinacionales (pág. 75). Sin tratarse empero de alguna jerarquización del poder, sino de una microfísica que puede hallarse invadiendo todas las capilaridades de las instituciones y de los individuos, subjetivizándolos de tal modo que la racionalidad culpabilizadora y estigmatizadora funcione en todos y cada uno de ellos, así que lo más difícil de hacer para los sujetos de cara a esta racionalidad es precisamente intentar pensar de otro modo, ejercer una ética distinta a la moral estigmatizadora y clasificadora de la tradición reforzada por los imperativos económicos.

8. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Agudelo, Nódier. (2010). “Notas”. En: Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas* (ppág. 94-102). Bogotá: Temis.
- Beccaria, Cesare. (1995). “Respuesta a las notas y observaciones de un Frayle dominico, sobre el libro de los delitos y de las penas”. En: *Tratado de los delitos y de las penas* (ppág. 339-351). México: Porrúa.
- Beccaria, Cesare. (1995a). *Tratado de los delitos y de las penas*. México: Porrúa.
- Beccaria, Cesare. (2003). *Principios de Economía pública y otros ensayos*. Traducción de Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Beccaria, Cesare. (2010). *De los delitos y de las penas*. Estudio preliminar de Nódier Agudelo. Bogotá: Temis.
- Cassirer, Ernst. (1996). *El mito del estado*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Castro-Gómez, Santiago. (2001). “Fin de la modernidad y transformaciones de la ‘cultura’ en tiempos de globalización”. En: *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Vol. 7, # 1, ppág. 65-79.
- Castro-Gómez, Santiago. (2010). *Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar; Universidad Santo Tomás de Aquino.

- Dreyfus, Hubert L. & Rabinow, Paul. (2001). *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Elias, Norbert. (1994). *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fernández Buey, Francisco. (2002). “Utopía IV”, En: *El Viejo Topo*, Barcelona, # 165, págs. 42-44.
- Foucault, Michel. (1990). “Del buen uso del criminal”. En: *La vida de los hombres infames* (ppág. 203-211). Madrid: La Piqueta.
- Foucault, Michel. (2001). *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, Michel. (2001a). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.
- Foucault, Michel. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Foucault, Michel. (2006). *Seguridad, territorio, población: curso en el Collège de France (1977-1978)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, Michel. (2007). *Nacimiento de la Biopolítica: curso en el Collège de France (1978-1979)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, Michel. (2009). *El gobierno de sí y de los otros: curso en el Collège de France (1982-1983)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Garland, David. (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México: Siglo XXI editores.
- Hobbes, Thomas. (2000). *Tratado sobre el cuerpo*. Madrid: Trotta.
- Jakobs, Günther. (1995). *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, Günther. (2003). *Culpabilidad en derecho penal. Dos cuestiones fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kahn, Paul. (2001). *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona: Gedisa.
- Mondolfo, Rodolfo. (1946). *Cesare Beccaria y su obra*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Monteverde Sanchez, Alessandro. (1995). “Notas sobre criminalidad, crimen y criminología. Conceptos y terminología. Aportes teóricos de Cesare Beccaria.” En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XVII, Valparaíso, Chile, ppág. 359-371.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. (2009). “¿El derecho penal garantista en retirada?”. En: Calle Calderón, Armando L. (compág.) *El estado actual de las ciencias penales* (págs. 273-304). Medellín: Universidad de Antioquia; Grupo Editorial Ibáñez.
- Tönnies, Ferdinand. (1988). *Hobbes, vida y doctrina*. España: Alianza.
- Voltaire. (1980). “Comentario al libro ‘De los delitos y de las penas’ por un abogado de provincias”. En: Beccaria, Cesare. *De los Delitos y de las Penas* (págs. 114-160). Trad. de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza.



Título: Sin Título

Técnica: Lápiz sobre papel

Dimensión: 18,5 x 24,5 cm

Año: 2012

*LA FILOSOFÍA DE NICOLÁS MAQUIAVELO Y LA RELIGIÓN**

* El presente artículo forma parte de las investigaciones realizadas en el grupo G.L.I.S.O (Grupo de Investigación en Literatura Española del Siglo de Oro) radicado en la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Mar del Plata, República Argentina.

Fecha de recepción: abril 5 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 14 de 2013

LA FILOSOFÍA DE NICOLÁS MAQUIAVELO Y LA RELIGIÓN

*Julio Juan Ruiz***

RESUMEN

No se puede calificar a Maquiavelo como un filósofo ateo, pues tanto Dios, como la religión, estuvieron presentes en sus obras. Si bien su interpretación de la historia está signada por un marcado secularismo, menciona a Dios en varios textos. A su vez, concibió a la religión como un hecho político. Esta concepción la esbozó al estudiar el papel que cumplió ésta en la Historia de Roma. Así, distinguió un uso de la religión como elemento civilizador, de otro instrumental, donde era manipulada para los fines del Estado. Este último uso fue duramente criticado por pensadores, como Pedro de Ribadeneyra, quien escribió un tratado para anatematizar su doctrina. Asimismo, formuló duras críticas al cristianismo primitivo al contrastarlo con la religión romana, pues, mientras que éste apuntaba al otro mundo, la antigua creencia fortalecía las virtudes cívicas. Por esta razón, concibió una ética basada en los valores de la religión romana. En el presente artículo, aspiramos analizar de un modo global, la concepción que el filósofo renacentista tuvo sobre el fenómeno religioso.

Palabras clave: Maquiavelo, religión, Roma, cristianismo.

NICOLÁS MAQUIAVELO'S PHILOSOPHY AND RELIGION

ABSTRACT

You cannot qualify as an atheist philosopher Maquiavelo, as both God and religion, were present in his works. While his interpretation of history is marked by a strong . This concept outlined in studying the role played by it in the history of Rome. So, distinguished use of religion as a civilizing, another instrumental, which was manipulated for the purposes of the State. The latter use was strongly criticized by thinkers such as Pedro de Ribadeneyra, who wrote a treatise to anathematize his doctrine. It also made harsh criticism of early Christianity as contrasted with the Roman religion, because, while it pointed to the other world, the ancient belief strengthened civic virtues. For this reason, conceived an ethics based on the values of the Roman religion. In this paper, we aim to analyze a global way, the idea that the Renaissance philosopher had on the religious phenomenon.

Key words: Maquiavelo, religion, Rome, Christianity.

** Julio Juan Ruiz. Correo electrónico: juliojro7@yahoo.com.ar . Docente e investigador en la Universidad Nacional de Mar del Plata, República Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de La Plata y Candidato al Doctorado en Letras por la Universidad de Buenos Aires.

LA FILOSOFÍA DE NICOLÁS MAQUIAVELO Y LA RELIGIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, nos proponemos abordar la concepción de Nicolás Maquiavelo sobre la religión. En este sentido, sostendemos que el filósofo italiano consideró a la religión como un fenómeno político, mientras que su lectura de los acontecimientos históricos estuvo marcada por una visión secular.

Sin embargo, ésta no nos conduce a considerarlo un pensador ateo, pues en su obra abundan referencias a Dios. Por este motivo, en primer lugar, examinaremos el alcance de esta condición, atribuida, especialmente, en la obra de G. B. Vico. A su vez, en segundo lugar, consideraremos su análisis de la función que tuvo la religión en la Antigua Roma. En ese sentido, la consideró desde una doble perspectiva: como un instrumento civilizatorio, que daba cohesión a la sociedad, como luego lo haría Durkheim y como elemento manipulador para el Estado, el cual, por su intermedio, podría implantar sus fines. Esta última visión fue duramente anatematizada en el pensamiento del Siglo de Oro Español, en especial, por el sacerdote jesuita Pedro de Ribadeneyra, quien escribió un famoso tratado para denunciar los errores del “impío” Maquiavelo. Más allá de la polémica, esta obra manifestó el esfuerzo de los pensadores de la Contrarreforma por esbozar una razón católica de Estado. De este modo, sentó las bases de la relación entre Estado e Iglesia en los albores de la Modernidad. En el siglo XVIII, J. J. Rousseau volvió a considerar a la religión como un instrumento político, pero con un sentido diferente, del cual haremos una referencia breve.

A su vez, Maquiavelo observó que, sin el accionar de San Francisco y Santo Domingo, la religión católica se extinguiría, porque “ellos, con la pobreza y con el ejemplo de vida de Cristo, la llevaron a la mente de los hombres cuando ya estaba agotada en ella” (Maquiavelo 2008a, pág. 325). No obstante, señaló el contraste entre el carisma de estas órdenes, ligado a la pobreza y al ascetismo, y la vida disoluta de los altos prelados que, según él: “no temen el castigo que no ven y en el que no creen” (Íbidid). Por esta razón, coincidió con Savonarola en que: “[...] no hay nada más necesario para una vida en comunidad, secta, reino o república que devolverle la reputación que tenía en un principio” (Maquiavelo 2008a, pág. 325).

Pese a concordar con Savonarola sobre el retorno a los orígenes, discrepó en la consideración del cristianismo primitivo. En efecto, lo consideró responsable de la decadencia militar, tal como lo podemos constatar en un pasaje de *El arte de la guerra*: “[...] las nuevas costumbres, basadas en la religión cristiana no imponen la necesidad de defenderse” (Maquiavelo 2011, pág. 149). El cristianismo, según él, es un credo que puso énfasis en los débiles y humildes, mientras que la religión pagana “lo ponía en la grandeza de ánimo apta para hacer fortísimos a los hombres” (Maquiavelo 2011, pág. 217). Ésta y otras consideraciones semejantes llevaron a I. Berlin (1992) a sostener que el autor de *El Príncipe* había esbozado una ética neopagana basada en la fuerza.

Desde una perspectiva epocal, debemos tener en cuenta que realizamos la lectura de la obra del filósofo italiano como miembros de una sociedad que avanza hacia una época post secular, donde la razón y la religión mutuamente se ponen límites. En este sentido, señaló el entonces Cardenal J. Ratzinger que “[...] en la religión hay patologías altamente peligrosas que hacen necesario la luz divina de la razón como una especie de órgano de control por el que la religión debe dejarse purificar y regular una y otra vez, cosa que ya pensaban los Padres de la Iglesia” (2008:52). En este sentido, el Papa Emérito señaló como ejemplo el fanatismo religioso de Bin Laden. También marcó la existencia de una *hybris* de la razón, pues “se debe exigir a su vez que reconozca sus límites y que aprenda a escuchar a las grandes tradiciones religiosas de la humanidad”(2008:53). Por esto, pensamos que el análisis del pensamiento de Nicolás Maquiavelo sobre la religión, nos puede brindar herramientas para comprender dos cosas fundamentales: la dialéctica entre razón y religión, y las relaciones entre Iglesia y Estado en los comienzos de la modernidad.

2. SECULARISMO Y PROVIDENCIALISMO EN LA INTERPRETACIÓN DE LA HISTORIA

Como ya lo mencionáramos, lo religioso no está ausente en la obra del filósofo renacentista, aunque en él predomine una visión secular. Así, al examinar hechos significativos de la historia de la religión podemos encontrar esta visión, por ejemplo, cuando reflexiona sobre la historia de los líderes religiosos de la antigüedad, como Moisés. Según él, en la historia del Patriarca, prevaleció la ocasión, más que su relación privilegiada con Dios: “[...] era por lo tanto necesario a Moisés encontrar al pueblo de Israel, en Egipto, esclavo y oprimido” (Maquiavelo 2008, pág. 96). De este modo, eludió su misión divina. Ésta, en la concepción del historiador alemán de las religiones R. Sohm fue un signo distintivo de los antiguos liderazgos carismáticos (Max Weber 1940). A su vez, congruente con su visión realista,

señaló la necesidad de la fuerza para mantener la obediencia del pueblo. Por eso, observó que, tanto el patriarca hebreo, como otros líderes, se valieron del ejército para mantener la obediencia del pueblo cuando la creencia se había debilitado. Por esta razón, Savonarola sucumbió al no tener un respaldo armado que lo resguarde: “[...] conviene estar preparados de modo tal que, cuando ellos no crean más, se les pueda hacer creer por la fuerza” (Maquiavelo 2008, pág. 97).

Fundamentalmente, en su explicación del poder de los Estados Pontificios es donde mejor podemos ver esta impronta secular. En efecto, él no atribuye su grandeza ni a la Providencia, ni a ninguna otra causa sobrenatural, sino al hábil manejo de circunstancias temporales. Así, por ejemplo, Alejandro VI, Borja, “demostró que un Papa puede prevalecer por dinero y por la fuerza” (Maquiavelo 2.008, pág. 128). Igual método implementó su sucesor y rival, Julio II, pues, “con tanta más gloria para él, en cuanto lo había hecho a fin de engrandecer a la Iglesia y no a algún particular” (Maquiavelo 2008, pág. 129). Estas reflexiones sobre hechos e instituciones religiosas llevaron a algunos pensadores a considerarlo ateo. Este ateísmo provino de dos fuentes principales: los pensadores católicos de los Siglos XVI y XVII, y, fundamentalmente, del filósofo napolitano G. Vico. En efecto, primero T. Campanella en Italia, y luego Pedro de Ribadeneyra y Diego Saavedra Fajardo en España, polemizaron con la doctrina del florentino. Estos escritores esbozaron una razón de Estado subordinada a los lineamientos de la religión. Asimismo, G. B. Vico (1981), en su *Ciencia Nueva*, le reprochó la ausencia de la Providencia en el devenir histórico del hombre. Su intervención, según él, garantizaba el desarrollo del derecho natural y fomentaba en los pueblo la vocación por la justicia. También señaló esta ausencia en otros teóricos como Hobbes, Grocio, o Bodin. Por el contrario, él sostenía la Tesis Providencialista: “Dios ha dispuesto de tal modo las cosas humanas”. Con este axioma fundamentó el derecho natural, como una ley inscripta por Dios en el corazón del hombre. De este modo, su obra es una “teología civil razonada de la providencia divina” (Vico 1981:22). Al respecto, debemos señalar que Maquiavelo no niega la existencia de Dios, sino que realiza una interpretación de la historia desde una perspectiva secular, que lo lleva a deslindar lo divino de lo humano.

A este proceder, lo podemos observar en la exhortación que hace en el capítulo XXVI de *El Príncipe*, al futuro papa León X. En este sentido, le encomendó al heredero de Lorenzo el Magnífico la recuperación de Italia: “[...] con su fortuna y su virtud, favorecida por Dios y por la Iglesia, de la que ahora es príncipe puede encabezar esta redención” (Maquiavelo 2008, pág. 204). Obsérvese que utilizó el término “redención” en un sentido secular, es decir, para referirse a un acontecimiento netamente político. A su vez, de un modo alegórico, se alude a prodigios bíblicos para indicar el comienzo de un tiempo heroico: “[...] el mar se ha abierto, una nube nos ha indicado el camino, de la piedra ha manado agua; aquí ha llovido el

maná” (Maquiavelo 2.008:205). Pese a la presencia de lo sobrenatural, observó que: “Dios no quiere hacer algo más para no quitarnos el libre albedrío y la parte de esta gloria que nos corresponde” (Maquiavelo 2008: 205). Como podemos observar, este texto no conduce a una lectura atea, porque no hay una negación de Dios, solo que limita su acción en el devenir temporal. En este sentido, distingue la acción del Creador, del libre albedrío. En su pensamiento, la libertad humana no niega la existencia de Dios, por el contrario, es un presupuesto para su existencia, tal como lo concibieron Lorenzo Valla y, fundamentalmente, Pico Della Mirandola, en su *Discurso sobre la dignidad del hombre*.

Si bien en su concepción filosófica y política se evidencia un fuerte secularismo, en un pasaje de su *Historia de Florencia*, reconoce el auxilio de la Providencia. En efecto, en el siglo XV, cuando la ciudad de los Médicis estuvo amenazada por Venecia y por el Papa, por firmar la paz con el rey de Nápoles, “providencialmente” el gran turco Mahomet sitió a la Isla de Rodas: “Dios, que siempre ha tenido especial cuidado de ella cuando se ha visto en semejantes trances extremos, hizo surgir un incidente inesperado”(Maquiavelo,1970pág.472). Este reconocimiento nos demuestra que, la visión radical del proceso de secularización acaecido en el Renacimiento, hay que matizarla, es decir, se debe reconocer que, en los albores de la modernidad, el pensamiento secular coexistió con el religioso. De este modo, no se dio una separación tan radical entre lo medieval y lo moderno, tal como se lo interpretó por varias décadas por influencia del historiador suizo J. Burckhardt (2004), quien, en su ensayo *La Cultura del Renacimiento en Italia*, planteó una contraposición radical entre ambos segmentos históricos

3. LA RELIGIÓN ROMANA

Al abordar el estudio de la religión romana, debemos tener en cuenta que esta estuvo ligada a las instituciones del Estado, pues no hubo separación entre el orden temporal y el espiritual, como si lo hubo en el cristianismo, a partir del Medievo, tal como lo prueba la denominada lucha por las investiduras, que enfrentaron a los Papas con los Emperadores del Sacro Imperio Romano Germánico.

En los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Maquiavelo atribuye dos papeles fundamentales a la religión romana: la de ser un instrumento de civilización, *instrumentum civitatis*, y la de cumplir una función política o estratégica, *instrumentum regni*, generalmente de carácter manipulador (Forte Monge, 2011).

Si comenzamos por el primero, el filósofo italiano observó que Numa Pompilio, segundo rey de Roma después de Rómulo, civilizó a través de la religión a un

pueblo “feroz”. En esta tarea obtuvo un gran éxito, a tal punto que: “[...] durante siglos, nunca hubo temor de Dios como en esa república, facilitando así cualquier empresa que el Senado o aquellos grandes hombres romanos se propusieron hacer” (Maquiavelo 2008a:88). De esta manera, la religión sirvió como *ethos* civilizatorio, porque: “[...] esos ciudadanos temían más romper el juramento que las leyes, estimando más el poder de Dios que el de los hombres” (Íbidid).

Debemos observar que, según Tito Livio (1944), la labor civilizadora de Numa fue realizada de un modo paulatino. Así, primero, el soberano se propuso aplacar los instintos guerreros del pueblo, para luego “dulcificar las groseras costumbres de aquella multitud y a disipar su ignorancia, infundiendo en las almas el sentimiento profundo del temor de los dioses”(1944:66). De este modo, la religión orientó a los hombres hacia los ejercicios piadosos, que “hicieron perder a la multitud sus violentas y guerreras costumbres” (1944:61).

Según Maquiavelo, nunca hubo un pueblo tan temeroso de Dios como los antiguos romanos. En este sentido, señaló ejemplos históricos, como cuando Tito Manlio, el mítico héroe sobre el que Antonio Vivaldi escribió una ópera, logró, a través del juramento, que Marco Pomponio retirase una acusación contra su padre; o también, cuando Escipión los intimidó a un grupo de ciudadanos, temerosos ante la victoria de los cartagineses, a que se quedasen en la ciudad. Como lo muestran estos ejemplos, la religión romana se fundó en el temor. Este sentimiento es considerado como negativo por Baruch Spinoza, quien en su *Tratado Político* observó que: “[...] de un Estado cuyos súbditos tienen tanto miedo que no pueden levantarse en armas, no se debería decir que la paz reina en él sino solamente que no hay guerra” (1966, pág.172). El miedo, según el filósofo, no debe existir en un pueblo libre.

Fundamentalmente, Numa se valió de lo religioso para lograr el asentimiento del pueblo. El rey necesitó de su autoridad para imponerse. Por esta razón, simuló que tenía tratos con una ninfa que le ordenaba las reformas necesarias para la ciudad. Este auxilio de lo sobrenatural se justificó, porque : “[...] quería instalar instituciones nuevas e inusitadas en la ciudad y tenía dudas de que solamente su autoridad bastara” (Maquiavelo 2008a, pág.90). También, a través de la religión se promovió el acatamiento de las leyes, pues el legislador se vale de lo religioso, “[...] porque de otro modo esas leyes no serían aceptadas [...] Por eso, los hombres sabios que quieren eliminar esta dificultad, recurren a Dios” (Maquiavelo 2008a, pág. 90). Por sobre todo, la religión fue en Roma el sostén del Estado. En este sentido, el filósofo francés Louis Althusser señaló que: “[...] el término sostén designa la función ideológica de la religión. La religión incorpora al pueblo a las instituciones existentes, obtiene obediencia y sumisión a la prescripción del ejército y de las leyes” (2.0084, pág.218). En su interpretación, la religión romana fue la ideología

de masas, que se caracterizó por un doble rostro: “[...] el temor, que retiene a los súbditos en la obediencia, y la *virtú*, que inspira un conducto y acciones dignas de Estado” (Althusser 2.004, pág. 219).

Debemos notar que el análisis de lo religioso efectuado por Maquiavelo, no se limitó al pasado, sino que también al presente. Así, señaló que los florentinos fueron persuadidos por Savonarola, quien convenció al pueblo que “él hablaba con Dios [...] sin haber visto nada extraordinario como para que lo creyeran, porque su vida, su doctrina, y el argumento de sus sermones eran suficientes para que le prestaran fe” (Maquiavelo 2.008a, pág91). Él deseó para su amada Florencia una religión inspirada en Roma: “[...] una religión que no forme a los hombres en la renuncia y en la debilidad, sino en la fuerza y en la acción, en una palabra, en la *virtu*” (Althusser 2.004, pág.119). En la predica de Savonarola, comprobó que el pueblo estaba preparado para ser persuadido, no sólo de una reforma en lo religioso, sino también en lo político.

Asimismo, en su concepción sobre la religión debemos distinguir del uso civilizatorio, su uso instrumental, es decir, su manipulación para los fines del Estado. En efecto, en los *Discursos*, este uso es señalado con claridad: “y no me parece fuera de lugar aducir algún ejemplo en que los Romanos se valieron de la religión para reorganizar la ciudad y para seguir sus empresas”(2008a, pág.95). El ejemplo militar más sobresaliente fue el asedio a la ciudad de Vayas. En éste, los capitanes del ejército emplearon la religión para tener sujetos a la milicia, porque el lago Albano se había desbordado y los romanos se encontraban molestos por el largo sitio. Por esta razón, inventaron que Apolo y ciertos otros oráculos decían que ese año se tomaría la ciudad, cuando desbordara este lago. Así, mediante estos “augurios auspiciosos” los capitanes del ejército lograron su objetivo.

En el siglo XVI, la manipulación de lo religioso fue anatematizada, entre otros, por el sacerdote jesuita Pedro De Ribadeneyra. Antes de analizar su obra, debemos hacer una breve referencia de la recepción de la obra de Maquiavelo en España. En este sentido, generalmente se afirma que la obra del filósofo italiano no fue lo suficientemente conocida en la España Moderna, al estar prohibida por la Inquisición. También por encontrarse con escasas traducciones. Por el contrario, la historiadora Helena Puigdomenech (2008) señaló que estas observaciones deben ser matizadas. Según ella, se debe tener en cuenta la independencia de la Inquisición Española de la Romana. Así, en relación con la obra del florentino y otros temas, en la península ibérica, la Inquisición no siguió el mandato de Roma. Esta realidad la comprobamos cuando observamos que la obra del autor de *El Príncipe* estuvo prohibida recién en 1583, en el índice del Cardenal Quiroga, mucho después de su interdicción por el índice de Pablo IV, en 1558. A su vez, si bien es cierto que son escasas las traducciones, debemos tener en cuenta que, durante el reinado de

los Austrias, Italia formaba parte de la vida de España debido a las posesiones de la Corona Española, como el Reino de Nápoles y el Ducado de Milán. Por esta razón, era común que los españoles de la época hablasen italiano como segunda lengua. De este modo, pues, la doctrina del influyente teórico político de la modernidad fue bien conocida por escritores, teólogos y filósofos españoles. A su vez, si tenemos en cuenta las tendencias que se manifestaron en la España del Siglo de Oro, podemos distinguir a la corriente eticista, a la cual perteneció Pedro de Ribadeneyra, de otra, diametralmente opuesta, denominada tacitista, la cual postuló la autonomía de lo político, cuyos representantes más notorios fueron Furió Ceriol y Álamos Barrientos. En medio de estas posturas antagónicas, podemos vislumbrar una tendencia intermedia, conformada por autores que trataron de reconocer una cierta autonomía de lo político, pero con sujeción y subordinación a los límites de la ortodoxia, como Gracián y Saavedra Fajardo.

En el *Tratado de la Religión y Virtudes que debe tener el Príncipe Cristiano para gobernar y conservar sus estados contra lo que Nicolás Maquiavelo y los políticos de este tiempo enseñan*, del antiguo secretario de San Ignacio de Loyola, publicado por primera vez en Madrid, en el año 1595, cuando su autor contaba a la sazón con 68 años de edad. Esta obra estuvo dedicada al Príncipe de Asturias que, dentro de tres años, iba a ser Felipe III. En este texto, encontramos argumentos sólidos que refutan la doctrina del filósofo italiano. En efecto, si realizamos un breve examen, ya en el prólogo observamos una justificación autoral, donde se sostiene que un religioso puede abordar cuestiones de gobierno, tal como lo hicieron: “Santo Tomás y Egidio Romano, y otros religiosos y doctísimos varones, no la tuvieron por ajena al suyo, y escribieron admirables libros del gobierno de príncipes” (1942, pág. 11). A su vez, el jesuita no desestimó la razón de Estado, porque “las reglas de prudencia con que después de Dios se fundan, acreditan, gobiernan y conservan el Estado” (1942, pág. 11). En este sentido, debemos observar que los pensadores de la Contrarreforma, ante la lucha de las facciones, reconocieron al Estado, como única instancia de autoridad, cuyo poder era necesario para instaurar la paz. Asimismo, el biógrafo del fundador de los Jesuitas dio un paso más, pues discernió dos razones de Estado: “una, que del Estado hace religión; otra, que de la religión hace Estado; una enseñada de los políticos y fundada en la vana prudencia y en humanos y ruines medios; otra enseñada de Dios” (1942: 11). En este sentido, la razón de Estado concebida como verdadera, es identificada con la razón católica de Estado. Ésta, es a la vez Providencialista y pragmática. La primera condición fue resaltada para que los príncipes se persuadaran que: “Dios solo funda los Estados y los da a quienes es servido” (1942.12). Mientras que la segunda, señaló que solo se puede conservar el gobierno a través de la comunión con Dios, “guardando su ley, obedeciendo a sus mandamientos, respetando su religión y tomando todos los medios

que ella nos da” (1942, pág.12). Fundamentalmente, Ribadeneyra condena el uso instrumental de la religión propiciado por Maquiavelo, pues, por el contrario, el gobernante debe servirla, “amando la religión por sí misma, y no tomándola por medio falso y engañoso para la gobernación del Estado, como enseñan los políticos” (1942, pág.14). Asimismo, la principal tarea de los pensadores de la Contrarreforma fue la de afianzar la autoridad del Estado, sin que supere la de la Iglesia. Ésta fue lograda armoniosamente por el sacerdote jesuita español, pues le exhortaba al príncipe a que: “no se haga censor de la fe, ni juez de la religión, ni de la Iglesia, porque no lo es, sino hijo de ella” (1942, pág.192). A través de la fórmula “hijo de la Iglesia”, destinada al monarca, se asentó una relación, donde el poder secular debía servir a la religión, y no servirse de ésta, tal como lo predicó el “impío” Maquiavelo y “otros políticos de su tiempo”.

Más de dos siglos después, J. J. Rousseau volvió a considerar a la religión desde una perspectiva instrumental en *El Contrato Social*. En su libro cuarto, se aborda la relación entre la religión y el orden estatal. En este sentido, distinguió dos vertientes en la religión de Cristo, a las que, respectivamente, las denominó como: cristianismo del Evangelio y cristianismo romano. La primera predicó un desinterés por el Estado, mientras que la segunda, generó conflictos con éste, como las innumerables querellas entre el imperio romano germánico y la Iglesia en la Edad Media. Por esta razón, el cristianismo es valorado negativamente: “[...] todo lo que rompe la unidad social no vale de nada; todas las instituciones que ponen al hombre en contradicción consigo mismo no tiene valor alguno” (Rousseau, 2.003, pág.201). Así, el filósofo ginebrino abogó por una religión civil, promovida desde el Estado, “cuyos artículos corresponde fijar al soberano, no precisamente como dogmas de religión sino de sociabilidad, sin los cuales es imposible ser buen ciudadano ni súbdito fiel” (Rousseau, 2.003, pág.205). En este sentido, al poder solo le interesa la formación de buenos ciudadanos; es decir, se desentiende del plano sobrenatural. En este plano los ciudadanos poseen la libertad de profesar las creencias que deseen, mientras éstas no menoscaben las obligaciones para con el Estado. Una particularidad de esta religión fue su no obligatoriedad. En efecto, si bien no podía obligar a nadie a creer, si estuvo facultada para desterrar a los que no creían; esta sanción les era aplicada “no por impíos, sino por insociables, por incapaces de amar sinceramente a las leyes, la justicia y de inmolar, en caso de necesidad la vida ante el deber” (Rousseau, 2.003 pág. 205).

En suma, tanto las reflexiones de Maquiavelo como las de Rousseau, nos señalan las implicancias que surgen de analizar la relación entre la religión y el Estado, cuyos respectivos modelos estuvieron inspirados en la religión romana.

4. CONCLUSIONES

En la obra de Nicolás Maquiavelo nos encontramos con un análisis secular de fenómenos histórico-religiosos, como el patriarcado de Moisés o el poder de los Estados Pontificios durante el Renacimiento. Sin embargo, esta interpretación no nos conduce a un pensamiento ateo o irreligioso, porque tanto el Creador como la religión ocupan un espacio importante en su obra. Lo que si se evidencia es un deslinde entre la dimensión humana y lo sobrenatural.

Fundamentalmente, en la obra del autor de *El Príncipe* sobresale un meticuloso examen de la religión romana, el cual fue llevado a cabo, en mayor parte, en sus *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*. En esta obra, la religión fue considerada como un instrumento civilizatorio y como medio de manipulación política. Este último uso fue censurado por los pensadores de la Contrarreforma. A su vez, si bien su análisis se focaliza en Roma, no se limita al pasado, sino que también intentó abordar su tiempo, pues pensó en un *ethos religioso*, el cual posibilitaría el desarrollo de la virtud ciudadana, en su amada Florencia y en el resto de Italia, tal como ocurrió en Roma.

Como hemos podido observar, en su obra nos encontramos con un agudo análisis del fenómeno religioso, el cual trascendió su tiempo, al ser objeto de estudio y análisis de filósofos posteriores como Rousseau, quien, al igual que Maquiavelo, propició una religión civil, cuyo objetivo principal fue la formación de ciudadanos obedientes a las prescripciones del Estado.

Hemos examinado su pensamiento como sujetos que viven en un tiempo que avanza hacia una post- secularización, donde la dialéctica entre razón y religión, más que de enfrentamiento, es de cooperación, tal como nos lo recordó Benedicto XVI: “yo hablaría de una correlación necesaria de razón y fe, de razón y religión, que están llamadas a depurarse y regenerarse recíprocamente, que se necesitan mutuamente y deben reconocerlo” (2008, pág.53). De este modo, la relectura de la obra de Maquiavelo, nos posibilita comprender la génesis del proceso de secularización acaecido en los albores de la Modernidad, pero también contribuyó a sentar las bases, para esbozar la relación entre el Estado, forma de organización jurídica y política emergente en la Modernidad, y la Iglesia.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Althusser, L. (2004). *Maquiavelo y nosotros*, Madrid: Akal

Berlin, I. (1992) “La originalidad de Maquiavelo”, en: *Contra la corriente: ensayo sobre historia de las ideas*, Madrid: FCE, pág.85-143.

- Burckhardt, J. (2004): *La cultura del Renacimiento en Italia*, Buenos Aires: Akal.
- De Ribadeneyra, P. (1942): *Tratado de la religión y virtudes que debe tener el Príncipe Cristiano para gobernar y conservar sus Estados. Contra lo que Nicolás Maquiavelo y los políticos de este tiempo enseñan*, Buenos Aires: Editorial Sopena.
- Forte Monge, J.(2011).“Estudio introductorio”, en: Forte Monge (ed.), (2011). *Maquiavelo. El Príncipe. Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio, etc.* Madrid: Gredos.
- Livio, T. (1944): *Décadas de la Historia Romana*, Buenos Aires: editorial Gil.
- Maquiavelo, N. (1979). *Historia de Florencia*, Madrid: Alfaguara.
- Maquiavelo, N. (2011). “El arte de la guerra” en: *Maquiavelo, El Príncipe, Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio, etc.* Madrid: Gredos.
- Maquiavelo, N.(2008). *El Príncipe*. Buenos Aires, Losada, 2008.
- Maquiavelo, N.(2008a). *Discurso sobre la primera década de Tito Livio*. Buenos Aires: Losada.
- Puigdoménech, H. (1998). “Maquiavelo y Maquiavelismo en España. Siglos XVI y SVII, en Forte J. M. y López Álvarez, P. (ed.), (2008): *Maquiavelismo y antimaquiavelismo en la cultura española de los siglos XVI y SVII*, Madrid: Biblioteca Nueva.
- Ratzinger, J. (2008). “Lo que cohesiona al mundo. Los fundamentos morales y prepolíticos del Estado Liberal”, en: Jürgen H. / Ratzinger, J.(2008). *Entre Razón y Religión*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Rousseau, J.J. (2003). *El contrato social*. Buenos Aires: Losada.
- Spinoza, B. (1966). *Tratado Político*, Madrid: Tecnos.
- Vico, G. (1981). *Ciencia Nueva*. Buenos Aires: Aguilar.
- Weber, M. (1940). *Economía y Sociedad*, México: Fondo de Cultura Económica.



Título: Sin Título

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensión: 100 x 100 cm

Año: 2011-2012

*UN ACERCAMIENTO TEÓRICO A LA MUJER VÍCTIMA-VICTIMARIA**

* Este artículo es el producto de un proyecto de investigación en curso, aprobado por Colciencias en la convocatoria anual realizada a nivel nacional, en la cual estudiantes de todas las universidades del país son postulados por sus universidades para concursar con diferentes proyectos de investigación y en representación de varias disciplinas y áreas del conocimiento de la misma.

Fecha de recepción: marzo 15 de 2013

Fecha de aprobación: abril 30 de 2013

UN ACERCAMIENTO TEÓRICO A LA MUJER VÍCTIMA-VICTIMARIA DESDE LA TRANSDISCIPLINARIEDAD

*Sandra Viviana Díaz Rincón***

RESUMEN

El presente artículo es el producto de un acercamiento a una serie de teorías transdisciplinarias a partir de las cuales se construyó el marco teórico del proyecto de investigación titulado Mujer: Víctima-Victimaria en la ciudad de Barranquilla desde una Mirada Ius-Filosófica, avalado por Colciencias y la Universidad Simón Bolívar; cuyo objetivo ha sido dilucidar el trasfondo de la violencia en sus diferentes manifestaciones: físico, sexual, psicológico, económico, social, intrafamiliar, simbólico e institucional, entre otros y analizar como la mujer desde su situación de sujeto pasivo en una relación afectiva se convierte en víctima de continuas agresiones por parte de su compañero permanente o cónyuge; y posteriormente en victimaria al intentar liberarse del yugo y la supeditación a la cual había estado subsumida culturalmente.

Palabras clave: cultura, educación, mujer, violencia y transdisciplinariedad.

THEORIES ABOUT TO VICTIM-INJURER WOMEN SINCE THE TRANSDISCIPLINARITY.

ABSTRACT

This article is answer or result to various theories used for to develop of this investigation called Victim-injurer Women in Barranquilla city and analyzed Ius-Philosophic, selected for Simon Bolivar University and Colciencias and his purpose has been to interpret the violence and the different typology: physic, sexual, physiologic, economic, social, domestic, institutional and symbolical. Moreover, other objective it understand as the women since his condition and role passive subject inside affective relation or emotional bond can to be thevictim, damaged in his moral integrity for her husband, boyfriend, know person or family and after many years the victim women assumes the role injurer women when to search her freedom and choose to killer to her aggressor.

Key words: culture, education, transdisciplinarity, violence and women.

** Filósofa de la Universidad Industrial de Santander, Abogada de la Universidad Simón Bolívar y Joven investigadora de COLCIENCIAS. Integrante del Grupo Violencia Criminalidad y Familia en la Costa Caribe y del Grupo de Derecho Procesal de la U. Simón Bolívar, vivimpact@hotmail.com.

UN ACERCAMIENTO TEÓRICO A LA MUJER VÍCTIMA-VICTIMARIA DESDE LA TRANSDISCIPLINARIEDAD

INTRODUCCIÓN

En esta primera aproximación teórica se considera que la violencia depende de factores biológicos, psicopatológicos, genéticos, ambientales y además socio-culturales como el desempleo, pobreza, crisis de valores y la educación recibida desde la infancia hasta el periodo de adulzete; los cuales constituyen distractores al momento de comprender en todas sus dimensiones las diversas manifestaciones de la violencia.

Aunque al remitirse al término violencia se generan ideas divergentes, debido a la pluralidad de interpretaciones suscitadas por éste en la sociedad, se considera que existe una clasificación general de la violencia denominada *Familiar* porque es la familia el epicentro donde permanentemente se producen actos de violencia entre sus miembros: la pareja-conformada por heterosexuales u homosexuales-, los hijos, abuelos, tíos, sobrinos, primos, entre otros. Además, a raíz de estas interacciones se materializan otras acciones también enmarcadas dentro la tipificación establecida por la ley, como la violencia conyugal e intrafamiliar. De lo anterior es posible inferir que cualquier miembro de la familia puede ser víctima de ella y desconocer sus efectos jurídicos, por lo tanto omite la denuncia ante las autoridades competentes. Por ejemplo, en la violencia marital o entre cónyuges en un alto porcentaje el vínculo se caracteriza por la unidireccionalidad, la inequidad entre la pareja, desintegración en la familia, intolerancia y las agresiones, que ocasionan relaciones de intimidación, afectación de bienes materiales y el divorcio. Más allá de los maltratos y las interacciones violentas son objeto de análisis la percepción social sobre ello y la pérdida del ideal de bienestar integral de los sujetos en conflicto.

Dentro de los tipos de violencia familiar, la violencia conyugal o marital es la reportada con más frecuencia a las autoridades producto del imperio de la cultura patriarcalista donde se concibe una relación violenta como la unión de dos o más individuos en la cual uno ejerce su fuerza sobre el otro, coartando su libertad de locomoción y expresión; cuyas víctimas en la mayoría de ocasiones son las mujeres e infantes por su “condición de inferioridad”. Lo anterior, conduce a la tesis propuesta por la Psicología Melba Londoño (1990) de la mujer golpeada donde

“ (...) La mujer se encuentra atrapada sin quererlo en una relación de violencia unidireccional deliberada y severa, que va siempre del hombre hacia la mujer: de la que a ella le resulta muy complicado salir por múltiples causas: no se atreve a pedir ayuda por miedo, o no sabe que la vida puede ser vivida de otra forma, o ha pedido auxilio y no se le dio nadie”. (pág. 14). De acuerdo a esta tesis, la mujer es quien padece todo tipo de maltratos, amenazas y humillaciones reiterativas hacia su integridad; y experimenta transformaciones actitudinales, trastornos de personalidad y de comportamiento en sus relaciones con los demás; las cuales pueden ser producto de su exposición a la violencia y no de algún tipo de desequilibrio mental.

Se ha señalado reiterativamente que la mujer golpeada es pasiva, experimenta sentimientos de culpa y autorechazo, por ello para evitar la proliferación de su situación de maltrato decide obedecer y crear lazos de dependencia con su victimario con el propósito de salvaguardar su familia y su vida. Pero, si decide lo contrario debe desafiar los códigos morales establecidos por la sociedad, la represión y la adecuación a su agresor, implicando en varios casos su criterio personal.

El término violencia ha sido empleado en muchos contextos de forma indiscriminada, debido al desconocimiento de sus causas y la dimensión de su significado. Es por ello que, desde los años 80 en países latinoamericanos como Colombia, varios grupos de mujeres conformaron movimientos feministas que realizaron manifestaciones contra la violencia hacia la mujer y su exclusión de los escenarios políticos, académicos y culturales; y fue debido a estos acontecimientos que entró en auge el término género como una forma de designar la “Organización social de las relaciones entre los sexos, como una categoría cultural” (González, 1996, pág. 52), vislumbrar el problema de la desigualdad en la mujer que lo suscitó y el conflicto entre los estereotipos construidos por la misma cultura. La teoría del género representa una dicotomía entre mujer y hombre porque desde sus paradigmas culturales le imprimen una connotación diferente a cada rol y por ende su interpretación dependerá de vivencias particulares. Es por ello que, en este proyecto de investigación se resaltarán aspectos socio-culturales relevantes para su comprensión, por ejemplo:

1. LA VIOLENCIA ESTRUCTURAL

Es una violencia implícita en el conglomerado social, es un elemento constitutivo de éste porque se arraiga en él desde las primeras interacciones entre los individuos y crea al interior de las mismas desigualdades. Además, esta violencia es denominada como sistemática en cuanto es establecida por el sistema social vigente y diseñado para subordinar a la mujer en todos los ámbitos de su vida e incrementar la brecha de inequidad manifiesta; atribuyéndole el cumplimiento de oficios domésticos no

reconocidos y remunerados en su contexto por ser concebidos como actividades fútiles. En este tipo de violencia estructural se presentan tres fases:

1. *Acumulación de la tensión*: el hombre modifica su comportamiento habitual e intenta buscar la forma de escudar sus acciones violentas en contra de su cónyuge como los celos, logra aislarlo de su círculo familiar, amigos, se incrementa la agresividad en todas sus expresiones; la mujer comienza a culparse de la crisis de su relación afectiva y por ello comienza a ejecutar acciones para satisfacer los deseos de su compañero permanente, pero no lo logra porque la violencia sigue en aumento.
2. *Fase de explosión violenta*: el hombre exterioriza su agresión, propinándole golpes a su esposa, situándola en una condición de indefensión. Aunque, este estado puede cambiar cuando se conforma una unión más sólida, un vínculo más estable entre la pareja y se obtiene más dependencia en todos los sentidos con el hombre, debido a la vulnerabilidad en la cual se encuentra expuesta.
3. *Fase de manipulación afectiva*: luego de agresiones a la pareja, el hombre asume una actitud de reivindicación hacia ella, se vivencia un momento de reconciliación entre ellos donde se muestran pequeñas actitudes de cambio por parte del agresor, con el fin de que la mujer acceda a permanecer unida a su esposo a pesar del maltrato suministrado; persuadiéndola a través de justificaciones externas e internas a su comportamiento como el consumo de bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas y la utilización de circunstancias externas o internas para explicar las mismas; cuyas causas suelen ser generadoras de tranquilidad en la mujer violentada y la consolidación de expectativas sobre el equilibrio de su familia. En esta misma etapa, el hombre culpa a la mujer sobre su reacción y asume una actitud de ofendido, quizás esperando de ella una respuesta tolerante, que le permita mostrarle un aparente espacio de igualdad en las decisiones tomadas como pareja. Pero, esta actitud solo la asume momentáneamente hasta que le sobrevienen los deseos de tener el control de la relación y la agrede nuevamente (De la Fuente & Ríos, 2005).

Las fases descritas del ciclo de violencia persiguen explicar cómo la mujer se ha vuelto cada vez más dependiente y manipulada por su esposo, hasta deteriorar completamente su autoestima y destruir sus ideales de mujer libre. Es decir, cada etapa se dinamiza rápidamente y se retorna al punto inicial del conflicto, formulándose autocuestionamientos sobre ¿Por qué la mujer aunque ha estado en relaciones agresivas anteriores continua inmersa en ellos hasta convertirse en habitual? Pero, no es posible referirse a la violencia sin establecer una conexión con la familia, pues reiterativamente algunos doctrinantes han postulado tesis en las cuales de-

fienden el papel de la familia en la sociedad y se señala que ésta última es uno de los espacios donde más se suscita la violencia social porque en ella se forjan los cimientos de los hombres y mujeres del mañana, quienes se espera sean los gestores de nuevos paradigmas revolucionarios en el pensamiento humano e irrumpan con la educación androcentrista alienante.

Al pronunciar o analizar el término social dentro de una de las clasificaciones de violencia, se encuentra que uno de las conceptualizaciones más usuales es definirla como algo abstracto, e incurrir en el error de limitarla a la satisfacción de necesidades básicas materiales, primitivizar la conducta del hombre, el ejercicio de actividades domésticas, la unidad conyugal-familiar y la crianza de hijos; reconociendo la afectación de la comunicación dentro de la familia y el irrespeto por el otro como una forma de irrupción del ideal de familia. Al igual que la violencia estructural existe también una institucional, en la cual los establecimientos de educación evidencian un espacio donde se desatan todo tipo de agresiones al ser humano sin distinción de edad, sexo, etnia o creencias.

1.1 LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL

Es una violencia generada al interior de los claustros educativos desde los primeros niveles de formación hasta estudios superiores, organizaciones con fines formativos, lucrativos o sin ánimo de lucro, entidades estatales o privadas, caracterizadas por un orden jerárquico, donde cada uno tiene sus roles asignados y ostenta un poder específico; y continuamente, propicia relaciones conflictivas y divergentes entre sus miembros, en cuanto cada empleado o funcionario asume posiciones diversas debido a la particularidad de sus objetivos; y se generan acciones violentas, coercitivas, represivas que incurren en la violencia física, psicológica o sexual; aprovechándose de la vulnerabilidad de estos para victimizarlos o re-victimizarlos y denigrar su integridad personal. En las instituciones educativas estas prácticas se conocen con el nombre de bullying-intimidación- o matoneo, término proveniente de varios estudios efectuados en Estados Unidos e Inglaterra alrededor de los años 70, pero solo identificado y divulgado en América Latina a finales del 2005. Este fenómeno es definido como el abuso, acoso, maltrato psicológico o físico presentado entre adolescentes de forma reiterativa, quizás compañeros de clase del mismo grado o superiores, dedicados a sobornar, reprimir y agredeir a otros estudiantes de mayor o menor edad, con el fin de obtener dinero a cambio, demostrar su autoridad y liderazgo negativo hacia ellos o atemorizarlos, e incluso en muchos casos inducirlos al suicidio, porque es tanta la presión, la pérdida de identidad, difamación y humillación producida por las redes sociales como el facebook, twitter, Messenger entre otros medios, que prefieren morir antes de seguir siendo ridiculizados públicamente.

En la violencia institucional se presenta un poder legitimado por la comunidad y salvaguardado por el Estado en su afán de proteger al ciudadano, aunque con ello abuse de su poder e intervenga en las decisiones institucionales tomadas mediante la creación de políticas innovadoras pero reduccionistas de la libertad humana. Por consiguiente, se habla que una de las funciones del Estado es servir como catalizador para la transformación social, a través del derecho como ente de cohesión y regulación conductual de los individuos (Ban Ki Mon, 2006). La citada violencia siempre ha estado presente, pero solo a partir de la post-modernidad se ha hecho visible o quizás hasta ese periodo de la historia logró conceptualizarse o indagar sobre las variaciones necesarias estructurales de la sociedad, debido a las campañas sobre la defensa de los derechos humanos promovidas en las mismas y respaldadas por organismos internacionales por medio de convenios, tratados y pactos entre los estados (Abad, 1986, pág. 134-135). Un ejemplo de lo anterior se ve reflejado en la continua competitividad entre las instituciones, el deseo de supervivencia innato en el hombre, el cual puede ser explicado a partir de teorías como la selección natural de Charles Darwin, entre otras. Pero, existen otras tesis menos optimistas que consideran a las instituciones una forma de estandarizar a sus integrantes, un modelo reductor de burocratización en el cual se pretende cosificar a los individuos y utilizarlos como herramientas útiles para fines determinados.

En las instituciones también se emplea una violencia simbólica que persigue hegemonizar el comportamiento de sus miembros y obtener la legitimación cultural de las relaciones de poder, generación tras generación. Esta violencia se divide en primaria y secundaria, la primera constituye la interacción de los padres con sus hijos, por eso se denomina incipiente o fundante, surge desde el núcleo familiar. Luego viene la secundaria, proveniente de un aumento de agresión y es perjudicial para sus intervenientes en cuanto destruye vidas, gesta actitudes de negación frente al cambio; y se caracteriza por la imposición de poder, relaciones de marginalidad e indiferencia frente a las necesidades de los individuos y de la sociedad en general.

La violencia simbólica se puede convertir en violencia social cuando hay un detrimento y afectación colectiva; y en violencia estructural si hay ruptura de los fundamentos y principios rectores de una institución, lo cual representa el primer indicio de pérdida de fortaleza estatal. Esta violencia institucional también es policial cuando es cometida por autoridades estatales, causante de impunidad, abusos, represiones y rechazo en la sociedad. Y es así como, el problema persiste en las instituciones y en lugar de erradicarlo se vuelven los precursores y violadores de los derechos de los demás. Como consecuencia de ello, se presentan altos índices de desertación escolar debido a la sensación de impotencia experimentada por los niños cuando se enfrentan a entornos violentos, comportamientos agresivos, a la intolerancia de las otras personas con las que interactúan en su diario vivir y a los

antecedentes históricos de la violencia. Asimismo, surge el interrogante sobre la poca funcionalidad de los instrumentos aplicados en las instituciones públicas o privadas para solucionar los conflictos internos de las mismas; y de esta manera, obvian una de las fases más importante para erradicar la violencia o disuadirla: el reconocimiento de las características y causas de este conflicto social; y el statu quo imperante en las relaciones de poder.

En este propósito mancomunado entre algunas áreas del conocimiento dentro de las cuales se encuentra la Psicología, se busca descifrar el por qué de la violencia institucional, refiriéndose a que “Es evidente que este fenómeno se ha agravado en los últimos años(y no sólo en nuestro país) pero su notoriedad quizás esté remarcada por el mítico lugar de resguardo y unción(“templo del saber”) que simboliza la escuela para la sociedad civilizada, aunque también es posible pensar que la violencia que allí circula tiene características específicas y urgencias impostergables que reclaman nuestra atención e intervención” (1986, pág. 48).

1.2 LA VIOLENCIA DESDE LA PERSPECTIVA SOCIOLOGICA DE CORSI

Desde la sociología, Jorge Corsi (1996) ha incursionado en el estudio de la violencia y para ello ha partido de la comprensión de mitos y tradiciones que sustentan la relación entre individuo y sociedad; e intenta explicar la relación entre violencia-agresión y violencia-castigo y los sujetos intervinientes en ella. En la primera relación se presenta una igualdad entre sus miembros, no hay jerarquización, ni obediencia en el comportamiento como la efectuada entre los cónyuges o compañeros permanentes, a diferencia de la segunda dualidad identificada por la sumisión y supeditación entre quienes la conforman, un ejemplo de ello son los padres e hijos. Este sociólogo se remite a un modelo ecológico creado por el psicólogo estadunidense Uriel Bonfrenbrener con el fin de mostrar la complejidad de la sociedad y las relaciones que se tejen al interior de ella; y para ello describe un esquema sistémico conformado por tres niveles entrelazados entre sí, pero donde intervienen elementos diversos:

- Macrosistema: Es el conjunto de creencias, ritos y mitos construidos acerca de la concepción sobre mujer y hombre, la atribución de roles en la familia desde una visión generalizada de la cultura.
- Exosistema: La incidencia de los medios masivos de comunicación y las instituciones en la construcción de una cultura de la violencia en los niños y adolescentes.
- Microsistema: Son las vivencias de cada integrante de la familia y el compendio de motivaciones personales o causas endógenas o exógenas, influyentes en el comportamiento individual y social.

Cada uno de los niveles de esta estructura comprende varias dimensiones de la violencia y la forma cómo ella se presenta en los diferentes contextos, sin obviar los agentes participativos-los agentes activos o pasivos, la víctima o el victimario-.

Desde la antropología, el historiador y doctor en Antropología de la Universidad de Columbia Oscar Lewis (1986), publicó libros como *La Antropología de la pobreza y Los Hijos de Sánchez*, a raíz de un análisis sobre 100 familias puertorriqueñas y mexicanas, cuyo hallazgo reveló que la familia es un sistema social en el que permanentemente la cultura desempeña un papel importante en la interpretación individual y global del concepto de institución, al igual que las relaciones interpersonales entre los sujetos vinculados en estos círculos sociales y la necesidad de reconstruir la cultura de las civilizaciones; y diferenciar el plano real del ideal, hallando en esa búsqueda patrones disimiles de comportamiento. En estas familias de bajos recursos encontró agresiones, expresiones de machismo, abusos sexuales, sexo desinhibido desde temprana edad, rivalidades entre padres, abuelos, hermanos, tíos, entre otros familiares. También, identificó un lenguaje vulgar, obsceno y violento en sus conversaciones cotidianas, dirigidas a alejarse de su papel de mujer mártir, sumisa y explotada, para convertirse en mujeres valientes y emprendedoras. Pero, esta actitud creaba “tensiones y problemas en sus relaciones maritales...en la forma extravagante en que expresan su independencia. Su comportamiento está motivado por una profunda ambivalencia en cuanto a su papel como mujeres, por su historia ocupacional y por su experiencia como jefes de unidades domésticas matrifocales, hecho frecuente en la cultura de la pobreza”(pág. 28).

Este científico en el seguimiento realizado a las familias mexicanas y puertorriqueñas, afirmó que los hombres eran más agresivos y dominantes en sus actitudes y acciones dentro de sus relaciones afectivas que las mujeres e infirió que estas últimas eran más impulsivas. Sin embargo, a pesar de la diferencia enunciada anteriormente este autor también identificó semejanzas tales como la pasión por la vida, la presencia de emociones fuertes y un estilo de vida espontáneo, sustentado en la inmediatez, autoeliminación de sentimientos de culpa y en una reflexión introspectiva sobre las consecuencias de sus acciones a nivel personal y colectivo (1986). Pero sin duda alguna, uno de los grandes aporte de Lewis fueron sus interpretaciones sobre el concepto cultura de la pobreza y cómo esta desencadenaba la violencia también y por ello era necesario una nueva lectura de la cultura y subcultura, la estructura de la sociedad, las bases familiares, relaciones interpersonales, la ubicación en el tiempo y el espacio, la escala de valores que conforman a cada individuo y los parámetros éticos establecidos en su medio externo.

De la cultura de la pobreza se desprende una subcultura caracterizada por actitudes y reacciones particulares de un grupo de personas que se sienten identificadas en

su condición socio-cultural y poseen valores disímiles en su formación, pero tienen en común los bajos niveles de alfabetización, la segregación, el temor al yugo de las clases dominantes, la ilegalidad de sus uniones, el hacinamiento, el conflicto entre pandillas, el autoritarismo y la tecnología deficiente. Es prominente referirse al elemento cultura como un elemento estructural en la violencia, relacionado con los roles de los géneros masculino y femenino; definido como el conjunto de tradiciones, valores, expresiones de afecto y sexualidad en las relaciones de pareja; los ritos y prácticas religiosas preservadas al interior de una comunidad, pero que continuamente están sujetas a condiciones geográficas, espaciales e históricas cambiantes y han sido expuestas a modificaciones en su identidad y orígenes y por lo tanto, no pueden reducirse a una interpretación gramática, dialéctica o étnica de los individuos.

En esta misma medida antropólogas como Myriam Jimeno (2004) en su obra *Crimen pasional: Con el corazón en tinieblas* han tratado de explicar cómo las emociones son expresiones culturales del hombre y éstas pueden configurarse de acuerdo a vivencias colectivas e individuales. Además, ha pretendido descifrar el origen de estos sentimientos, los cuales no pueden ser universalizables porque corresponden a diferentes jerarquías sociales y de género; y están insertas en la cultura y en los patrones conductuales expresados en la codificación sistémica social.

De forma reiterada esta autora enfatiza en que la cultura puede inducir a un hombre a cometer un delito de tipo pasional, en el que las emociones del agente activo-agresor- al ser expresiones sociales pueden estar sometidas a patrones externos que las encapsulen o liberen de acuerdo a la situación; y en caso de no ser controladas y racionalizadas a tiempo por el hombre, serían una de las causas de las acciones violentas. En este discurso, los actos violentos no son solo un instrumento para obtener un fin sino un intercambio que refleja el conflicto entre cultura y racionalidad, convirtiéndose el primero de éstos en un factor condicionante de la personalidad, el carácter de una persona y las situaciones externas que lo rodean, ya sea de coacción o liberación. Por otra parte, se hace una observación sobre cómo la mujer en su estado de vulneración, producto de las agresiones en su integridad moral o física teme recurrir a las autoridades por la venganza que puede ejercer contra ella su victimario en respuesta de la denuncia interpuesta, también le produce desconcierto la ineeficacia de los medios empleados por las autoridades para darle solución a sus conflictos.

2. TEORÍAS SOBRE LA CRIMINALIDAD FEMENINA

Las teorías tradicionales de la criminalidad aludían a los hombres como los principales transgresores de las leyes, debido a la influencia de éste en los distintos

ámbitos de la vida, su proximidad con el marco legal y la preponderancia de tabúes y creencias enmarcados en la sociedad. No obstante, doctrinantes como Lombroso o Sigmund Freud analizaban la participación de la mujer en el crimen, explicándolo desde su comportamiento con los otros individuos y la incapacidad de ser victimaria por su fisonomía, el complejo de castración y posteriormente el complejo de Edipo.

2.1 ANÁLISIS DE LA MUJER DESDE LAS DIFERENTES ESCUELAS

-La Escuela positivista: se deriva de la escuela clásica, teniendo como representantes principales a César Lombroso, Ferri y Garofalo, quienes afirmaban que el delito era producto de una acción humana como consecuencia de factores exógenos y endógenos; los cuales reconocían la incidencia de circunstancias sociales en la comisión del mismo. César Lombroso resalta características anormales en la mujer delincuente a diferencia de las que no lo son, pues tiene un comportamiento habitual y predecible y quizás es más proclive a sensibilizarse que el hombre en situaciones de dolor y padecimiento físico. Además, posee unos rasgos físicos particulares que lo hicieron plantear una clasificación entre las mujeres delincuentes, dentro de las que están: delincuente nata, pazza moral y epiléptica, entre otras.

-“Delincuente nata: Esta mujer ejecuta actos violentos permanentemente, experimenta sentimientos altruistas, asume actitudes desproporcionadas frente a sus semejantes.

-Delincuente pazza moral: actitud celotípica y violenta frente a su compañero permanente o cónyuge, es obscena en sus expresiones y evasiva.

-Delincuente epiléptica: la mujer es menos irritable en el centro psíquico de la corteza”. (Lima, 2004, pág. 81-90). En el siglo XX surgieron otras teorías psicosociales que pretendieron darle un vuelco profundo a la interpretación de la criminología como Tarde, Durkheim, Freud, Watson, Ferracuti entre otros, quienes afirmaron que el delito era el resultado de factores exógenos y endógenos y un fenómeno socio-jurídico; y por lo tanto, la aplicación de las penas y medidas de seguridad debían estar sustentadas en la responsabilidad moral y en una política criminal dirigida al diseño de penas preventivas, humanizantes donde se respete el derecho del otro. Asimismo, se planteó que la mujer incurría en la comisión del delito como una forma de revelarse frente a la sociedad excluyente y represiva; también podría ser el producto de alteraciones hormonales, cambios comportamentales o físicos o una forma de reivindicarse consigo mismo y con su medio. Sin embargo, en estas teorías también se propone cómo la mujer es delincuente no por su fisonomía, sino por su limitada participación en la sociedad o quizás por el simple hecho de ser mujer; la correlación entre su aspecto físico, biológico y el rol asignado por la cultura en

las relaciones; y la masculinización propia del hombre. (Lemaire, 1994). En esta misma consolidación de corrientes modernas, surge el interaccionismo simbólico y la criminología crítica como una reacción frente a las concepciones patriarcalista y a los códigos simbólicos entre las relaciones humanas; re-estructurando las vivencias individuales, la percepción social y el etiquetamiento social, en el que se postula la conducta delictiva de una mujer no como sinónimo de desviación sino el efecto de una distribución desigual en los poderes individuales.

2.1.1 Teorías sobre el comportamiento de la mujer

-*Teoría de la criminología crítica:* es una corriente que está orientada al estudio del fenómeno criminal desde la comprensión del individuo, la conducta criminógena, la concepción sobre feminidad, el control social, la realidad social, reincidencia y resocialización. Es por ello que el objetivo es desligarse de la criminología tradicional que analiza la comisión del delito efectuados por mujeres como acciones no relevantes para las investigaciones sobre el delito.

-*Teoría de la imitación del hombre:* la mujer inconscientemente trata de imitar los actos del hombre en la realización de los delitos, pero asume el rol de sujeto activo, autor intelectual de conductas delictivas y precursora de actitudes y posturas limitantes.

-*Teoría de la emancipación femenina:* la mujer aumenta la comisión de delitos cuando logra emanciparse de los estereotipos sociales y establece una relación causal entre los motivos que la impulsan a delinuir y las consecuencias de ello en relación con ellas mismas y con el otro. Asimismo, su intervención en situaciones fuera de su contexto familiar son generadoras de mayor inseguridad y desestabilidad.

-*Teoría del movimiento de liberación femenina:* con el surgimiento de los procesos de revolución femenina, se han desencadenado resultados funestos en la criminología, porque la mujer ha tomado conciencia sobre la política y se ha independizado de las costumbres conculcadas desde su infancia hasta el punto de crear nuevos horizontes en la economía, academia, religión y familia.

-*Teoría sobre el cambio de oportunidades en el contexto social:* la mujer en su intervención activa en los diversos contextos, ha modificado sus necesidades básicas y creado otras que han suscitado una interacción más cercana entre los hombres y su medio.

-*Teoría del desarrollo:* es una invitación a integrar el nivel económico, demográfico, político, social y cultural que ha afectado las relaciones entre la mujer y el hombre; y ocasionado desequilibrio emocional. En esta teoría se revalúan las concepciones sobre marginación y urbanización.

-*Teorías sobre la desproporción cuantitativa entre la delincuencia masculina y femenina:* Se ha planteado que la mujer a diferencia del hombre comete delitos por motivos sociales.

-*Teoría biologista:* comprende la teoría de la inferioridad física, cuyo argumento era la subvaloración a nivel físico e intelectual de la mujer. Pero, esta posición es contradictoria en cuanto según esta afirmación la mujer no podría ser delincuente porque no cumplía con las capacidades requeridas para serlo.

-*Teoría de la diferenciación:* enfatizó que la mujer era diferente al hombre fisonómica, biológica e intelectualmente y por ende no podían compararse entre sí. De igual forma, se rechaza la concepción de inimputabilidad de la mujer por el solo hecho de serlo.

-*Teoría psicologista:* la conforman dos teorías: -La inclinación del bien: se fundamenta en concepciones moralistas sobre la mujer y se le adjudica un carácter de buena por su naturaleza, el autodominio de sus instintos y apetitos sexuales. Además, se considera que la mujer es sensible y por ello busca al hombre para direccionar su vida.

-*Teoría sociológica:* la mujer tiene menos posibilidades que el hombre de establecer relaciones con los demás, debido al tiempo dedicado diariamente a los oficios domésticos, de acuerdo a los parámetros culturales restrictivos y limitantes (1994).

3. LA MUJER DESDE LA VICTIMOLOGÍA

El término victimización fue utilizado desde las primeras épocas de la historia, pero en la cultura griega adquirió una connotación especial a partir de sus representaciones mitológicas y el lenguaje dionisiaco empleado para plasmar la realidad; sus percepciones frente al mundo y los fenómenos naturales acaecidos como lo sucedido con el Dios Apolo y su hermana Artemisa, quien era la diosa de la caza y de las fieras y al igual que su gemelo victimizaba a animales, seres indefensos y mujeres que estuviesen a punto de traer una nueva vida. En la antigüedad a la mujer se le victimizaba por tocar la vestimenta de su esposo o sus testículos, haber nacido con los dedos de los pies deformes y en la cultura esquimal eran obligadas a tener sexo con el pontífice o cacique de la tribu. Luego en la edad media y en la colonia el feudal era a quien se le concedía el privilegio de estar con la mujer virgen por ser el jefe encargado de dirigir este grupo de individuos, pero esto demuestra la victimización de la mujer en los ritos religiosos de agravios, laceraciones, extirpaciones, incisiones ocasionadas en sus genitales y otras partes del cuerpo, de una forma u otra ha sido predispuesta a vulneraciones e incluso de los medios masivos de comunicación.

La Victimología ha sido definida como una ciencia interdisciplinar que tiene como objeto de estudio el crimen, el delincuente como sujeto, la víctima y las medidas de control sobre la delincuencia, en especial de la víctima quien es el sujeto pasivo y sobre quien recaen los daños y perjuicios producidos por su agresor o sujeto activo. Es el punto de inicio para comprender el por qué de estos comportamientos violentos, la reacción de la comunidad frente a ello, las condiciones de tiempo y lugar en el cual se presentan los hechos y el concepto de justicia.

En el estudio del comportamiento de la mujer, se ha descubierto que ésta se caracteriza por su agresividad, actitud de represión y deseos de venganza hacia quien le ha impartido ofensas y maltratos en algún momento de su vida. Es por ello, que es de vital importancia identificar qué tipo de víctima es, cuál es la relación con el agresor, el estado civil y la edad de la misma; y si hay presencia de discapacidad e incapacidad. También, se ha argumentado que existe una probabilidad alta de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar que posteriormente se convierten en victimarias y su conducta se puede encontrar dentro de la tipología de victimización primaria-dirigida contra una persona y ésta se puede reducir a violaciones y golpes-, secundaria-padecida por una población específica, explotadas económicamente, desvalorizadas y humilladas- o terciaria enfocada hacia un grupo diverso.

La sacralización de la mujer en los medios masivos de comunicación ha contribuido a establecer una clasificación de las víctimas en inocentes o culpables, a menor, mayor o igual nivel que el victimario. En el año 1985 se celebró en Milán, el VII Congreso de la ONU en el cual se le denominó un problema social. Asimismo, condujo a pensar que la mujer y los niños al igual que los ancianos y hombres también deberían ser protegidos contra las acciones violentas infringidas hacia ellos, por el solo hecho de ser personas con igualdad de capacidades.

De acuerdo al planteamiento de Eugenio Zaffaroni (1982), la criminalidad femenina es un problema de las estructuras sociales, políticas, económicas y culturales de un país, por eso el tratamiento de los delincuentes debe efectuarse de acuerdo a las necesidades de la población y sustentarse en la idea de control y justicia social de un derecho penal más preventivo que sancionativo. La política criminal debe ir en búsqueda del diseño de instrumentos con criterios jurídico-penales que persigan la defensa social de los individuos, plantear soluciones a los conflictos, garantizar el respeto por la libertad, el buen nombre y la honra de las personas vinculadas penalmente a procesos; y re-conceptualizar la pena, delito, victimización, justicia, marginalización y la discriminación.

Literatos como Fiodor Dostoievski (2007) expusieron algunas tesis sobre el homicidio y afirmaron que esta conducta punible podía justificarse si quien incursionaba en ella tenía causas válidas para cometerlas, es decir si con esa acción produciría un bienestar

colectivo. Por ejemplo, en su obra *Crimen y Castigo* dice que: “El hombre extraordinario tiene el derecho (...), no el derecho legal, naturalmente, sino el derecho moral (...). De permitir a su conciencia franquear ciertos obstáculos en el caso de que así lo exija la realización de sus ideas, tal vez beneficios a toda la humanidad” (pág. 265). Además, se remitió a figuras políticas y heroicas como Napoleón, ello con el fin de explicar cómo estos hombres se adjudicaron la facultad de exterminar y sacrificar la vida de determinados individuos por la salvación de un grupo de personas, comunidad o país. La discusión suscitada por este autor gira en torno a si la comisión de un delito es equivalente a los resultados obtenidos o es permisible, legítimo a pesar de su ilicitud o ilegalidad. Pero existen tesis divergentes como la de John Rawls, Hoffe, Hofmann que defienden la idea de justicia y rechazan el delito como una posible solución a un conflicto. El filósofo estadunidense John Rawls (1971) en su obra maestra *La Teoría de la Justicia*, esbozó la necesidad de que la sociedad estuviera regulada por normas justas promotoras de equidad, proporcionalidad y disciplina al interior de un grupo de personas, con el propósito de equilibrar la desigualdad social y procurar la defensa de los más vulnerables, a través del cumplimiento de la ley y el respeto por un orden establecido. De este modo, el filósofo y jurista Hofmann -alude a dos tipos de justicia: distributiva e igualdad y justo medio: conmutativa e impersonal-, cada una de éstas se encuentran direccionadas a la creación de políticas estatales que vayan en pro del individuo y de propiciar las condiciones externas mínimas para su supervivencia, sin renunciar a sus derechos fundamentales.

Por otra parte, en las investigaciones realizadas sobre la violencia de género, la catedrática de derecho penal María Luisa Maqueda en la Universidad de Granada, afirmó que quizás uno de los grandes problemas de la sociedad es negarse a reconocer la violencia como parte de la realidad mundial y no una “cuestión biológica, ni doméstica sino de género” (Maqueda, 2006), y no puede equipararse a la violencia doméstica porque ésta va dirigida a cualquier miembro de la familia y no a los seres considerados más frágiles como la mujer y los niños, pues estos seres han sido analizados desde una mirada hegemónica donde lo relevante no es el sexo o la edad, la individualidad o colectividad de los actos agresivos cometidos, sino la discriminación histórica y la señalización cultural de unos valores subyacentes a ellos. En respuesta a esta inconformidad se han creado leyes, firmado convenios, tratados y acuerdos en búsqueda de la reivindicación de los derechos de la mujer, su participación en los diferentes campos, la visualización de las agresiones padecidas, el enfrentamiento a su continua tutorización, su *incapacidad*, sentimiento de culpa, angustia y por otra parte, la necesidad de su des-instrumentalización.

En esta investigación sobre los orígenes del comportamiento de la mujer como sujeto pasivo de la violencia y posteriormente sujeto activo, la periodista Mabel Paola López (2006) como producto de una investigación realizada en su proceso

de maestría se remitió a la época neogranadina entre 1780 y 1830 con el fin de analizar el conyugicidio; y para ello se encargó de recopilar información sobre este fenómeno a nivel nacional e internacional. Ahora bien, como resultado a estos estudios encontró que a finales de los años mil setecientos (1700) e inicios de mil ochocientos (1800) se presentaron 23 casos de asesinatos cometidos por la mujer hacia su esposo, reflejando estos los enfrentamientos verbales y físicos padecidos al interior las familias y las posibles causas de las agresiones y posteriores crímenes.

A finales del siglo XVIII se hallaron documentos en los que se señaló, que los esposos fueron quienes atentaron contra la vida de las mujeres por su supuesta infidelidad, pero en el siglo XIX se reportaron casos de conyugicidio donde la mujer actuó en defensa propia frente aquellos maltratos impartidos por su cónyuge o compañero permanente y donde ambos desempeñaban oficios de poca remuneración y reconocimiento social; y sus edades oscilaban entre los quince (15) a treinta y cinco (35) años. Asimismo, el escenario en el cual se desarrollaron los sucesos violentos fue en el hogar; y en algunas ocasiones bajo los efectos de bebidas fermentadas y alcohólicas como la chicha y el aguardiente, tanto en los hombres-actividad cotidiana, olvidar su presente y la crisis familiar vivida- como en las mujeres-forma de adquirir fortaleza, seguridad, deshinbición al momento de tomar la decisión de exterminar con la vida de su agresor-. Asimismo, la bióloga María Teresa Mójica Ortiz (Citada por López, pág. 53) en su investigación sobre *El derecho masculino de castigo en la colonia* señaló que “Las historias de maltratos excesivos (sevicia) contienen escenas que muestran cuatro modalidades de agresión conyugal: insultarlas o injuriarlas, amenazarlas de muerte y someterlas a privaciones emocionales y físicas, y darles palizas”. Desde la perspectiva biológica, esta autora afirmó que la mujer fue producto de la discriminación social y su sometimiento a golpes desde los inicios de su vínculo matrimonial la convirtió potencialmente en una victimaria. Asimismo, la obligó a irrumpir con el silencio y el flagelo de su cuerpo.

3.1 LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Al evocar la normativa internacional en pro de los derechos de la mujer, se halló que las Naciones Unidas en el año 1946 crearon la Comisión sobre la condición de la mujer, el primer paso en la disputa contra la abolición de cualquier violación hacia ellas y la base para la formulación de posteriores convenios como la eliminación del tráfico ilegal de personas y la explotación sexual de las mismas, mediante la prostitución y la comercialización de sus cuerpos. Luego, en el año 1982 se creó el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, que tendría como función vigilar la aplicabilidad de la convención contra cualquier forma de exclusión

hacia el sexo femenino. En el año de 1993, se celebró la Conferencia mundial de derechos humanos en Viena, cuyo objetivo era ratificar la universalidad de los mismos e impulsar a la Asamblea General de las Naciones Unidas a reconocer la violencia impartida hacia la mujer como el resultado de relaciones de dominación y desigualdad históricas.

Posterior a ello, se firmó la Convención Belem do Pará el 9 de Julio de 1994. En 1995 se gestaron Conferencias internacionales como la cuarta, celebrada en Beijing con la cual se procuraba el desarrollo y la paz de la mujer a nivel mundial. En esta conferencia se habló de una plataforma de acción de Beijing sobre la violencia contra el género femenino y su categorización, en la que se efectuara una revisión permanente de las políticas y organizaciones defensoras de sus derechos.

La primera región del mundo que tuvo una Convención específica sobre la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer fue América Latina y el Caribe, la cual fue firmada en Belem do Pará el 9 de Julio de 1994 y cuyo fin fue identificar la violencia como un conflicto social que no podía ser reducido exclusivamente a la violencia intrafamiliar y debía ser objeto de interpretación y atención por el Estado, aunque formara parte de la esfera privada. Es así como se transformó en fase relevante para diseñar instrumentos de cambio e implementar medidas de control sobre este fenómeno (Almérás & Bravo, 2001, pág. 11-13).

La citada convención fue aprobada con el propósito de proteger los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y libertades fundamentales; la defensa de la dignidad humana y su participación en todos los sectores de la sociedad, indistintamente de su condición étnica, cultural, educativa y religiosa, contra cualquier tipo de discriminación, violaciones y abusos. En conjunto con la Convención, la comisión interamericana de mujeres se convirtió en un mecanismo de reparación y resarcimiento para las víctimas; y la oportunidad de conminar al agresor contra eventuales lesiones o perjuicios. Además, fomentar el respaldo de los administradores de justicia y su eficacia, celeridad en la aplicación de las leyes y medidas correctivas para los casos delictivos, la participación de las entidades gubernamentales y los Estados partes en la firma de estos acuerdos internacionales.

-El 17 de noviembre de 1999, la Asamblea General de la ONU emitió la resolución 54/134 mediante la cual declaró el 25 de noviembre como el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. En octubre de 2000, se expidió la resolución 1325 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la cual los estados miembros, el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la mujer y la infancia, entre otros organismos internacionales se unieron en pro de incluir la perspectiva de género en sus campañas estatales.

-Otro aspecto destacable es la participación de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia, Rwanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona como parte constituyente del sistema de justicia penal internacional, gestionador de la asignación de responsabilidad a los Estados intervenientes en los actos de violencia impartidos a las mujeres y víctimas de los conflictos armados. Y el Estatuto de Roma de 1998 de creación de la Corte Penal Internacional comprende diversos tipos de crímenes por motivos de género.

-En diciembre de 2002, se firmó el protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer mediante el cual se reconocen sus derechos fundamentales por parte de los estados miembros y se comprometen a respaldarlos contra cualquier vulneración, a fines de consolidar su autonomía. Los cambios producidos por la implementación de instrumentos internacionales en pro de los derechos humanos de las mujeres, fueron impulsados por movimientos revolucionarios de los cuales ellas fueron protagonistas; y le permitieron rechazar la educación androcentrista, pero con una nueva re-interpretación de los derechos y lograr la asimetría en los oficios desempeñados por el hombre y la mujer, la deconstrucción de lo público y lo privado desde la visión de género. Además, empoderarse de su condición de mujer, sexualidad y reproducción.

En Colombia, la violencia impartida hacia la mujer ha sido abordada desde la óptica de diferentes áreas del conocimiento, tal como se erige en las teorías expuestas sobre las causas y efectos de su comisión; y su posición dentro de la sociedad. Y para ello, es importante identificar cuáles fueron las normas favorables para la mujer y respecto a qué aspectos específicos regularon. La relación de esta normativa es la siguiente:

-En el año 1993 se expidió la Ley 82 que buscaba la protección de la mujer cabeza de familia, en su estado civil de soltera o casada que tuviese bajo su cuidado económico o social a sus hijos o personas con incapacidad o discapacidad. Años después, la ley 294 de 2006 por la cual se desarrolló el art. 42 de la Constitución Política Nacional de 1991 y se procuró salvaguardar a la familia y a sus integrantes frente a cualquier tipo de violencia padecida, mediante normas que garantizaran la prevención, erradicación o sanción contra la violencia intrafamiliar; y los agentes estatales facultados para cumplir esa función eran los comisarios de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales. En materia penal, la ley 599 de 2000 por el cual se expidió el Código penal colombiano, en su título VI Delitos contra la familia, capítulo I de la Violencia Intrafamiliar y su art. 229 se señaló que cualquier miembro de la familia que maltrate a otro de forma física, psicológica o sexual, deberá asumir los efectos jurídicos de esta acción y su sanción será pena privativa de la libertad de 4 a 8 años.

-La ley 1009 de 2006 creó el observatorio de asuntos de género y delegó al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República a través de la Consejería Presidencial de la equidad de la mujer y la creación de políticas públicas para su protección. La ley 1142 de 2007 modificó el art. 229 de la ley 599 de 2000, en cuanto a la pena impuesta y la aumentó de 4 a 8 años para el delito de violencia intrafamiliar.

-La ley 1257 de 2008 dictó normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, con el fin de sancionar a aquel individuo que por acción u omisión transgrediera a la mujer física, psicológica, sexual, económica o patrimonialmente o le causare su fallecimiento. Posteriormente, con la promulgación del decreto 164 de 2010 se creó una comisión intersectorial denominada Mesa interinstitucional para erradicar la violencia contra la mujer.

-La ley 1468 de 2011 por el cual se modificó el art. 236, 239, 57 y 58 del Código sustantivo del trabajo, le otorgó a la mujer en estado de embarazo una licencia de 14 semanas remuneradas para que pueda descansar y gozar de su preñez y posterior parto. En consecuencia, la ley 1542 de 2012 incentivó la defensa de la mujer, la eliminación del carácter de delito querellable y desistible a la violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria y la atribución a cualquier particular ajeno al círculo familiar, denunciar esta conducta punible.

4. TEORÍAS FILOSÓFICAS Y JURÍDICAS DE LA NO-VIOLENCIA

En un análisis retrospectivo sobre la violencia, se encuentra que algunos filósofos como Jean Muller y Juan Ma. Jacquemin ahondaron sobre la afectación de los derechos humanos con el ejercicio de la fuerza, agresión y violencia en todas sus manifestaciones; y construyeron sus tesis a partir de la necesidad de la acción, el uso del diálogo y la democratización. No obstante, esta teoría ha sido pensada como pasividad, inactividad e indiferencia frente a situaciones reales intimidantes y coercitivas que requieren de la violencia para su solución. Estos planteamientos constituyen una invitación a tomar conciencia de sí y del otro, a partir de conceptos como la solidaridad, heterogeneidad, la educación, la libertad, justicia, igualdad, verdad y dignidad humana como garantes en el diseño de herramientas pedagógicas razonables contra la violencia ejercida hacia la mujer por el solo hecho de serlo.

El término no-violencia tiene varias acepciones, sin embargo solo se le han otorgado significaciones como pasividad, falta de acción, reacción y permisividad entre otras. Pero desde la perspectiva filosófica la no-violencia no constituye una simple negación, sino la invitación a mirar de forma diferente, con posibilidad de acción

y de reconocimiento del otro, sustentada en la ley moral kantiana de no causar perjuicio o daño al otro, perseguir la verdad y utilizar la razón y el lenguaje como forma de expresión humana que lo emancipa y permite auto-descubrirse, a pesar de la animalidad en la que se encuentra sumergido (Muller, 2002).

La expresión no-violencia fue traída a occidente por Gandhi, quién a través de sus escritos y su vida pretendió ser un ejemplo de prudencia y sabiduría, virtudes propias de hombres justos, razonables y pensantes, que anteponen su raciocinio a su pasión; fin que solo se logra a partir de la deslegitimación de la violencia desde los pequeños actos y actitudes, porque de lo contrario el hombre continuará en la ambigüedad de la violencia como solución a sus conflictos, puesto que la considera una característica innata y una condición propia de su especie; y no propia de la cultura y de construcciones ideológicas.

La perspectiva de Jacquemin (1996) está dirigida al fomento de la idea de civilización en el mundo contemporáneo y la protección de los derechos humanos, a través de un marco legal amplio en el cual se empleen técnicas didácticas para la construcción de espacios académicos de transformación social, encaminados a la reivindicación de la mujer en las distintas esferas de la sociedad e interpretar la no-violencia como un principio orientador y liberador que afecta la dignidad humana del hombre.

En concordancia con lo anterior, para el jurista, filósofo, economista y literato Cesare Beccaría (1996) la mejor arma para atacar el delito es la educación, “es el medio más seguro, pero más difícil” (pág. 165). Porque representa una renuncia a la cultura de la violencia, a la forma de interactuar y relacionarse con el otro; y de destruir los paradigmas instaurados por el hombre. La educación es la herramienta más idónea para evitar la proliferación del delito pues en cierta forma es un atenuante en la comisión de conductas punibles y contribuye a disuadir las brechas sociales entre los particulares y el Estado. Además, edifica las bases para la formación de un ciudadano integral y el concepto de pena necesaria, no como la única alternativa para luchar contra el crimen sino la forma de penalizar acciones que van en contra de la moral, corregir actuaciones ilegales para detener el ciclo de crímenes y también servir de precedente para otros delincuentes que se atrevan a violar las leyes.

Este jurista expuso que la fuerza aunque produce servilismo, subordinación no es la solución al delito, en cuanto cosifica al hombre y lo vuelve esclavo de sus propias agresiones. La imposición de penas a los delincuentes garantiza un castigo físico que puede representar años de privación de libertad pero no una efectiva, útil y rápida forma de disminuir el efecto y las consecuencias en las víctimas; y su posterior rehabilitación e integración a su comunidad. Puesto que, el encierro puede ocasionarle mayor inseguridad, desestabilidad emocional y probablemente mayor conflicto social.

Otra estudiosa de las leyes y las letras, es la costarricense Alda Facio quien ha sido una abanderada de los derechos de la mujer y la equidad, pues ella piensa que la mejor forma de transformar las relaciones de poder entre géneros es alterar la situación jurídica y social de las mujeres, eliminar la discriminación, el sexismo y mostrar una forma alterna de conformar las instituciones jurídicas y legislar en derecho, porque aunque se ha cedido en el ingreso de ellas al sistema político, no se ha sido flexible en el ordenamiento de los principios y base androcéntrica que la constituye.

Uno de los continuos cuestionamientos de Facio (2007) gira en torno a ¿Por qué las normas creadas para otorgar beneficios a la mujer están diseñadas para reafirmar su condición privilegiada y no para garantizar la equidad de género? Esta escritora en sus trabajos investigativos, ha reflexionado sobre cómo “la ausencia de una perspectiva de género en la administración de justicia ha causado un sesgo androcéntrico en la aplicación e interpretación de leyes que son neutrales y objetivas” (pág. 8). Pero esta objetividad se analiza desde la visión masculina y por tanto, las decisiones y fallos impartidos estarán sustentados en la subjetividad y en concepciones tradicionalistas, cuya igualdad se encuadrará en la afirmación de una diferencia que en el intento por liberarla del rol masculino, se asemeja a ella.

En concordancia con lo anterior, la doctora en Derecho y educación Ana Gamboa de Trejo (2007) consideró que el problema de la violencia no es solamente preocupación de la Victimología o la Criminología, ciencias por medio de las cuales se pretende hallar una víctima y un victimario, la descripción del crimen, los rasgos del criminal o los hechos que lo antecedieron, sino auscultar sobre el aspecto social, cuáles son las concepciones de los individuos sobre la igualdad, justicia, libertad, equidad y género, el nivel educativo y cultural que poseen y cuáles son las alternativas de vida diferente presentadas por el Estado para su activación política. Además, la renuncia a pensar como esclavas, seres inferiores e incapaces, pensamiento que les abrirá un espacio más representativo.

La abogada criminóloga Carmen Antony (2007a) expuso su tesis sobre la criminalidad femenina, pero más allá de un estudio sobre la delincuencia femenina basado en el etnocentrismo y androcentrismo, propuso analizar la situación de la mujer presidiaria en latino-América, la condición de hacinamiento en las que se encuentran en varios establecimientos carcelarios, su infraestructura, realización de talleres, capacitaciones y espacios recreativos; las reglas del poder al interior de la misma, la ausencia de medidas de prevención y acompañamiento a las reclusas y una política criminal con perspectiva de género, cuyo objetivo sea alejarse de la visión de prisión como un lugar discriminatorio y estigmatizado por la sociedad, para acercarse a la idea de cárcel como espacio donde se gesten verdaderos cambios

sociales y grandes seres humanos, se formen mujeres empresarias, profesionales, líderes e independientes, competitivas laboralmente, innovadoras y sin experiencia en culinaria, elaboración de objetos manuales, modistería y oficios domésticos, entre otros.

Según Antony (2007a) en estos centros de reclusión, un gran porcentaje de mujeres tienen hijos pero en muchas ocasiones no pueden estar en su proceso de crecimiento y formación, porque han sido extraídos por su compañero permanente, padres, abuelos u otros familiares de forma violenta, quizás en contra de su voluntad o sin su consentimiento o son madres solteras y sus hijos fueron entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF-. Además, se les prohíbe llamarlos o cuando lo hacen no los comunican por temor a una mala influencia, obstruir su estabilidad emocional o afectar su comportamiento. En la mayoría de las ocasiones quiénes se oponen al contacto directo entre la madre y el hijo (s) es la familia paterna de su ex esposo, porque la culpan de haber atentado contra la vida de su hijo o causarle alguna lesión.

En las cárceles de mujeres también se resalta cómo los días de visita, hay mayor afluencia del sexo femenino de diferentes edades en relación a los hombres que ingresan; y es más estricta la vigilancia ejercida por parte de las guardias a las visitas masculinas recibidas que las femeninas; el control en el uso de anticonceptivos, el seguimiento en el estado civil de las reclusas y de las personas con vínculo consanguíneo o de afinidad que penetran al interior del establecimiento carcelario. Pero, hay precarias o deficientes medidas respecto a la valoración de la calidad de los servicios médicos y especializados prestados y la periodicidad de los mismos. También, es evidente la discriminación hacia las presidiarias lesbianas y el acceso a la cárcel de sus visitas con la misma identidad sexual.

Por otra parte, cuando las presidiarias están lejos de su país de origen, el tratamiento impartido hacia ellas es peyorativo e infame, porque en varios casos son obligadas a soportar cualquier tipo de maltrato o abuso por la guardia-femenina o masculina para evitar ser enviadas a celdas de castigo o privarlas del cuidado de sus hijos. Indiscutiblemente sobre ellas se ejerce un mecanismo de control social que no busca la protección efectiva de sus derechos y su reinserción, sino continuar con el mismo ciclo de violencia, la perenne reproducción de individuos indeseables y desadaptados para la sociedad, quizás criminales, seres agresivos y excluyentes, como si fuesen máquinas o robots auto-programados.

Los centros de reclusión fueron diseñados para castigar a aquellas personas que habían incurrido en uno o varios delitos; y una forma de hacerlo era a través de la privación de la libertad de locomoción y movilidad de las personas; la atadura de las mismas a cadenas y su sujeción a barrotes, varillas, hierros e instrumentos sólidos difíciles

de ceder ante la manipulación humana. De igual forma, estas cárceles representaron una obligación intrínseca “a aproximarse a un ideal, una norma de conducta, un modelo de obediencia (...).” (Butler, 2002, pág. 96). A pesar de que, desde sus inicios su construcción debió estar encaminada a resocializar a los delincuentes y aplicarles una sanción por su conducta ilegal, anti-ética y inmoral.

El catedrático de derecho penal Luis Ernesto Chiesa (2007b) perteneciente a Pace University en New York, escribió un artículo muy interesante sobre la relación entre la mujer maltratada y el uso de la figura de legítima defensa; y para ello, expuso que ésta última constituye una justificación legal y una herramienta de protección para la defensa de su vida cuando ésta se encuentre en inminente peligro o el Estado no pueda brindar su auxilio de forma inmediata. Es una alternativa razonable de atacar la antijuridicidad de la conducta ejecutada o detener la culminación de la misma.

En los países anglosajones, la figura jurídica de legítima defensa se invoca cuando la víctima reacciona o actúa de forma inmediata a la confrontación o agravio padecido, siempre que éste sea proporcional al daño o perjuicio recibido. Es decir, ésta debe ser utilizada solo en el momento en que el individuo es víctima de agresiones, no anterior o posterior a ello porque se incurría en otra tipología del delito, por el uso ilegítimo de esa defensa o porque pudo haberse previsto y no lo hizo o solo fue una especulación sobre su eventual acaecimiento. No obstante, con el objeto de conocer la actitud de la posición contraria frente a una situación amenazante respecto a su vida, los antecedentes violentos en el agresor, los maltratos y actos agresivos, es necesario que éste se pregunte cómo hubiese sido su respuesta como victimario desde un criterio objetivo e imparcial (2007b).

Con fundamento en lo anterior, surgen los siguientes interrogantes ¿Si la mujer recurrió a las autoridades competentes y no le brindaron solución, debe esperar ser asesinada por su agresor? ¿Por qué la mujer víctima de violencia, maltrato o lesiones no optó por huir de su círculo violento antes de ejecutar el homicidio y los motivos que le impidieron rehusarse a las agresiones de su compañero permanente? Uno de los grandes acertijos a los cuales la mujer se enfrenta en su cotidianidad es ¿Cómo proteger su vida y la de sus hijos, si en varias ocasiones ha estado expuesta a su muerte, sin recibir respuesta alguna de las instituciones estatales o ¿Será esta omisión, indiferencia y apatía a su llamado, denuncia una forma indirecta de decirle defiéndase como sea posible? Pero cuando ello ocurre surge otro cuestionamiento ¿Si en su defensa atenta contra la vida de otra persona que podría suceder? En respuesta a esta última pregunta, se podría afirmar que su acción u omisión occasionará una sanción penal, debido al daño antijurídico producido.

Según las leyes penales anglosajonas, la legítima defensa debe ser absolutamente necesaria y anteponerse a la inminencia o cualquier otro factor distracto y no debe

existir otra posibilidad de resguardar su vida. Pero la controversia se presenta cuando la víctima no actúa durante la discusión por temor o impedimento físico y decide hacerlo cuando el victimario se encuentra en estado de pasividad o indefensión-dormido-; y no puede reaccionar ante la agresión de su compañera permanente, esposa o concubina-no ha sido declarado extrajudicialmente su vínculo o unión-. No obstante, esta reacción tampoco es óbice para excusarla en su conducta, determinar su imputabilidad-examinar el estado mental de la víctima que pasó a ser victimaria o el miedo insuperable padecido- y disminuir su grado de culpabilidad de acuerdo a unos atenuantes.

Para la antropóloga y psicoanalista Elena Azaola (1997), la marginalidad y la diferencia entre los sexos son factores que han sido delimitados por la sociedad y respecto a la penalización de los delitos cometidos por la mujer, éste es mayor en relación a los hombres. Las mujeres víctimas-victimarias además de enfrentarse a varios años de privación de libertad por el delito cometido. Y generalmente, este acto tiene como sujetos pasivos a “aquellos a quienes ha amado en exceso; hacia aquéllos de quienes depende, o bien hacia aquéllos por quienes siente un intenso odio; en contraste, el hombre mata donde los lazos afectivos son mínimos”. (pág. 20). Se colige que la presencia de un vínculo afectivo entre una mujer y un hombre o entre parejas del mismo sexo, coadyuva a la ejecución del conyugicidio, es decir si se desea un cambio social frente a las cárceles se requiere un cambio al interior de éstas, sus directrices, el personal que la integra, su visión sobre la finalidad para la cual fue construida y los efectos que debe producir ésta en la sociedad.

En suma, luego de varias disertaciones sobre el conyugicidio, feminicidio, la violencia intrafamiliar y los roles atribuidos al género masculino y femenino en los diferentes momentos de la historia, es inescindible hacer referencia a la preponderancia de la figura de la resocialización, reinserción y rehabilitación de estas personas denominadas ex reos o ex convictos en la prevención de estos fenómenos de impacto social.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad, Susana. (1986). Lo social en la escuela. En: Documento de trabajo de la dirección de Psicología y asistencia social escolar. Dirección nacional de escuelas y cultura, Provincia de Buenos Aires, La Plata, circular No. 20.
- Almérás, Bravo, Milosavljevic, Montaño & Nieves. (2002). Violencia contra la Mujer en Relación de Pareja: América Latina y el Caribe. Una Propuesta para Medir su Evolución y Magnitud. Santiago de Chile, En: Publicación de las Naciones Unidas, pp. 5-25. Recuperado de <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/10631/lc11744e.pdf>

- Antony, Carmen. (2007). Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina. En: Revista Nueva sociedad. No. 208. Marzo-Abril. ISSN 0251-3552, pp. 74-84. Recuperado de www.nuso.org/upload/articulos/3418_1.pdf
- Azaola, Elena. (1994). El Delito de ser Mujer. En: Hombres y Mujeres Homicidas: Historias de Vida. México: Ed. Fondo de Cultura económica, p.20.
- Beccaría Cesare. (2007). De los Delitos y de las Penas. Bogotá: Ed. Temis, p. 82.
- Bourdieu, Pierre (2000). La dominación masculina, citado por Fernández, Manuel (2005). La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica, Vol. 18. Madrid: Universidad Complutense. ISSN: 0214-0314, pp. 11-12. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1314184>
- Butler, Judith (2002). *Mecanismos Psíquicos del Poder, Teorías sobre la Sujeción*. Madrid: Universidad de Valencia. Ediciones cátedra, pp. 10-38. Recuperado de <http://es.scribd.com/doc/23838927/Butler-Judith-Mecanismos-psiquicos-del-poder-1997>
- Chiesa, Luis. (2007). Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona. En: Revista penal. No.20. Julio. New York: Pace University. Recuperado de www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/321
- Corsi Jorge. (1996). Violencia Familiar: Una mirada interdisciplinaria sobre un Grave Problema Social. Buenos Aires: Paidós. Primera edición, pp. 18-25.
- De la fuente, Yolanda & Ríos, Pilar (2005). Violencia contra la mujer. En: Violencia social: mujeres y jóvenes. Universidad de Jaen. Primera edición, pp. 21-71.
- Dostoievski Fiódor. (2007). Crimen y Castigo. Madrid. Ed. Sopena, p. 265.
- Facio, Aida. (2002). Con los lentes del género se ve otra justicia. En: Revista El otro derecho. No. 28. Julio. Bogotá: Ilsa, p. 92.
- Gamboa de Trejo, Ana. (2007). Los espacios de la equidad de género. En: Revista letras jurídicas. Vol. 20. México: Universidad veracruzana, pp. 1-10. Recuperado de www.letrasjuridicas.com/Volumenes/20/gamboa20.pdf
- Jimeno, Myriam. (2004). Crimen Pasional. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Primera edición, p. 244.
- Ki mon, Ban. (2006). Poner fin a la violencia intrafamiliar contra la mujer, de las palabras los hechos. En: El contexto y las causas de la violencia contra la mujer. New York: Publicación de las Naciones Unidas, pp. 30-39.
- Lewis, Oscar (1986). Antropología de la Pobreza. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, p. 28.
- Lima, María de la Luz. (2004). Criminalidad femenina: Teorías y reacción social. Argentina: editorial Porrúa. Edición cuarta, pp. 81-121.
- Londoño, Melba. (1990). Cinco formas de violencia contra la mujer. Bogotá: editorial Antropos. Ecoe ediciones primera, pp. 27-29.

- López Mabel. (2006). Las Conyugicidas de la Nueva Granada: Trasgresión de un Viejo Ideal de Mujer. En: Revista Memoria e Sociedad, Vol. 10. No. 20. Enero a Junio de 2006. Bogotá: Ed. Universidad Pontificia Bolivariana, pp. 2-5, Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/CSociales/memoria/MEMORIA20/LOPEZ.pdf.html>
- Maqueda María. (2006). La Violencia de Género: Entre el Concepto Jurídico y la Realidad Social. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. España: Ed. Universidad de Granada. ISSN 1695-0194. pp. 2-11. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf.htm>
- Mojica, M. (2004). El derecho masculino de Castigo en la Colonia, citada por López, Mabel (2006). Las Conyugicidas de la Nueva Granada: Trasgresión de un Viejo Ideal de Mujer. En: Revista Memoria e Sociedad. Vol. 10. No. 20. Enero a Junio de 2006. Bogotá: Ed. Universidad Pontificia Bolivariana, pp.2-5, Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/CSociales/memoria/MEMORIA20/LOPEZ.pdf.html>
- Muller, Jean M. (2002). El Principio de La No-Violencia. En: Publicación de la UNESCO La No-Violencia en la Educación. Paris, pp. 2-54. Recuperado de http://www.poscla.org/libros/adultos/La_NO_Violencia_en_la_Educacion.pdf.html
- Parent Jacquemin, Juan. (1996). La filosofía de la no violencia, sostén de la defensa de los derechos humanos. En: Conferencia expuesta durante la octava jornada de capacitación de coordinadores municipales de derechos humanos, realizada en el salón de usos múltiples en la Comisión de Derechos Humanos. México. Agosto 30, pp. 376-390.
- Rawls, J. (1971). “Teoría de la Justicia”. Cuarta reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, p. 79.
- Zaffaroni, Eugenio. (1982). Política criminal latinoamericana. Buenos Aires: edición Hammurabi, p. 71.



Título: Sin Título
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensión: 100 x 100 cm
Año: 2011-2012

***LOS CONFLICTOS
EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA:
UNA LECTURA HISTÓRICA
Y VALORATIVA DE LOS DIFERENDOS
ENTRE LOS ESTUDIANTES
Y LA ADMINISTRACIÓN
DE LA UNIVERSIDAD 1970- 2006****

* Resultado de la investigación: “Los conflictos en la Universidad de Antioquia entre la Administración central y estudiantes en el periodo de 1970-2010”. Aprobada por el CODI de la U. de Antioquia”.

Fecha de recepción: marzo 15 de 2013

Fecha de aprobación: abril 30 de 2013

LOS CONFLICTOS EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: UNA LECTURA HISTÓRICA Y VALORATIVA DE LOS DIFERENDOS ENTRE LOS ESTUDIANTES Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA UNIVERSIDAD 1970-2006

Jhon Byron Montoya G. **

RESUMEN

El artículo revela avances teóricos logrados en la Investigación: “Los conflictos que se presentan entre la administración central y los estudiantes en la Universidad de Antioquia, en el período 1970-2006”, bajo la perspectiva metodológica de un tipo de estudio cualitativo, y un enfoque Histórico- Hermenéutico. Este texto involucra las subjetividades y motivaciones de los actores sobre los conflictos de la Universidad de Antioquia durante las últimas cuatro décadas. Se analizan cuatro conflictos correspondientes a las décadas de 1970, 1980, 1990 y 2000, conflictos que representan y denotan aspectos coyunturales, que de una u otra forma alteraron y marcaron rumbos en la vida universitaria. Fueron en consecuencia: El conflicto de 1973, en el cual fue asesinado el estudiante Fernando Barrientos e incendiado el Bloque Administrativo el día 8 de junio del mismo año. El conflicto de 1987, quizá el más traumático en toda la Universidad en virtud a que la Universidad de Antioquia se convirtió en uno de los epicentros de grupos paramilitares. El período o coyuntura de 1993 tuvo su significación en razón a la expedición de La ley 30 de 1992. La coyuntura de 2006, dada la disputa de territorios por parte de la guerrilla y el paramilitarismo en la Universidad de Antioquia.

El artículo parte de una descripción de las categorías de análisis y de lo descriptivo de cada una de las subcategorías, posteriormente desarrolla el análisis de los conflictos por categoría y por periodo conflictivo, y por último hace una interpretación general y conclusiva.

Palabras clave: Contextos, conflicto, intereses, posiciones, comunicación, formas de tratamiento de conflictos, misión y visión.

THE CONFLICTS IN THE UNIVERSITY OF ANTIOQUIA: A HISTORIC AND EVALUATIVE VIEW ABOUT THE STUDENTS AND THE ADMINISTRATION DISPUTE 1970- 2006

Abstract.

This paper reveals theoretical advances make in the Investigation: “Los conflictos que se presentan entre la administración central y los estudiantes en la Universidad de Antioquia, en el período 1970-2006” under the methodological scope of a qualitative study, and a Hermeneutical-historic scope. This text involves the subjectivities and motivations of the conflict actors over the conflicts in the University of Antioquia, among the last four decades. This work analyzes four conflicts that corresponds to the 70’s 80’s 90’s & 00’s decades, conflicts which denotes and represents conjunctural aspects, that de one or other form altered and marked ways in the academic life. It was in consequence: the conflict in 1973, where was murdered the student Fernando Barrientos and fire the administrative block, in June 8th of the same year. The conflict of 1987; the most traumatic in all academic of the University of Antioquia’s life, the university became in an epicenter of paramilitary. The period or the juncture of 1993 had signification because the expedition of the law 30 of 1992. Inspired by the fight between the paramilitary and the guerrilla for the territory in the academic life, was the conflict of 2006.

The paper stars from a description of the analysis categories and the descriptive for each subcategories, after that develops the analysis of the conflicts for category and for conflictive period, at last makes a general and conclusive interpretation.

Keywords: Conflict, interests, positions, communication, ways to treat the conflicts, mission and vision.

** Docente universitario. Abogado de la Universidad de Antioquia. Doctor en Educación y Pedagogía social. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla-España .byronm@une.net.co

**LOS CONFLICTOS EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA:
UNA LECTURA HISTÓRICA Y VALORATIVA
DE LOS DIFERENDOS ENTRE LOS ESTUDIANTES
Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA UNIVERSIDAD 1970-2006**

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos tres lustros, los conflictos han suscitado un notorio interés como objeto de estudio y, en consecuencia, del acto gnoseológico se derivan diversos intentos de sistematización y operacionalización de metodologías para su solución y resolución. La Universidad de Antioquia como centro socio- cultural de humanismo universal, está inmersa en relaciones conflictivas que requieren de su estudio y análisis, para un tratamiento positivo de los mismos y mejores niveles de convivencia.

Al interior de la universidad pública se presentan conflictos de muy diversa índole; conflictos académicos, en tanto se trata de un centro de formación, conflictos de convivencia, en la medida que es un espacio de socialización, donde se refleja la diversidad del país; conflictos sociales, conflictos personales y muchos otros. Además, la universidad está atravesada por conflictos que la trascienden y que ponen en juego cuestiones de relevancia regional e internacional: el conflicto social armado, conflictos políticos, diferencias gremiales y políticas que se derivan de un contexto de tensiones y contradicciones propias de la modernidad y que se constituyen en fuentes que se reflejan y a veces condicionan la conflictividad de escenarios, entre ellos el de la universidad.

De tal modo que el conflicto de la universidad pública si bien está enmarcado por las especificidades que atañe al campo de la producción del conocimiento, la formación de nuevos profesionales, el desarrollo de la ciencia, la tecnología, la investigación y la difusión de la cultura, no constituye, en sí misma, un territorio aislado de las realidades nacionales y en ella tienen cabida los conflictos y las contradicciones que vive hoy el país.

El presente artículo rescata la subjetividad de los actores sobre los conflictos de la Universidad de Antioquia durante las últimas cuatro décadas, de 1970, 1980, 1990 y 2000, conflictos bien representativos en virtud de que denotan aspectos coyunturales, que de una u otra forma alteraron y marcaron rumbos en la vida uni-

versitaria, dadas las circunstancias mismas del entorno social político y económico de la sociedad colombiana y antioqueña en particular.

Fueron en consecuencia: El conflicto de 1973¹, en el cual fue asesinado el estudiante Fernando Barrientos e incendiado el Bloque Administrativo el día 8 de junio del mismo año.

El conflicto de 1987², quizá el más complejo y traumático en toda la Universidad en virtud a que la Universidad pública, y en especial la de Antioquia, se convirtió en uno de los objetivos de grupos paramilitares que llevaron a cabo el proceso de exterminio de líderes sociales progresistas y de Derechos Humanos. En el claustro Universitario se presenció la muerte de Héctor Abad Gómez, Luis Fernando Vélez, y otros respetados profesores.

El período de 1987 a 1991, representó un periodo de profundas transformaciones para el Estado, pero al tiempo se enfrentó a la amenaza desestabilizadora del narcotráfico a través del terrorismo. Es así como dentro del proceso de transformación del Estado, se ampliaron los mecanismos de participación democrática, consolidados a través de la Constitución de 1991, en donde se diversifica la democracia y se establecen nuevos mecanismos de reconocimiento, inclusión y participación ciudadana, especialmente de grupos marginados denominados “minorías raciales”.

El período o coyuntura de 1993³ tuvo su significación en razón a la expedición de La ley 30 de 1992, mediante la cual se expidió un estatuto orgánico de la educación universitaria, que propiciaba los mecanismos de ampliación de la participación democrática en el gobierno universitario. El nuevo estatuto universitario, expedido al tenor de las disposiciones de la ley 30, el cual despertó reacciones por parte de sectores estudiantiles, que concebían la situación como el advenimiento de procesos de privatización.

La coyuntura de 2006⁴ tuvo un escenario aún más complejo dadas las condiciones de su desenvolvimiento: durante el período de los años 2000, el escenario universitario fue afectado y perturbado, principalmente por la presencia de delincuentes comunes, expendios, consumo y mercado de drogas psicoactivas, se afectó notoriamente la movilidad y el uso de los espacios en el campus universitario, por cuenta de la proliferación de venteros ambulantes y estacionarios.

1 Archivo General de la Universidad de Antioquia, Boletines de prensa y comunicados junio 10 de 1973.

2 Archivo General de la Universidad, Boletín de prensa No. 4, 5, 7 de julio a septiembre de 1987.

3 Archivo general de la Universidad, Boletín de prensa mayo – 1993

4 Archivo General de la Universidad, Boletín de prensa mayo 26 de 2006.

El movimiento universitario estudiantil fue permeado por la presencia de células subversivas de las FARC- EP. A esas circunstancias se adicionan las acciones de grupos paramilitares quienes efectuaron diversas amenazas contra estudiantes y profesores. El punto de crisis fue el evento que consistió en la explosión de precursores químicos para la fabricación de bombas molotov o “papas” cerca al bloque de química, allí murieron dos jóvenes estudiantes y resultaron con quemaduras, más de cuarenta estudiantes que se encontraban en sitios aledaños, momento en que se preparaba una manifestación contra el TLC.

El siguiente texto se desarrolla a partir de una descripción de las categorías de análisis, luego el acápite titulado “*Del Análisis a la Interpretación de los Conflictos*”, donde se describe y analizan los conflictos por cada coyuntura. Después, “*La conducta interpretativa de los conflictos*: se hace una contrastación de las subcategorías por periodo conflictivo y unos aspectos conclusivos generales.

1. CATEGORÍAS DE ANÁLISIS Y LO DESCRIPTIVO

Para efectos de análisis e interpretación histórica de los conflictos en la Universidad de Antioquia se procedió a la construcción de una subcategorías de análisis, para decodificar la lectura del conflicto, son ellas a saber: el contexto, los intereses, el proceso, las percepciones y posiciones, la comunicación, las formas de resolución, la misión y la Visión.

EL CONTEXTO

Es la universidad, un organismo sistémico (Kauffman, 1991, 326) como parte cualitativa e integrante de los contextos sociales. El contexto es el punto de referencia de la mirada global en la evolución de los conflictos universitarios, posee su evolución y se hace más complejo. En este orden de ideas el contexto de los conflictos en la universidad pasa, desde las demandas ejercidas por los movimientos sociales, en este caso por los movimientos universitarios, hasta la interacción compleja de pugnacidad de alteridades externas, de afectación al sistema universitario, como es el caso de la confrontación externa de grupos armados (paramilitares y guerrillas) que propenden imponer su voluntad por medio de mecanismos de identificación como la impunidad, el atentado, el exterminio físico del contrario y la acción disuasiva y temeraria del colectivo o comunidad académica.

El contexto puede ser abordado y mirado desde tres perspectivas: desde la mirada sociológica, económica y política que plantea la historia y las ciencias sociales.

Desde la mirada de los actores intervenientes en el conflicto. Desde la mirada integrista que de lo global tenga la comprensibilidad de las relaciones particulares del subsistema, en este caso el plano universitario, esta mirada puede llamarse construcciónista, y permitiría realizar una lectura más pormenorizada de los conflictos. Muchas veces dentro de un conflicto marco de una coyuntura, existen micro conflictos que permanecen en el ámbito universitario, y cuyos agentes causales, no son mirados muchas veces en el plano de la intervención y resolución de los mismos.

LOS INTERESES

Si se da una mirada a los intereses en el plano histórico de los conflictos universitarios de la Universidad de Antioquia, estos se constituyen en el mecanismo frecuentemente invocado por los estamentos que conforman la esfera universitaria, que a su vez es una organización social-educativa (Harris, 1974 citado en Ross, 1995)

En consecuencia los intereses se constituyen en un conjunto de objetivos, ideales, expectativas que proyectan los actores, y dan cuenta a su vez de productos culturales en la construcción de imaginarios, alindamientos ideológicos, políticos y económicos, pero estos suelen ser asimétricos, y en consecuencia suscitan diferencias, avisorables en el plano del conflicto y la acción (Wildawsky, 1991, 76).

Para el movimiento estudiantil, los objetivos e intereses suelen representarse como una esfera y conjunto de estrategias: facilidades académicas, gratuidad de la educación, construcción de un imaginario participativo, etc. Para las estamentos directivos se reduce la inferencia en el seguimiento al marco legal, a las políticas de Estado, y a la consecución de los objetivos y propósitos académicos, investigativos y de extensión (Ross, 1995, 218).

PROCESO

Se hace una mirada en el proceso en el cual se han desenvuelto los conflictos en la Universidad de Antioquia, puede colegirse como señala Wadge (1970 citado por Redorta, 1974), que el conflicto es un proceso que siempre implica movimiento a través del tiempo. Los conflictos tienen una duración y comparten un ciclo y una dinámica enmarcada en una tensión, punto culminante de extinción o en otros casos, escalada, estancamiento y desescalada. Rubín (1993, citado por Redorta, 2004, 54). Este segundo esquema es el que se visualiza en la realidad de la Universidad de Antioquia, dado las condiciones de deficiencia en el plano de la comunicación y las posturas unilaterales.

Se denota en diferentes eventos, cuando en la Universidad surgen conflictos, se acrecientan las tensiones, sufre una escalada, desescalada, y estancamiento, y final-

mente se retorna a la normalidad, pero permanece supérstite a las causas y factores que nuevamente desencadenan uno nuevo.

PERCEPCIONES Y POSICIONES

En el plano de las percepciones y posiciones es muy elocuente afirmar el carácter de interpretaciones psicoculturales, es decir el conjunto de ideas, conceptos y juicios que representan cada uno del mundo de la sociedad, de las instituciones, etc. (Greemberg, Michel, 1983, 218). Los movimientos estudiantiles durante las etapas del conflicto, suele tener representaciones e identificaciones conceptuales diametralmente opuestas a las directivas, de ahí que los actores se reconozcan negativamente, (Ricoeur, 2004, 32). Por medio de los juicios y acciones de descalificación frente a las prácticas, las instituciones y los actores mismos.

En consecuencia uno de los elementos a considerar en el plano de las percepciones, en su perspectiva imperativa entre los actores, es la relación amigo-enemigo (Schmitt, 1982, 76). En esa relación amigo-enemigo se establecía las posiciones: contrarias, bueno-malo, público-privado en el plano de la universidad, anarquía-orden, democracia-dictadura, representación-participación, por citar algunos rasgos de referencialidad avisorables del conflicto de la Universidad de Antioquia.

En el plano del conflicto, las percepciones, y la relación amigo-enemigo, pasan a ser del plano de lo público-político, y suelen avizorarse prácticas de diatriba personal.

LA COMUNICACIÓN

Es uno de los presupuestos esenciales de la condición humana, para tratadistas tanto de las ciencias del lenguaje como Saussure, Chomsky, Levi Strauss, Jakobson, la comunicación está determinada por una doble articulación: Habla y lengua, el habla como facultad y la lengua como construcción social de los idiomas en que hablan las sociedades en una determinada cultura.

Los filósofos del lenguaje, (Heidegger, Habermas, Vatimo, Gadamer) nos reverencian el lenguaje de una manera trascendente, que tiende a la condición humana a las maneras de concebir el mundo, el entendimiento, la construcción del significado, y del papel del ser humano en la sociedad, como también el esclarecimiento de las dimensiones psíquicas develadas por Freud (1982, citado en Habermas, 1992). En donde relaciona los instintos, deseos, pulsiones e instancias de la personalidad, con la búsqueda del poder, la fama y el reconocimiento.

Para los filósofos del lenguaje (Habermas, 1992, 216) el conflicto hace parte integrante de la comunicación, en virtud en que se establezca una relación intersubjetiva

entre los actores, fuesen individuales y colectivos que pugnan por imponer sus posiciones, percepciones e intereses a través de la acción comunicativa; fuere verbal, escrita, simbólica (Gadamer, 1998, 316) y por medio de actos de manifestación práctica como puede ser la violencia.

En el campo práctico de los conflictos en la universidad de Antioquia, se han dado diversas formas de comunicación. Los actores suelen tener sus versiones sobre cómo comunicar sus esferas racionales para los estudiantes, por ejemplo; tiene como referente de racionalidad cognitiva instrumental, una concepción de verdad enmarcada en la ideología marxista de la histórica, para proponer la argumentación de sus concepciones sociales. Para las directivas el marco de referencia de racionalidad instrumental es el paradigma demo-liberal, el colectivismo, los fundamentos de las libertades individuales y los presupuestos cognitivos de la sociedad Moderna y globalizante.

Difieren estos actores, en como concebir la racionalidad practico-moral, las normas son representadas de manera divergente, así también los valores, ellos se pueden apreciar en el imaginario de sociedad y democracia. Por los movimientos estudiantiles se reivindican en estilos de igualdad socioeconómica de la comunidad, para las directivas en cambio, juega de manera prevalente el aprovechamiento de las oportunidades y el ámbito de la competitividad.

Ello lleva entonces a que cada uno de los actores tenga una racionalidad práctica expresiva diferencial. Esta perspectiva en los actores incurre siempre en un peligro de sesgamiento y reduccionismo, dadas las circunstancias y atenuantes que determinan los intereses y las percepciones.

De ahí que el plano de la comunicación se presenta como unilateral, y los rasgos de interacción sean esporádicos y a veces cargados de enjuiciamientos. Por consiguiente hay una ausencia directa de intercambio dialógico.

FORMAS DE RESOLUCIÓN

Está claro para los tratadistas, que esta esfera es la manera cómo termina un conflicto; como afirma Entelman (2002, 197). Son muchas las circunstancias, de cómo los actores de un conflicto, como los entornos, disparan su terminación. Para el caso de los conflictos en la universidad se puede aplicar como tendencia en el tratamiento, el estancamiento, la terminación unilateral, debido al desgaste y alargamiento de la parálisis académica.

Se ha denotado una tendencia al endurecimiento (a no ceder) en el plano resolutivo del conflicto (Clausewitz, 1980, 19), esta tendencia se asemeja a la influencia del pensamiento estratégico militar, que concibe el conflicto como un enfrentamiento

de voluntades y como resultado, se da, la imposición de uno de los actores y el sometimiento del otro. Para el caso de la Universidad: Directivas, fuerza pública, estudiantes y grupos de milicias y paramilitares, cada uno quiere un sometimiento y un dominio espacial-territorial

LA MISIÓN Y LA VISIÓN

En el contexto de los conflictos sociales, los actores colectivos que luchan y defienden una causa, tienen representaciones imaginarias de modos de sociedad ideal, a su vez tienen unos intereses u objetivos para alcanzar sus propósitos, y en medio de las luchas, emprenden estrategias y tácticas para el triunfo y dominio de su acción.

El estamento dirigente de la universidad concibe su misión formativa, investigativa y de extensión, con arreglo a las políticas de Estado, y al tenor de las normas prescritas, proyecta unos logros en el tiempo, y esa es su visión, esos logros es responder a los modelos y políticas de planeación del Estado nacional, local y exigencias del contexto Internacional.

Los movimientos estudiantiles son en cambio mediáticos, son divergentes internamente en sus propósitos, buscan a través de mecanismos de presión denegar normas, flexibilizar reglamentos y llegar a dispersarse en su acción política por medio de la protesta, en función solidaria de otras esferas sociales. De ahí se colige un elemento adicional de asimetría debido a la ausencia de una determinación que identifique el plano subcategorial del estamento.

Ello pone de manifiesto la dificultad en el diálogo entre las partes y hace al igual que los intereses y percepciones, se retroalimente el sentimiento de abyección, y reconocimiento de unos u otro actor en perspectiva de valoración negativa, con ello termina potencializándose una existencia latente de los conflictos, que luego de su terminación o desescalamiento, vuelven a surgir en el tiempo, con motivos distintos, pero con el trasfondo de significaciones idénticas.

Durante los últimos veinte años, la universidad de Antioquia ha sufrido diversas transformaciones que van desde significativos procesos de internacionalización tecnológica, pasando por las innovaciones curriculares, diversificación de su misión en la sociedad que se ha dimensionado y trascendido no solamente al plano docente, sino hacia la investigación y su extensión hacia la comunidad. Pero también ha sufrido el peso de las circunstancias conflictivas inherentes al deterioro del tejido social y procesos a anodización de la sociedad gestante a partir de los desequilibrios económicos, sociales y políticos y de una serie de necesidades no resueltas por el Estado. A continuación se desarrolla el análisis y la interpretación de los conflictos en cada uno de los períodos descritos.

2. DEL ANÁLISIS A LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONFLICTOS

El propósito central de las siguientes reflexiones permitirán comprender de manera integrada, tanto los elementos comunes y diferenciadores como los nuevos aportes que manifestaron en las distintas coyunturas los actores (estudiantes y administración central), todo ello de cara a los objetivos de la investigación.

2.1 REFLEXIONES INTERPRETATIVAS DEL CONFLICTO DE 1973

El conflicto y las dinámicas internas que comportó el conflicto de 1973, se caracterizaron por ser el de rasgos más claramente antagónicos. En el contexto que lo reviste se nota claramente la yuxtaposición de dos tendencias e imaginarios ideológicos claramente diferenciables: la defensa, por un lado del status quo, del Estado de Derecho y las instituciones del régimen patrimonialista y capitalista, versus la reivindicación del imaginario marxista-leninista en auge por ese entonces, que reivindicaba la colectivización de medios y bienes de producción, estatización de la propiedad, contraponiendo el concepto de democracia representativa al socialismo.

El auge de formas diversas de demanda y protesta social en Colombia, que se manifestaban desde huelgas, marchas campesinas y formas de insurrección armada, fueron canalizadas por los movimientos estudiantiles que a la sazón se nutrían ideológicamente del imaginario de la izquierda desde donde, operaban toda una suerte de prácticas y consignas como la acción política y la “combinación de formas de lucha”, en la búsqueda del poder a través de la lucha de clases, los ataques contra toda “percepción burguesa” y todas las formas de neocolonialismo encaminados por el “imperialismo norteamericano”.

En esta coyuntura y conflicto, puede identificarse claramente la percepción amigo-enemigo, relación que va a estar mediada por el desconocimiento radical a las instituciones del Estado y las autoridades universitarias.

El epicentro mismo se presenta en las numerosas protestas, que los estudiantes protagonizaban a través de los disturbios, incendios de carros particulares y vehículos de transporte público.

Las formas de comunicación fueron eminentemente unilaterales, los estudiantes se comunicaban a través de foros, las asambleas y los comunicados en formatos de panfletos y grafitis. La administración en tanto, operaba sus formas de comunicación a través de comunicaciones formales como resoluciones y circulares, que se divulgaban tanto por los conductos internos de la administración, como por los medios de comunicación a la opinión pública.

Los intereses de las partes en conflicto no eran plenamente identificables. El estudiantado expresaba sus intereses, al defender los ideales políticos de los distintos grupos de izquierda, que propendían por una universidad pública, absolutamente gratuita y con servicio médico, de vivienda y alimentación, entre otros, así como la búsqueda de un gobierno universitario, donde tuviesen peso los estudiantes, los representantes sindicales y las asociaciones.

La administración, expresada en el Consejo Superior, se adscribía en la defensa y aplicación de la normatividad institucional vigente y a los lineamientos gubernamentales emanados por el ICFES y el Ministerio de Educación Nacional, los cuales se centraban en la aplicación taxativa de las normas.

EL PROCESO DEL CONFLICTO

Este se centró en las consecuencias inmediatas que tuvieron los episodios del 8 y 9 de junio de 1973, en los disturbios que generaron la muerte del estudiante Fernando Barrientos donde, hubo una reacción violenta que daría como resultado el incendio del bloque administrativo. Subsigiente a ello, se propiciaría la clausura del claustro universitario y las medidas de orden judicial.

De hecho, no hubo una salida de tratamiento al conflicto, predominando la ausencia del diálogo por parte de los actores en pugna, lo que trajo como consecuencia los sucesivos conflictos a lo largo de las décadas de 1970 y 1980, cuyo desenlace gravitaba en cierres temporales y ulteriores aperturas, cuyos procesos surgían de las medidas académicas tomadas por el Consejo Superior y el Consejo Académico. Este conflicto se caracterizó por la ausencia de diálogo entre las partes.

LA MISIÓN Y LA VISIÓN

Ha de advertirse que de manera explícita, esta esfera no era directamente manifiesta por parte de los estamentos, en razón a que estos conceptos no solían ser manejados durante este período, pero de manera implícita se puede hacer una lectura del proyecto de universidad que para la época concebían los actores en conflicto.

Los estudiantes identificados con la protesta esgrimieron la concepción de una universidad “popular” y democrática; identificaban que el espíritu de ciencia de la universidad estaba en función de su sociedad, la cual debía estar enmarcada en la lucha de clases y en los conceptos del Marxismo-Leninismo-Maoísmo, entre otros exponentes del materialismo histórico, que eran el paradigma para alcanzar la igualdad social, económica y política de los pueblos bajo la figura de la “dictadura del proletariado”.

La administración central de la universidad se orientaba al desarrollo de una misión y visión de la universidad que preparara el recurso humano que requerían las condiciones sociales y económicas para el desarrollo del país, y para satisfacer el conjunto de exigencias de un creciente mercado laboral en las diferentes áreas, sectores y ramas de la producción (Ver Anexo E).

2.2 REFLEXIONES INTERPRETATIVAS DEL CONFLICTO DE 1987

A partir del segundo lustro de la década de 1980, el país atravesó serios problemas que pusieron de manifiesto la debilidad institucional del Estado. De un lado hubo fallidos intentos por establecer una salida negociada al conflicto con los grupos subversivos, que venían exponiendo su accionar en diversas áreas de la geografía nacional.

Paralelo a ello, el Estado buscó un nuevo aire de oxigenación a esa restringida democracia: Se propició en consecuencia la elección popular de alcaldes y surgieron nuevas formas de participación en el plano de los gobiernos locales, que permitieron sin duda un nuevo proceso de recomposición de las fuerzas políticas en el escenario local. Sin embargo, otro ingrediente se constituyó como el principal detonante de la crisis: la expansión, influjo y propagación del narcotráfico en las diferentes esferas sociales, políticas, y de la actividad económica, con lo cual se generarían nuevos patrones de comportamiento cultural en vastas capas de la población.

El narcotráfico permeó esferas de la política, principalmente en el interior de los partidos y en los organismos de seguridad del Estado. Algunos de sus líderes esbozaron proyectos políticos que entremezclaban prácticas populistas para dominar las rutas de mercado de narcotráfico, operando prácticas de acción como las “limpiezas sociales” y la persecución a líderes populares catalogados por ellos como “guerrilleros”, con lo cual se configuró entonces, la versión actual del paramilitarismo.

Estos grupos funcionales de manera autárquica, desencadenaron una compleja escalada violenta; mediante el terrorismo se buscó presionar la abolición de la extradición. El asesinato de líderes sociales, periodistas, dirigentes políticos y persecución en el interior de las universidades, fueron algunos de los elementos que enmarcaron esta coyuntura que trajo la oleada de asesinatos de estudiantes y profesores que caracterizaba este conflicto, donde a diferencia del de 1973, el referente eran las demandas sociales y las percepciones de un modelo de universidad que reclamaban unos y otros actores; en tanto en el conflicto de 1987 fueron factores y fuerzas externas las que lo suscitaron. Miremos las otras subcategorías

Las formas de comunicación. Gravitaron entorno a la divulgación de comunicados por parte de los diferentes estamentos, con realización de jornadas de reflexión, foros y manifestaciones, donde tenían cabida expresiones simbólicas que reafirmaban el

derecho a la vida. El tipo de comunicación fue unilateral en los inicios del conflicto, pero en su desarrollo se convirtió en un escenario intersubjetivo.

Los intereses. Eran comunes a todos los estamentos: La defensa por la vida, el esclarecimiento judicial de las desapariciones y asesinatos y la universidad abierta.

El proceso. Hasta el cierre de la universidad, estuvo caracterizado por el lanzamiento de acusaciones e interminables debates, lo que obligó a la búsqueda de diálogo interestamentario para hallar soluciones y nuevas formas de reestructuración en el interior del claustro.

Las percepciones y posiciones. Los estudiantes identificaron al paramilitarismo como el enemigo común y lo asociaron directamente como componente y parte del Estado, acusando a las directivas de negligentes, al no encontrar medidas eficaces para garantizar la seguridad al interior de la universidad y agilizar las investigaciones judiciales.

Las formas resolutivas. Estas fueron derivadas del cierre de la universidad, que se extendió hasta abril de 1988. Durante el período de cierre se propiciaron reuniones entre estamentos docentes, directivos y estudiantes, con el fin de estudiar un proceso de reestructuración.

LA MISIÓN Y LA VISIÓN CON PROYECCIÓN

La Universidad comienza a establecer un modelo de misión y visión proyectivo, más dialógico con el entorno social. Durante esta coyuntura se reivindicó un proyecto de universidad entendida como espacio del análisis y de la civilidad, que rechazaba toda opción violenta y de barbarie, al tiempo que reivindicaba los valores de defensa de la vida y la solidaridad, rechazando todo fundamentalismo y defendiendo el debate como forma de argumentación (Ver Anexo F).

2.3 REFLEXIONES INTERPRETATIVAS DEL CONFLICTO DE 1993

Frente al contexto, pueden advertirse las nuevas dinámicas que adquirió el país, como elementos de continuidad en la dinámica de los procesos, y los conflictos en el contexto.

La búsqueda por posicionar un Estado renovado a través de la Constitución Política de 1991 que reivindicaba el Estado Social de Derecho, para seguir profundizando nuevas formas de participación ciudadana.

La intensificación del conflicto armado y la sucesiva lucha contra el narcoterrorismo. Estos dos elementos gravitaron en un nuevo escenario: los albores de la globali-

zación y los procesos de internacionalización de la economía, a la cual se sumaba el derrumbamiento de los regímenes socialistas en Europa Oriental. De otro lado, la ciudad de Medellín expresaba un panorama de conflicto social caracterizado por altos tasas de delincuencia, donde confluyían principalmente delitos como el homicidio, el hurto de vehículos y las incursiones armadas de bandas, grupos de milicias urbanas y paramilitares.

La universidad no era ajena a los fenómenos de inseguridad. Si durante la década de 1970 cohabitaban tradicionalmente las fracciones de extrema derecha y la delincuencia común. De 1993 en adelante harían lo propio, los grupos de extrema derecha y la delincuencia común.

Si bien, el proceso de discusión y aplicación de la Ley 30 de 1992, con miras a diseñar los estatutos de la universidad, se convirtió en el epicentro de las discusiones, otros factores como los referidos a las prácticas delictivas fueron en el detonante de este conflicto, en la medida en que situaciones como atracos a la farmacia y la librería, así como otros hechos punibles, suscitaron apreciaciones por parte del Rector y el Gobernador de Antioquia, quienes denunciaron a través de comunicados de prensa la gravedad de los hechos, a la vez que cuestionaban el prolongado estado de parálisis derivado de las asambleas.

Los estudiantes no tuvieron una visión unificada del conflicto, en razón a la dispersión y a los mecanismos de manipulación de la asamblea general, principalmente de quienes controlaban la mesa, que optaban por presionar decisiones que solían conllevar a estados de polarización del conflicto y al distanciamiento entre las partes.

El proceso de este conflicto implicó a los medios de comunicación, por cuanto la discusión se centró en: las tarifas de matrículas, la libre asistencia a clase, la situación de profesores de cátedra y la reglamentación de cancelaciones, lo que posteriormente condicionó su presencia en la mesa de diálogo para la reflexión, en la medida en que las directivas aceptaron la inclusión de los empleados y trabajadores no docentes en la mesa donde sede deliberaba en torno a los estatutos de la universidad.

Como puede apreciarse, la aplicación de la Ley 30 de 1992 y la formulación del Estatuto Orgánico de la universidad, se convirtieron en el elemento común de interés por parte de los estamentos. Sin embargo, las diferencias gravitaron en la percepción de unos con respecto a otros: los estudiantes (sector de la asamblea) veían al rector como un enemigo, aquí seguía primando la relación amigo–enemigo, las directivas a su vez denotaron un grado de desconfianza hacia los asambleístas, a raíz de sus actitudes dilatorias, ambiguas y polarizadas.

El proceso tuvo diversas vicisitudes. En la medida en que la asamblea se polarizaba y daba síntomas de notorio desgaste, surgieron otros escenarios de deliberación:

las reuniones amplias por facultades como Ingenierías, Derecho y Economía, se mostraron partidarias de replantear las asambleas, y propusieron, por citar un ejemplo, en el caso de la Facultad de Derecho, organizar una constituyente, mediante la congregación de los distintos estamentos representados por dignatarios, elegidos mediante voto universal y secreto.

Otras facultades como Ingeniería hicieron lo propio, al proponer que los problemas académicos se debatiesen en las asambleas por facultades, departamentos, escuelas e institutos, optando por no realizar la asamblea general para evitar así su desgaste.

Como bien puede apreciarse, la subcategoría proceso tuvo notorios planos de complejidad, dada la falta de unidad de criterios en el estamento estudiantil; con esta situación se demuestra como la operatividad de la asamblea denotaba pérdida de capacidad decisoria y legitimadora. Otros sectores estudiantiles y muy vastos por cierto, encontraron la salida resolutiva del conflicto en las reuniones por facultades, conjuntamente con el profesorado. Bajo estos presupuestos comenzó a estructurarse la actual misión y visión de la universidad.

De hecho, las connotaciones que adquieren la sociedad y el Estado, son las de involucrarse con la nueva tónica que impone el mundo globalizado, la internacionalización de la economía e incluso los presupuestos institucionales legados de la Constitución Política de 1991. La Ley 30 de 1992 daba las pautas para que la universidad colombiana viera el advenimiento a nuevas funciones de responsabilidad social, con lo cual se delineaban las pautas para su manejo administrativo en el marco de la autonomía universitaria, y se sentaban las bases del gobierno universitario, mediante nuevos procedimientos para la elección de rector, representación formal de los estamentos en el Consejo Superior y Consejo Académico, con un nuevo ingrediente: la universidad entraba a posicionarse como nuevo actor de la sociedad, al asumir tres funciones y responsabilidades en la sociedad: académica, de investigación y de extensión.

Ello permitía que la Alma Máter se insertase de manera activa en los procesos de desarrollo productivo mediante la investigación; asumiendo un papel crítico y de debate desde tribuna académica, se vinculó activamente con la comunidad a través de los programas de extensión. Se ratificó en la misión de la universidad una intención de crítica deliberativa hacia los grupos o residuos de grupos con posturas extremas, así como la persuasión sobre la disuasión, la argumentación sobre la agitación y el proselitismo, el debate sobre las vías de hecho, el respeto a la diferencia sobre el fundamentalismo excluyente.

Ello se ha constituido en un referente incesante hasta la coyuntura de 2006, que guarda cierta similitud con la de 1987, aunque ésta sea de menos intensidad (Ver Anexo G).

2.4 REFLEXIONES INTERPRETATIVAS DEL CONFLICTO DE 2006

Este conflicto estuvo matizado por la influencia directa de un actor externo que hace presencia en la universidad y son las autodefensas, grupo de extrema derecha que se convirtió en el émulo de las células de izquierda. Durante este conflicto se intensificó la percepción amigo–enemigo, donde el contexto de la asamblea vuelve a estar polarizado por la manipulación que ejerce un grupo de estudiantes identificados con las facciones de izquierda. Las autodefensas veían tanto en los estudiantes como en el Comité de Derechos Humanos “Gustavo Marulanda” el objetivo a exterminar.

El sector estudiantil veía en las autodefensas y su accionar el común enemigo, ligado a un Estado autoritario, y frecuentemente identificado como fascista y arrodillado a las políticas del imperialismo norteamericano, a la vez que rechazaban el TLC y toda política de “Neoliberalismo”. Estas percepciones se esgrimían a través de comunicados, panfletos e incluso “listas negras” y amenazas por Internet.

Los estudiantes y los grupos de Derechos Humanos elevaron denuncia a la Defensoría del Pueblo y exhortaron a las directivas de la universidad para asumir su papel en los hechos. En ciertas ocasiones el tono de las exigencias iba acompañado de recriminación y acusación. Los estudiantes responsabilizaron al Consejo Superior de ser cómplice por su pasividad.

Las tensiones aumentaron progresivamente hasta propiciarse el cierre del claustro el 24 de mayo de 2006. En este conflicto se advierte un proceso difuso y la ausencia de una resolución concertada, como pasó en 1987, debido a los factores de perturbación externa que han dejado en los períodos post conflicto su clima de tensión y zozobra, paralelo al funcionamiento aparentemente normal de la universidad (Ver Anexo H).

3. LA CONDUCTA INTERPRETATIVA DE LOS CONFLICTOS: CONTRASTAMIENTO DE LAS SUBCATEGORÍAS

REFLEXIONES CONCLUSIVAS GENERALES

Igualmente estas reflexiones desarrollan elementos de diferenciación y de semejanza que pueden avizorarse en las gramáticas discursivas y de reconocimiento, por medio de las cuales los conflictos expresan sus relaciones. A continuación se analizan esas similitudes y diferencias.

De los cuatro conflictos, los de 1973 y 1993 guardan principalmente dos similitudes: una primera subyace en las concepciones ideológicas que tienen los actores involucrados.

Es así como los sectores estudiantiles en conflicto se identificaron con las posiciones de la izquierda, en tanto las directivas adscribieron a la preservación de las instituciones y concepción del Estado de Derecho. Resultado obvio que estos dos conflictos tienen contextos diferentes, en virtud a que en el segundo conflicto, el de 1993, se operaron salidas resolutivas que establecieron relaciones intersubjetivas con metodologías de acción concreta. En cambio en 1973, el cierre fue la medida y con ello hubo ausencia de interacción comunicativa.

Por su parte los conflictos de 1987 y 2006 tienen su semejanza en el referente causal de ambos. En 1987 y 2006 la confrontación armada entre grupos y el asentamiento de la percepción amigo–enemigo por medio de acciones de hecho, tuvieron su inspiración en el paramilitarismo, que actuó bajo la lógica de la “cacería de brujas” al mejor estilo de la inquisición. Sin embargo, es necesario plantear que el conflicto de 1987 tuvo connotaciones de extrema de gravedad con respecto al de 2006.

En ambos conflictos los intereses son los mismos: los paramilitares pretenden “limpiar” la universidad, en tanto los estudiantes y directivas, bajo ópticas discursivas diferentes, reivindican el derecho a la vida. En ambos, las formas de solución son contingentes, indeterminadas y violentas: En 1987, fueron asesinadas más de treinta personas de la comunidad universitaria, a lo cual sobrevino en 1988, y posteriormente una calma tensa con esporádicas y grotescas expectativas de amenazas y paredes pintadas con sangre. Es necesario aclarar que en ambos conflictos, aunque se plantearon diferentes alternativas de solución, estas quedaron latentes.

De estos cuatro conflictos se pueden avizorar la profusión casi cíclica de dos tipos de retóricas:

La primera está relacionada con la relación amigo–enemigo. En 1973 un ataque directo de las fracciones de izquierda, fundamentaban su accionar en la universidad en principio como: la revolución, la democracia, la lucha de clases, la universidad popular, la combinación de todas las formas de lucha y el ataque a toda forma de pensamiento burgués.

Por parte de las directivas, descalificaban las acciones de protesta estudiantil, a la par que demandaban del Estado su intervención en la universidad para preservar a la institución de todo acto subversivo.

La segunda hace referencia a la búsqueda de una acción dialógica e intercomunicativa en el marco del conflicto. Esta acción comunicativa se propició en la medida

en que el conflicto fue originado por agentes externos, como la irrupción del paramilitarismo en 1987. A partir de la intervención violenta de este actor, surgen y se amplían escenarios de reflexión, de deliberación y de manifestación simbólica con formas de resistencia pasiva mediante marchas de silencio, íconos, fiestas y manifestaciones artísticas de diverso orden contra la violencia, que configuran el corolario en los conflictos de 1987 y 2006.

Las gramáticas y retóricas van a ser similares. Algunos sectores del estudiantado establecieron la relación amigo-enemigo, asociando el grupo paramilitar con la acción del Estado. Directivas, docentes, y opinión pública son reiterativos en el llamado a la civilidad, al debate, al libre ejercicio de las ideas, al rechazo de todo acto extremista y de la utilización del claustro universitario para fines proselitistas.

La comunidad académica expresó en diferentes ocasiones, un diagnóstico soportado en criterios académicos; planteados desde las ciencias sociales, en un intento por descubrir las dinámicas a que obedecían los actores en el conflicto. Muestra de ello, y lamentablemente con el costo de vidas que acarreó el conflicto armado durante la década de 1990, son los aportes de la universidad en su función de extensión, contribuyendo a la sociedad en el diseño de pautas pedagógicas para la prevención, tratamiento y resolución de conflictos, con miras a construir pautas de convivencia y tolerancia, no solamente en la universidad, sino en la ciudad y la región, a través del programa “Pedagogía de la tolerancia”.

Estos resultados se avizoran en los últimos años, en la medida en que las diferencias y conflictos en el interior de la universidad, han mostrado algunos progresos en el plano de las relaciones intersubjetivas entre distintos actores; así se colige del conflicto de 1993, en donde surgieron vías resolutivas alternas y más flexibles para su solución, con ello comenzó a quebrarse el rígido y falso esquema de una asamblea manipulada y desgastada por la ausencia de argumentación y por el afán distractivo de los esquemas petitorios reducidos a recetas intrascendentes.

4. CONTRASTACIÓN TEÓRICA DÉR LOS CONFLICTOS

REFLEXIONES INTERPRETATIVAS GENERALES

Por último se desarrolla una conducta interpretativa general de los conflictos a través de los períodos conflictuales, en donde se analiza y se interpreta diversas teorías, y enfoques sobre el conflicto social, contrastadas con los análisis de los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia durante los diversos períodos conflictuales.

Los conflictos societarios en la Universidad de Antioquia, generan un abundante número de reflexiones teóricas, a la luz de las distintas teorías y escuelas del conflicto social, en su análisis se detecta un acusado eclecticismo, aceptando que ninguna teoría por si sola podría explicar los períodos conflictivos.

Cuando los teóricos e investigadores del conflicto social hablan de sus orígenes y, Causas, Redorta, J. (2004), Ross, (1995), Cohan, A. S. (1977). se refieren a diversos enfoques que dan explicación a los conflictos, dependiendo de los diversos aspectos y procesos que enfatice para su explicación.

En términos genéricos, una teoría del conflicto social difícilmente será autónoma, lo normal es que forme parte de una concepción global de la realidad social y de su funcionamiento. De ahí que se pueda hablar de dos grandes concepciones del orden social, las cuales condicionan la interpretación de los conflictos sociales. (De Francisco, 1997).

Las teorías consensualistas: Plantean que la organización de cualquier sistema social tiende a la auto compensación entre los actores y las fuerzas que articulan su estructura y su funcionamiento; de manera que el cambio social se desarrolla en el marco de la adaptación estructural mediante procesos de evolución. Los conflictos sociales son pues alteración en el discurso normal de la vida social. Y las teorías conflictivistas tienen la concepción que la sociedad encierra dentro de sí una serie de contradicciones y objetivos colectivos contrapuesta que provocan confrontaciones de intereses. Por esta razón, el conflicto es inherente a cualquier dinámica social, es un imperativo estructural y un motor creativo y fundamental del cambio social.

Se puede observar a la luz de estas dos teorías, como el conflicto al interior de la Universidad de Antioquia ha tomado históricamente la revolución como principal referencia y ello ha condicionado notablemente la concepción del conflicto al interior de la Universidad, no solo a nivel intelectual, sino también en términos políticos. En tensión, por otro lado con una concepción funcionalista del conflicto, expresado en prácticas controladoras del conflicto y de no reconocimiento del mismo. Es decir, en el contexto que reviste los conflictos en la Universidad de Antioquia se nota claramente la yuxtaposición de dos tendencias e imaginarios ideológicos y políticas del conflicto, claramente diferenciables: la defensa, por un lado del status quo, del Estado de Derecho y el buen funcionamiento de sus instituciones, versus la reivindicación de la concepción marxista de las clases, de la sociedad y el Estado, que reivindica la colectivización de medios, bienes de producción y estatización de la propiedad, contraponiendo el concepto de democracia representativa, al concepto de democracia participativa y el socialismo.

Podría hablarse desde un marco general o modelo explicativo de los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia, que sería una síntesis entre formulaciones

del marxismo y del estructural funcionalismo. Los conflictos en la Universidad de Antioquia tienen su motivación en los intereses de los actores, y la influencias de los contextos e interés de actores externos, expresados en la existencia de una serie de tensiones o problemas estructurales (sociales, ideológicos y culturales) a los que se le suele denominar como causas estructurales, que influyen y determinan en buena medida los procesos conflictivos internos y coyunturales, que se expresan en un detonante que provoca el conflicto o la revuelta (un acontecimiento político, amenazas, muertes, medidas académicas, acciones de hecho, etc.). Cuando surge el detonante como expresión del conflicto, lleva a ser atendido por la administración central, desarrollando unas acciones y reacciones para tratar de resolverlo, generalmente termina la solución del mismo, por la vía normativa, por la vía de la dilatación, el debilitamiento por una de las partes o la judicialización, pocos conflictos terminan en la negociación.

Una variante de esta explicación es distinguir entre aquellos factores que contribuyen a generar la situación en que se gesta el conflicto social, y los detonantes, que son los acontecimientos o procesos cortos que provocan directamente la revuelta.

La tenaz persistencia de estas explicaciones tradicionales de los conflictos en la Universidad es ciertamente curiosa, puesto que presupone despreciar todos los hallazgos teóricos que se han hecho en el campo de los movimientos sociales y en la teoría del conflicto desde los años sesenta. Si a ello le sumamos la falta de una cultura del conflicto a su interior, el no reconocimiento del mismo, la ausencia de una metodología propia del tratamiento de las disputas, se configura un cuadro de gran preocupación en la valoración de los conflictos, el cual requiere nuevas miradas, ya que el paradigma al que nos referimos resulta tradicional y de un tratamiento poco creativo, en la construcción de un tejido social más saludable al interior de la Universidad.

Para avanzar en la interpretación de los conflictos, se presenta un conjunto de enfoques y valoraciones que enriquecen el tratamiento de los conflictos en la Universidad. La teoría de los vínculos cruzados intente resaltar de que forma la fuerza y la configuración de los lazos económicos, sociales, políticos y efectivos entre miembros de una sociedad, influyen en el origen y en la expansión de los conflictos y hacen que sean más o menos factible la resolución pacífica (Coleman, 1957). Los vínculos entre los miembros de la misma comunidad y entre indiferentes comunidades, limitan la gravedad del conflicto y contribuyen al arreglo de la disputa a través de intereses compartidos (Lewin, 1992), no hay que olvidar que la teoría de los vínculos cruzados pone énfasis en el interés y no en los sentimientos. Si bien, los vínculos cruzados pueden limitar la expansión del conflicto mismo de una comunidad o sociedad, estos vínculos pueden ocasionar una rápida y exitosa movilización contra elementos extraños al conflicto.

Pero si los vínculos cruzados hacen disminuir la gravedad de la conflictividad interna, y afectar los intereses, también pueden envalentonar a una sociedad en el momento de enfrentarse a un enemigo externo. (Lorenzo Cardozo, 2001).

En el conflicto del 1987 y 2006, la administración y sus estamentos, basadas en las consignas por el derecho a la vida, propusieron extensos lazos sociales dentro de la Universidad contra todo tipo de acción armada y actores externos con intereses violentos. No solamente los fuertes vínculos dentro del grupo, construyen la unidad facilitando con ello la acción conjunta, sino que también sugiere que estas acciones estén asociadas a la confrontación contra los terceros “extraños” y no permitan la justificación de la agresión subsiguiente.

Lo mejor que se puede hacer en estas situaciones conflictivas es tener presente que la mayor complejidad incrementa la probabilidad de que se produzca un conflicto grave y tratar por todo los medios de protegerse de sus efectos negativos. Las situaciones de alta conflictividad raramente son constructivas y a menudo se caracterizan por una escala de las acciones hostiles que hace que la comunidad se polarice, se radicalicen los líderes y que haya poco espacio entre los extremos para que se coloque un tercero intermedio (Coleman, 1957) y son frecuentemente transformadas las percepciones y posiciones, en diferencias de principios, que hacen que cualquier compromiso al que se llegue, de la sensación de derrota. En tales circunstancias los contendientes creen que hay pocas cosas que les impiden llevar a cabo sus acciones, y recurren con facilidad a la violencia.

La estrategia de los vínculos cruzados, además de afectar a los intereses, disminuyen desde un punto de vista psicológico la inmensidad del conflicto. La existencia de vínculos interpersonales o institucionales entre grupos que tienen intereses comunes, puede hacer que las pretensiones de los demás parezcan más razonables o tal vez menos amenazadoras (Hass, 1964, Mitrany, 1966). Los vínculos cruzados producen unas imágenes más matizadas y menos radicales, que facilitan la reacción a la sustancia de la demanda, evitando que los adversarios potenciales se vean mutuamente con la aureola de inhumanos. En las sociedades, como la de la universidad de Antioquia, donde existe una fuerte presencia de grupos armados, es menester la significación afectiva que se les otorga a tales vínculos cruzados en relación al cumplimiento de las necesidades como universidad.

Las interpretaciones psicoculturales, es una clase de mecanismo que une la acción del individuo a la del grupo y lo hace en primer lugar configurando las percepciones e interpretación en el centro y los marcos de referencia que la comunidad comparte y luego mediante la dirección de la acción colectiva (Ross, 1995, 18). Las disposiciones psicoculturales encontradas en las sociedades conflictivas se

refieren tanto al conflicto interno como al externo (Lorenzo Cardozo (2001), como sucedió en el conflicto de 1987 y 2006.

En ambos períodos conflictivos (1987 y 2006) cada una de las partes del conflicto en una relación de percepción antagónica (paramilitares, guerrillas y grupos universitarios) sufrieron cambios que fomentaron el escalamiento (Kriesberg, 1975, 191). En ambos conflictos, una vez que se inició la conducta conflictiva se activaron mecanismos (comunicados de muerte, destierros, actos terroristas y por la otra parte movilizaciones, actos simbólicos y culturales) que incrementaron la magnitud de la conducta conflictiva. Aclarando que los contextos externos y las modalidades de conflictividad son completamente diferentes en cada uno de estos periodos, mientras que las percepciones, las acciones de los actores y partes, es decir, las estructuras de las sociedades internas en cada uno de estos periodos es el mismo. (Greemberg & Mitchell, 1983)

La teoría psicocultural del conflicto evoca emociones profundas manifestadas en situaciones con un alto grado de ambigüedad y muchas veces inestructuradas, también acciones comunes (Whiting&Whiting, 1975). Las sociedades con niveles de conflictividad interna en un momento dado, están unificadas internamente y sus numerosos vínculos cruzados evitan hasta cierto punto las disputas largas y enconadas. (Lorenzo Cardozo, 2001).

Una de las partes (paramilitarismo) después de expresar hostilidad y una acción coercitiva contra la otra parte, (guerrilla y supuestamente estudiantes y profesores vinculados con la guerrilla); además, cuando el otro lado (la administración y los demás estamentos) responde ante la coerción, las amenazas y los daños sufridos, provocando sentimientos de lealtad y participación en la causa defendida.

En ambos conflictos el aumento del compromiso de las partes con las metas perseguidas, justificó un incremento del esfuerzo dedicado a su alcance y la disposición de absorber sin ceder ante los esfuerzos correctivos de los adversarios, pero el peso del conflicto estuvo en buena medida determinado por esos mecanismos, (comunicados de muerte, destierros, actos terroristas y por la otra parte movilizaciones, actos simbólicos y culturales) que fueron fuentes de escalamiento, que estuvieron acompañados con frecuencia de un sentimientos de crisis, ansiedad y limitación (Lewin, 1948, Dentsch&Kraus, 1960). En ambos conflictos, la administración central de la Universidad reaccionó ante ese estrés causado por los comunicados y las muertes ocasionadas por este actor (los paramilitares), mediante una intensa actividad, académica, cultural, ritual y simbólica que cohesionan a individuos y grupos anteriormente divididos.

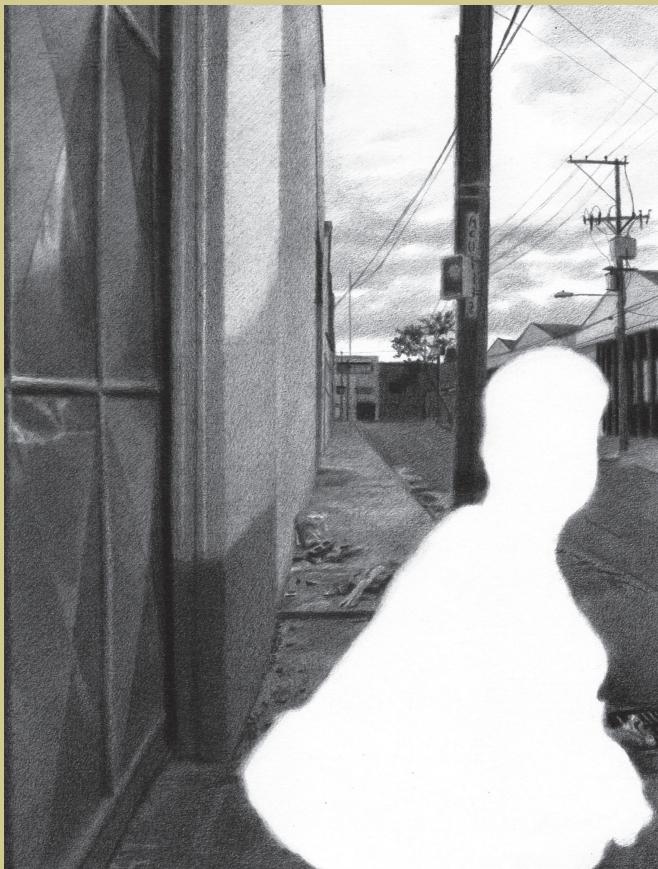
Aceptando como parte de estas conclusiones que no existe una cultura del reconocimiento del conflicto, que en su tratamiento y solución de los mismos existe una

tendencia a las vías de hecho, a la violencia y a la fuerza, integrada con énfasis en la vía normativa, conllevando dicho tratamiento a una baja capacidad de resolución de los conflictos a través de las formas autocompositivas y de reconocimiento del otro. Es necesario avanzar en el compromiso de construir, unos elementos generales metodológicos y educativos que sirvan como referente o guía para el tratamiento de los conflictos a su interior, igualmente una propuesta de un laboratorio de los conflictos para el tratamiento y regulación de los mismos.

BILIOGRAFÍA

- Coleman, J. S. (1957). Comunidad conflicto. Glencoe: Free Press Clausewitz, K. V. (1972). De la guerra. Madrid: Labor.
- Cobb, S. (1989). Resolución de conflictos: una nueva perspectiva. En Universidad Javeriana. Memorias Seminario Conflicto, Comunicación y Poder (p. 91). Bogotá: Universidad Javeriana.
- Cohan, A. S. (1977). Introducción a las teorías de la revolución. México: Ediciones Gia.
- Coleman, J. S. (1957). Comunidad conflicto. Glencoe: Free Press.
- De Francisco, A. (1997). Sociología y cambio social. Barcelona: Ariel.
- Entelman, R. F. (2002). Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa.
- Gadamer, H. G. (1998). Arte y verdad de la palabra. Barcelona: Paidós.
- Greenberg, J y Mitchell, S. (1983). Objeto Relaciones en Psicoanálisis. Cambridge MA: Harvard UniversityPress.
- Hass, E. B. (1964). Más allá del Estado-Nación: el funcionalismo y la organización internacional. Stanford: Stanford UniversityPress.
- Kaufman, S. (1991). Toma de decisiones y los procesos de gestión de conflictos en el gobierno local. En R.D. Bingham, M. O.y L. Chandler. Gestión de gobierno local.
- Kriesberg, L. (1975). Sociología de los conflictos sociales. México: Industria Editorial. Newbury Park, Cal.: Sage.
- Lewin, K. (1992). Resolver los conflictos sociales; algunos artículos acerca de la dinámica de grupos. New York: Harper y Row.
- Lorenzo Cadorzo, P. L. (2001). Fundamentos teóricos del conflicto social. Madrid: Siglo XXI.
- Marx, K y Engels, F. (1985). El manifiesto del partido comunista. Madrid: Altamira.
- Mitrany, D. (1966). Un sistema de paz de trabajo. Chicago: Quadrangle books.
- Redorta, J. (2004). Como analizar los conflictos: la tipología de conflictos como herramienta de mediación. Barcelona: Paidós.

- Ross, M. H. (1995). La cultura del conflicto: las diferencias interculturales en la práctica de la violencia. Barcelona: Paidós.
- Schmitt, C. (1982). Teoría de la constitución. Madrid: Alianza.
- Wildavsky, A. (1979) Hablando la verdad al poder: el arte y el oficio de análisis de políticas. Boston: Humanitas.
- Whiting, B.B. y Whiting, J.W.M. (1975). Los niños de seis culturas: un análisis psico-cultural. Cambridge, Mass.: Harvard University



Título: Sin Título

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensión: 100 x 100 cm

Año: 2011-2012

***CASOS COLOMBIANOS FALLADOS
POR LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS, ESTUDIO
A TRAVÉS DE LA TEORÍA
DEL DERECHO PROCESAL***

Fecha de recepción: abril 6 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 21 de 2013

CASOS COLOMBIANOS FALLADOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ESTUDIO A TRAVÉS DE LA TEORÍA DEL DERECHO PROCESAL

*Julio César Cuastumal Madrid**

RESUMEN

El Estado colombiano hasta diciembre de 2012, ha sido juzgado y condenado en trece ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; al analizar cada una de las sentencias proferidas por este Tribunal, a través de la teoría del Derecho Procesal, se encuentran prácticas probatorias no convencionales que pueden considerarse desfavorable para Colombia cuando es juzgado. Lo cierto es que dichas prácticas pueden llegar a justificarse a través de las reglas procesales internacionales de Derechos Humanos o la gravedad de los asuntos tratados por esta jurisdicción, aspectos que se analizan a través del escrito.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, violación de derechos humanos, sentencias, etapas procesales, desfavorecimientos probatorios, libertad probatoria, “*iura novit curia*”.

COLOMBIAN CASE FAILED BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, STUDY THROUGH LITIGATION THEORY

ABSTRACT

The Colombian State until December 2012, has been tried and convicted on thirteen occasions by the Court of Human Rights to analyze each of the judgments issued by the Court, through the theory of procedural law, evidentiary practices are not conventional be considered unfavorable to Colombia when judged, the fact is that these practices may be justified by the procedural rules of international human rights or the severity of the issues raised by this jurisdiction, aspects analyzed through written .

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, human rights violation, judgments, procedural steps, Procedural disadvantages, probation, “*iura novit curia*”.

* Abogado Especialista en Derecho Procesal, este escrito es el resultado de sus estudios de posgrado de Derecho Procesal, al cual se le otorgó mención especial por medio de Resolución No. OO4 de marzo 5 de 2013, expedida por el Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. juliocuastumal@yahoo.es y juliocuastumal@gmail.com

CASOS COLOMBIANOS FALLADOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ESTUDIO A TRAVÉS DE LA TEORÍA DEL DERECHO PROCESAL

1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) ha recibido una serie de críticas, entre varios motivos, debido a que tiene una tendencia hacia el eficientismo cuando el Estado es el demandado, en el sentido de que aspectos procesales como los probatorios, en algunos casos se aplican en favor de las víctimas o se interpretan diferente a la teoría clásica del derecho procesal, como ocurre con la amplia libertad otorgada el juez para traer pruebas practicadas en el escenario de un proceso judicial con sentencia en firme a otro que se encuentra en trámite, o como los favorecimientos probatorios dados a las víctimas de las violaciones de derechos humanos, como es el caso de la valoración de los testimonios o peritajes practicados ante fedatario público, la denominada prueba affidávit (Cadavid Cano y otros 2012).

Sin embargo, las reglas para acceder a la competencia de la Corte IDH y para que el Estado sea juzgado, no están al arbitrio de los individuos que se sienten vulnerados en sus derechos, tanto así, que solo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión IDH) se constituye como parte para llevar los casos contra el Estado que deban ser juzgados por la Corte IDH.

El presente escrito tiene como finalidad hacer un análisis a la luz de la denominada teoría general del Derecho Procesal de los trece fallos emitidos por la Corte IDH en los cuales ha sido condenado el Estado colombiano, que datan desde diciembre 8 de 1995 hasta diciembre 31 de 2012. En este sentido, se hará un estudio de las reglas en materia probatoria aplicadas en los procesos; analizando si en tales se incurre o no en lo que la teoría del derecho ha denominado como eficientismo procesal en aras de la defensa de los derechos humanos (Cadavid Cano y otros 2012).

El texto se distribuye en dos apartados, en el primero se realiza una descripción de los trece fallos emitidos por la Corte IDH en donde es juzgada Colombia, detallando el trámite procesal que se debe agotar para que la Corte IDH emita la sentencia, resaltando figuras procesales desarrolladas en algunas de las sentencias; en el segundo se realiza el análisis crítico de algunas de las reglas probatorias utilizadas por

la Corte IDH a la luz de los principios de liberal probatoria y el “iura novit curia”, llegando a las conclusiones de su injustificado eficientismo o la legitimación de estas medidas por considerarse necesarias para la defensa de los derechos humanos.

2. DESCRIPCIÓN DE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LOS QUE SE HA JUZGADO AL ESTADO COLOMBIANO POR LA VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

Las trece sentencias proferidas por la Corte IDH en las que se ha declarado que el Estado colombiano ha vulnerado derechos humanos, por la violación de alguna de las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (en adelante la Convención ADH), se abordarán con una secuencia cronológica de acuerdo con la fecha de expedición del fallo. No se describirán plenamente los aspectos procesales de todas las sentencias, ya que resultaría repetitivo, más bien se hará una exposición de los aspectos procesales comunes para todas, teniendo en cuenta el reglamento de la Corte IDH que se haya aplicado al momento de conocer el caso, así mismo se resaltarán figuras procesales que pueden tener una trascendencia teórica importante dentro del derecho procesal.

Se debe iniciar precisando que la Corte IDH desde 1980 y hasta el año 2012 ha funcionado mediante seis reglamentos internos diferentes, los cuales fueron promulgados o modificados en los años 1980, 1991, 1996, 2000, 2003 y 2009; en los casos en los cuales se ha visto al Estado colombiano como demandado se han aplicado 5 de estos seis reglamentos, partiendo del que fue emitido del 9 al 18 de enero de 1991, que se aplicó para conocer del caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia del 8 de diciembre de 1995.

Si bien los cambios del reglamento son importantes, es preciso resaltar que en términos procesales las diferencias entre cada uno, no han implicado una transformación del trámite necesario a agotar para que la Corte IDH emita una sentencia juzgando a un Estado por la violación de la Convención ADH, sin embargo, se debe resaltar que desde el Reglamento de septiembre 16 de 1996, el papel de la víctima y su representante se ha hecho más activo, pues desde esa época se otorgó la posibilidad para pronunciarse en una etapa de reparaciones. Posteriormente con la aplicación del Reglamento del año 2000, se da un traslado para que las víctimas presenten argumentos, solicitudes y pruebas, de igual modo pueden presentarse alegatos y hechos supervinientes a la demanda de la Comisión IDH, con la limitante de que los hechos ocurridos con antelación a la presentación de la demanda deben haber sido alegados al momento de la presentación.

De manera que, previamente, los afectados frente a cada uno de los casos que ha conocido la Corte IDH, presentaron denuncias por la violación de derechos humanos

ante la Comisión IDH; dicha institución luego de evaluar las circunstancias fácticas emitió informes dirigidos al Estado colombiano, otorgando la oportunidad para que actuaran internamente, en algunos casos se ordenaron medidas cautelares dependiendo de los derechos de la Convención ADH vulnerados. Es oportuno precisar que la Comisión IDH antes de presentar la demanda debe darle la oportunidad al Estado para reparar el daño ocasionado por sus propios medios ya que esta jurisdicción es subsidiaria, de manera que, ante la inoperancia del Estado colombiano, la Comisión IDH presenta demanda contra Colombia, actuando como parte demandante del proceso por la violación de alguno de los articulados de la Convención ADH.

Una vez admitida la demanda, el proceso jurisdiccional internacional constará de tres etapas, la primera de ellas se compone de todas las actuaciones que se deben agotar para tratar la “*litis*” de forma adecuada, es decir que en esta se encuentra la presentación, admisión, notificación y contestación de la demanda, así como el escrito de solicitudes por parte de los representantes de las víctimas.

Entre tanto, notificada la demanda, el Estado demandado puede proponer excepciones preliminares, que se trasladan a la Comisión IDH y a los representantes de las víctimas para pronunciarse sobre estas, lo cual se decidirá mediante una providencia que eventualmente terminaría el proceso, o continuarlo para un pronunciamiento de fondo sobre los hechos objeto de discusión o sobre las reparaciones, lo último también sucederá cuando el Estado demandado se ha allanado a los hechos en su contestación de demanda, es decir que la sentencia de fondo versará solo sobre las reparaciones (Corte IDH, caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia).

Por otro lado, la segunda etapa se compone por una fase oral en la que se escucharán a los testigos y a los peritos, y se formularán alegatos por las partes y los representantes de las víctimas. Finalmente, en la tercera etapa se delibera, permitiéndose a las partes y a las víctimas que presenten los alegatos finales escritos. El fallo proferido en principio no tiene recurso, pero eventualmente puede ser revisado cuando existan nuevos hechos que impliquen una modificación del fondo de la sentencia, por lo que la identificación de falsas o nuevas víctimas por hechos que tienen sentencia ejecutoriada no implican una revisión del fondo del fallo (Corte IDH, casos de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia Resolución de supervisión de cumplimiento, 2012).

Es de precisar que la Corte IDH ha establecido que en las sentencias proferidas, la responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier órgano o poder estatal que violen la Convención ADH, generándose el ilícito internacional, lo cual no implica que se deba identificar individualmente a los agentes estatales, autores o participes de la violación de la Convención ADH, de manera que, para determinar si el Estado violó los derechos humanos es suficiente que se

hayan incumplido las obligaciones contenidas en la norma internacional (Caso las Palmeras Vs. Colombia, caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia); asimismo se ha determinado por el Tribunal Internacional al momento de establecer la competencia, que al examinar si las acciones u omisiones de un Estado violan la Convención ADH, se pueden interpretar los derechos contenidos en esta, a la luz de otras normas internacionales, especialmente de Derecho Internacional Humanitario (Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia).

Es importante añadir, que en las sentencias analizadas, es posible encontrar en las dos primeras, que las reparaciones se ciñeron a ordenar el pago de indemnizaciones económicas, posteriormente, a partir del tercer fallo, estas dejaron de circunscribirse al pago de indemnizaciones económicas, ordenándose en múltiples sentencias, una serie de actos simbólicos como el de construir monumentos en memoria de los desaparecidos, o medidas de no repetición como el de disculpas públicas, o la difusión de normas sobre derechos humanos a las diferentes entidades estatales que se han visto implicadas en la violación de derechos humanos, sin embargo, muchas de estas no se han cumplido por el Estado colombiano (Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia Resolución de supervisión de cumplimiento, 2012).

El primer fallo en el cual se condena a Colombia por la violación de derechos humanos es el *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia* proferido el 8 de diciembre de 1995. Los hechos ocurrieron el 7 de febrero de 1989 en la vereda Guaduas en el Municipio de San Alberto, Departamento del Cesar, Colombia, lugar en el cual, el señor Isidro Caballero Delgado y la señora María del Carmen Santana, fueron capturados ilegalmente por una patrulla militar adscrita al Ejército Nacional de Colombia con sede en el Municipio de Bucaramanga Santander, aparentemente por la labor sindical del señor Isidro y por su militancia en el Movimiento 19 de abril (M-19); luego de la detención, las personas fueron asesinadas por civiles y por los agentes que realizaron la detención y posteriormente desaparecieron sus cuerpos, sin que hasta el 27 de febrero de 2012 sus restos hayan sido encontrados (Corte IDH, caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, Resolución de supervisión de cumplimiento, 2012).

La segunda sentencia fue proferida bajo el nombre de *Caso Las Palmeras Vs. Colombia de diciembre 6 de 2001*; esta se remonta a los hechos ocurridos el 23 de enero de 1991 en la localidad de Las Palmeras del Municipio de Mocoa en el Departamento de Putumayo, en donde el Comandante de la Policía Departamental de Putumayo ordenó una operación armada con apoyo del Ejército Nacional de Colombia, la cual tuvo como resultado la ejecución de seis personas en los alre-

dedores y dentro de la escuela de la localidad. Luego de la masacre perpetrada los agentes de la Policía y el Ejército Nacional, vistieron con uniformes militares a algunas de las víctimas, quemaron sus ropas, y sus cuerpos fueron presentados como subversivos muertos en combate.

El tercer pronunciamiento de la Corte IDH, es el *Caso los Diecinueve (19) Comerciantes Vs. Colombia proferido el 5 de julio de 2004*, cuyos hechos ocurrieron en el Departamento de Santander el 06 de octubre del año 1987, lugar en el cual desaparecieron 19 comerciantes que se dedicaban al transporte y compra de mercancías en la frontera colombo venezolana, para la venta en las ciudades de Medellín y Bucaramanga, entre otras.

Para el ejercicio de la actividad comercial estas personas atravesaban el Municipio de Puerto Boyacá, en el Departamento de Boyacá, el cual se encontraba bajo el control de paramilitares; 17 de ellos fueron detenidos por el grupo delincuencial, llevados a la finca de uno de los comandantes, en donde fueron asesinados, descuartizando sus cuerpos para lanzarlos al caño “El Ermitaño” afluente del río Magdalena, en cumplimiento de la decisión que se tomó conjuntamente con miembros del Ejército Nacional que operaba en la zona, por no pagar los “tributos” impuestos por ellos y, al considerar que vendían armas a los grupos subversivos situados en el Magdalena Medio. La misma suerte corrieron dos personas allegadas de uno de los comerciantes, quienes 15 días después de la desaparición de aquellos, iniciaron la búsqueda en el sector de los hechos, sin que se volviera a saber de su destino.

La cuarta sentencia en la que se condena a Colombia por violación de derechos humanos, es el *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia de septiembre 12 de 2005*, en el cual el Estado colombiano aceptó los hechos que originaron la demanda, que consisten en que el señor Wilson Gutiérrez Soler el 24 de agosto de 1994 en la ciudad de Bogotá D.C. fue detenido por un ex teniente coronel del Ejército Nacional y por un coronel de la Policía Nacional, perteneciente a la Unidad Nacional Antextorsión y Secuestro de la Policía Nacional. Una vez privado de la libertad, el señor Wilson Gutiérrez fue trasladado a un sótano en donde fue torturado, hasta que se vio en la obligación de firmar una declaración en la que aceptaba los cargos de extorsión. La defensa que se le asignó por el agente del Estado colombiano, fue realizada por una religiosa y no por un abogado, como indica la Constitución Política de Colombia y la legislación penal interna.

De esta providencia se resalta la orden que se le imparte al Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a los agentes del Estado que terminaron absueltos en los procesos judiciales y disciplinarios internos, pues según el Tribunal Internacional frente a estos procesos se constituyó “cosa juzgada fraudulenta”, ya que según esta, las investigaciones internas estuvieron permeadas por vicios, por

lo que los procesos internos no han hecho tránsito a cosa juzgada al vulnerar el debido proceso y no cumplir con los lineamientos de la Convención ADH (Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia).

Resulta oportuno agregar que en el derecho interno colombiano, la Ley 1448 de 2011, denominada “*Ley de víctimas y restitución de tierras*” en el artículo 91 literal L, establecen la excepción a la “cosa juzgada”, pues consagran la posibilidad de declararse nulas las sentencias ejecutoriadas, emitidas en procesos de pertenencia, que se hayan proferido sobre bienes inmuebles despojados o abandonados entre enero 1º de 1991 y el año 2021. Por su parte, la Corte Constitucional también ha hecho una amplia referencia sobre a la excepción de este principio y del “*non bis in idem*” como materialización de la “cosa juzgada”, determinando que dicha figura no puede ser absoluta cuando entra en colisión con la justicia material del caso concreto, lo cual justifica la revisión de las sentencias en firme en casos excepcionales, cuando el fallo judicial denota un alto grado de injusticia, al respecto esta corporación en Sentencia C-004 de 2003, se ha pronunciado los siguientes términos: “La revisión, que no es un recurso sino una acción, pretende, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, un examen detallado de ciertos hechos nuevos que afectan la decisión adoptada y el sentido de justicia que de ella emana”.

El quinto fallo, es el Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia con sentencia de septiembre 15 de 2005, en este, el Estado colombiano aceptó que entre el 15 y el 20 de julio de 1997, en el municipio de Mapiripán en el Departamento de Meta, el grupo paramilitar de las Autodefensas Unidas de Colombia, liderada por Carlos Castaño Gil, ingresó al lugar de los hechos, en connivencia con agentes militares del Estado colombiano, quienes además de apoyar su ingreso, abandonaron a la población, permitiendo que se realizaran múltiples matanzas y torturas a la comunidad, estimándose al momento de la sentencia que el número de víctimas oscila entre 20 y 47 personas, sin que se tenga claridad al respecto, pues el grupo armado además de asesinar a los miembros de la población, arrojó los cuerpos al río Guaviare.

El sexto pronunciamiento de la Corte IDH para referirse, es el del Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia proferido en enero 31 de 2006, en el que la Corte IDH encontró como probado que en enero 13 de 1990, sesenta paramilitares aproximadamente, altamente armados, pertenecientes al denominado grupo de los “Tangueros” liderado por Antonio Castaño Gil, partieron del Municipio de Valencia en el Departamento de Córdoba, hacia el Corregimiento de Pueblo Bello en el Municipio de Turbo en el Departamento de Antioquia, para secuestrar a 43 personas que consideraban colaboradores de la guerrilla. El 14 de enero de 1990 estas personas fueron secuestradas en dicho municipio y trasladadas a Valencia, cruzando por diferentes retenes militares del Ejército Nacional colombiano, seis de ellas

fueron encontradas asesinadas y con rastros de tortura, las otras 37 se encontraban desaparecidas al momento del fallo.

La séptima sentencia a comentar es el denominado *Caso de la Masacre de Ituango Vs. Colombia*, sentencia de julio 1º de 2006; los hechos aceptados por el Estado colombiano en el proceso, se remontan al año 1996 y 1997 en el Municipio de Ituango del Departamento de Antioquia, en los corregimientos de la Granja y el Aro, durante el mandato del entonces Gobernador de Antioquia Álvaro Uribe Vélez. El 10 de junio de 1996 el Batallón Girardot dio la orden de retirar las unidades militares en varios sectores del municipio, al siguiente día, 22 miembros de grupos paramilitares armados, cruzaron por el comando de la policía del sector sin que fueran detenidos, tomaron militarmente el corregimiento de la Granja y ejecutaron de forma selectiva a varios habitantes de la comunidad.

Posteriormente en el año 1997, miembros del Batallón Girardot del Ejército Nacional y grupos paramilitares se reunieron, para que posteriormente estos iniciaran una travesía de masacres, partiendo el 22 de octubre del Municipio de Valdivia en el Departamento de Antioquia, hasta el Corregimiento del Aro del Municipio de Ituango el 25 de octubre de 1997, asesinando y torturando población civil, entre los que se identificaron a menores de edad, robando bienes de dichas comunidades.

El octavo pronunciamiento a referir, fue proferido en mayo 11 de 2007, con el nombre de *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, en la cual el Estado si bien aceptó la responsabilidad internacional por la violación de la Convención ADH, y adelantó un acto público de reconocimiento de responsabilidad, la sentencia no dio paso directo al análisis de las reparaciones, por encontrarse en debate la existencia de unos hechos que son probados mediante el acervo probatorio recogido en el Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia. La situación fáctica se circunscribe a los hechos ocurridos el 18 de enero de 1989, en el Departamento de Santander, en el Municipio de Barrancabermeja, en la Rochela, lugar donde 12 funcionarios judiciales fueron asesinados y tres sobrevivieron, mientras realizaban las investigaciones por la desaparición de 19 comerciantes.

Los 15 funcionarios judiciales hicieron presencia en la región, con el fin de recibir declaraciones de la comunidad, por la desaparición de los comerciantes en el Departamento de Boyacá; durante el trayecto fueron detenidos por hombres armados que se hicieron pasar por miembros del grupo guerrillero de la Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia “FARC”, quienes previamente acordaron con el Ejército Nacional de Colombia que darían muerte a los investigadores judiciales, les quitaron las armas de dotación y los amarraron bajo la excusa de hacerlos parecer como secuestrados ante un eventual enfrentamiento con el Ejército Nacional de Colombia, luego de transportarlos por cerca de 20 minutos en la zona, se detuvieron

y les dispararon con la intención de asesinarlos a todos, quedando sobrevivientes tres de los funcionarios debido a la confusión del momento.

Este grupo se encontraba bajo el mando de los paramilitares que perpetraron la masacre de los 19 comerciantes, quienes, para hacer más creíble que los hechos habían sido perpetrados por el grupo guerrillero, inscribieron consignas haciendo alusión a amenazas contra grupos paramilitares, además hurtaron los expedientes judiciales portados por los funcionarios judiciales.

El noveno caso objeto de este escrito, es el encontrado en la sentencia de julio 4 de 2007, denominado como el *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, proceso en el cual, al igual que el anterior, el Estado colombiano reconoce la ocurrencia de los hechos, con la diferencia de que con dicho reconocimiento cesa el debate por los hechos, continuándose con el análisis de las reparaciones.

Los hechos probados en el proceso y confesados por el Estado colombiano en este caso, ocurrieron en el Resguardo Indígena de Jambaló ubicado en el Departamento del Cauca el 1º de febrero de 1988, donde un informante indígena del Ejército Nacional de Colombia manifestó que en un lugar de la comunidad había unas armas de la guerrilla que estaban siendo escondidas por la población; en el desarrollo de la operación, los miembros del Ejército Nacional de Colombia ingresaron al domicilio del indígena, el Sr. Germán Escué Zapata, siendo agredido mientras buscaban las supuestas armas. Luego este fue conducido por varios minutos a una zona en donde fue asesinado por los militares, quienes posteriormente informaron que este había perdido la vida en un enfrentamiento con la guerrilla mientras lo trasladaban de lugar.

La décima sentencia a referir es la proferida el 27 de noviembre de 2008 que ha sido publicada con el nombre de *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, en el que se prueba por la Comisión ADH que el 27 de febrero de 1998 el defensor de derechos humanos, Jesús María Valle Jaramillo, fue asesinado en las instalaciones de su oficina mientras se encontraba en compañía de dos familiares, quienes presenciaron el asesinato y posteriormente fueron víctimas de amenazas por las denuncias y declaraciones presentadas ante las instancias de investigación y juzgamiento internas; la motivación del asesinato del abogado fue su activa participación en la defensa de los derechos humanos, en especial por las denuncias impetradas por la masacre de Ituango (Corte IDH, caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia).

El siguiente caso es el denominado *Caso Manuel José Cepeda Vargas Vs. Colombia*, con sentencia de mayo 26 de 2010, en este se reclama por la Comisión IDH la tutela judicial efectiva de la jurisdicción internacional de la Corte IDH, por el asesinato

de quien fuera senador de la República de Colombia, por el extinto partido político Unión Patriótica (UP), Manuel José Cepeda Vargas, el 9 de agosto de 1994 en la ciudad de Bogotá D.C. teniéndose como probado por la instancia judicial que en los hechos participaron dos sargentos del Ejército Nacional de Colombia.

Al igual que en la anterior sentencia, pese a que el Estado acepta la violación de los derechos contenidos en la Convención ADH, en especial el derecho a la vida, a la protección judicial y a las garantías judiciales, surge la discusión sobre el contexto.

La penúltima sentencia fue proferida en septiembre 03 de 2012 y lleva el nombre del *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia*, en esta providencia judicial se demandó por la Comisión ADH la tutela judicial efectiva de los derechos humanos por la instancia internacional, del señor Luis Gonzalo Vélez Restrepo, su cónyuge y su dos hijos, quienes desde 1997 y 1998 se vieron obligados a exiliarse por una labor periodística que realizaba el señor Luis Gonzalo Restrepo.

Los hechos que originaron el exilio del periodista, ocurrieron el 29 de agosto de 1996, cuando él se encontraba como camarógrafo del programa nacional Colombia 12:30, en el Municipio de Morelia en el Departamento de Caquetá, cubriendo unas marchas y protestas que se realizaban contra las fumigaciones de los cultivos de coca que terminaron en disturbios y agresiones físicas de las Fuerzas Armadas de Colombia contra la población civil y contra el periodista, quien grabó todos los sucesos que posteriormente fueron transmitidos en las cadenas televisivas. A partir de ese momento, el periodista recibió amenazas telefónicas y escritas, hasta que decidió salir del país por un intento de secuestro perpetrado en las afueras de su casa el 6 de octubre de 1996; desde ese año y hasta la fecha de proferida la sentencia, él vive con su familia en Estados Unidos.

La última sentencia proferida por la Corte IDH en el año 2012 juzgando a Colombia, fue proferida el 30 de noviembre de este año bajo la denominación de *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Los hechos que la Corte IDH encontró como probados en el proceso que originó este fallo ocurrieron el 13 de diciembre de 1998 durante una operación militar en la vereda de Santo Domingo en el Municipio de Arauca en el Departamento que lleva el mismo nombre, durante una operación militar contra la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia “FARC”, tripulación de un helicóptero de la Fuerza Aérea Colombiana lanzó un dispositivo compuesto por seis bombas de fragmentación, armamento prohibido por el Derecho Internacional Humanitario, ocasionando la muerte de diecisiete personas de las cuales seis eran niños e hiriendo a veintisiete personas y desplazando a otras a municipios cercanos a los hechos, quienes fueron agredidos por disparos de ametralladoras de miembros de la Fuerza Aérea mientras se trasladaban de lugar; por el uso de los explosivos de fragmentación y la muerte de

los ciudadanos colombianos, el Estado colombiano en la Jurisdicción Penal interna declaró penalmente responsables a los tres tripulantes de la aeronave desde donde se lanzó dicho dispositivo y, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ordenó reparaciones económicas para algunas de las víctimas.

Ya esbozados los fallos, resulta oportuno mencionar que en las trece sentencias objeto de estudio, además de condenarse al Estado a reparaciones se encuentra como aspecto en común, que en casi todas se declara que Colombia ha incurrido en la violación de los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención ADH, que consagran el derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial; es decir los aspectos fácticos que han incidido en la intervención de los órganos jurisdiccionales internacionales están permeados por la tortura o muerte de seres humanos dentro del territorio colombiano con aquiescencia u omisión del Estado, al igual que su incapacidad para juzgar de manera adecuada por la ocurrencia de los hechos que generaron la muerte, tortura desaparición o amenazas de las víctimas. Así mismo que las sentencias tienen en común aspectos probatorios, como el alcance del allanamiento de los hechos que realiza el Estado, la práctica de la prueba documental en lo que tiene que ver con la declaración *affidávit*, la admisión de documentos de prensa entre otros, que serán analizados a continuación.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE REGLAS PROBATORIAS UTILIZADAS POR LA CORTE IDH EN LOS CASOS QUE SE HA JUZGADO AL ESTADO COLOMBIANO

El sistema de juzgamiento de la Corte IDH, si bien materializa y aplica aspectos procesales atendiendo a reglas del Derecho Procesal clásico, es decir, bajo principios procesales probatorios como el de contradicción o el de defensa, con el argumento de proteger los derechos humanos contenidos en la Convención ADH, ha incursionado en prácticas procesales que en el sistema judicial interno del Estado colombiano llegarían a considerarse como violación al debido proceso, pues, minimizan las formalidades en cuanto a la producción de la prueba o se prueban hechos no formulados en la demanda; sin embargo, ello puede llegar a ser justificable si se tiene en cuenta la dificultad práctica para acceder a esta jurisdicción, también por lo riesgoso que puede resultar para las víctimas o para los testigos rendir una declaración testimonial ante la jurisdicción internacional, o por la gravedad de los derechos humanos violados por el Estado colombiano, quien en todos los procesos judiciales ha sido demandado por falta de protección judicial y de garantías judiciales.

Dichas prácticas procesales, en especial las probatorias, teóricamente pueden ser analizadas desde diferentes puntos de vista, ya sea a la luz de los principios probatorios, o simplemente de forma descriptiva, por ejemplo, haciendo una comparación entre la forma como se práctica una prueba, como la documental, dentro del sistema colombiano y el interamericano. De manera que este apartado realizará un análisis de algunas de las prácticas probatorias de la Corte IDH en las sentencias contra el Estado colombiano, a partir del principio de la libertad probatoria, vinculadas con las formalidades, los medios y el objeto, para finalmente encaminar el análisis teniendo en cuenta los alcances del principio "*iura novit curia*", determinando si en las sentencias proferidas por la Corte IDH en las que se juzga el Estado colombiano, la práctica probatoria resulta desfavorable y, si es así, si podría ser justificable.

3.1 LIBERTAD PROBATORIA

Los reglamentos expedidos por la Corte IDH no han establecido expresamente un sistema de valoración probatoria (Fix-Zamudio, 2003), sin embargo, en las sentencias analizadas en el presente escrito, de los casos por los que Estado colombiano es demandado, se encuentra que el sistema de apreciación de la prueba utilizado por la Corte IDH se rige bajo el principio de "la sana crítica", el cual tiene su fundamento en las reglas de la lógica y la experiencia, siendo obligación de la corporación, fundamentar de forma cuidadosa los motivos por los cuales las partes han probado o no, los hechos que fundamenta su petición o sus excepciones; al respecto la Corte IDH se refirió en los siguientes términos:

La Corte ha señalado anteriormente, en cuanto a la recepción y la valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo... (Corte IDH, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia).

La anterior precisión resulta pertinente para este punto debido a que dicha apreciación de la prueba tiene incidencia en las formalidades, en el objeto y en el medio de producirla o allegarla al proceso; es decir, en un sistema con apreciación legal o "tarifa legal" de la prueba judicial, los medios de convicción estarán limitados a los establecidos normativamente (Barbosa, 2002, pág. 246).

De acuerdo con la aplicación del sistema de valoración de la prueba bajo el principio de “la sana crítica”, implica a su vez una libertad probatoria en cuanto a las formalidades, al medio y al objeto a probar; Devis Echandía (2006) se ha referido al tema, arguyendo que bajo el principio de libertad probatoria se le debe permitir al juez calificar si lo solicitado tiene alguna relevancia probatoria, y si el hecho a probar tiene alguna relevancia influyente en la decisión. Al respecto se ha encontrado en los reglamentos de la Corte IDH la disposición para que el juez pueda decretar de oficio en cualquier momento las pruebas que él considere (Abreu, 2003) y, además, en los casos colombianos, se han practicado pruebas a través de diferentes medios, para objetos específicos, incluso con términos extemporáneos.

Bovino (2005) por su parte ha señalado que los medios de incorporación de la prueba en la jurisdicción internacional de la Corte IDH son más informales en comparación con los de los procedimientos de derecho interno, pues se tiene como criterio rector descubrir la verdad acerca de la posible violación de uno o más derechos de la Convención ADH. Entre tanto, se encuentra que en los reglamentos aplicados en el juzgamiento del Estado colombiano hay una ausencia de estrictas formalidades en lo que respecta a la prueba, de hecho en el reglamento de 1991, bajo el que se profirió el caso Caballero Santana Vs. Colombia, no se establecía un capítulo específico relacionado con la prueba, por lo que el desarrollo de la misma, además de tener una amplia libertad, no consagraba ninguna formalidad en su admisión, práctica y contradicción.

En los reglamentos que se han aplicado desde 1996, es decir, en los once casos restantes donde ha sido demandado Colombia, las estipulaciones normativas referentes a la admisión de la prueba, varían un poco en la oportunidad procesal para presentarla, como en el del año 1996, que permitían aportar al momento de presentación de la demanda y en el escrito de contestación los elementos materiales probatorios (Corte IDH, caso las Palmeras Vs. Colombia). En los otros procesos se admitieron las pruebas bajo las mismas oportunidades, agregando además la posibilidad para que los representantes de las víctimas aporten en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, y eximiendo de la práctica las que fueron realizadas por la Comisión IDH, con la posibilidad además de que posteriormente se presenten otras, cuando se trate de probar hechos supervinientes (CORTE IDH, Reglamento 1996, Artículo 43, Reglamento 2000, Artículo 43, Reglamento 2003, Artículo 44, Reglamento 2009, Artículos 57, 35.1, 40.2 y 41).

Ahora bien, pese a encontrar regulado el momento procesal para la admisión de la prueba, la Corte ha admitido documentos de forma extemporánea, como en el caso Manuel José Cepeda Vs. Colombia, en donde los representantes de las víctimas aportaron documentos que contenían leyes, procesos judiciales y documentos de

prensa, siendo admitidos por esta corporación, bajo el argumento de que los mismos aportaban información de los procesos penales en curso y que además, algunos de estos hacían parte de los alegatos finales y no del acervo probatorio aportado.

En el mismo sentido en otros casos en los que se ha juzgado a Colombia, la Corte IDH ha admitido documentos en la etapa oral, es decir, extemporáneamente como “pruebas para mejor resolver” bajo el argumento de que aplica la figura de la prueba de oficio, pero desvirtuando el concepto de tal, pues lo que comúnmente ocurre en un sistema jurisdiccional interno es que el juez como director del proceso decreta y practica las pruebas oficiosamente cuando considere que son de utilidad para el caso, sin que hayan sido incorporados por las partes, o que ya no pueden ser allegados y no como ocurre claramente en este caso, que las partes incumplieron con su carga, pero la Corte IDH admite dichas pruebas sin que hayan sido pedidas por esta en la oportunidad procesal pertinente (Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia).

Por otro lado, en lo referente a la libertad de los medios de prueba, resulta pertinente precisar, que si bien a lo largo de las trece sentencias analizadas en este escrito se pueden identificar algunos aspectos desfavorables en materia probatoria para el Estado colombiano, el debate probatorio en cada una de las sentencias no radica en probar los hechos que motivaron la presentación de la demanda, pues en diez de las trece sentencias analizadas, el Estado colombiano aceptó su responsabilidad en la ocurrencia de los hechos, razón por la cual la Corte IDH trata de establecer en qué medida los hechos ocurridos violan la Convención ADH, así mismo esta propende por establecer el contexto en el que ocurrieron, en identificar las víctimas, o en fijar las reparaciones pertinentes.

La actuación procesal del Estado colombiano descrita en el aparte anterior ha sido reiterativa en casi todos los procesos tramitados ante la Corte IDH, teniendo una posición resistente en solo tres procesos jurisdiccionales internacionales, que terminaron en la primera, tercera y última sentencia proferida por el Tribunal Internacional, es decir en los casos, Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia de diciembre 8 de 1995 el caso de los Diecinueve Comerciantes Vs. Colombia de julio 5 de 2005 y caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia del 30 de noviembre de 2012.

Entre tanto, como un desfavorecimiento probatorio contra el Estado, en cuanto a los medios, se encuentra como punto en común en las trece sentencias analizadas, la práctica y valoración de la prueba *affidávit*, que no es más que una declaración de testigos, peritos o víctimas ante funcionario público del Estado demandado, quien no ha tenido la posibilidad de controvertir su práctica en audiencia pública ante la Corte IDH, y que además es valorada por la jurisdicción interamericana como prueba documental. En algunas sentencias analizadas ni siquiera hay una

declaración ante el funcionario público, sino que se autentica el escrito que lleva el declarante, siendo admitido también como documento por la Corte IDH bajo la figura de *affidávit* (Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia).

Bovino (2005) advierte que algunas prácticas, como la mencionada, pueden atentar contra el principio de inmediación del procedimiento ante la Corte IDH, sin embargo habría que precisar que en la mayoría de los procesos judiciales en los que se ha demandado al Estado colombiano se ha alegado la violación de los artículos 8.^º y 25 de la Convención ADH que hacen referencia a la protección judicial y las garantías judiciales, además de alegarse la vulneración del artículo 4 del derecho a la vida o del artículo 5 que corresponde a la integridad personal, así como también que las víctimas o testigos han manifestado recibir amenazas en su contra a lo largo de los procesos internos, por lo que restringir las declaraciones a la audiencia concentrada, generaría limitantes para acceder a esta prueba dadas las condiciones de seguridad para los declarantes o los testigos y ante la gravedad de los hechos que generan el conocimiento de la Corte IDH (Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia).

Entre tanto, existen otros medios de prueba admitidos en algunos casos en los que se ha juzgado a Colombia por la violación de derechos humanos, y comúnmente no se consagran en el derecho interno, como es el caso de los documentos electrónicos que no han sido aportados por las partes, sino que se señala el enlace electrónico, para lo cual la Corte IDH arguye que son valorados cuando cualquier persona pueda acceder a ellos, en tanto que no se afecta la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal (Caso Escué Zapata Vs. Colombia, caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia). Otro aspecto no muy común en el sistema interno es que la Corte IDH, a lo largo de las sentencias valora noticias de prensa como prueba documental por considerar que recogen hechos notorios (Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia, caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia).

Finalmente en lo que respecta a la libertad de objeto de prueba, es decir, los hechos sobre los cuales recae la actividad probatoria en los trece casos sometidos ante la Corte IDH, resulta pertinente puntualizar que según Devis Echandía (2006), el objeto de prueba, o tema a prueba en la teoría general del derecho procesal, implica la aplicación de principios como el de pertinencia, conduencia y utilidad de la prueba; principios que a su vez limitan la libertad de la prueba, pues, con la pertinencia se determina que el medio y el hecho por probar tengan una relación lógica o jurídica y por la conducción se establece que la norma jurídica permita probar los hechos por ese medio.

De forma que, en principio, los hechos alegados por la Comisión ADH en la demanda, o los supervinientes después de presentada la misma, son los que determinan el

objeto a probar, sin embargo, se encuentran varias de las sentencias judiciales de los casos donde el demandado ha sido Colombia, la Corte IDH resalta la importancia de probar el contexto en el cual ocurrieron los hechos; y no es que se esté desbordando el objeto a probar sino, más bien, que por los hechos alegados por la Comisión ADH y las pruebas aportadas por las partes o decretadas de oficio, es posible determinar que los sucesos acaecidos no fueron situaciones aisladas, sino que se desarrollaron bajo un escenario político, jurídico, social e histórico que agrava la situación de determinadas poblaciones.

La primera de las sentencias proferidas por la Corte IDH que estableció la importancia del contexto político social o jurídico en el que se desarrollaron los hechos, fue la del *Caso los Diecinueve (19) Comerciantes*, en la cual se estableció que en el Estado colombiano, se conformaron una serie de grupos armados de guerrilleros desde la década de 1960, que para contrarrestar esta situación se emitió el Decreto Legislativo 3398 de diciembre 24 de 1965, que posteriormente se consagraría como Ley 48 de 1968, dando como fundamento legal la creación de grupos de autodefensas, permitiéndose a la sociedad civil realizar funciones propias de las fuerzas armadas del Estado, quienes en la década de 1980 se convirtieron en grupos delincuenciales llamados comúnmente paramilitares, que luego guardarían relación con algunos miembros de las fuerzas armadas del Estado colombiano.

Esta sentencia, además de contener un valor histórico importante para identificar algunos de los factores que han incidido en el conflicto político, social, armado interno, que hasta la fecha se mantiene en el Estado colombiano, en términos prácticos le ha servido a la Corte IDH para analizar el contexto en el que han ocurrido otras violaciones de derechos humanos, ya que bajo los argumentos de que existe una coincidencia de tiempo y espacio entre los casos, de que la alegación de responsabilidad estatal es común y en aplicación del concepto de comunidad de prueba, el Tribunal Internacional, ha trasladado pruebas practicadas y valoradas en este y otros procesos, para ser analizadas en procesos que se encuentran para fallo, algunas veces a petición de parte y otras oficiosamente (*Caso Valle Jaramillo y Otros Vs. Colombia*).

Entre tanto, dicha práctica fue llevada a cabo en las sentencias del caso de la masacre de Mapiripán de septiembre 15 de 2005, en el caso de la masacre de Pueblo Bello con sentencia de enero 31 de 2006, en el análisis del caso de la masacre de Itaugo con sentencia de julio 1 de 2006, en el caso de la masacre de la Rochela con sentencia de mayo 11 de 2007 y en el caso del asesinato del defensor de derechos humanos Jesús María Valle Jaramillo con sentencia de noviembre 27 de 2008.

En dichas providencias judiciales, luego del análisis probatorio que realizó la Corte IDH del contexto encontró que esta considera probado como aspecto en común, la formación de los grupos paramilitares, la relación entre estos y las Fuerzas Armadas

del Estado colombiano, que incidieron de forma directa a la violación de derecho humanos en las regiones donde ocurrieron los hechos; precisándose además por la Corte IDH las diferencias contextuales de cada una de las regiones en las que ocurrieron los hechos, o como en el caso Valle Jaramillo, que establece que la violación de derechos humanos ligados a la muerte de Valle Jaramillo, se dio en un contexto de desprotección y persecución a defensores de derechos humanos, retomando la Sentencia T-590 de 1998 de la jurisdicción interna de la Corte Constitucional de Colombia, quien declaró que al momento de los hechos existía un Estado de cosas inconstitucional por la desprotección de los defensores de derechos humanos.

Entre tanto, en las últimas tres providencias proferidas por esta corporación, en el que el demandado es el Estado colombiano, se determinó por la Corte IDH, que el proceso judicial no podría estudiarse sin analizar los elementos contextuales en el que se ilustran al juez sobre las circunstancias históricas, materiales, temporales y espaciales; en este sentido se tiene como probado para la Corte IDH que en el caso Manuel José Cepeda Vargas Vs. Colombia con sentencia de mayo 26 de 2010, ocurrió en un contexto de violencia sistemática contra los miembros del partido político Unión Patriótica “UP”; así mismo, en uno de los más recientes casos proferidos por la Corte IDH, de septiembre 3 de 2012, se consideró por la corporación juzgadora, que en la época en la que ocurrieron los hechos, en los cuales se vulneraron varios de los derechos humanos del periodista Vélez Restrepo, existía un contexto de peligrosidad contra periodistas y comunicadores sociales en relación con el cumplimiento de sus labores (Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia).

Del mismo modo en el Caso Masacre de Santo Domingo Vs Colombia, la Corte IDH al analizar el contexto determinó que el conflicto armado del departamento de Arauca está ligado a la explotación petrolera por ser la actividad económica más importante de la región, lo cual originó la creación de grupos armados ilegales y el incremento de la militarización de la zona, asumiéndose por parte de las empresas extractivas del petróleo un apoyo económico a las Fuerzas Militares de Colombia para ampliar su intervención, ocasionándose una situación de violencia generalizada que afectaba a la población civil al momento de los hechos.

En conclusión, en lo referente al objeto de prueba, al analizarse el contexto, la corporación juzgadora internacional ha considerado que tomarlo en cuenta resulta relevante, pues el entorno político e histórico es determinante para el establecimiento de las consecuencias jurídicas y de la naturaleza de las violaciones de la Convención ADH. Así mismo para la corporación establecer los hechos y todos los elementos en torno al contexto del asunto objeto de análisis, constituyen una de las formas de reparación, y lo ha expresado en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta las atribuciones que le incumben de velar por la mejor protección de los derechos humanos y el contexto en que ocurrieron los hechos del presente caso, el Tribunal estima necesario dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos y todos los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, lo cual constituye una forma de reparación para los familiares de las víctimas, una contribución a la preservación de la memoria histórica y a evitar que se repitan hechos similares, y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos (Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia).

3.2 EL PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA”

El principio “*Iura Novit Curia*” ha sido objeto de múltiples análisis, encontrándose que este puede ser definido como una presunción, en el sentido de que se presume que el juez es quien conoce del derecho aplicable al asunto en debate, o como un principio, es decir como la regla que le indica al juez que debe conocer y aplicar la norma del caso concreto (Meroi, 2006); así mismo en diferentes escenarios doctrinales del derecho, por ejemplo en materia procesal penal se ha dicho que este expresa, que el tribunal llamado a juzgar no se encuentra vinculado a la calificación jurídica propuesta en la acusación, o, en otros términos, que el tribunal puede calificar estos hechos de una manera distinta, siempre que se atienda al principio de congruencia y el derecho de defensa (Alfonso, 2011).

Por su parte en el sistema interno del Estado colombiano, en el caso de la acción de tutela se ha aplicado ampliamente este principio por la Corte Constitucional en Sentencia T-146 de 2010, bajo las siguientes consideraciones:

El principio general del derecho iura novit curia, que significa ‘el juez conoce el derecho’, es una de las columnas vertebrales de la acción de tutela. En la medida que la tutela es un recurso judicial informal que puede ser interpuesto por personas que desconocen el derecho, es deber del juez de tutela, en principio, analizar el caso más allá de lo alegado por el accionante.

Algo similar ha ocurrido en el escenario de lo contencioso administrativo en la jurisdicción colombiana, pues, en algunos eventos, el Consejo de Estado al conocer demandas de reparación directa, determinando que cuando se trata de establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por una falla del servicio, es posible analizarlo bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda; de igual forma, en los supuestos de hecho en los cuales se pretenda establecer un daño antijurídico ocasionado a un soldado que ha prestado el servicio militar obligatorio, el juez debe verificar si este resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en uno o cualquiera de los títulos de imputación que ha desarrollado esta jurispru-

dencia (Consejo De Estado, Radicación 27001-23-31-000-1996-02299-01(22655) de octubre 3 de 2007, Radicación 18001-23-31-000-1996-00770-01(17543) de febrero 03 de 2010, Radicación 25000-23-26-000-1996-03221-01(19159) de marzo 10 de 2011).

Entre tanto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, también ha tenido procesos en los que ha entendido que los jueces civiles deben aplicar el principio "*iura novit curia*" con el fin de corregir la calificación de las pretensiones aducidas en la demanda, cuando los casos sean de responsabilidad civil contractual y se denominen erróneamente como un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, o viceversa (Radicado. 11001310302003-00282-01 de febrero 03 de 2009).

Al referirse al sistema interamericano se ha dicho que bajo este principio, el juez posee la facultad y el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente (García, 2006), otros han agregado que dicha facultad permite que el tribunal pueda ir más allá de lo pedido, incluso en lo atinente a las reparaciones. Ello tiene explicación por cuanto la Corte IDH podría en la sentencia de fondo ampliar la responsabilidad internacional del Estado, al igual que la correspondiente indemnización que acompañaría la condena (Barbosa, 2002, pág. 246).

En este sentido se han presentado tres sentencias en las cuales la Corte IDH ha hecho aplicación del principio "*iura novit curia*", la primera de ellas es la proferida el 15 de septiembre de 2005, conocida como el caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia, en la cual, además de hacer un recuento jurisprudencial sobre dicho principio, se precisa que si bien la demanda es el marco fáctico del proceso, aquella no representa una limitación a las facultades de la Corte IDH para determinar los hechos del caso, siempre que sea con base en las pruebas practicadas, declarando así la violación de la Convención ADH en el artículo 19, que no había sido presentado como violación en la demanda sino que se argumentó como tal en los alegatos de los representantes de las víctimas.

De una forma similar, en el caso de la masacre de Pueblo Bello contra el Estado colombiano, al analizarse el alcance que tienen las víctimas al intervenir en el proceso, mediante el escrito de argumentos y solicitudes, estos presentaron la alegación de la violación de unos derechos de la Convención que no habían sido alegados por la Comisión ADH en la demanda; la Corte IDH consideró que dicho escrito no tiene el carácter de demanda, pero ello no implica que no puedan alegar la violación de otros derechos, ya que son las víctimas los titulares de los derechos humanos comprendidos en la Convención ADH, y además que en virtud del principio "*iura novit curia*", la Corte IDH tiene la competencia y la obligación para aplicar las disposiciones pertinentes en un proceso, aunque no hayan sido alegados en la demanda, siempre que se garantice el derecho de defensa.

Finalmente, el principio acá analizado se aplicó en el caso de la masacre de Ituango, en el que se determinó como necesario por la Corte IDH, el análisis de la posible violación del artículo 11,2 de la Convención ADH, pese a que no se alegó su violación en la demanda ni en el escrito de solicitudes y argumentos de los representantes de las víctimas. En este caso dicha corporación consideró que ante la gravedad de los hechos analizados, en el cual hubo quema de bienes inmuebles, existió una violación del derecho a la propiedad privada, al domicilio y a la vida privada, razón por la cual, hace el estudio mencionado bajo el principio “*iura novit curia*” (Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia).

Entre tanto, en la actualidad se han generado críticas a este principio, toda vez que se considera que puede ir en contravía con la imparcialidad del juez en el escenario de que existan muchas indeterminaciones normativas, en las cuales el juez juega un papel interpretativo muy importante, en tanto que este puede hacer valer sus preferencias valorativas, debido a predisposiciones con las partes, o al decidir conforme a convicciones morales, religiosas o políticas. Sin embargo, las críticas también han encontrado que si el papel de las partes es más activo y se garantiza plenamente el principio de contradicción y el derecho de defensa, la participación de las partes tendrá como consecuencia necesaria que el papel del juez sea efectivamente el de dirigir el proceso, y solo eventualmente, aplicar el derecho que no haya sido alegado por estas (Meroi, 2006).

CONCLUSIONES

Las reglas procesales para que un individuo pueda obtener una tutela judicial efectiva por medio de sentencia judicial en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, por parte de la Corte IDH resultan ser muy estrictas, ya que no es a través de un abogado titulado que se acude a dicha jurisdicción, como ocurre en el sistema judicial interno, sino que es otra institución internacional como lo es la Comisión ADH, quien determina en últimas cuáles son los casos que deben ser objeto de un proceso judicial ante esta jurisdicción, tal como se observa en las sentencias analizadas.

Al realizar un análisis de los trece fallos proferidos por la Corte IDH, en los que el Estado colombiano ha sido demandado, se puede encontrar que bajo el principio de la libertad probatoria se hayan prácticas probatorias que podrían considerarse desfavorables, precisándose que en diez de los procesos hubo allanamiento por parte del Estado colombiano, y ante la gravedad de los hechos, dichas prácticas pueden resultar justificables, ya que por ejemplo la prueba documental affidávit puede ser la única forma de obtener la declaración de un testigo o una víctima, o porque si se

niega la admisión de una prueba documental, aunque sea de forma extemporánea, podría implicar que ciertos hechos no sean probados por un proceduralismo que no puede ser bienvenido en este escenario, por encontrarse en controversia bienes jurídicos que hacen parte inherente de la humanidad.

En síntesis, habría que argumentar que ante el juzgamiento de un Estado como el colombiano, por violación de derechos humanos, en los trece casos analizados, resultan justificables las prácticas probatorias encontradas, pues, los hechos están permeados por desapariciones, como en el caso de la masacre de Mapiripán en el que se desconoce la cantidad de las víctimas, o como en el caso de Pueblo Bello en el que se encuentran desaparecidas muchas de estas.

De igual forma, resulta justificable, porque en este escenario se evidencian hechos en los cuales la población colombiana se ha visto vulnerable por la omisión o acción de agentes del Estado, quienes permitieron la creación de grupos paramilitares, como quedó evidencia en el Caso los Diecinueve (19) Comerciantes, o por que han participado en la persecución de partidos políticos como la Unión Patriótica (UP), por el asesinato de defensores de derechos humanos como Jesús María Valle Jaramillo, por la persecución a periodistas, o por la tortura a la que fueron sometidas diferentes personas en cada uno de los casos analizados.

BIBLIOGRAFÍA

BARBOSA DELGADO, Francisco, Perspectiva Jurídica del Sistema de protección de Derechos Humanos. Primera Edición. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2002. 661p.

CADAVID CANO, Carmiña, GARCÍA RESTREPO, Andrea, LOPERA VASCO, Carlos Arturo, MOSQUERA LOZANO, Jairo Alonso, PÉREZ VELÁSQUEZ, Lisseth, RESTREPO GÓMEZ, Lina Marcela, RÍOS CÓRDOBA, Karina, RIVERA FERNÁNDEZ, Tania Carolina, URIBE LÓPEZ, María Isabel, URIBE MEJÍA, Juliana y VALLEJO OSORIO, Juan Felipe. Medellín (2012) Flexibilidad probatoria en el procedimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista Estudios de Derecho, volumen 69, No. 153, Faculta de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la prueba judicial. Quinta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2006, 738p.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos. En: El acceso a la justicia, entre el derecho formal y el derecho alternativo. El otro derecho ILSA. No. 35. Bogotá. 2006. P. 7-55.

JURISPRUDENCIA

- Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.
- Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.
- Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
- Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.
- Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.
- Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.
- Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de febrero 27 de 2012.
- Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia Resolución de supervisión de cumplimiento de noviembre 23 de 2012.
- Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepción preliminar, fondo y reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-590 (1998). MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-004 (2003). MP. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-146 (2010). MP. María Victoria Calle Correa.

Consejo De Estado, Radicado 27001-23-31-000-1996-02299-01(22655) de octubre 3 (2007).
Consejo De Estado, Radicado 18001-23-31-000-1996-00770-01(17543) de febrero 3 (2010).
Consejo De Estado, Radicado 25000-23-26-000-1996-03221-01(19159) de marzo 10 (2011).
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Radicado 11001310302003-00282-01 de febrero 03 (2009).

CIBERGRAFÍA

ABREU BURELLI, Alirio, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Colaboración para la obra colectiva El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2003. Páginas 111-128. Recuperado el 1 de octubre de 2012 de <http://biblioteca.corteidh.or.cr:8070/alipac/KOLEZOSCQJFKXXGHSCOV-00001/form/find-simple>.

ALFONSO, César. El principio de coherencia y el principio iura novit curia en la jurisprudencia interamericana. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional [en línea]. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung Programma Estado de Derecho para Latinoamérica, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional,

2011. Páginas 23-42. Recuperado el 1 de octubre de 2012 de http://www.kas.de/wf/doc/kas_31766-1522-4-30.pdf?121011223223.

BOVINO, Alberto. La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sur, Rev. int. direitos human. 2005, vol.2, n.3. ISSN 1806-6445. Recuperado el 1 de octubre de 2012 de Http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos3/esp/artigo_bovino.htm.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Orden y valoración de las pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Colaboración para la obra colectiva El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. [En línea]. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2003. 195-217.

Recuperado el 1 de octubre de 2012

de <http://biblioteca.corteidh.or.cr:8070/alipac/KOLEZOSCQJFKXXGHSCOV-00001/form/find-simple>.

MEROI, Andrea A. Iura novit curia y decisión imparcial. ENCUENTRO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, (19:2006: Asunción del Paraguay). Recuperado el 1 de octubre de 2012 de http://www.institutoderechoprocesal.org/biblio_display_cont.cgi?wid_cont=144.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 7 al 22 de noviembre de 1969. Costa Rica, San José. Recuperado el 15 de

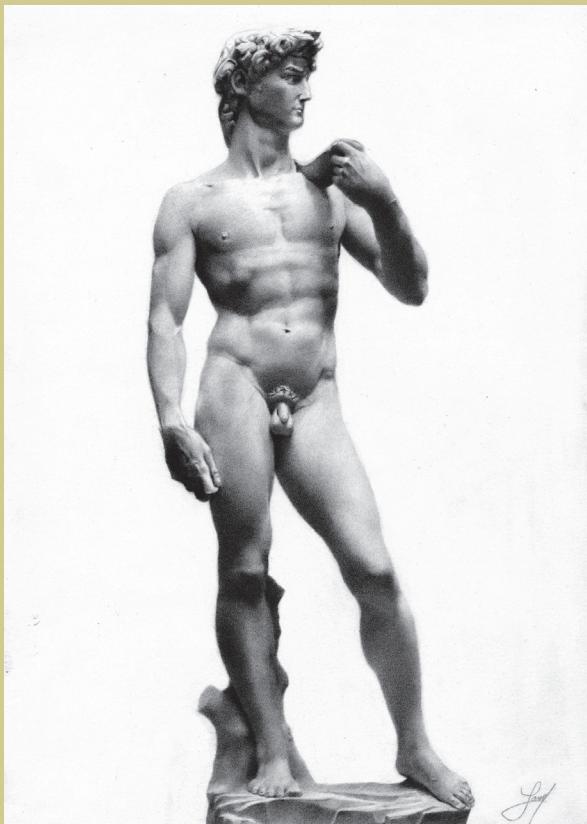
octubre de 2012 de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Corte IDH. Reglamento 9 a 18 de enero de 1991. Costa Rica, San José. Recuperado el 15 de octubre de 2012 de <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>.

Corte IDH. Reglamento 16 de septiembre de 1996. Costa Rica, San José. Recuperado el 15 de octubre de 2012 de <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>.

Corte IDH. Reglamento 24 de noviembre de 2000. Costa Rica, San José. Recuperado el 15 de octubre de 2012 de <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>.

Corte IDH. Reglamento 20 de noviembre a 4 de diciembre de 2003. Costa Rica, San José. Recuperado el 15 de octubre de 2012 de <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>.

Corte IDH. Reglamento 16 a 28 de noviembre de 2009. Costa Rica, San José. Recuperado el 15 de octubre de 2012 de <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>.



Título: El David

Técnica: Lápiz sobre papel

Dimensión: 35,5 x 24,5 cm

Año: 2009

*LAS REGIONES FRENTE A LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

* El presente es un artículo de reflexión correspondiente al grupo de Investigación en Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada.

Fecha de recepción: abril 12 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 21 de 2013

LAS REGIONES FRENTE A LA JUSTICIA TRANSICIONAL

*Jheison Torres Ávila***

Resumen

El presente artículo se ocupa de explorar la relación entre territorios y nación en el marco de construcción de una política de protección de los derechos de las víctimas. Explora algunas características de esta relación para revisar normativamente los retos que las normas existentes imponen a las localidades en esta materia.

Palabras clave: Víctimas, justicia transicional, conflicto, Reconciliación, Reparación, Derechos Humanos.

THE DISTRICTS IN FACE TO THE TRANSITIONAL JUSTICE

Abstract

This article deals with exploring the relationship between territory and nation building under a policy of protecting the rights of victims. Explore some features of this relationship for the challenges normatively review existing standards imposed on the towns in this area.

Keywords: Victims, Transitional justice, Conflict, Reconciliation, Repair, Human Rights.

** Abogado y Magister en Derecho de la Universidad Nacional, Titulo de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante, Doctor en Derechos Fundamentales de la Universidad de Valencia. Docente de la Universidad Militar Nueva Granada y de la Universidad Nacional de Colombia.

LAS REGIONES FRENTE A LA JUSTICIA TRANSICIONAL

INTRODUCCIÓN

Se ha denominado justicia transicional¹ al conjunto de acciones tendientes a conseguir la verdad, reparación y justicia posteriores a generalmente tres eventos: la finalización de un conflicto armado interno, la finalización de un conflicto armado internacional o la finalización de regímenes dictatoriales o similares. En este sentido, el proceso de justicia en el sentido más amplio, contribuye a la reconciliación de un país, sembrando las bases para establecer un nuevo orden o pacto constitucional.

Como observamos, la justicia transicional determina la finalización de un estado de guerra o conflicto a otro de equilibrio y reparación de los daños ocasionados por estos eventos; y es precisamente este concepto amplio de justicia transicional el que se opone al fenómeno que se presenta en Colombia. La situación nacional muestra de un lado, un conflicto que se intensifica por parte del Estado y la guerrilla de las FARC, y de cambio o mutación del conflicto entre AUC y Estado. De esta forma, parece complejo afirmar de manera estricta la aplicación del concepto de transición. Sin embargo, y no obstante la evidencia de que el conflicto colombiano aún no da muestras claras de lograr su finalización, lo que sí parece imposible de obviarse es el imperativo de atender los daños ocasionados por el conflicto armado, lo que implica acoger en buena medida la lógica de protección de las víctimas que está determinada en la justicia transicional y su desarrollo doctrinario. La justicia transicional será considerada en este artículo como elemento clave para la redignificación de las víctimas y el logro de un telos valorativo de protección de los derechos y el fortalecimiento de la democracia.

Aunque en la década pasada se han hecho esfuerzos para mejorar la situación de las víctimas, es la ley 975 de 2005 o ley de Justicia y Paz, la que de manera expresa inauguró normativamente algunos de los preceptos de la denominada justicia transicional que se define es su ya reconocida triada de verdad, justicia y reparación.

1 Al respecto ver COLE, Catherine, Performance, Transitional Justice, and the Law: South Africa's Truth and Reconciliation Commission *Theatre Journal* 59 (2007) 167–187 © 2007 by The Johns Hopkins University Press; JOKIC Aleksandra Secession, Transitional Justice, and Reconciliation *Peace Review* 12:1 (2000), 5–6; BORAINE Alexander Transitional Justice: A Holistic Interpretation *Journal of International Affairs*; Fall 2006; 60, 1.

Ahora bien, son ampliamente conocidas las críticas a esta ley² que se enfocó en la desmovilización de los grupos de autodefensas específicamente, y que de manera bastante incompleta incluyó la protección de los derechos de las víctimas.

Después de ocho años del escenario de ley 975, tenemos cientos de procesos abiertos, los principales jefes de esta organización extraditados sin haber terminado su proceso transicional y, sobre todo, la casi certeza, de que el paramilitarismo no ha terminado, y que las denominadas bandas emergentes agrupadas bajo el nombre de “Bacrim” son la prueba del fracaso del proceso de abordar un proceso de justicia transicional sin transición. Las limitaciones de un proceso de esta justicia “a la colombiana” pueden resumirse así: improvisación y poca certeza de una verdadera voluntad de paz, ausencia de justicia para las bases de industriales y ganaderos, principalmente, que apoyaran la acción de estos grupos ilegales, continuación de los combates y posiciones estratégicas de los actores armados legales e ilegales, política pública débil de reinserción de los excombatientes y por último, y quizás una de las más importantes dentro de la lógica de un proceso transicional, es la ausencia de garantías de no repetición frente a las víctimas del conflicto.

No obstante el fracaso del proceso transicional, es claro que en el debate se abrieron varias incógnitas y continúan varios desafíos. Es innegable que hoy más que nunca el país está viendo el problema de sus víctimas, las cuales fueron invisibles en el pasado en aras de favorecer los pactos de paz, también se están experimentando alternativas para comprender el alcance de lo que significa verdad, justicia y reparación, lo que pone a prueba las instituciones de todos los niveles en el país y, por último, se están elaborando respuestas jurídicas adecuadas para responder a este reto, donde el derecho constitucional es en realidad el eje comunicante entre la doctrina internacional sobre la materia, y la realidad nacional, es allí donde se construyen las respuestas a un problema social y político de enormes magnitudes.

De manera reciente el Gobierno nacional y el legislador han intentado reconducir los esfuerzos en esta materia y contar con herramientas, a las menos jurídicas, más eficaces para atender los problemas más apremiantes. Para ello se han expedido dos normas importantes que dejan atrás la ley 975 y generan nuevos escenarios de análisis. Estas leyes son la 1424 de 2010 referida a brindar un marco estable a la población desmovilizada y la ley 1448 de 2011 o ley de víctimas, que establece entre otros, un nuevo sistema de atención a las víctimas, un esquema de reparaciones administrativas tanto individuales como colectivas, así como reglamenta los temas referidos a la restitución de las tierras despojadas.

2 Algunas de estas críticas se encuentran en: COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, La metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares, Bogotá, 2010.

Ante este escenario, aparece un argumento central en este debate y es el de lograr la eficacia de las citadas normas, en especial de la 1448 o ley de víctimas. La eficacia normativa pasa de manera clara por la capacidad institucional en las regiones para poder atender de forma adecuada y oportuna las poblaciones afectadas como reconstruir la confianza en las instituciones del Estado como parte de ese nuevo telos valorativo que pretende la justicia transicional. Este es especialmente importante, si se considera que las poblaciones a las que nos referimos se encuentran sobre todo en áreas rurales, así como los mecanismos de victimización se han desarrollado en los territorios.

1. LOS OBLIGADOS DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

La doctrina tradicional de los derechos humanos sostiene que estos únicamente tienen como obligado al Estado (Esposito, 2007, págs. 176 y ss.), y como titulares de estos derechos a los ciudadanos de este Estado. Pero en el marco del derecho interno, especialmente del derecho constitucional contemporáneo, esta tesis es demasiado simplista frente a la dinámica de tales derechos y las amenazas a las que se pueden ver afectadas las personas. Instituciones como la Drittewirkung o eficacia de los derechos frente a terceros o la misma noción de derechos subjetivos extendidos a otras entidades más allá de la idea individual y ciudadana son ejemplos de estos cambios.

Pero, ¿cómo entender la noción de Drittewirkung frente a violaciones masivas de derechos humanos? La respuesta es al menos compleja, porque qué duda cabe de que los Estados basan buena parte de su legitimidad en la garantía de los derechos, pero ¿debe el Estado responder con todos sus recursos la protección e indemnización de las víctimas cuando este en realidad no ha causado de forma directa dichas violaciones?

Si seguimos la tesis clásica, el Estado además de ser el único obligado frente a los tratados internacionales, es quien responde debido a que dicha responsabilidad se determina de forma objetiva³, es decir, se constata el daño, y por este simple hecho el Estado debe asumir su reparación. Esta es la doctrina desarrollada por tribunales internacionales como la Corte Interamericana (1990):

3 Esta obligación se denomina en la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como de garantía, e implica que el Estado debe desarrollar acciones concretas para la protección de estos. Al respecto ver Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 3 “La aplicación del Pacto a nivel nacional”, párr. 1.

“El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio de toda persona sujeta a jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención. Como lo ha afirmado esta Corte.”⁴

Sin embargo, aceptar esta posición deja por fuera un importante asunto y es el que hace referencia a la determinación de responsabilidad, es decir, a garantizar otros derechos de las víctimas: la justicia y la verdad.

En realidad, y escuchando a las víctimas, estas no siempre reivindican la reparación de los daños causados; en muchos casos, estas entienden la verdad y la justicia como el verdadero eje de sus peticiones. Algunos juristas al respecto han anotado que este aparente problema ocurre porque se confunda la reparación con la justicia, es decir, que una cosa es el esclarecimiento de los hechos y la imposición de penas a los victimarios y otra bien distinta el suministro de sumas dinerarias a las víctimas. A estas afirmaciones vale la pena anotar varias precisiones que impiden salir al paso de forma pacífica a este principio de responsabilidad objetiva estatal.

La imputación y castigo de los victimarios desde luego que hace parte de la verdad y la justicia, pero parte de esta justicia es precisamente que las grandes fortunas conseguidas por los líderes de los grupos al margen de la ley deban ser parte de la pena a pagar por los crímenes cometidos, ya que de otra forma, la citada justicia lo único que propiciaría es la “legalización” de estas fortunas para que sean disfrutadas por los victimarios y sus allegados al finalizar sus condenas, que para el caso colombiano resultan ser mínimas, siete años, frente a la gravedad de los delitos cometidos.

En segundo lugar, debe tenerse cuidado con la mirada que se tiene de reparación en relación con víctimas de violaciones de derechos humanos, y en especial durante períodos de justicia transicional. Existen aun sectores de la opinión y del Estado que reiteran esta visión pecuniaria de la reparación dejando de lado el principio de integralidad, que implica justamente atender de manera conjunta las diferentes reivindicaciones de las víctimas por las lesiones ocasionadas en el marco del con-

4 Es visible en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, “excepciones al agotamiento de los recursos internos”, arts. 46.1, 46.2^a, 46.2b, párr. 34.

flicto armado. En este sentido la reparación se acerca al concepto de indemnización siendo casi lo mismo. Por el contrario, la noción de reparación empleada por la doctrina internacional de los derechos humanos y promulgada por Naciones Unidas en la Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005 señala:

“Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.”⁵

Este redimensionamiento de la noción de reparación obliga a una visión distinta de responsabilidad. No basta entonces con pagos en dinero o bienes de otra naturaleza, pues se entiende que el daño ocasionado rebasa la lógica iusprivatista de daño y responsable y su tradicional análisis causal.

De esta forma, la configuración del responsable se determina desde la noción de daño, es decir, es posible que existan varios grados y niveles de responsabilidad, frente a cada una de las violaciones presentadas. Así las cosas, no existe la posibilidad de que el Estado evada parte de su responsabilidad, como tampoco se trata de aumentar la impunidad dejando intactos los grandes capitales de los victimarios.

La Corte Constitucional colombiana en sentencia C-370 de 2006 al, respecto señaló:

“Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos.” Además, que “El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes.” (Numeral 6.2.4.4.11)

5 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, artículo 18.

En este mismo sentido se profirió el Decreto 1290 de 2008, el cual reitera la subsidiariedad del Estado en la reparación de los derechos violados y determina tarifas para el pago de indemnizaciones por vía administrativa. De esta forma parece claro que la interpretación de esta responsabilidad se ha radicado en los victimarios, afianzando una discutible interpretación de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos o *drittewirkung*, pues se comprende que el Estado no es el único responsable, y que por el contrario la sociedad y en especial los individuos no solo son responsables en sentido penal de las violaciones, sino desde luego en aspectos como la no repetición de los hechos o la rehabilitación. Sobre el particular la Comisión Interamericana (2008) ha señalado que el rol del Estado en las reparaciones no puede devaluarse, y que es este su principal protagonista:

“5. El Estado debe asumir un rol principal y no secundario en garantizar el acceso efectivo de las víctimas a reparaciones, conforme a los estándares del derecho internacional. Por ello, la CIDH entiende que la adopción de un programa de reparaciones administrativas, no debería excluir el acceso a vías judiciales para las víctimas, permitiéndoseles así escoger la vía que consideren más adecuada para asegurar en definitiva la obtención de reparación. La CIDH considera que el Estado podría disponer e implementar mecanismos institucionales adecuados para respetar este derecho de las víctimas a acudir a diversas vías de reparación diferenciadas, sin riesgo para el erario.”⁶

Cuando se analiza el problema del obligado de los derechos se tiende a establecer precisamente la relación causal propia de la doctrina clásica de la responsabilidad civil y administrativa, pero lo que la también doctrina clásica de la responsabilidad de las violaciones a los derechos humanos pretende al determinar al Estado como eje, es precisamente superar la causalidad, y comprender que sin duda en este caso especial, los derechos no pueden ser vistos como reivindicaciones privadas y en realidad su responsabilidad pone en tela de juicio aspectos tan importantes como la legitimidad del Estado, su eficacia y en general las bases de la concepción del Estado democrático de derecho. En consecuencia la aceptación de la responsabilidad horizontal de las violaciones pueden generar más bien un fenómeno reprochable y la ausencia de verdaderas garantías a las víctimas, pues al verse minimizada la responsabilidad estatal también se pone en riesgo el núcleo esencial de los derechos en controversia, pues puede ocurrir, como en efecto sucede en este momento en el país, que los victimarios estén burlando la justicia y escondiendo sus bienes de la acción de los órganos del Estado.

6 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008.

El problema puede agudizarse aun más, si esta subsidiariedad del Estado se alega frente a aspectos que desbordan lo indemnitorio y se refieren a la rehabilitación médica y psicológica y a la satisfacción de las víctimas frente a las medidas tomadas por el gobierno. Algunas voces en el pasado Gobierno e incluso en la administración anterior de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, señalaron que los programas de las víctimas deben ser financiados en su totalidad o buena parte de estos con los dineros de los jefes paramilitares. La misma ley 975, ya citada, dispone la creación de un Fondo de atención a las víctimas para este caso. Al respecto señala la Comisión Interamericana (2008, parr. 2) de forma tajante: “En modo alguno el acceso a la reparación de las víctimas puede quedar sujeto exclusivamente a la determinación de responsabilidad criminal de los victimarios, ni a la previa ejecución de sus bienes personales, lícitos o ilícitos”. La ley 1448 de 2011 corrige algunas de estas lagunas, sin que en realidad en el momento la financiación de todos los programas que implica la realización de la ley sea del todo clara. Un asunto aun peor, ha sucedido frente a los pocos bienes entregados por jefes paramilitares como Salvatore Mancuso, sobre los cuales se tiene certeza hoy que tienen diversos problemas de saneamiento de sus títulos o son, en otros casos, inexistentes.

Por otra parte, temas como las Políticas públicas en relación con derechos tales como la salud y la educación difícilmente puede entenderse en la lógica de grados de responsabilidad. Así las cosas, tiene sentido entender la responsabilidad como un fenómeno que se radica en el Estado como sujeto garante de derechos, y que este mismo Estado es el obligado a repetir si así lo considera, contra los agresores materiales de las violaciones que diere lugar, y no dejar en entre dicho la responsabilidad del mismo, y sobre todo generar una interpretación del principio de solidaridad que invierte precisamente lo que busca este valor constitucional, que es construcción de confianza entre ciudadanos y Estado.

La otra dimensión relevante para el presente documento, es justamente la construcción de las responsabilidades que se ponen en cabeza del Estado nacional como agente principal en el plano internacional, pero que se traduce en su concreción en el entramado de responsabilidades y funciones de los departamentos y municipios. Este principio de solidaridad y subsidiariedad que hemos presentado no solo tiene efectos entre los victimarios y el Estado nacional, sino que también se observa en las relaciones producto de los procesos de descentralización.

Las competencias en temas justamente como saneamiento básico, orden público y educación de las regiones, a la par de la existencia de grandes poblaciones de víctimas que se sitúan en regiones rurales en donde la Nación tiene en la vida cotidiana poca incidencia, convierten la reflexión territorial en el centro de las políticas de atención y reparación de las víctimas que impulsa la justicia transicional.

Al respecto, la experiencia en el tema de desplazamiento forzado ha sido enriquecedora para mostrar los desafíos y fallas que se presentan a la hora de coordinar una política pública de derechos que tiene ondas implicaciones internacionales y su materialización sobre el territorio. En el desarrollo de esta política, se han evidenciado problemas de coordinación intra e inter institucionales tanto en los niveles nacionales como locales, corrupción en el manejo de los dineros y programas de atención, desconocimiento de los funcionarios que tienen a su cargo estas responsabilidades, deficiencias en la gestión y gerencia de estos programas, entre otros.

Ante esta situación se presenta una clara tensión entre quienes afirman que producto de los procesos de descentralización son los entes territoriales los que deben asumir varias de las obligaciones que se adjudican frente a los derechos de las víctimas, y los que señalan que la descentralización no significa que el Gobierno nacional pueda descargar el pleno de estas responsabilidades en las regiones. La precariedad de algunos municipios colombianos muestra la necesidad de intervención de nación, pero por otra parte, esta intervención puede socavar los objetivos planteados en la Constitución nacional frente a la descentralización y la autonomía regional. Al respecto la Corte señaló:

“Que de acuerdo a los principios de coordinación, subsidiariedad y concurrencia antes señalados, las entidades nacionales deben colaborar y apoyar a las entidades territoriales para que superen sus falencias en materia de atención a la población desplazada y se garantice el goce efectivo de sus derechos. De igual manera, en aquellas entidades territoriales que por su precaria capacidad presupuestal y administrativa no puedan atender a la población desplazada, las entidades nacionales, según sus competencias materiales y dentro del nuevo esquema de coordinación creado por la ley, en virtud del principio de subsidiariedad, deberán realizar todas las acciones y adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos de la población desplazada, sin que para ello constituya un obstáculo la autonomía de las entidades territoriales, que, como lo ha reiterado esta Sala, no se opone a que la Nación cumpla sus obligaciones respecto de los derechos de la población desplazada, ni puede ser invocada para disculpar la permanencia de fallas claramente identificadas”.⁷

Ante este panorama parece claro que para comprender el papel de las regiones en la discusión de la justicia transicional se hace necesario revisar en detalle la tensión que se produce entre los territorios y la nación, asunto que exploraremos a continuación.

7 M.P. Manuel José Cepeda, Auto 009 de 2007, Sentencia T-025 de 2004.

TENSIÓN REGIÓN-NACIÓN, EL RETO DE LA DESCENTRALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Los siguientes párrafos se refieren de forma extensa a la relación: entes locales e instituciones nacionales, de suma importancia para la construcción y ejecución de la política de atención y protección de los derechos de las víctimas, pues es evidente que buena parte de las organizaciones de víctimas y las víctimas mismas se encuentran en los territorios⁸ y no en las grandes ciudades, pese al alto número de desplazados⁹ en el país. Por otra parte, aunque en las ciudades existen y existieron grupos al margen de la ley, nuestro conflicto es preponderadamente rural¹⁰. Esto significa que los esfuerzos por hacer eficaz esta política deben estar cifrados en la decisión de dotar a los municipios y gobernaciones de herramientas para enfrentar las demandas legítimas de sus habitantes, con especial atención de la población que ha sufrido menoscabos a su dignidad humana como consecuencia del conflicto armado.

Ante esta situación, se hace evidente que se requiere una revisión del concepto de descentralización y de las tensiones que surgen frente a las competencias del Gobierno Nacional referidas a los derechos humanos y, sobre todo, como materia de este trabajo, de los derechos de las víctimas.

a. Descentralización y derechos

La descentralización pone en juego principios como el de la participación y la autonomía de las comunidades frente al centro, pero a la vez que facilita la construcción del proyecto local del Estado Social de Derecho, presenta dificultades como la corrupción, la ineficacia y la carencia de una cultura política de base – ciudadanía-, los cuales generan dudas alrededor de su ejecución. No obstante, pensar esta descentralización es el eje de toda política local de derechos, y no puede tomarse en serio si ésta no se fortalece.

-
- 8 El Informe Nacional de Desarrollo Humano del año 2003 “Callejón con salida”, elaborado por el PNUD, hace un estudio profundo del tipo de conflicto interno y de las características de las víctimas.
- 9 La estadística oficial proveniente de Acción Social afirma que en Colombia hay hoy 3.700.381 personas en situación de desplazamiento. Como se sabe, organizaciones como CODHES o incluso Acnur hablan de una cifra mayor. Sin embargo, la cifra oficial es bastante significativa. <http://www.accionsocial.gov.co/EstadisticasDesplazados/>
- 10 Las mismas estadísticas oficiales señalan que existe aproximadamente un millón de hogares víctimas, lo que equivale a aproximadamente 4 ó 5 millones de personas víctimas en Colombia. <http://www.colombiaenaccion.gov.co/victimas/?p=1026>

Teniendo en cuenta esta idea, se plantean seis puntos de reflexión para mejorar esta política y fortalecer su acción frente a las obligaciones contraídas por el Estado colombiano.

- **El principio de soberanía** expresado en los pactos firmados por los Estados. La responsabilidad de las acciones del Estado no puede descentralizarse; es decir, no son las localidades las que responden ante los organismos internacionales, sino el Estado en cabeza de su respectivo Gobierno. La transferencia de poder del centro a los municipios o regiones no puede traducirse en el resquebrajamiento de los compromisos que los Estados han asumido con la firma de tratados internacionales sobre derechos humanos.

De esta forma, no se trata de afirmar que la descentralización es la solución a los problemas de las políticas públicas, sino más bien una herramienta con la cual es posible flexibilizar y agilizar procesos, y hacerlos más adecuados en cada región¹¹. Una dosis de control desde el centro y de dirección no es necesariamente sinónimo de ineeficacia. Además, es importante no permitir que las responsabilidades del Gobierno Nacional se disuelvan en estrategias que puedan perjudicar los gobiernos locales y propiciar el incumplimiento de los mismos. En conclusión, la descentralización no remplaza la responsabilidad del Gobierno Nacional frente a dichas obligaciones, sino que encuentra en ella la estrategia para hacer más eficientemente su trabajo, mejorando el impacto de sus acciones.

Esta soberanía también tiene un aspecto interno que resalta el poder del Estado desde una dimensión sustantiva sobre el mismo, y que se funda no en su majestad (mero ejercicio de un poder en un territorio), sino en su construcción a partir de valores (Estado Social de Derecho). Esto pone de relieve la necesidad de entender al Estado como una herramienta cuyo objeto es servir de garante, y nunca ser un fin en sí mismo. Así las cosas, dentro de este Estado los derechos constituirán uno de sus principales fines, asumiéndolos como verdaderos pretensiones válidas y no como meros regalos. De esta manera, la soberanía no corresponde a la clásica visión de poder de un soberano, sino que su misma existencia requiere del respeto y promoción de ciertos valores inestimables e indispensables para un pueblo.

11 Por ejemplo, puede mejorar con cambios de modelos de implementación de políticas públicas, pasando de un tradicional *Top Down* (de arriba hacia abajo) a modelos como el *Botton Up* (de abajo hacia arriba en sus diferentes manifestaciones) o el *Social Learning*. Este último puede resultar interesante para aprender de las experiencias de prevención y protección tanto de los gobiernos locales como de las comunidades.

- **Las responsabilidades de todos los poderes del Estado en su promoción, respeto y garantía.** La descentralización no significa tampoco que los poderes del Estado deleguen en las regiones todas las tareas para su realización. Las actuaciones de estos requieren de la observancia de los parámetros que crean los derechos humanos¹² desde todas las instancias estatales. Esto significa la asunción de una teoría de la limitación del poder armónicamente construida desde la estructura funcional que determina la Constitución, lejos de una versión de división de poderes que alimenta la fragmentación de la protección y promoción de las políticas en derechos humanos.
- **El respeto al principio de igualdad,** dado que en ningún caso una política pública de derechos humanos puede convertirse en una acción discriminatoria o generar algún tipo de desigualdad.¹³ La descentralización no debe ser utilizada para favorecer a unos y otros de manera que no se sigan principios tales como los de equidad o redistribución de la renta. El objeto central de una política pública sobre derechos humanos es la eficacia de los derechos, pero de los derechos de todos. Por ello, los recursos y los medios para llevar a cabo estas medidas requieren de una asignación justificada en las necesidades poblacionales.
- **Los mínimos que desarrolla cada derecho.** El núcleo básico del derecho es el rastro con el cual podemos afirmar si un derecho se está violando o no. De suerte que estos mínimos no pueden ser modificados por ninguna de las regiones o del ente central, lo que representa una rigidez que combate los peligros de las mayorías sin control. En este sentido, aparece un vínculo para efectos de la evaluación del derecho y de la política que lo sustenta, entre *policies* y jurisprudencia constitucional, puesto que la primera requiere de la segunda, y la segunda, la jurisprudencia¹⁴, no se convierte en derecho eficaz si no se realiza muchas veces a través de las políticas públicas.

El tema, como se señaló, es importante en lo que respecta a los derechos de las víctimas, puesto que la ausencia de determinación de este núcleo con-

12 Vale la pena aclarar que el término derechos humanos es usado aquí sin la precisión técnica que merece; es decir, sin diferenciarlos entre derechos constitucionales, fundamentales y derechos humanos. Los derechos humanos rebasan su estructura moral para convertirse en normas, derechos constitucionales y fundamentales. Sin duda, cuando se hace referencia a la obligatoriedad de estos, se nota una dimensión jurídica, y no solo moral.

13 Desde luego, se exceptúan las discriminaciones inversas que buscan justamente equilibrar las cargas sociales y proteger poblaciones vulnerables o minorías.

14 Las líneas jurisprudenciales son, en últimas, el recurso actual con el que se cuenta en el nivel nacional para determinar los niveles de protección de cada derecho.

duce irredimiblemente a la evasión del cumplimiento de las obligaciones internacionales, porque estas quedan al arbitrio del Estado.

- **Reconocimiento de la autonomía de las comunidades en la formulación y ejecución de las políticas.** Cada comunidad debe participar en la formulación y ejecución de las políticas públicas. Es decir, el principio y el derecho a participar se deben convertir en un ejercicio constante, en el cual las autoridades locales se convierten en las gestoras de sus comunidades.¹⁵ Mediante acciones participativas es posible elaborar e impulsar unas políticas públicas más eficaces, que atiendan las necesidades básicas de las poblaciones afectadas.

Las veedurías ciudadanas, los cabildos, las acciones a favor de lograr presupuestos públicos participativos, las formas de asociación de género o fundadas en otras características étnicas o culturales, son, entre otras, formas de participación que garantizan en la práctica el discurso de la participación.

- **Transferencia de medios financieros y competencias para alcanzar los objetivos.** Una verdadera descentralización debe contener tanto los mecanismos institucionales como financieros para la realización de una política pública local. Esto, desde luego, debe ponderarse con el respeto a los parámetros jurídicos y políticos de promoción y garantía de los derechos. No puede otorgarse un poder sin una responsabilidad, así como una responsabilidad sin los instrumentos necesarios para hacer efectivo ese poder. Aumentar las obligaciones locales sin las herramientas pertinentes es poco menos que una negación sistemática a la realización de los derechos, o por lo menos en lo que hace referencia a la facultad que encierra la protección de uno o varios derechos hacia la autoridad municipal o regional.

Las líneas gruesas establecidas no son suficientes para desarrollar el esquema de descentralización, pues ellas se entienden en consonancia con los conceptos de gobernabilidad y políticas públicas, que son en definitiva los que en lo local reconstruyen la noción de eficacia de los derechos. En el siguiente apartado se examinará la relación entre las políticas públicas y la gobernabilidad frente a la descentralización.

15 “Una de las funciones del gobierno local es asegurar la mediación entre la sociedad civil y el Estado”. Ante esta afirmación se abre una pregunta: ¿qué sucede cuando este gobierno local es muy débil, ya sea desde la definición de gobernabilidad o gobernanza? JOLLY, Jean-Francois. *Lo público y lo local: gobernanza y políticas públicas*. En : <http://www.iigov.org/documents>.

b. La descentralización de las políticas públicas y los derechos humanos

Fácilmente se reconstruye la relación directa, y casi primaria, entre democracia local y participativa, políticas públicas y derechos humanos¹⁶. Esta triada surge del replanteamiento del Estado y de su persistente crisis en los países latinoamericanos. Por ello, la noción de democracia y su reconfiguración buscan superar las enormes dificultades de articulación nacional que terminan minando la existencia de los Estados. La descentralización aparece como la herramienta para superar los fallidos procesos de consolidación nacional que han generado inmensos problemas que parecen acentuarse frente a los rígidos esquemas centralistas, que terminan por fragmentar el Estado, tanto desde su posibilidad en el ejercicio del poder en algunas regiones (Estado de derecho), como por su virtualidad o inoperancia en otras donde hace presencia (Eficacia simbólica). Pero esta descentralización requiere de un discurso que pueda precisamente agrupar desde abajo las estructuras sociales existentes y lograr su articulación en un proyecto local y nacional a la vez. Es aquí donde los derechos y la democracia se llevan al escenario local y alimentan este nuevo proyecto de nación. En estas condiciones, los derechos son requisito para que la democracia sea una realidad, y sin la democracia los derechos no tienen sentido, pues no podrían ejercerse. Esta realidad inescindible, que aparenta obviedad, es la que no puede perderse de vista¹⁷. No es posible concebir una teoría que prefiera a unos o a otros sin que conlleve a la violación del orden constitucional y de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y, desde luego, del derecho a la memoria¹⁸.

La noción de política pública como unidad de análisis de las instituciones¹⁹, junto a la relevancia que adquieren los derechos y la democracia, se ve fortalecida desde

-
- 16 Constitución y democracia conforman un binomio que implica diversos conflictos. Esto se debe a que la democracia es, en principio, una práctica que amenaza lo constitucional, ya que la decisión mayoritaria se opone a una contra mayoritaria y decidida por jueces, como es la Constitución. Tanto la democracia como el constitucionalismo han modificado sus presupuestos intentado su equilibrio, para integrar una fórmula estable que posibilite la convivencia dentro del Estado. Ver: FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid. 2001. Pág. 142 y ss; también, MACCORMICK, Neil. *Constitucionalismo y democracia*. En: Anuario de derechos humanos, No. 5, 1988-1989. Pág. 373.
 - 17 La profundización de los derechos garantiza la de democracia. Aun más, el Estado constitucional es la garantía institucional hacia el desarrollo de las sociedades con problemas en la distribución de los recursos como es el caso de Colombia. Ver: SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*. Planeta, Barcelona, 2000. Pág. 183.
 - 18 En este sentido, la Constitución y el auge del lenguaje constitucional en los países latinoamericanos, especialmente durante la década del 90, se ubican como lenguaje hegemónico para reinterpretar la relación sociedad (civil) y Estado. En este sentido, la Constitución une sin solución de continuidad democracia y Estado de derecho.
 - 19 Sobre las distintas nociones de políticas públicas, ver: ROTH DEUBEL, André. *Políticas públicas: Formulación, implementación y evaluación*. Ediciones Aurora, Bogotá. 2003.

la perspectiva de las teorías del desarrollo orientadas desde las potencialidades de los sujetos. Al respecto Amartya Sen definirá el desarrollo como un “proceso de expansión de libertades reales de las cuales disfrutan los individuos”. De esta forma, el desarrollo exige eliminar las fuentes de la privación de la libertad. Para Sen, la libertad tiene un sentido amplio y la entiende vital al desarrollo porque funciona como razón de evaluación para medir el progreso, y porque a través de la libertad se logra el desarrollo. Sin la libre agencia de los individuos, el desarrollo es imposible. Bajo estas ideas parece claro que el equilibrio socio-económico y la mejora de las condiciones de los menos favorecidos en las sociedades con graves problemas de distribución de la riqueza y de ausencia de las más elementales condiciones para vivir dignamente, se encuentran en la reubicación de la visión de los derechos y de la democracia. Los derechos son fuentes de riqueza, y no pesadas cargas que soportan los Estados. La democracia se convierte en un factor esencial al ser una de las facetas trascendentales de la libertad, dejando claro que las tesis sobre la necesidad de condiciones extremas, política de sacrificio, autoritarismo, no son necesarias para impulsar el desarrollo²⁰. Por el contrario, la evidencia muestra que la negación de los derechos y de la ausencia de canales de participación permanentes son causa de hambrunas y otros desequilibrios en el mercado al fomentar problemas en la información de los agentes económicos (modelos BLAST vs GALA)²¹. Así, la democracia es importante:

- a. Como parte de las capacidades básicas (participación).
- b. Instrumento para realizar demandas políticas (en especial las relacionadas con la planeación y ejecución de políticas públicas).
- c. Como elemento constructivo para edificar la noción de necesidades.

En conclusión, los derechos en el escenario de la descentralización aparecen tanto como sustento legal y legitimador de las políticas públicas en general, y como objeto particular de ejecución de estas políticas públicas. Esta noción de objeto y sujeto de políticas, si bien en ocasiones parece clara, en la práctica se va difuminando debido a que los agentes utilizan los derechos indistintamente para alcanzar sus intereses particulares.

Así las cosas, establecida esta relación de necesidad y complementariedad, queda por establecer cuáles son las estrategias de los derechos humanos en lo local, como marco georeferenciado de eficacia de estas iniciativas.

20 En la introducción se hizo referencia al tema como parte esencial de la comprensión del papel de la memoria histórica y el concepto de Justicia Transicional.

21 SEN, Amartya. Op. Cit., pág. 183.

c. Las estrategias de derechos humanos en lo local

Los derechos requieren, entonces, precisar cuál es el papel de esa localización y el rol que se pretende jueguen estos derechos, en especial como objeto de las políticas públicas de protección de las víctimas. Así, lo local parece aproximarse a algo construido: “es decir como una modalidad de respuesta a los problemas que se plantean las sociedades o a una modalidad de análisis”. Lo local no es solamente aquella localización en un territorio, sino que se convierte en un objeto de construcción, una herramienta para dar respuesta a los problemas de una comunidad. De esta forma, lo local no es solo una concepción patrimonial de un pueblo, forma heredada, sino que habla de las expectativas bajo las cuales la sociedad civil intenta un diálogo con las instituciones existentes en su núcleo de acciones.

Desde lo local, se construye un marco referencial entre gobierno municipal o regional, sociedad civil y políticas públicas que enmarca un conjunto de relaciones que deben integrar las acciones de los actores o grupos y de diferentes niveles de intercambio. Lo local es la construcción de un territorio como construcción social²², en donde la participación activa de todos estos actores es la que en definitiva arroja resultados sociales provechosos para la comunidad.

Por su parte, los derechos humanos como parte de una política de lo local, deben superar su lenguaje universal y sobre todo, universalizable, para entender que estos derechos pueden, a partir de sus mínimos, ser moldeados dentro de las políticas públicas y efectuar la adecuación de las necesidades de la sociedad civil a este tipo de lenguaje. Los derechos son, entonces, vehículos legitimadores de demandas sociales, los cuales están dotados tanto de obligatoriedad desde lo jurídico, como de una importante dimensión política, en especial cuando se construyen desde unidades más pequeñas y cercanas a la participación ciudadana. No se trata de escoger partido entre los derechos como triunfo político, o los derechos como mecanismos que dificultan la movilización política, sino que se entiendan como herramientas para la defensa del ciudadano que impulsan la discusión política y de las políticas públicas.

El tema es aún más importante cuando se evidencia que las demandas de los grupos poblacionales víctimas de violaciones de derechos humanos suman una importante parte de la población, y es sobre estas donde se remarcán la marginalidad y la vulnerabilidad. De manera tal que la agenda local está necesariamente dinamizada por estas necesidades que impactan no solo a la población objeto de la política, sino que terminan afectando a toda la comunidad.

22 JOLLY, Jean-Francois, Op. Cit., pág. 4.

d. La descentralización desde la práctica local

La descentralización de una política puede comprender tanto la reubicación de competencias en los entes territoriales, como la asignación y el manejo de recursos tendientes a la ejecución de las tareas asignadas. Pero antes que revisar cómo pueden reasignarse competencias, es necesario explorar más afondo qué debería contener una política de descentralización en derechos de las víctimas, o qué áreas puede comprender desde una perspectiva de participación ciudadana.

La descentralización de este tipo de políticas busca alcanzar mayor eficacia en la ejecución, lo que en el marco de los derechos puede tener varios sentidos. Si bien se esbozaron anteriormente los lineamientos del esquema de descentralización desde el centro geográfico, a continuación se plantea el modelo genérico que debería implementarse desde la región, atendiendo las diferentes obligaciones del Estado colombiano frente a los derechos y el Derecho Internacional Humanitario.

• El fortalecimiento de la información sobre derechos de las víctimas

La información sobre los derechos sobrepasa la tradicional enseñanza sobre el contenido y objeto de los derechos humanos, y se enfoca más bien en el aprendizaje significativo²³ de los derechos, como bienes valiosos para la vida cotidiana de las comunidades y las instituciones. Los derechos son más que formas jurídicas; por tanto, su enseñanza se debe centrar en la utilización de un marco ético-pedagógico indispensable para el desarrollo de las localidades.

La descentralización de la enseñanza de los derechos requiere no solo la capacitación de la población y de los funcionarios, sino de estrategias alternativas de comunicación que permitan convertir el discurso y las cartillas en conocimiento popular. Sobre el particular, los experimentos con radio comunitaria recrean nuestra propuesta. En esos casos, la idea justamente fue desbordar la enseñanza magistral de los derechos y convertir su lenguaje e importancia a imágenes y sonidos que sean interesantes para la población. Al respecto, en el marco de la justicia transicional el país tiene diferentes ejercicios de gran valor pedagógico que deben ser compilados para estructurar de manera adecuada este aspecto de la política.²⁴

23 El tema cuenta con una vasta bibliografía. Ver: RIBOTA, Silvina (editora). *Educación en Derecho Humanos: la asignatura pendiente*. Dykinson, Madrid. 2006.

24 Sobre el particular los esfuerzos ya citados del Área de Memoria Histórica de la CNRR, del ICTJ, la Defensoría del Pueblo, MOVICE y Fundación Social. Se resalta el documento de la CNRR *La caja de herramientas y recordar y narrar el conflicto*, como una interesante aproximación pedagógica a la construcción de memoria en Colombia.

Otras iniciativas locales se pueden centrar en la construcción de canales para difundir esta información a través de comités de derechos en los colegios públicos y privados. La descentralización no significa solamente la transmisión de facultades a los mandatarios locales, sino también la creación de espacios en donde otras instituciones puedan intervenir para desarrollar mejores estrategias respecto a la enseñanza de los derechos. Los manuales de convivencia de las organizaciones educativas se convierten en ejercicio de transmisión de los derechos, especialmente significativos en las zonas más afectadas del país. La Ley 1448, en su Artículo 145, señala:

“7. El Ministerio de Educación Nacional, con el fin de garantizar una educación de calidad y pertinente para toda la población, en especial para poblaciones en condición de vulnerabilidad y afectadas por la violencia, fomentará desde un enfoque de derechos, diferencial, territorial y restitutivo, el desarrollo de programas y proyectos que promuevan la restitución y el ejercicio pleno de los derechos, desarrollen competencias ciudadanas y científico-sociales en los niños, niñas y adolescentes del país; y propendan a la reconciliación y la garantía de no repetición de hechos que atenten contra su integridad o violen sus derechos.”

La obligación que se radica en el Ministerio de Educación es clara en esta materia. Sin embargo, no se puede olvidar que los municipios y las gobernaciones también tienen competencias en materia educativa.

- **La construcción de ciudadanía**

La información es solo una fase del aprendizaje de los derechos, puesto que dicha enseñanza requiere de objetivos claros. Al respecto se pueden hacer varias preguntas: ¿se enseñan derechos para informar, para fortalecer el Estado, para cumplir cierto tipo de obligaciones legales, o para fortalecer las instituciones? Lo importante parece aquí es centrar la discusión no en el qué de los derechos, sino más bien en el *para qué*, el cual pone esos mismos derechos en el centro de las políticas públicas.

Dentro del esquema que se viene construyendo, una buena opción es la interacción entre descentralización, democracia participativa, derechos y fortalecimiento del Estado. La ciudadanía desde la perspectiva de una ciudadanía activa²⁵, se ubica en el polo del esfuerzo de la estrategia descentralizadora. La construcción y fortalecimiento es el *para qué* central de todos los esfuerzos del Estado por recomponer su legitimidad y allanar el camino hacia una nueva estrategia de desarrollo social sostenible. La formación es uno de los pasos decisivos, no solo para superar condiciones de pobreza y vulnerabilidad, sino para superar los dolores causados por

25 Sobre la conexión entre el bienestar de los ciudadanos y democracia, ver: AÑON, María José. *El test de la inclusión: Los derechos sociales, en trabajo, derechos sociales y globalización*. Talasa, Madrid. 2000.

las acciones bélicas o victimizantes. Solo las nuevas generaciones podrán borrar del todo los efectos negativos causados por el conflicto.

Pero no se construye ciudadanía solamente con la información sobre los derechos; se requiere de la vivencia cotidiana de los mismos, y para esto es indispensable tener en cuenta tres cosas: un lenguaje común ampliamente significativo para los miembros de una comunidad; espacios en los cuales el ejercicio de la ciudadanía tenga relevancia, y, por último, respeto por las decisiones que en su conjunto la ciudadanía tome, especialmente dentro del contexto local. La memoria histórica como parte del concepto de justicia transicional implica en sí misma un proceso de construcción social pedagógica de importantes alcances legitimadores para la apuesta de una nueva sociedad y Estado. El potencial político y pedagógico de la memoria se hace patente cuando se combina con estos esfuerzos de empoderamiento y formación ciudadana.

- **La construcción de diagnósticos locales**

Otro punto estratégico para impulsar desde una política de descentralización de derechos humanos se refiere a la creación de un espacio concreto relacionado con los diagnósticos locales sobre derechos humanos.

Diferentes entes estatales elaboran diagnósticos sobre derechos de las víctimas, pero muy pocos se construyen con las comunidades. Este ejercicio de construcción es muy importante, puesto que es aquí donde la política pública nace y permite que la población pueda elaborar su propio listado de necesidades, priorizando la acción estatal. En materia de reparaciones, este elemento se hace esencial, puesto que una política de reparaciones no puede ser eficiente y eficaz sin el conocimiento de las necesidades de las comunidades. Una herramienta que impulsa estos procesos, además de la coordinación inter e intra institucional, es conocer con la mayor precisión la situación de derechos de las víctimas y sus poblaciones circundantes.

Ahora bien, respecto a la descentralización del diagnóstico y la formulación, vale la pena señalar que los entes de planeación requieren de la consolidación de una idea de ciudadanía básica que cree las condiciones para la participación. Esto no se debe entender como la necesidad de la “graduación” de conocimientos en derechos, sino más bien la aprehensión de sus contenidos por parte de la población; es decir que los derechos se conviertan en el lenguaje común para expresar las necesidades políticas tanto de los gobiernos locales como de las comunidades. En ejercicios con las comunidades de algunas instituciones como la Defensoría del Pueblo o la CNRR, se observa que ante el bajo nivel de conocimiento de sus derechos, algunas poblaciones o bien no reivindican sus derechos, o establecen pretensiones reparadoras alejadas de sus evidentes necesidades más básicas. El tema es complejo por

cuanto no se trata de obligar o señalar a las comunidades sus necesidades, puesto que son ellas las que las deben decidir y reclamar, pero sí preocupa el hecho de que la oportunidad que representa la reparación no sea comprendida para superar en buena medida las causas que impulsaron el conflicto armado mismo.

Por otra parte, este tipo de descentralización de diagnósticos necesita de la creación de canales con los entes presupuestales. Éstos deben acompañar los procesos de diagnóstico. Con esto se busca conservar una circularidad en la cadena que forman diagnósticos-formulación-ejecución-seguimiento, puesto que la focalización del esfuerzo por descentralizar no es solamente la de trasladar funciones, sino alcanzar mejores resultados en la gobernanza local y nacional.

• **Atención efectiva y rápida a las víctimas de violaciones de derechos**

Una de las principales preocupaciones es la celeridad como el tipo de respuesta que se les preste a las víctimas de derechos. Por una parte, las víctimas o no reciben atención o si la reciben es tardía o inadecuada. Parece entonces que la descentralización de las víctimas es un punto esencial a tratar en la agenda sobre la descentralización de los derechos.

No obstante, se advierten varios problemas que deben ser resueltos antes de ejecutar una política sobre esta materia. En primer lugar, las víctimas en una localidad confían poco en las instituciones que le rodean puesto que pueden aparecer como actores transgresores o conexos con ellos. Esta posible relación también pone de manifiesto que las localidades se muestran impotentes para reconocer las violaciones. En segundo lugar, la gravedad de las violaciones puede conducir a que el aparato local desborde sus capacidades, tanto funcionales como financieras. Esto ocurre con violaciones relacionadas con acciones de enorme gravedad como las masacres, los secuestros o, incluso, los desplazamientos que generan o refugiados a gran escala.

De todas formas, la atención a víctimas requiere de análisis y parámetros de ejecución que establezcan diferentes estrategias, según la población afectada y la magnitud de la vulneración, con claros acentos étnicos y culturales que permitan una atención digna y efectiva.

En el caso específico del principio de No Repetición la situación actualmente es preocupante, ya que lamentablemente se han observado en los últimos meses numerosos ataques a líderes de organizaciones que, aunque no solo trabajan temas relacionados con los derechos de las víctimas. Mientras los mecanismos sigan en la práctica atados a las políticas del centro, será muy difícil atender los casos con la celeridad y efectividad que se requiere.

La Ley 1448, en su capítulo III, crea el sistema de atención y reparación a las víctimas que implica un importante esfuerzo por superar las dificultades que en el pasado se han registrado con el manejo de los esfuerzos estatales alrededor de los derechos de las víctimas. La experiencia anterior más significativa es, sin duda, la referida al sistema creado alrededor del desplazamiento forzado, y debe ser considerada un importante aprendizaje institucional sobre la materia. Ahora bien, no obstante que el actual articulado intenta corregir algunas de las falencias más sobresalientes de otros sistemas de atención (ausencia de coordinación interinstitucional, carencia de conexión con las regiones y las organizaciones de víctimas, debilidad presupuestal, conflictos con los sistemas de información, entre otras), las expectativas sobre su funcionamiento futuro son enormes. La norma en sí no es la única herramienta para que la política tenga éxito, sino que se requieren otros elementos institucionales como la coordinación intra orgánica, la sensibilidad y el compromiso institucional frente al tema, entre otros. Asuntos que imponen una revisión desde el territorio hacia la nación.

- **Elaboración de sistemas de seguimiento y evaluación de estas políticas en lo local**

Como se reseñó anteriormente, así como se pretenden realizar los diagnósticos locales e, incluso, la formulación de políticas desde las comunidades, es muy importante que dichas comunidades también puedan desarrollar un registro y seguimiento de los proyectos en derechos. Este ejercicio de vigilancia no se limita a la actuación de las veedurías ciudadanas sino que requieren de verdaderos sistemas de vigilancia y evaluación que brinden transparencia a los procesos, así como información suficiente para que las comunidades y las instituciones recolecten sus lecciones aprendidas sobre la ejecución de esas políticas.

Los indicadores y la construcción de estos, tanto para la política pública como para los derechos, son los que hacen visibles los esfuerzos de la comunidad y sus gobernantes, así como explicitan las metas que quieren alcanzar.

Estas líneas de descentralización necesitan de contextos en donde se puedan desarrollar estrategias que terminen en el impulso de redes que integren a todos los actores. Este contexto, en lo que se refiere a la capacidad institucional, se denomina gobernabilidad²⁶, que, sin duda alguna, ocupa un lugar muy importante para el

26 Sobre la gobernabilidad, la intención no es realizar un estudio exhaustivo, pero sí se quiere precisar que se usa la expresión con la pretensión de abordarla con un contenido más ambicioso que lo haría la agenda neoliberal, que en muchos espacios la ha defendido como reconstrucción o fortalecimiento de las funciones clásicas del Estado (seguridad ciudadana y justicia). La gobernabilidad es la capacidad de administración del Estado pero con unas finalidades establecidas, definidas por marco teórico y normativo constitucional

fortalecimiento de modelos políticos legales que puedan garantizar el desarrollo de políticas públicas transparentes, eficaces y participativas. La Ley 1448 creó la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación a las Víctimas, la cual se entiende tendrá que atender este tema de la información para poder determinar el seguimiento. Señala la Ley:

ARTÍCULO 153. DE LA RED NACIONAL DE INFORMACIÓN PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS. La Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas será la responsable de la operación de la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación a las Víctimas.

La Red Nacional de Información para la Atención y Reparación a las Víctimas será el instrumento que garantizará al Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas una rápida y eficaz información nacional y regional sobre las violaciones de que trata el artículo 3o de la presente Ley, permitirá la identificación y el diagnóstico de las circunstancias que ocasionaron y ocasionan el daño a las víctimas.

Evaluará la magnitud del problema, y permitirá al Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas adoptar las medidas para la atención inmediata, elaborar planes para la atención y reparación integral de las víctimas inscritas en el Registro Único de Víctimas.

De la misma forma, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las víctimas, deberá garantizar la interoperabilidad de los sistemas de información de registro, atención y reparación a víctimas, para lo cual se soportará en la Red Nacional que actualmente maneja la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional para la atención a la población en situación de desplazamiento, y que será trasladada a la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas dentro de un (1) año contado a partir de la promulgación de la presente ley.

La creación de esta Red es, sin duda, un esfuerzo de gran importancia; sin embargo, será necesario un exhaustivo trabajo para definir una metodología de trabajo que permita crear confianza en sus datos y análisis, así como establecer parámetros que puedan verdaderamente integrar la Red. Las redes de información²⁷ requieren para su buen funcionamiento que existan bases estables, claras y confiables de funcionamiento para la generación de los intercambios y para que se puedan

del Estado Social de Derecho que establece que el poder del Estado tiene como objeto la promoción y la defensa de todos los derechos, (no solo de algunos).

27 La temática de las redes es ampliamente conocida en el país y comporta una metodología que promueve la integración de esfuerzos en un territorio, la cual combinada con otras herramientas puede generar procesos sociales para fortalecer lazos comunitarios y mejorar la gobernabilidad local. CHAQUÉS BONAFONT, Laura. *Redes de políticas públicas*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI, Madrid. 2006.

generar análisis de impacto frente a los derechos de las víctimas. Los problemas que se presentan en el Sistema de Información de Justicia y Paz, en relación por ejemplo con la información sobre el desplazamiento forzado, son un ejemplo de los problemas que podrían presentarse. Debido a su incompatibilidad y a las trabas que en la práctica existen para que las instituciones compartan su información, el Sistema no ha podido funcionar como se esperaba. Aunque la Red es mucho más que un sistema de información, es posible que enfrente estos mismos retos.

3. RESPONSABILIDADES LOCALES Y LÍNEAS POSIBLES DE ACCIÓN

Como se observa, las regiones, y especialmente los municipios, enfrentan grandes retos en relación con los derechos de las víctimas y, desde luego, en lo referente a las obligaciones derivadas de la memoria. Aunque el tema no es nuevo, y la leyes como la 387 de 1997 han venido configurando responsabilidades directas en materia de derechos humanos en el nivel local, no cabe duda que la pretensión de la Ley 1448 es aún más amplia y recoge poblaciones que no eran regularmente atendidas por los municipios. Esto supone en la práctica un mayor grado de responsabilidad²⁸, aunque, normativamente hablando, los municipios tienen la competencia general de cumplir con los fines del Estado²⁹. Señala la Constitución:

ARTÍCULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

-
28. Esto conforme al principio de subsidiariedad que determina las competencias generales de los municipios, pero con la obligación de asistencia del gobierno nacional en caso de que el municipio no tenga medios reales de atender el problema.
29. “Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la Ley; construir obras que demande el progreso local; ordenar el desarrollo de su territorio; promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes; y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes. Esta cláusula general de competencia, impone a las autoridades municipales velar por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho...”. MANRIQUE REYES, Alfredo. *Democracia local y derechos humanos*. Edit. Dike, Bogotá. 2006. Pág. 108.

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

La realización de la agenda transicional puede implicar acciones directamente relacionadas con los fines perseguidos por la Constitución. De esta manera, en el marco de obligaciones se pueden demandar acciones como:

- Investigación de los hechos y sanción de los culpables.
- Promover la elaboración y difusión de la memoria histórica.
- Promover actos de perdón y reconciliación.
- Conmemorar a las víctimas y reivindicar su nombre.
- Generar estrategias de rehabilitación psicológica y física.
- Generar garantías de No Repetición.
- Buscar a los desaparecidos.
- Determinar los daños ocasionados a individuos y colectivos.
- Reconstruir las instituciones y la noción de lo público.

Estas acciones implican de manera no exhaustiva el listado crítico de elementos a tener en cuenta para el desarrollo de los derechos de las víctimas. Ahora bien, revisando la normativa nacional en materia de competencias municipales³⁰ y conforme a la Ley 1448, son obligaciones de las alcaldías:

ARTÍCULO 174. DE LAS FUNCIONES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Con miras al cumplimiento de los objetivos trazados en el artículo 161, y en concordancia con los artículos 172 y 173, y dentro del año siguiente a la promulgación de la presente ley, las entidades territoriales procederán a diseñar e implementar, a través de los procedimientos correspondientes, programas de prevención, asistencia, atención, protección y reparación integral a las víctimas, los cuales deberán contar con las asignaciones presupuestales dentro los respectivos planes de desarrollo y deberán ceñirse a los lineamientos establecidos en el Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Sin perjuicio de lo anterior, las entidades territoriales cumplirán las siguientes funciones especiales para la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas:

30 IBÍDEM. Pág. 180 y ss. Especialmente las normas 136 de 1994, 617 de 2000, 715 de 2001 y 1450 de 2011.

1. Con cargo a los recursos del presupuesto departamental, distrital o municipal, con sujeción a las directrices fijadas en sus respectivos Planes de Desarrollo Departamental, Distrital y Municipal y en concordancia con el Plan Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas, deberán prestarles asistencia de urgencia, asistencia de gastos funerarios, complementar las medidas de atención y reparación integral y gestionar la presencia y respuesta oportuna de las autoridades nacionales respectivas para la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas.
2. Con cargo a los recursos que reciban del Sistema General de Participaciones y con sujeción a las reglas constitucionales y legales correspondientes, garantizarles la prestación eficiente y oportuna de los servicios de salud, educación, agua potable y saneamiento básico.
3. Con sujeción a las órdenes y directrices que imparte el Presidente de la República para el mantenimiento, conservación y restablecimiento del orden público, garantizar la seguridad y protección personal de las víctimas con el apoyo de la Policía Nacional de la cual deben disponer a través de los Gobernadores y Alcaldes como primeras autoridades de policía administrativa en los órdenes departamental, distrital y municipal. Para tal efecto, el Ministerio del Interior y de Justicia coordinará con las autoridades territoriales la implementación de estas medidas.
4. Elaborar y ejecutar los planes de acción para garantizar la aplicación y efectividad de las medidas de prevención, asistencia, atención y reparación integral a las víctimas en sus respectivos territorios, que respondan a los distintos hechos victimizantes generados por las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente Ley.

PARÁGRAFO 1o. Los planes y programas que adopten las entidades territoriales deben garantizar los derechos fundamentales de las víctimas y tendrán en cuenta el enfoque diferencial.

PARÁGRAFO 2o. La actuación de los departamentos, distritos y municipios corresponde a la que en cumplimiento de los mandatos constitucional y legal deben prestar a favor de la población, sin perjuicio de la actuación que deban cumplir esas y las demás autoridades públicas con sujeción a los principios de concurrencia, complementariedad y subsidiariedad.

Como se observa, en los municipios se sitúan grandes responsabilidades que si bien deben ser apoyadas por la gerencia del Sistema de Atención, no cabe duda que la clave del éxito de dicha política no se encuentra tanto en la posibilidad de organización desde el centro, sino en la manera en que se pueda planear, gestionar y evaluar a nivel territorial. Con fundamento en las normas citadas, se puede señalar una lista de acciones concretas que pueden y deben implementar los municipios como ruta crítica de agenda transicional:

- Integrar la temática en los planes de gobierno locales.

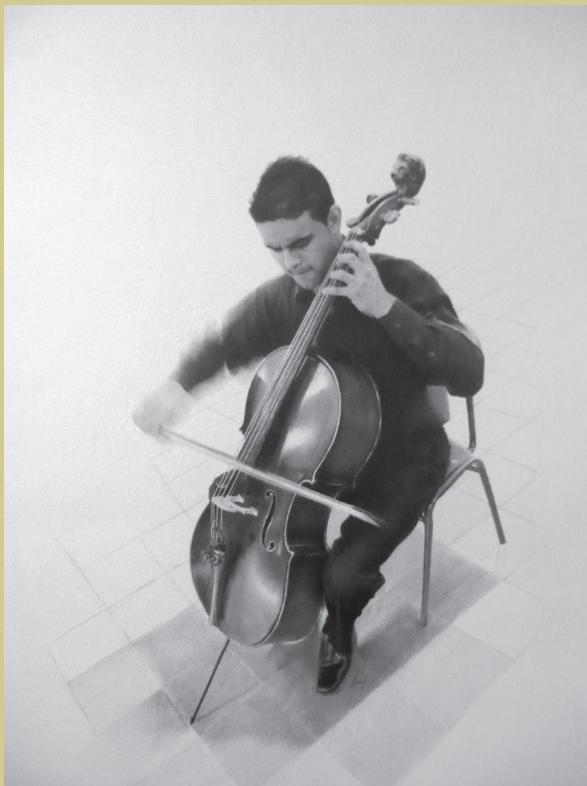
- Alianzas entre municipios y departamentos para el logro de metas comunes con poblaciones focalizadas.
- Elaborar planes para estimular la captación de recursos de la cooperación internacional.
- Crear una agenda local sobre la materia. Salud y educación.
- Desarrollar un sistema de indicadores de derechos que permita mejorar la evaluación y orientación de las políticas.
- Establecer rendición de cuentas, y promover la rendición de otras autoridades regionales y nacionales.
- Comportamiento de la administración sensible frente a la problemática.
- Promover la organización comunitaria para acompañar a las víctimas.
- Promover políticas tendientes a la sensibilización de la población e impulsar la reconciliación.
- Incentivar acciones que legitimen la acción gubernamental y que devuelva la confianza de los ciudadanos.
- Apoyar las iniciativas no oficiales de memoria histórica, desarrollar estrategias en las instituciones educativas y comunales.
- Coadyuvancia a las autoridades judiciales para que desarrollem su labor. Facilitar equipos, medios logísticos y personal.
- Acompañar y oficializar actos de perdón y conmemoración. Resignificar lugares y fechas que impulsen la redignificación de las víctimas.
- Fortalecer las personerías con recursos financieros, humanos y técnicos.
- Colaborar en la cuantificación de daños colectivos e individuales para impulsar los procesos de reparación.

Esta ruta comprende un amplio abanico de posibilidades para que los municipios impulsen la agenda transicional en lo local. Muchos de estos esfuerzos no requieren cuantiosas inversiones, o incluso ninguna. Se llama la atención en este punto, por cuanto el discurso recurrente es que los municipios o los departamentos no tienen recursos financieros y por ello no promueven esfuerzos entorno a los derechos de las víctimas. Acciones como declaraciones de perdón, sensibilización de la administración o resignificación de fechas o lugares, no requieren ingentes recursos, por el contrario, se trata de esfuerzos que muestran un compromiso con las víctimas y el impulso a valores diferentes a los existentes durante las acciones que vulneraron los derechos de las comunidades.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones podemos señalar que existe una corresponsabilidad de la Nación y los territorios y sus autoridades para atender la agenda transicional. Estas obligaciones se enmarcan en los principios de descentralización y autonomía, pero también de solidaridad y subsidiariedad de la Nación. Es necesario por tanto construir un escenario de reconstrucción de un telos valorativo que imprima una dinámica de relegitimización estatal teniendo como eje el proyecto transicional que se evidencia especialmente en la protección de los derechos de las víctimas.

Por otra parte, ley 1448 de 2011 ha tenido en cuenta diversos aspectos que anteriores normas no se habían tenido en cuenta respecto a la centralidad de los municipios y los departamentos en la ejecución de las políticas de atención a las víctimas, también es cierto que se tienen enormes incertidumbres por corregir problemas relacionados con la debilidad de las instituciones, las seguridad de las víctimas y el respeto al principio de No Repetición, así como la ineffectuación de los programas desplegados sobre el territorio. La ley deja enormes preocupaciones sobre las obligaciones que se establecen a las regiones, lo que puede aumentar la ineffectuación de los esquemas de atención.



Título: El Celista

Técnica: Lápiz sobre papel

Dimensión: 39 x 29 cm

Año: 2009

LA IMPORTANCIA DE LA APRECIACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS EN LA IMPOSICIÓN DE UNA CONDENA POR DAÑOS PUNITIVOS*

* Artículo de Reflexión que presenta los primeros resultados de la investigación desarrollada en el marco de la tesis doctoral denominada “La recepción de los *daños punitivos* en el Derecho Argentino. Su Regulación Jurídica como medio de prevención y sanción de graves inconductas”, en el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Fecha de recepción: abril 9 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 21 de 2013

LA IMPORTANCIA DE LA APRECIACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS EN LA IMPOSICIÓN DE UNA CONDENA POR DAÑOS PUNITIVOS

*María Agustina Otaloa***

RESUMEN

En el presente artículo se aborda la importancia de la apreciación judicial de los hechos como elemento determinante en la atribución de responsabilidad por daños punitivos. Mediante el análisis de una sentencia de la provincia de Córdoba, Argentina se pone en evidencia un aspecto muchas veces postergado en el estudio de los desacuerdos en la doctrina y jurisprudencia argentina con respecto a la procedencia o no de los daños punitivos como medio de prevención y sanción de graves inconductas.

Palabras clave: Derecho de daños - hechos- daños punitivos- jurisprudencia

THE RELEVANCE OF JUDICIAL FACTS EVALUATION IN ASSIGNMENT LIABILITY FOR PUNITIVE DAMAGES

ABSTRACT

This article addresses the relevance of judicial appreciation of the facts as a determining factor for liability attribution of punitive damages. By analyzing a sentence from the province of Córdoba, Argentina, is evidenced an aspect often delayed in the studies of disagreements in Argentina's doctrine and jurisprudence regarding the admissibility of punitive damages as a mean of prevention and punishment of serious misconduct

Key words: Law of torts - Facts - punitive damages- jurisprudence

** Autora, Abogada, becaria de posgrado en el Concejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET), doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), maestranda en Derecho y Argumentación jurídica (UNC), adscripta de Derecho Privado II y Derecho Privado VII (UNC)>. Correo de contacto: agus_otaloa@hotmail.com

A IMPORTANCIA DE LA APRECIACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS EN LA IMPOSICIÓN DE UNA CONDENAS POR DAÑOS PUNITIVOS

1. INTRODUCCIÓN

Es evidente que existe la verdad. Porque el que niega que existe la verdad, conoce que la verdad existe. Si, pues, no existe la verdad, es verdad que la verdad no existe
(Santo Tomás de Aquino, 1224-1274)

Cuando hablamos del conocimiento de los hechos en el derecho, y más precisamente en el marco de un proceso judicial, es necesario poner de relieve las particularidades que se presentan en la averiguación de los mismos.

Se trata generalmente del conocimiento de hechos pasados y, por lo tanto, no susceptibles de observación directa; y se trata también de un conocimiento de carácter ideográfico, institucionalizado y “limitado”, ya que la investigación de lo que realmente aconteció debe resguardar garantías esenciales para el derecho que condicionarán en gran medida la búsqueda de la verdad, como bien señala Gascón Abellán (2004).

Sin embargo, aún dentro del proceso judicial, es preciso señalar distinciones fundamentales. En efecto, cuando se trata del proceso penal, se habla de la búsqueda de la verdad real, por contraposición a la verdad formal que caracteriza el proceso civil.

En el presente trabajo me referiré a éste último, donde el concepto de verdad como correspondencia con la realidad cede muchas veces ante el concepto de verdad formal, o bien como *consenso*. No obstante, muchas veces será menester incluso en el proceso civil indagar sobre lo que realmente aconteció a fin de aplicar ciertas figuras que requieren de prueba suficiente para lograr sus objetivos. Y esto se debe a que el proceso de daños y perjuicios tiene como norte la reparación de los daños causados, pero ésta no es la única ni la principal función del mismo.

Si bien originalmente se consideró al resarcimiento como la función principal del derecho de daños, fueron aceptándose paulatinamente otras dos funciones: la pre-

vención de los daños y la punición. Esta última es la función más controvertida en la doctrina argentina, ya que algunos autores la consideraron históricamente propia de derecho penal y extraña al derecho privado (López Herrera, 2008, pág. 100).

La punición se identifica plenamente en la hora actual en el derecho Argentino con los *daños punitivos*, es decir, la imposición al sindicado responsable de un “plus”, una multa que excede el daño efectivamente causado y que tiene por objeto castigar al sujeto por graves inconductas y prevenir la reiteración en el futuro. Dado el origen foráneo del instituto de los daños punitivos y su estado de impreciso ámbito de determinación y aplicación dentro el derecho argentino, su aplicación a casos individuales se desarrolla en un ámbito de absoluta incertidumbre. Por ello, no resulta posible formular predicciones a su respecto o de otro modo, si corresponde o no la aplicación de este tipo de multa civil.

Se podría decir que uno de los mayores problemas para la vigencia de esta novedosa propuesta reside en la ausencia de una “práctica generalizada” y como consecuencia de ello, la carencia de acuerdo al respecto.

Si bien la norma que acoge, dentro del derecho privado argentino, los denominados daños punitivos parece ser clara en cuanto al presupuesto fáctico que es su condición de aplicación; la doctrina mayoritaria concluye que la finalidad punitiva o sancionatoria establecida en este nuevo instituto exige la efectiva presencia de una conducta dolosa o gravemente culposa.

En este trabajo, me abocaré al análisis de los hechos en los llamados daños punitivos. Esto, en virtud de que al hablar de función punitiva, será menester indagar acabadamente los hechos acaecidos a fin de conocer si el agente actuó con un especial ánimo dañador. En el proceso civil de daños es muy frecuente que se atribuya responsabilidad en virtud de factores objetivos de atribución con total abstracción de la idea de culpa. Por el contrario, tratándose de la función punitiva, lo que se persigue es castigar al sindicado responsable por su actuar doloso, lucrativo o con grave menospicio hacia los derechos ajenos.

Esta breve introducción tiene como objetivo destacar una cuestión fundamental: las complejidades que se suscitan al definir los hechos en el proceso de daños y perjuicios, y las consecuencias que esto genera para la aplicación de una figura que a la fecha se encuentra controvertida en nuestra praxis judicial, debido a su novedad, a su origen foráneo y fundamentalmente a su deficiente redacción que no prevé un claro supuesto de aplicación.

2. BREVE PANORAMA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

*La verdad es hija del tiempo, no de la autoridad
(Sir Francis Bacon, 1561-1626)*

Los daños punitivos son una creación jurisprudencial que surge en el derecho anglo-sajón¹, donde se aplicó a los mas variados supuestos de hecho; motivo por el cual esta figura ha despertado la perplejidad de muchos civilistas argentinos generando las más variadas opiniones respecto de la conveniencia o no de su incorporación en nuestro derecho positivo. Luego de arduas discusiones, en el año 2008 se incorporaron los daños punitivos a la Ley de Defensa del Consumidor en el artículo 52 bis² para sancionar al proveedor por incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales.

El tenor literal de la norma establece que ante el incumplimiento del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, el juez podrá ordenar el pago de daños punitivos a instancia del consumidor y a su favor. La palabra *podrá* se interpreta en la doctrina mayoritaria como una facultad del juez que se encuentra sujeta a la comprobación, dentro del caso individual, de un especial ánimo doloso o gravemente culposo o bien, de la existencia de un ánimo lucrativo que justifique la imposición de esta sanción.

No obstante el aparente acuerdo en la doctrina y jurisprudencia Argentina respecto de la exigencia de una conducta subjetiva agravada, el relevamiento del material jurisprudencial existente desde el año 2008 revela importantes desacuerdos al momento de decidir la aplicación de los daños punitivos.

En primera instancia, la sentencia dictada para los autos: “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, rechazó el rubro daño punitivo e invocó para ello, su carácter excepcional así como la inexistencia de elementos probatorios de mala fe o intención de dañar por parte de la demandada. Sin embargo, la Cámara que intervino en alzada concedió la suma de pesos quince mil (\$15.000), en concepto

1 Nacen en Inglaterra y su mayor campo de aplicación lo encontramos en los Estados Unidos.

2 Art. 52 bis. Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable de incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inc. b) de esta ley

de daños punitivos y fundamentó esa decisión en la corroboración de que efectivamente existían datos inequívocos, extraídos de la causa, que acreditaban un proceder abusivo de la demandada y una notoria falta de atención a numerosas gestiones realizadas por el consumidor.

Asimismo, por tener en cuenta la manifiesta negligencia e inoperatividad de la reprochada para aplicar esa multa civil.³, se juzgó cumplido el elemento subjetivo que también requiere la norma del 52 bis L.D.C. y la doctrina establecida a su respecto.

A su vez, un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, dejó sin efecto la condena por daños punitivos dispuesta en primera instancia y brindó como fundamento de ello, que en la causa no se advertía que la suspensión de un recital obedeciera a un accionar doloso, tendiente a obtener un mayor rédito económico.⁴

En el fallo “Cañadas Pérez, María Dolores c/ Bank Boston Na s/daños y perjuicios” de fecha 28/10/2008⁵, la actora manifestó que a mediados de enero de 2006 concurrió a la sucursal de Movistar a los fines de comprar un celular y se le informó de la imposibilidad de realizar dicha operación, en razón de figurar como deudora por cheques rechazados por falta de fondos. La demandante afirmó que nunca fue titular de ninguna chequera y no libró cheque a persona alguna, por lo tanto demandó daños y perjuicios derivados de dicha información falsa y solicitó al la rectificación de la información falsa y errónea que dicha entidad emitiera respecto a su persona, tanto al Banco Central de la República Argentina como así también a la Organización Veraz SA.

El magistrado de grado estimó procedente el rubro daños punitivos con fundamento en la orfandad probatoria en que incurrió el Banco demandado –a la luz del nuevo texto del art. 53 de la ley 24.240-, quien encontrándose en mejores condiciones de probar que no hubo error administrativo de su parte, que su actuar fue diligente, se mantuvo en una postura relictiva, desoyendo los reclamos del consumidor. Como consecuencia de los argumentos vertidos, estimó procedente el rubro daños punitivos por un monto equivalente al importe por el que prosperó la demanda (\$6.000) con más sus intereses al momento de practicarse la liquidación. Lo llamativo del caso, es que en la demanda, el rubro daños punitivos no fue reclamado por la parte actora.

3 R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.” (CNCOM – SALA F - 10/05/2012) elDial AA769F

4 “Bastianelli, María Constanza C/ Ticketek Argentina S.A. y Otro – Ordinarios – Otros – Recurso de Apelación” – Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba – Expte. N° 01762642/36, 21/02/2013

5 “Cañadas Pérez, María Dolores c/Bank Boston Na s/daños y perjuicios” - Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 39 - 28/10/2008. Fuente: elDial AA59F6

La entidad bancaria demandada apeló el pronunciamiento de grado cuestionando puntualmente la procedencia de la multa civil aplicada, pues el juzgador castigó con una sanción prevista en una ley del año 2008, un obrar supuestamente dañoso, acaecido en el año 2006.

Los miembros de la Cámara estimaron procedente el agravio de la entidad demandada en lo atinente al reclamo del rubro daños punitivos y afirmaron que la sanción se impuso como consecuencia de una conducta llevada a cabo con anterioridad a la referida ley (26.361), y afirmaron que “la figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas *penas privadas*. Por ello, su aplicación “ejemplar” a conductas disvaliosas no puede ser efectuada en forma retroactiva”.⁶

En el fallo “R., F. E. c/ Bayer S. A. y Otros s/ Daños y Perjuicios” de la Cámara Nacional Civil Sala A, de fecha 22 de Agosto de 2012, se negó la procedencia del rubro daños punitivos por las causas que mencionaré a continuación.

El actor demandó al Laboratorio en virtud de que con fecha 16/10/1998 se le prescribió el medicamento Lipobay que le causó los siguientes síntomas: mialgias, debilidad muscular y visión borrosa en el ojo izquierdo, razón por la cual se le recomendó que suspendiera la toma del medicamento.

Con fecha 8/8/2001 Bayer S.A. dispuso voluntariamente el retiro del mercado del producto Lipobay “en todas sus concentraciones” como consecuencia de la evaluación de datos de farmacovigilancia que indicaron un creciente riesgo de rabdomiólisis, derivado del uso concomitante de cerivastatina y gemfibrozil. A pesar de que constaba en el prospecto dicha asociación como una contraindicación, se siguieron recibiendo reportes espontáneos de miopatía y rabdomiólisis. Sumado a ello, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T.) agregó como causa del retiro del medicamento: “por comunicaciones internacionales de efectos adversos graves por cerivastatina en general, asociada al gemfibrozil y/o por la administración de dosis elevadas de la primera”. La demandada aseguró que la suspensión del medicamento fue ordenada por Bayer para todos los países del mundo en donde estuviese disponible el gemfibrozil.

El pronunciamiento de primera instancia fue apelado por ambas partes. El actor pidió daños punitivos porque, según sostuvo, Bayer S. A. conocía los riesgos del medicamento Lipobay y guardó silencio.

6 “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios” – CNCIV – SALA F – (Expte. n° 99.748/06) Causa libre n° 526.897, 18/11/2009. Fuente: elDial AA59C7

El Señor juez de Cámara Dr. Sebastián Picasso que emitió su voto en primer lugar consideró que debía rechazarse el agravio tendiente a obtener una condena de Bayer S. A. a pagar daños punitivos el pedido de imposición de daños punitivos no fue planteado en la instancia de grado, y es sabido que, so pena de lesión del principio de congruencia, el tribunal de alzada no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del magistrado de primera instancia (art. 277, CPCCN). Más allá de ello, el art. 52 bis de la ley 24.240 no estaba vigente al momento de los hechos, pues fue incorporado a dicho estatuto recién con la sanción de la ley 26.361 (publicada en el Boletín Oficial el 7/4/2008). Ello veda, claramente, su aplicación al caso, en los términos del art. 3 del Código Civil.”⁷, pues a tenor del mismo, las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas se rigen por la ley bajo la cual se constituyeron o extinguieron; de otro modo, habría retroactividad (Rivera, , 2010, p. 243).

Lo llamativo es que en el fallo LNR c/ Laboratorios Phoenix, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, condenó al laboratorio por un hecho muy similar en su premisa fáctica y también de fecha anterior a la sanción de la ley 26.361. La persona que inició la demanda fue tratada con un producto medicinal denominado “Megalex” que recetó un gastroenterólogo y no contenía en su prospecto adjunto, contraindicaciones que le produjeron problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, alteración en la visión y mareos. El medicamento se comercializaba con dos prospectos que diferían sustancialmente, uno de los cuales no mencionaba la reacción adversa aludida. La actora ingirió el medicamento con dicho prospecto carente de información veraz y completa que le causó efectos adversos y afirmó que de haberse consignado en el prospecto la contraindicación de “prolactinoma” no lo habría ingerido.

Desde el año 2003, la “ANMAT” había admitido el cambio del indicativo con la advertencia que omitió consignar; no obstante lo cual, aún durante la substanciación del pleito se siguió comercializando el medicamento con dos prospectos, colocando de tal manera en el mercado un producto deficiente y con falta de información veraz y completa.

La demandada indica que con anterioridad a la pretensión solicitó y obtuvo del ente correspondiente, la autorización para comercializar el medicamento con el nuevo pros-

7 El Dr. Sebastián Picasso, conocido opositor de los daños punitivos en la doctrina argentina, comenzó su resolución de la siguiente manera: “En otras oportunidades he señalado que el art. 52 bis de la ley 24.240, cuya aplicación pretende la actora ante esta instancia, es inconstitucional (vid. mis trabajos “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, LL, 2007-F-1154; comentario al art. 52 bis de la ley 24.240 en Picasso-Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, cit., t. I, p. 593/632, y “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos” -en coautoría con Alberto J. Bueres-, Revista de Derecho de Daños, 2011-2, p. 21/73)”. Por lo que se conoce de antemano su actitud adversa respecto de los daños punitivos.

pecto que sí advertía dicha contraindicación. Por tal motivo, negó su responsabilidad en los hechos, la que en todo caso –sostuvo– debe recaer en el galeno que recetó dicho medicamento, que no fue demandado en la causa.

El juez de primera instancia admitió parcialmente el reclamo actoral, por considerar que la prueba que meritó demuestra la imputabilidad objetiva de los emplazados (el laboratorio y su director médico) en orden a las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor, por incumplimiento de la obligación de informar. No se hizo lugar al reclamo por daños punitivos. A ninguna de las partes satisfizo el pronunciamiento, motivo por el cual apelaron el fallo de primera instancia. Ante el recurso de apelación interpuesto, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil entendió que el mismo caso, constituía un supuesto subsumible en N1 y por ello, condenaron a los co-demandados a abonar la suma de pesos cien mil (\$100.000), en concepto de daños punitivos.

2.1 EL PARADIGMÁTICO FALLO TEIJEIRO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES

*No basta decir solamente la verdad, mas conviene
mostrar la causa de la falsoedad*
(Aristóteles, 384 AC- 322 AC)

Decidí analizar este fallo, por la perplejidad que me causó conocer sentencias tan contradictorias respecto de un mismo hecho.

Este caso radicado en la ciudad de Córdoba, fue muy conocido y en torno a él se formaron las opiniones más diversas respecto de la justicia en la aplicación de esta nueva figura punitiva. Al leer las sentencias, identifiqué dos razones principales de tan divergente resultado: por un lado la apreciación de los hechos y la valoración de la prueba que se realizó en ambas instancias, y por otro lado, la novedad de la figura junto a la deficiente redacción de la norma al no prever un claro supuesto de hecho que conlleve a la aplicación de los daños punitivos, y la contradicción que esto significó con posturas mayoritarias que propician una aplicación excepcional de la figura ante supuestos graves y caracterizados por una conducta dolosa o gravemente culposa.

Con respecto a la primera cuestión, es decir, la apreciación de los hechos y la valoración de la prueba, en este supuesto particular del derecho civil, creo que es menester apartarse de la llamada “verdad formal” y propiciar un análisis cognoscitivista, en el sentido que nos permita lograr una aproximación a lo que realmente aconteció, dada

la naturaleza sancionatoria de los daños punitivos. Por lo tanto, se torna imperativo manejarnos con los parámetros probatorios que rigen en materia penal, en tanto se persigue una verdad como correspondencia con la realidad. También es fundamental en este punto, hacer hincapié en la dificultad que se presenta al intentar probar estados anímicos o hechos internos.

Las realidades con las que se configura el supuesto de hecho legal pueden ser de tres tipos: hechos externos, hechos internos o psicológicos y conceptos que han de ser llenados de contenido por el juez. Los hechos psicológicos o internos denotan los motivos, intenciones o finalidad de una conducta o el conocimiento del hecho por parte de alguien.

La existencia de hechos psicológicos plantea una duda: la de si puede mantenerse el carácter meramente descriptivo de los mismos. En otras palabras, ¿pueden considerarse hechos o deben considerarse meros juicios de valor?

Con razón ha dicho Gascón Abellán “*que los hechos psicológicos sean internos o no observables no significa que no sean auténticos hechos, y, por tanto, comprobables mediante juicios descriptivos*” (2004, pp. 76-78). Estos juicios descriptivos se referirán –las más de las veces- a conductas externas y por lo tanto observables, que permitan inferir con cierta probabilidad tales estados internos.

Finalmente, demostrar que el conocimiento de los hechos no es una cuestión incontrovertible como muchos creen y aún los hechos que se suponen “evidentes” necesitan ser justificados.

Con respecto a la segunda cuestión, la deficiente redacción de la norma al no prever un claro supuesto de hecho, me adelanto a manifestar mi adhesión al paradigma cognoscitivista en cuanto plantea una exigencia para el derecho sustantivo: evitar, en la medida posible, la presencia de juicios de valor en el supuesto de hecho de las normas, procurando que las notas que lo configuren tengan un referente empírico claro. Interpreto esta directriz, no como una interdicción al legislador de incorporar juicios de valor en las normas, sino como una exigencia de incorporar referentes empíricos claros, a fin de eliminar la discreción judicial en la mayor medida posible.

Finalmente, no es cuestión menor, reparar en que los daños punitivos fueron incorporados a la ley consumeril, donde existe un fuerte garantismo hacia los derechos del consumidor; se evoca constantemente el principio “*in dubio pro consumidor*”, producto de una historia signada por los abusos de la parte más poderosa de estas relaciones, que siempre es el proveedor.

La historia ha dado cuenta de reiterados abusos hacia el consumidor y de actitudes lucrativas en detrimento de los mismos; a veces con micro lesiones, otras veces

con daños grotescos, pero siempre con la misma moraleja: abuso del derecho de ejercer libremente el comercio.

Todo esto ha culminado en una legislación fuertemente protecciónista, a punto tal que puede inclinar la balanza peligrosamente hacia el lado contrario: abusos por parte de los consumidores que se patentizan en exorbitantes reclamos a la justicia y que a largo plazo pueden significar incluso la quiebra de pequeñas y medianas empresas.

Todo ello nos conduce a puntualizar en la necesidad de agudizar los parámetros para la fijación de los hechos objeto del proceso donde se reclaman daños sufridos por consumidores, ya que en el fondo de las decisiones judiciales creo que no hay más que un conocido problema: la ineludible proyección de las subjetividades del juez, que se encuentra condicionado por sus sentimientos, sus ideologías, sus valores éticos- políticos, etc. La cotidianidad en la práctica tribunalicia muestra frecuentes opiniones del tipo: “ojalá que la causa caiga en el juzgado de tal juez que es pro consumidor” y del lado contrario “el juez tal es pro empresarios”, etc. Esto parece ser un reflejo de la *contaminación teórica del conocimiento de los hechos* que sirven de base a las decisiones judiciales.

La conclusión –a mi entender- no puede ser otra: no se puede aplicar a rajatabla el principio *in dubio pro consumidor*, obviando de tal modo una apreciación rigurosa de la prueba rendida en el proceso. El juez debe exigir que se prueben acabadamente los hechos. Este principio debe interpretarse dentro de lo razonable: ante la duda, se interpreta a favor del consumidor, esto es, debe haber una fijación de los hechos que arroje como resultado cierta razonabilidad que lleve a la convicción del juez a inclinar la balanza a favor del mismo.

Este principio debe funcionar como una garantía epistemológica en el sentido de que si no se prueban los hechos más allá de la duda razonable, la decisión deberá inclinar la balanza a favor del consumidor. No significa de ninguna manera liviandad en las exigencias probatorias.

2.1.1 Los hechos que motivaron la demanda

*Hay que haber renunciado al sentido común para no estar de acuerdo en que
nada sabemos en el mundo, si no es por la experiencia*
(Voltaire, 1978).

Conforme los dichos de la parte actora, el 24 de octubre de 2008, al comprar una botella de la marca “Pepsi” en un kiosco de la ciudad de Córdoba –botella de vidrio de 1,25 litros, retornable – advierte que en su interior flotaba un cuerpo extraño. Al

dejar la botella en reposo, el cuerpo comenzó a subir, haciéndose plenamente visible al llegar a la superficie, observando que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos Prime, que en su anverso reza “Prime” y luego tiene un logo que expresa “ aloe vera”, “ gel íntimo”, con sus bordes oxidados, probablemente por la acción corrosiva de los componentes de la gaseosa.

La parte actora reclama la reparación en especie (entrega de un producto equivalente o la suma necesaria para adquirirlo en el mercado) como asimismo la reparación del daño moral sufrido. Finalmente reclama la imposición de daños punitivos por la suma de pesos dos millones (\$ 2.000.000), teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento.

2.1.2 Las pruebas que formaron la convicción del juez en primera instancia para la aplicación de los daños punitivos

Ni la contradicción es indicio de falsedad, ni la falta de contradicción es indicio de verdad.
(Blaise Pascal, 1623-1662)

No obstante la consideración de diversas pruebas que se detallarán, parece ser que la fundamental –en el sentido que fundó la convicción del juez- es la botella de la marca pepsi cerrada y no manipulada que se depositó en el juzgado, que contiene en su interior un sobre de gel íntimo, con uno de sus bordes cortados.

El a- quo consideró que este hecho per se, implica una abierta violación al art. 5 de la ley de defensa del consumidor que consagra, en forma expresa, una obligación de seguridad de resultado a cargo del proveedor, cuyo incumplimiento lo hará incurrir en responsabilidad objetiva. De ahí que sólo puede liberarse probando un hecho de la víctima, de un tercero por el que no debe responder o un caso fortuito genérico” (Bueres, Picasso, 2009, pág. 40).

Como se señaló antes, la ley 24.240 presupone una situación de desequilibrio genético en la relación de consumo, y, en tal mérito, la necesidad de contemplar esta situación al momento de la interpretación de los casos concretos: *se presupone irrefragablemente la situación de debilidad en que se halla el consumidor... De allí que se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor* (Stiglitz R., Stiglitz P., 1994, pág. 117).

En cuanto a la conducta que la ley describe como violatoria de obligaciones legales o contractuales, debe ser, para dar lugar a la procedencia de los daños punitivos, dolosa o realizada con culpa grave. El actor sostiene que nos encontramos frente

a un grave incumplimiento al haber actuado con marcado menosprecio al derecho de consumidor, poniendo en riesgo su salud, calificando su conducta como muy reprochable por tratarse de una empresa de prestigio en el mercado. La empresa rechaza la pretensión, negando haber incurrido en defecto alguno en los controles de calidad y haber puesto en riesgo la salud del actor, resaltando que el contenido de la botella no fue ingerido. Ofrece la declaración de personas que trabajan en la empresa, que describieron el proceso de limpieza de botellas.

De todas las declaraciones surge que los procesos de higiene son óptimos y de extrema calidad, que cada botella pasa por un equipo electrónico llamado EBI, que revisa que no haya nada dentro de la botella. Afirman que “desde el punto de vista técnico, es materialmente imposible” que existan objetos en el interior de las botellas.

Los testimonios han sido cuestionados por la actora, por su dependencia de la demandada y por ser justamente quienes intervienen en el proceso a que se hiciera referencia. El juez de grado entendió que sus dichos deben ser valorados, con las reservas del caso, por ser estas personas las más indicadas para describir el proceso de elaboración y limpieza del producto. Y enfatizó que se trata de dependientes de la empresa demandada, que sin lugar a dudas, los condiciona en sus declaraciones, y asimismo son parte en los procesos que describen, lo cual, si bien no los descalifica, torna sus declaraciones relativas o teñidas de parcialidad, por lo tanto consideró que no puede tomar estas declaraciones como terminantes.

Se ha diligenciado asimismo prueba pericial, habiendo presentado el perito técnico oficial un informe describiendo el proceso de elaboración y envasado de las gaseosas. Del mismo surge que al advertirse algún cuerpo extraño en el interior de la botella, la misma es automáticamente rechazada. Sostiene que pudo comprobar en CMQ alta tecnología de primer nivel mundial, y asegura que “es prácticamente imposible” que se envasen botellas con elementos extraños a la gaseosa. Se advierte que no se ha presentado pericia en disidencia, razón por la cual y ante la falta de impugnación ni prueba que la contradiga, deben ser debidamente valoradas las conclusiones expuestas.

Del análisis integral de la prueba producida, se llega a la conclusión de que si bien la empresa demandada cumpliría con todas las reglas de control de calidad, no puede soslayarse que, frente a prueba que aparece como concluyente, se presenta otra, que resulta incontrovertible, y es el producto defectuoso incorporado al mercado consumidor, consistente en la botella reservada en el tribunal. Al respecto es de destacar la conducta procesal asumida por la demandada, quien se limita a negar el hecho.

En base a esta consideración, el juez de primera instancia concluye en que ha existido una falla que implica una negligencia que calificó de grave.

Finalmente, el juez destacó que conforme el principio de la carga dinámica de la prueba, la demandada se encontraba en mejores condiciones de probar su conducta diligente, y se ha empeñado en probar la seguridad del producto, sin dar una explicación satisfactoria de la causa de la puesta en el mercado de un producto defectuoso.

La falta de limpieza adecuada implica una conducta absolutamente negligente; si bien, no puede hablarse de malicia, ni fraude, consideró que ha existido una negligencia culpable que califica como “grosera”; por lo tanto juzgó justificada la pretensión de imposición de daños punitivos.

Considero que aquí un punto clave es la bipartición entre obligaciones de medios y de resultados, en virtud de la cual en el primer caso se presume la culpa del demandado y en el segundo, el actor deberá probar la culpa de aquél. Ésta no es cuestión menor, ya que en esta instancia se decide con fundamento en la llamada obligación de seguridad que es de resultado y –por lo tanto- la sola existencia de la botella con el objeto en su interior conlleva a la presunción de culpa que, en este caso, el juez califica de “grave”.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que las presunciones pueden llevarnos a diferentes resultados: algunas veces favorecerán el esclarecimiento de los hechos (funcionan como garantía institucional epistemológica); otras veces implicarán afirmar hechos que no se corresponden con la realidad, entorpeciendo la averiguación de la verdad (contra- epistemológicas) (Gascón Abellán, 2004, págs. 122- 126).

Creo que en este supuesto, la sola existencia de la botella con el elemento extraño reservada en el tribunal, funciona como una garantía contra- epistemológica que dificulta la averiguación de la verdadera animosidad de la demandada.

El razonamiento parece ser el siguiente “*dado h, entonces p*” (donde h es el incumplimiento de la obligación de resultado –la evidencia de la botella con un cuerpo extraño- y p es la consecuencia normativa- deben aplicarse los daños punitivos-). La condición p se considera suficiente y necesaria para la aplicación de los daños punitivos, mientras que la prueba de h1 (el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene) es irrelevante.

2.1.3 La valoración de los hechos en la Cámara

*Y es que en este mundo traidor, no hay verdad ni mentira: todo es según el cristal con que se mira
(De Campoamor, 1817-1901).*

Tras haberse condenado a la demandada a abonar la suma de \$2.000.000 en concepto de daños punitivos, la misma apeló el fallo por considerar improcedente tal rubro.

Llama la atención que la cámara hizo una valoración de la prueba diametralmente distinta a la realizada por el a quo. En esta instancia, lo que se consideró determinante fue la pericia que demostró la calidad e higiene en los controles realizados por la empresa y a los fines de valorar subjetivamente la conducta de la demandada, consideró irrelevante la existencia de la botella con el cuerpo extraño

Resaltó que en virtud del carácter esencialmente sancionatorio de los daños punitivos, los mismos no podrían jamás ser aplicados en base a factores objetivos de atribución sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.). Desde esta perspectiva, el solo hecho objetivo comprobado de la botella de Pepsi con un vicio que la hace imprópria para su destino y que la demandada no ha acreditado culpa ajena como eximente, no bastan para que se torne aplicable la multa civil peticionada, ya que lo diríamente aquí fue que la demandada ha demostrado que en el proceso de producción y embotellamiento de la gaseosa, adopta las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad del producto que se requieren conforme a parámetros internacionales. Ello se desprende del informe pericial, de los certificados de aprobación del sistema de gestión de calidad y de las testimoniales rendidas que, pese a provenir de personal dependiente de la demandada se tienen en consideración.

Es claro que si apareció el envoltorio de gel íntimo en el interior de la botella es porque alguna falla hubo, pero la prueba rendida demuestra que no estamos frente a lo que se denomina “daño lucrativo”, es decir, omisión deliberada de cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia.

Llegó a esa conclusión porque no surge del informe pericial, ni de ningún otro elemento de prueba y, más aún, ni siquiera ha sido invocado por el actor qué medida de precaución o control concreta considera que se omite.

El razonamiento parece ser “*dado h1, entonces no p*”. Aquí la prueba de h1 (el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene) es razón suficiente y necesaria para la no aplicación de daños punitivos, mientras que la prueba de h es irrelevante.

3. REFLEXIÓN FINAL

Creo que el quid de la cuestión se encuentra en el diferente valor que se da a las distintas pruebas, y no en el conocimiento de las mismas. Tanto el juez de primera instancia como los miembros que integran la Cámara conocen directamente dos pruebas fundamentales: la botella de gaseosa no abierta ni manipulada con el objeto en su interior y la pericia que da cuenta de la calidad de los sistemas de higiene y control.

No se trata de un escepticismo ante las realidades objetivas⁸; la disidencia surge de considerar prueba dirimente a la primera de ellas en primera instancia, negando valor a la segunda; y de considerar como prueba decisiva la pericia que da cuenta de la calidad de los sistemas de higiene en el fallo de la Cámara. Esta sola cuestión llevó a resultados contradictorios: no se disminuyó el monto del rubro daños punitivos, sino que en base a una distinta valoración de la prueba, se consideró que tal rubro no era procedente. Por lo tanto, el problema se da con la prueba como “resultado probatorio”, es decir en la justificación que permite elegir racionalmente entre las diversas aserciones formuladas en el proceso. En ambas instancias la decisión se basa en pruebas directas⁹, pero la justificación es diametralmente opuesta.

La motivación se encuentra presente en las dos sentencias, aunque luce como un proceso posterior a una decisión previamente tomada: por un lado parece justificarse una decisión que en el fondo contiene una ideología pro consumidor y por otro lado se presenta como una postura más cautelosa respecto de la aplicación de la figura punitiva.

El problema que implica esta práctica consiste en la contradicción con respecto a los ideales básicos del Estado de Derecho; la idea básica de la *Rule of Law* requiere que las decisiones de los jueces en todas las controversias que se presentan a su decisión, deben estar determinadas por el derecho existente (previamente a cada decisión), y que los ciudadanos tengan la posibilidad de predecir el contenido de las decisiones en los procesos en los cuales se controvieren sus derechos y obligaciones (Caracciolo, 2012). Con respecto a la aplicación de los daños punitivos, se advierte una cantidad de pronunciamientos antagónicos, motivo por el cual la posibilidad de predecir el contenido de la sentencia se diluye. Esta dificultad atenta contra la seguridad jurídica, ya que las partes no saben a qué atenerse en un proceso donde se reclama esta multa civil.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2da edición, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid 2004

8 Berkeley afirma que las cualidades sensibles son subjetivas, no tienen existencia excepto para el sujeto que las percibe: lo único que podemos afirmar es que tenemos experiencias pero no que existe una realidad objetiva.

9 Aquí me refiero a prueba directa en el sentido canónico: prueba directa es aquella en la que el hecho que se quiere probar surge directamente del medio o fuente de prueba.

- GHERSI, Carlos A., *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción por Marina Gascon y Miguel Carbonell, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños Punitivos*, 1a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2.008,
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, 1 ed., traducción por Marcelo Mendoza Hurtado, Barcelona, Ed. Gedisa, 2001
- SAUX, Edgardo I. y Enrique C. MULLER, *Responsabilidad Civil y Aquiliana*, 1 ed., Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2005
- STIGLITZ, Rubén y Gabriel STIGLITZ, *Derechos y Defensa del Consumidor*, La Roca Buenos Aires, 1994
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sanctionar* , Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004

RESEÑA

RELIGION WITHOUT GOD, RONALD DWORKIN.
HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2013, 192 PP.

Leonardo García Jaramillo
Universidad EAFIT, Medellín-Ciencias Políticas

Pocos meses antes de fallecer, en febrero pasado, Ronald Dworkin (1931-2013) envió a la editorial de la Universidad de Harvard un libro que acaba de aparecer con el título *Religion Without God*. Dworkin controvierte lo poco precisa que es la distinción usual entre personas religiosas y no religiosas, toda vez que son muchas las que definiéndose como ateas tienen convicciones parecidas e igual de profundas a aquellas de las personas que se definen como religiosas. Quienes por ejemplo afirman que si bien no tienen un Dios personal, creen que hay una fuerza o un ser superior y más grande que nosotros.

Einstein defendió un tipo de ateísmo que Dworkin reconceptualiza, más bien, como un tipo distinto de religiosidad. “Lo más hermoso que podemos experimentar”, pensaba Einstein, “es el misterio. Es la fuente de la verdadera ciencia y del verdadero arte. (...) Las ideas sobre el misterio de la vida, aunque sumado con el temor, también le han dado auge a la religión. Sabemos que existe realmente algo impenetrable para nosotros, lo cual se manifiesta como la sabiduría más elevada y la belleza más resplandeciente y que nuestras reducidas facultades pueden comprender solo en sus formas más primitivas –este conocimiento, esta sensación, está en el centro de la verdadera religiosidad. En este sentido, y solo en este sentido, hago parte de las filas de las personas devotamente religiosas”.

Einstein creía en el Dios que describe el filósofo Baruch Spinoza, no en el Dios que se suele enseñar: un ser súper-poderoso vigilante del destino y de las acciones humanas. Una persona religiosa no es solo aquella devota a un Dios particular (Jesucristo, Alá, Buda...) sino también aquella que reconoce la incommensurabilidad de la naturaleza y del universo, así como la commensurabilidad de la razón. La frustración por no comprender la belleza intrínseca de la vida y de las maravillas naturales que nos rodean, han puesto históricamente al ser humano en la debilidad de atribuirlo todo al diseño de un ser superior. *Es posible defender una perspectiva religiosa de la vida sin depender de un Dios.*

La religión entendida como espiritualidad y creencia en verdades profundas, no es dominio exclusivo del teísmo. Einstein tenía fe en que algún valor trascendental y

objetivo se extiende por el universo; un valor que no es ni un fenómeno natural ni una reacción subjetiva a un fenómeno natural. La creencia en un dios no es una condición necesaria para la religión. En otras palabras, la religiosidad no necesariamente implica creer en dios. La argumentación dworkiniana está centrada en la importancia de separar a Dios de la religión; de entender que se puede ser una persona religiosa sin que ello dependa de creer en un ser superior que, por ejemplo, creó el universo en 6 días u otro que como es absolutamente trascendente es irrepresentable.

Podemos pensar en la vida después de la muerte, en la existencia del cielo y el infierno donde, respectivamente, se nos premiará o castigará según cómo llevamos nuestras vidas en la tierra. Los creyentes no tienen problema con crear o seguir los principios que sustentan la fe, pero los principios más importantes son aquellos que tienen una fuerza independientemente de la fe y pueden concebirse como principios morales propios de la razón pública en vez de aquellos exclusivos de la razón privada. Si un dios omnipotente existiera podría enviar a las personas al cielo o al infierno, pero no podría por su propia voluntad crear respuestas correctas a las cuestiones morales.

Sostener algunos principios religiosos no resulta necesariamente coincidente con sostener una fe particular. Se pueden buscar los principios religiosos en la vida sin tener que buscar la evidencia de la cruz en la que se crucificó al hijo de Dios o de la madera con la que se construyó el arca de Noé. “Lo que divide a las religiones que se basan en un dos de las que no –la ciencia de la religión que se basa en dios– no es tan importante como la fe en los valores que las unen”. La religión, tal como nos la contaron desde pequeños, podría aceptarse entonces asumiendo como propios e interiorizando valores y principios necesarios para llevar una vida que no solo sea buena para cada uno, sino también para su comunidad, sin creer que después de la vida nos espera un castigo por desear la mujer del prójimo.

La actitud religiosa descansa finalmente en la fe, pero también aceptamos nuestras capacidades científicas y matemáticas más básicas como una cuestión de fe. Aceptamos nuestros valores de la misma forma. Hay no obstante una gran diferencia: hemos acordado buenos estándares para evaluar lo que significa un buen argumento científico y una demostración matemática válida, pero no tenemos estándares similares para evaluar la moral u otras formas de razonar acerca de los valores. Discrepamos férreamente acerca del bien y la bondad, sobre lo correcto, lo bello y lo justo. No tenemos la posibilidad de certificar externamente nuestras capacidades para la ciencia y las matemáticas, así como tampoco las tenemos para hacer validaciones en el campo de los valores. Los principios del método científico se justifican solo por la misma ciencia que estos métodos han producido. La ciencia no descansa en algo externo o diferente de la ciencia misma. Hay también un grado de fe en su aceptación.

En el caso de los valores la fe significa algo más. Dworkin insiste en que nuestras convicciones sobre los valores son compromisos emocionales que se sienten independientemente de que superen un test de coherencia. Se deben sentir correctamente desde un punto de vista emocional. Muchas personas afirman su ateísmo de conformidad con un fuerte sentido por la importancia de los valores, el misterio y el propósito de cada vida.

Si podemos separar a Dios de la religión, si podemos llegar a entender sobre qué realmente se enfoca el punto de vista religioso y por qué no exige o supone la existencia de un ser sobrenatural, entonces podremos al menos bajarle la temperatura a los enfrentamientos al separar las cuestiones científicas de las valorativas". Los enfrentamientos que se dan en la actualidad en este sentido no son sobre las mejores evidencias científicas respecto de las mejores explicaciones sobre la creación del universo o la evolución de las especies, sino sobre el significado de la vida humana y sobre lo que significa vivir bien. Cada persona tiene el deber de llevar a cabo su vida de la mejor manera posible. Siente que debe hacer a su vida digna de ser vivida. Por esto siente remordimiento cuando observa en retrospectiva y se da cuenta que ha desperdiciado su tiempo en este mundo.

En este contexto debe modificarse lo que hasta ahora contaba como actitud religiosa, la cual acepta la realidad completa e independiente de los valores. En particular, acepta la objetividad de los juicios sobre los valores: el significado objetivo de la vida humana. Los valores no son solo ilusiones, como creen los nihilistas. Sobre un argumento que sostuvo igualmente en *Justice for Hedgehog*, cada persona tiene el deber de llevar a cabo una vida exitosa, lo cual significa vivir bien, aceptar las responsabilidades éticas con uno mismo así como las responsabilidades morales con los demás. Acepta también que aquello que denominamos "naturaleza", es decir, el universo como un todo y todas sus partes, no solo es una cuestión de hecho sino que es grandioso en sí mismo, tiene un gran valor intrínseco. Los ateos religiosos reconocen que es objetivamente importante cómo se desarrolla la vida humana y el hecho de que cada ser humano tiene una responsabilidad ética que es innata e inalienable de tratar de llevar a cabo su vida tan bien como sea posible.

Conforme a Dworkin las religiones tradicionales más conocidas tienen dos partes: una científica y otra valorativa. La primera ofrece respuestas a importantes cuestiones fácticas sobre el nacimiento y la historia del universo, el origen de la vida humana y si hay o no vida después de la muerte. Un dios todo poderoso y omnisciente creó el universo, juzga la vida humana, garantiza una vida después de la muerte y responde a las oraciones. Algunos creyentes defienden estos planteamientos con otros que hacen pasar por argumentos científicos (el creacionismo y el evolucionismo son dos respuestas válidas acerca del desarrollo de las especies

vivas), mientras que otros los acogen simplemente por gracia de la fe o a través de la evidencia presentada en los mismos textos sagrados.

La segunda parte presenta varias convicciones sobre cómo se debe conducir la propia vida y qué deben valorar. Las convicciones teístas plantean deberes de adoración, oración y obediencia al dios que se suscribe la particular religión. Otros valores que podrían denominarse religiosos no son de la misma manera teístas, son al menos formalmente independientes de algún dios. La naturaleza es mucho más que un gran grupo de partículas; tiene valor y belleza intrínsecos. Argumenta Dworkin que la parte científica no puede fundamentar la parte valorativa porque ambas partes son conceptualmente independientes. El significado o el valor de la vida humana no pueden residir solo en la existencia de un dios bueno. Los valores espirituales no están circunscritos necesariamente al reino de lo religioso. Como el amor, el odio, la ira y los celos, se trata de algo que si bien no podemos entender del todo racionalmente, hace parte esencial de la existencia humana.

El pensamiento científico no es irreconciliable con el pensamiento religioso. Aquel exige separar los elementos científicos y valorativos de aquellos propios de la ortodoxia religiosa que afirma la existencia de un ser superior. Afirma Dworkin que cuando hacemos esta separación correctamente descubrimos que son completamente independientes, ya que el elemento valorativo no depende en forma alguna de la existencia de Dios. “Si aceptamos esto entonces reducimos enormemente la magnitud y la importancia de los enfrentamientos. No serán ya más guerras culturales. Esta ambición es utópica, pues las guerras religiosas, violentas y no violentas, reflejan un odio más profundo de aquél que la filosofía puede abordar. Pero un poco de filosofía puede ayudar”.

El libro se divide en cuatro partes: ¿Ateísmo religioso?; el universo; la libertad religiosa; y la muerte y la inmortalidad. La primera aborda el núcleo metafísico de la religión para plantear una interesante conceptualización que nos conduce a entender el fenómeno religioso de manera más compleja respecto de cómo tradicionalmente se nos ha enseñado. Relevante en este punto la distinción entre ciencia religiosa y valores religiosos. Se suscribe la popular idea de Dios de Spinoza que es en pocas palabras un dios de la tierra y para los vivos hoy, en vez de un dios del más allá para otra vida (“Deja de alabarme, ¿Qué clase de Dios ególatra crees que soy?”). La segunda es sobre el discurso de la física respecto de lo sublime y la belleza de lo inevitable. Se pregunta si y como la belleza puede orientar la investigación sobre el universo. La incommensurabilidad y la finitud que a muchos arroja con fanatismo a defender una determinada convicción, debe llevarnos más bien a comprender lo que podamos con las facultades que tenemos, pero sobre todo a reconocer que mucho queda por fuera de la capacidad del entendimiento humano, es un misterio.

La tercera analiza una cuestión cuya problematicidad se aviva cada que hay un caso que exige su fundamentación: la libertad religiosa. ¿Cómo definirla cuando entra en conflicto con otros valores o principios? ¿Qué conflicto plantea la libertad con la religión? Define a la libertad religiosa como algo que trasciende el teísmo y la figura de un dios, pues se allana en sistemas particulares de creencia que deben mantenerse libre de interferencia. Aborda las nuevas guerras religiosas que no son como antes, afirma, guerras culturales sino guerras frenéticas. El último capítulo plantea una reflexión más amplia sobre la muerte y la inmortalidad.

Como es usual en la obra de Dworkin, en este libro la reflexión teórica y política se articula con problemáticas contextuales como el apoyo del Estado a determinadas iglesias, los rituales religiosos dañinos, la homosexualidad, el aborto, y la prohibición de crucifijos, turbantes y burkas en lugares públicos.

ESTUDIOS DE DERECHO

Suscripción nacional



Nombre _____

Documento _____

Departamento _____

Dirección _____

Teléfono _____

Ciudad _____

Correo electrónico _____

Fecha de la suscripción _____

Firma del suscriptor _____

Consignación N° _____

Efectivo _____

Consignación

Valor de la Suscripción anual \$20.000

Cuenta de ahorros BANCOLOMBIA **1053-722-9522**

A nombre de la Universidad de Antioquia

* Para surtir el proceso de suscripción deberá enviarse este cupón
al correo electrónico: revistaestudiosdederecho@gmail.com

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N.º 53-108, Bloque 14, Oficina 111

Tels.: 219 58 55 – 219 88 67 - Fax: 219 58 75

Email: rderecho@mitra.udea.edu.co

Página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/rev>

ESTUDIOS DE DERECHO

International subscription



Name _____

Identification _____

Country _____

City _____

Address _____

Telephone number _____

Postal code _____

Email _____

Intermediary bank

Citibank New York.

111 Wall street New York,
N.Y. 10103

ABA: 021000089

Swift: Citius 33

Paying bank

Bancolombia Colombia

Bank Count Citibank of New York:
36006658

Swift: Colocobm

CHIPS UID: CH005211

Deposit

Cost of the annual subscription USD \$30

Checking account BANCOLOMBIA Colombia **001-980040-25**

Universidad de Antioquia Nit: # 890.980.040

*To accomplish the subscription process you have to send this checking account in an email to this address: revistaestudiosdederecho@gmail.com

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N° 53-108, Bloque 14, Oficina 111

Tels.: 219 58 55 – 219 88 67 - Fax: 219 58 75

Email: rderecho@mitra.udea.edu.co

Página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



Imprenta
Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@quimbaya.udea.edu.co
Impreso en junio de 2013

