

Opinión Jurídica



**Universidad
de Medellín**
Ciencia y Libertad



Opinión Jurídica

Volumen 17, número 33, enero-junio de 2018

ISSN (en línea): 2248-4078

ISSN (impreso): 1692-2530

Periodicidad semestral

Aura Marlenny Arcila Giraldo

Presidenta Honorable Consiliatura

Néstor Hincapié Vargas

Rector

Luz Doris Bolívar Yepes

Vicerrectora Académica

Nubia Amparo Palacio Lopera

Vicerrectora de Investigaciones

Amalia María Cano-Castaño

Coordinadora de Revistas Científicas

Jefe Editorial (E)

Sello Editorial Universidad de Medellín

acanoc@udem.edu.co

David Mendieta González

Editor

dmendieta@udem.edu.co

Cristina Isabel Ramos Barroso

Asistente Editorial

Lorenza Correa Restrepo

Corrección de estilo en español

lorenzacorrea@une.net.co

Roanita Dalpiaz

Corrección de estilo en portugués

roanitad@gmail.com

Olga Gil Domínguez

Traductora español-inglés

olgagil@une.net.co

Diagramación:

Hernán Darío Durango T.

hernandedurango@gmail.com

Diseño de carátula:

Claudia Castrillón Álvarez

claudiadiseno grafico@gmail.com

Foto de carátula:

El olvido que seremos

Amalia María Cano-Castaño

Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital

Cra. 69 H # 77-40. Tel.: (57+1)6020808.

Bogotá, Colombia

Los artículos son responsabilidad de sus autores y no comprometen en nada a la institución ni a la revista.

Comité Editorial

David Mendieta González (Editor General). Doctor en Derecho Constitucional. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. dmendieta@udem.edu.co

Castor Miguel Díaz Barrado. Doctor en Derecho. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, España. castordiaz@yahoo.es

Diego Palomo Vélez. Doctor en Derecho. Universidad de Talca. Talca, Chile. decano.derecho@utalca.cl

Jorge Alejandro Amaya. Doctor en Derecho. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. jaamaya@fibertel.com.ar

Julio César Gaitán Bohórquez. Doctor en Derecho. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. juliogaitanb@gmail.com

Mauricio Bocanuit Arbeláez. Doctor en Derecho. Corporación Universitaria de Sabaneta (Unisabaneta). Medellín, Colombia. vicerrector.academico@unisabaneta.edu.co

Comité Científico

Carlos Mario Molina Betancur. Posdoctor en Derecho Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, Colombia. cmolina@procuraduria.gov.co

Francisco Fernández Segado. Doctor en Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España. fdezsegado@der.ucm.es

Luca Luparia. Doctor en Derecho Procesal Penal. Università di Roma. Roma, Italia. luca.luparia@uniroma3.it

Luiz Guilherme Marinoni. Posdoctor en Derecho Probatorio de la Universidad Estatal de Milán. Universidade Federal do Paraná. Ciudad, Brasil. guilherme@marinoni.adv.br

Michele Taruffo. Doctor en Derecho. Università di Pavia. Pavia, Italia. michelino.taruffo@unipv.it

Uwe Steinhoff. Doctor en Filosofía. The Univeristy of Hong Kong. Hong Kong, China. ustnhoff@hku.hk

Fecha de impresión: Junio 2018

Tiraje: 200 ejemplares

Canje:

Biblioteca de Facultades "Eduardo Fernández Botero" Universidad de Medellín. Teléfonos: 340 5252 - 340 5335

Correo electrónico: rbarrientos@udem.edu.co

Página web: www.udem.edu.co

Fax: (94) 340 5216 - Medellín, Colombia, Suramérica.

Esta revista está indexada en los siguientes índices, directorios y bases de datos: ISI-Scielo Citation Index de la Web of Science, Scielo Colombia, Publindex, categoría C, Sociological Abstracts, Ebsco host-Fuente Académica Premier, Ebsco-Socindex, Ebsco-Academic Search Complete-, Worldwide political science abstracts, PAIS International (Public Affairs Information Service), RedAlyc, Qualis Capes, categoría A2 (Brasil), DOAJ, Dialnet, Gale Cengage Learning, Latindex, Vlex, Lex Base, Clase, Red de Bibliotecas Universitarias Españolas (Rebiun), EZB de Alemania, Actualidad Iberoamericana, Redib, Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, Índice de Sapiens Research Group en la categoría D5.

Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la revista con finalidades educativas, investigativas o académicas siempre y cuando sea citada la fuente. Para poder efectuar reproducciones con otros propósitos, es necesario contar con la autorización expresa del Sello Editorial Universidad de Medellín.

Visión

Para 2030 la Universidad de Medellín, inspirada en el pensamiento libre y el desarrollo humano, será reconocida como una de las mejores de Latinoamérica, por su excelencia académica e investigativa, la innovación y la responsabilidad social, en un marco global de pertinencia, inclusión y diversidad cultural.

Misión

La Universidad de Medellín, fundamentada en su lema *Ciencia y Libertad* y comprometida con la excelencia académica, tiene como misión la formación integral, la generación de conocimiento y la promoción de la cultura, en un ambiente crítico, de innovación e inclusión, para contribuir a la solución de problemas, mediante el desarrollo de la Docencia, la Investigación y la Extensión, en su entorno local, regional, nacional e internacional.

Valores

Justicia
Excelencia
Respeto
Solidaridad
Pluralismo
Tolerancia
Autenticidad
Interdisciplinariedad

Vision

For year 2030 Universidad de Medellín, encouraged by the free thinking and human development, shall be recognized as one of the best institutions in Latin America for its academic and research excellence, and its innovation and social responsibility, within a global framework of relevance, inclusion, and cultural diversity.

Mission

Universidad de Medellín, based on its slogan *Science and Liberty*, and duly totally committed to the academic excellence, has set the following mission: integral education, generation of knowledge, and culture promotion, within a critical, innovative, and inclusive environment, intended to solve problems by developing teaching, research, and extension education, locally, regionally, country-wide, and abroad.

Values

Justice, Excellence, Respect, Solidarity, Pluralism, Tolerance, Authenticity and Interdisciplinary Work

Visão

Para 2030 a Universidade de Medellín, inspirada no pensamento livre e o desenvolvimento humano, será reconhecida como uma das melhores da América Latina, pela sua excelência acadêmica e investigação, a inovação e a responsabilidade social, dentro do quadro global de relevância, inclusão e diversidade cultural.

Missão

A Universidade de Medellín, com base no seu lema *Ciência e Liberdade* e comprometida com a excelência acadêmica, tem como missão a formação abrangente, a geração de conhecimento e a promoção da cultura, num ambiente crítico, de inovação e inclusão, para contribuir à solução de problemas por meio do desenvolvimento do ensino, a Investigação e a extensão no seu ambiente local, regional, nacional e internacional.

Valores

Justiça, a excelência, o respeito, a solidariedade, o pluralismo, a tolerância, a autenticidade, a interdisciplinaridade

MISIÓN DE LA REVISTA

La revista *Opinión Jurídica*, con ISSN (en línea): 2248-4078 e ISSN (impreso): 1692-2530, editada por la Universidad de Medellín, se caracteriza por publicar artículos, resultado de investigaciones terminadas o en curso, en este último caso, como resultados preliminares, que se encuentren en el área del derecho y de disciplinas afines que tengan influencia en él. El propósito es divulgar el conocimiento generado a partir de investigaciones jurídicas o sociojurídicas llevadas a cabo en el ámbito nacional y en el internacional, que sirvan para mejorar la interpretación y entendimiento del ordenamiento jurídico con efecto en la aplicación de las normas nacionales e internacionales.

JOURNAL MISSION

Opinión Jurídica journal, ISSN (online): 2248-4078 and ISSN (printed): 1692-2530, edited by Universidad de Medellin, is known for its publication of articles resulting from completed or ongoing researches. When researches are in progress, we publish preliminary results in areas such as law and related disciplines of legal interest. The purpose is to release knowledge generated from juridical or socio-juridical researches conducted at a national level and abroad as well, which can be useful for upgrading interpretation and understanding of legal system for applying national and international norms.

CONTENIDO

Editorial.....	9
Editorial (English)	11
Editorial (Portuguese)	13
Evaluadores.....	15

ARTÍCULOS | ARTICLES | ARTIGOS

¿Penas sin humillaciones? Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana	19
<i>Sentences without Humiliation? Limits to Criminal Law Arising from Respect for Human Dignity</i>	
<i>Penas sem humilhações? Limites do direito penal derivados do respeito à dignidade humana</i>	
Fernando León Tamayo Arboleda; Juan Oberto Sotomayor Acosta	
El olvido del derecho. Desprotección legal de las personas mayores de hoy y del mañana en Colombia	43
<i>The Oblivion of Law. Legal Vulnerability of the Elders of Today and Tomorrow in Colombia</i>	
<i>O esquecimento do direito. Desproteção legal dos idosos de hoje e de amanhã na Colômbia</i>	
Lucas Correa Montoya; Laura Tatiana Rodríguez Parra	
Camila Suárez Ángel; Juan Camilo Rúa Serna	
La argumentación a favor del trabajo sexual y sus implicaciones éticas	73
<i>Argument in Favor of Sexual Work and Ethical Implications</i>	
<i>A argumentação a favor do trabalho sexual e suas implicações éticas</i>	
María Concepción Gimeno Presa	
Análisis de las medidas de asistencia a víctimas de trata de personas en Colombia en perspectiva de derechos humanos	99
<i>Analysis of Measures to Assist Victims of Human Trafficking in Colombia from a Human Rights perspective</i>	
<i>Análise das medidas de assistência a vítimas de tráfico de pessoas na Colômbia, na perspectiva dos direitos humanos</i>	
Johana Reyes Jaimés; Jakeline Vargas Parra; Juan C. Aceros	
Energía e mudanças climáticas: impactos socioambientais das hidrelétricas e diversificação da matriz energética brasileira	123
<i>Energía y cambio climático: impactos ambientales y sociales de las plantas hidroeléctricas y la diversificación de la matriz energética brasileña</i>	
<i>Energy and climate changes: the social and environmental impacts of the hydroelectric and the diversification of the Brazilian energy source</i>	
Paula Galbiatti Silveira	

Las autodefensas en Michoacán, México: ¿crescate de la ciudadanía ante la violencia?	149
<i>Armed Vigilant Groups in Michoacán, México: Rescue of the Citizen due to Violence?</i>	
<i>As autodefesas em Michoacán, no México: resgate da cidadania diante da violência?</i>	
Martha Elisa Nateras González	
Desplazamientos en virtud del desarrollo: un estudio de caso del proyecto minero Mirador en Zamora Chinchipe, Ecuador.....	173
<i>Evictions under Development: a Case Study of the Mirador Mining Project in Zamora Chinchipe, Ecuador</i>	
<i>Desalojamentos em virtude do desenvolvimento: um estudo de caso do projeto mineiro Mirador em Zamora Chinchipe, Equador</i>	
Isabela Figueroa	
La cirugía estética como relación de consumo	199
<i>Cosmetic Surgery as a Consuming Relationship</i>	
<i>A cirurgia estética como relação de consumo</i>	
Rafaela Ester Sayas Contreras; Juan Sebastián Mercado Verbel	
La intervención de víctimas en el proceso penal y su influencia en el proceso de duelo: diálogo entre derecho y psicoanálisis.....	221
<i>The Intervention of Victims in the Criminal Process and its Influence on the Mourning Process: Dialogue between Law and Psychoanalysis</i>	
<i>A intervenção de vítimas no processo penal e sua influência no processo de luto: diálogo entre direito e psicanálise</i>	
Giovanna Silva Segalla; Pablo Slavin; Maria Virginia Filomena Cremasco	
Eficacia de los mecanismos jurídicos para la protección de los derechos de las comunidades negras vulnerados por la actividad minera: el caso del municipio de Río Quito-Chocó.....	235
<i>Effectiveness of legal mechanisms to protect the rights of black communities harmed by mining activities in the municipality of Río Quito-Chocó</i>	
<i>Eficácia dos mecanismos jurídicos para a proteção dos direitos das comunidades negras vulnerabilizadas pela atividade mineira: o caso do município de Río Quito, Chocó</i>	
Escolástica Del Rosario Mosquera Caro; Lisneider Hinestroza Cuesta	
Funciones de la ideología en la hermenéutica constitucional. Una mirada desde la filosofía de Paul Ricoeur.....	255
<i>Functions of Ideology in Constitutional Hermeneutics. A Look from Paul Ricoeur's Philosophy</i>	
<i>Funções da ideologia na hermenêutica constitucional. Um olhar a partir da filosofia de Paul Ricoeur</i>	
Andrés Felipe Zuluaga Jaramillo; Santiago De. J. Zuluaga Vanegas	
Recomendaciones para los autores	277

El siglo XXI vino acompañado del miedo, primero a la amenaza terrorista; luego, a perder el trabajo, a perder los valores tradicionales de la familia, y también, miedo a la debilidad del Estado. Vivimos en sociedades del miedo, sensación que sirve para ganar elecciones en Reino Unido, Estados Unidos o Colombia, y es excusa de algunos gobiernos para retroceder en el reconocimiento de los derechos humanos y sus garantías.

Si el factor aglutinante de los pueblos es la confianza, el miedo provoca el efecto contrario, división, inseguridad, sospecha, y muchos aprovechan estas debilidades en sus discursos electorales y cuando llegan al poder gobiernan sembrando el temor. Ahora Occidente vive la democracia del miedo.

La Grecia del siglo IV a. C. se caracteriza por la crisis generada por profundas discordias sociales acrecentadas por intereses particulares, fue un tiempo de decadencia política provocada por la mercantilización de la sociedad; al respeto dijo Fioravanti:

El temor que prevalece, del que parte toda esta reflexión, es el de la stasis concepto fundamental con el que se indica una condición dentro de la cual el conflicto social y político, animado por un creciente espíritu de facción, cada vez más unido a la lucha entre ricos y pobres, tiende a asumir caracteres radicales, que hacen imposible su solución dentro de estructuras políticas existentes y conocidas (Constitución: De la Antigüedad a nuestros días. Pág. 16. Editorial Trotta, 2001).

Parece que la historia se repite, y al igual que Platón o Aristóteles y con la intención de evitar caer en la stasis, debemos preguntarnos por nuestras formas de gobierno y nuestros gobernantes. Debemos reflexionar sobre la manera como hemos organizado las sociedades, los valores que las cimientan y los errores que hemos cometido. Como académicos e investigadores tenemos el deber de denunciar lo que social, jurídica y políticamente está mal. Proponer soluciones es nuestra obligación.

Los latinoamericanos debemos tratar nuestros grandes problemas: inequidad, pobreza, corrupción, violencia, déficit de derechos humanos y sus garantías. *Opinión Jurídica* tiene este propósito, por eso presentamos a ustedes el número 33, compuesto por 11 artículos de autores de Brasil, Colombia, Ecuador, España y México. Son investigaciones de gran calidad, que han pasado por un exigente proceso de construcción y evaluación, y estamos seguros de que nos ayudarán a comprender los temas planteados. Todas coinciden en abordar problemas jurídico sociales y ver el derecho como un instrumento para su solución. Si el miedo nos agobia, el Derecho puede ayudarnos a superarlo.

David Mendieta González
Editor *Opinión Jurídica*

EDITORIAL

(English)

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a12>

The 21st century was accompanied by fear, first of all of the terrorist threat, then of losing one's job, of losing one's traditional family values, and also of the weakness of the state. We live in societies of fear, a feeling that serves to win elections in the United Kingdom, the United States or Colombia, and is an excuse for some governments to backtrack on the recognition of human rights and their guarantees.

If the unifying factor of the peoples is trust, fear causes the opposite effect, division, insecurity, suspicion, and many take advantage of these weaknesses in their electoral speeches and when they come to power they govern by sowing fear. Now the West lives in a democracy of fear.

The Greece of the 4th century BC is characterized by the crisis generated by deep social discords, increased by particular interests, it was a time of political decadence provoked by the commodification of society; Fioravanti said to this respect:

The prevailing fear, from which all this reflection is based, is that of the fundamental *stasis* concept with which a condition is indicated within which social and political conflict, animated by a growing faction spirit, increasingly linked to the struggle between rich and poor, tends to assume radical characteristics, which make it impossible to resolve within existing and well-known political structures (Constitution: From Antiquity to the present day. P. 16. Editorial Trotta, 2001).

It seems that history is repeating itself, and like Plato or Aristotle and with the intention of avoiding falling into *stasis*, we must ask ourselves about our forms of government and our rulers. We must reflect on how we have organized societies, the values that underpin them and the mistakes we have made. As academics and researchers we have a duty to denounce what is socially, legally, and politically wrong. Proposing solutions is our obligation.

We Latin Americans must address our major problems: inequity, poverty, corruption, violence, human rights deficits and their guarantees. *Opinión Jurídica* has this purpose, for this reason, we present to you number 33, composed of 11 articles by authors from Brazil, Colombia, Ecuador, Spain and Mexico. They are high quality research, which has gone through a demanding process of construction and evaluation, and we are sure they will help us to understand the issues raised. They all agree on addressing social legal problems and seeing the law as an instrument for their solution. If fear overwhelms us, the law can help us overcome it.

David Mendieta
General Editor

EDITORIAL

(Português)

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a12>

O século XXI veio acompanhado do medo, primeiro da ameaça terrorista; depois, de perder o trabalho, perder os valores tradicionais da família e, também, medo da debilidade do Estado. Vivemos em sociedades do medo, sensação que serve para ganhar eleições no Reino Unido, nos Estados Unidos ou na Colômbia, e é a desculpa de alguns governos para retroceder no conhecimento dos direitos humanos e suas garantias.

Se o fator aglutinante dos povos é a confiança, o medo provoca o efeito contrário, divisão, insegurança, suspeita, e muitos se aproveitam dessas debilidades em seus discursos eleitorais e, quando chegam ao poder, governam disseminando o temor. Agora o Ocidente vive a democracia do medo.

A Grécia do século IV a.C. se caracteriza pela crise gerada por profundas discórdias sociais somadas a interesses particulares. Foi um tempo de decadência política provocada pela mercantilização da sociedade; a respeito disso, Fioravanti disse:

O temor que prevalece, do qual parte toda esta reflexão, é o da *stasis* conceito fundamental com o que se indica uma condição dentro da qual o conflito social e político, animado por um crescente espírito de facção, cada vez mais unido à luta entre ricos e pobres, tende a assumir caracteres radicais, que tornam impossível sua solução dentro de estruturas políticas existentes e conhecidas (*Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*. Pág. 16. Editorial Trotta, 2001, tradução nossa).

Parece que a história se repete, assim como Platão ou Aristóteles e com a intenção de evitar cair na *stasis*, devemos nos perguntar por nossas formas de governo e nossos governantes. Devemos refletir sobre a maneira como organizamos as sociedades, os valores que as cimentam e os erros que cometemos. Como acadêmicos e pesquisadores, temos o dever de denunciar o que social, jurídica e politicamente está mal. Propor soluções é nossa obrigação.

Nós, os latino-americanos, devemos tratar de nossos grandes problemas: desigualdade, pobreza, corrupção, violência, déficit de direitos humanos e suas garantias. A revista *Opinión Jurídica* tem esse propósito, por isso apresentamos a vocês o número 33, composto por 11 artigos de autores do Brasil, da Colômbia, do Equador, da Espanha e do México. São pesquisas de qualidade, que passaram por um exigente processo de construção e avaliação, e temos certeza de que nos ajudarão a compreender os temas apresentados. Todas coincidem ao abordar problemas jurídico-sociais e ver o Direito como um instrumento para sua solução. Se o medo nos atormenta, o Direito pode nos ajudar a superá-lo.

David Mendieta
Editor-geral

EVALUADORES

ADRIANA MARÍA RESTREPO OSPINA, abogada, magíster en filosofía y doctoranda en Derecho. Profesora, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Correo electrónico: adrianam.restrepo@udea.edu.co.

ALEJANDRA ZUÑIGA FAJURI, abogada y doctora en Derecho. Profesora, Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alejandra.zuniga@uv.cl.

ANA CARLA PINHEIRO FREITAS, graduada en Derecho, especialista en Derecho Público y Civil, Magíster en Derecho y Doctora en Derecho. Profesora e investigadora, Universidad de Fortaleza, Brasil. Correo electrónico: anacarla@unifor.br.

ARMANDO AGUILERA TORRADO, psicólogo, especialista en Ciencias Políticas, magíster en psicoanálisis, cultura y vínculo social y doctor en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. Decano Facultad de Educación, Ciencias Humanas y sociales, Corporación Universitaria Iberoamericana, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: aaguileratorrado@yahoo.com.

CARLOS DIEGO MARTINEZ CINCA, abogado, licenciado y doctor en Filosofía. Profesor Titular Efectivo de Filosofía Social y Política, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina. Correo electrónico: cdmartinezcinca@derecho.uncu.edu.ar

CAROLINE FERRI, abogada, filósofa, magíster y doctora en Derecho. Profesora, Universidad del Estado de Rio de Janeiro, Brasil. Correo electrónico: carolineferri@gmail.com.

CÉSAR AUGUSTO MOLINA SALDARRIAGA, abogado, especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Diseño del paisaje. Docente Interno, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Correo electrónico: cesar.molina@upb.edu.co.

CRISTIAN ALEJANDRO SUÁREZ GIRALDO. Magíster en Filosofía. Filósofo. Docente, Universidad Pontificia Bolivariana. Gestor Editorial de *Cuestiones Teológicas*. Medellín, Colombia. Correo electrónico: cristian.suarez@upb.edu.co

CRISTIAN CAMILO QUINTERO GIRALDO, abogado, especialista en Derecho Administrativo, magíster en Filosofía Política. Líder de la Unidad Coordinadora para el Gobierno Abierto del Sector Ambiental, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Colombia. Correo electrónico: cquinterog@minambiente.gov.co

DANIELLE ANONI, Doctora en Derecho Internacional. Profesora de Derecho Internacional y Derechos Humanos, Universidad Federal de Paraná, Brasil. Correo electrónico: danielle.annoni@gmail.com.

DAVID MENDIETA GONZÁLEZ, abogado, especialista en Derecho Constitucional, magíster en Derecho, doctor en Derecho Constitucional. Docente de tiempo completo, Facultad de Derecho, Universidad de Medellín, Colombia, correo electrónico: dmendieta@udem.edu.co.

EDUARDO GARCÍA VILLEGAS, abogado y magíster en Ciencias Ambientales. Abogado ambiental y Socio fundador, Atierra. SAS, Guarne, Antioquia, Correo electrónico: egarcia@atierra.com.co.

ENRIQUE DIAZ BRAVO, abogado, máster en Derecho Constitucional y máster en estudios hispánicos. Profesor, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Chile. Correo electrónico: enriquediazbr@santotomas.cl.

ERIKA JOULLIETH CASTRO BUITRAGO, abogada, especialista en Derecho Ambiental, doctoranda en Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Docente de tiempo completo, Facultad de Derecho, Universidad de Medellín, Colombia. Correo electrónico: ecastro@udem.edu.co

FRANCISCO MARTÍN DIEZ FISCHER. Doctor en Filosofía. Licenciado en Filosofía. Investigador adjunto, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet). Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: francisco-diezfischer@gmail.com

GONZALO PAZ MAHECHA, abogado, especialista y magíster en Derecho Penal. Asesor de investigaciones en Maestría en Derecho Penal, Universidad Libre de Cali, Colombia. Correo electrónico: gopaz2007@hotmail.com.

GUILHERME PEREZ CABRAL, abogado, magíster y doctor en Derecho. Profesor e investigador, Pontificia Universidad de Campinas, Brasil. Correo electrónico: guilhermecabral@puc-campinas.edu.br.

GUSTAVO GONZÁLEZ GALINDO, licenciado en Derecho y doctor en Derecho Público. Profesor de tiempo completo, Universidad Autónoma del Estado de México, México. Correo electrónico: gusgon3@live.com.mx

ISABELA BATTISTELLO ESPÍNDOLA, graduada en Relaciones Internacionales y Economía, maestra en Ciencias Ambientales y estudiante del Doctorado en Geografía Humana. Investigadora, Universidad de Sao Paulo, Brasil. Correo electrónico: isaespindola@hotmail.com.

JANIEL DAVID MELAMED VISBAL, abogado, magíster en Gobierno, Seguridad Nacional y Contraterrorismo, doctor en Seguridad Internacional. Docente,

Universidad del Norte, Colombia. Correo electrónico: jmelamed@uninorte.edu.co

JENNIFFER VARGAS REINA, trabajadora social y magíster en Estudios Políticos. Investigadora Asociada, Observatorio de Restitución y Regulación de derechos de propiedad agraria, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: jenniffervr@gmail.com.

JOSÉ CARLOS CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, abogado, máster y doctor en Derecho. Profesor asociado, Universidad Católica de San Pablo, Perú. Correo electrónico: jchavezfernandez@ucsp.edu.pe.

JOSÉ LÓPEZ OLIVA, abogado, especialista en Derecho Comercial y Penal, magíster en Derecho, y magíster en Nuevas Tecnologías de la Educación. Profesor e investigador, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia. Correo electrónico: jose.lopez@unimilitar.edu.co.

JUAN DAVID GIRALDO ROJAS, psicólogo, especialista en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo y magíster en Relaciones Internacionales Iberoamericanas. Profesor de tiempo completo, Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. Correo electrónico: jdagiraldo@udem.edu.co.

MARIANA BERNAL FANDIÑO, abogada, máster en Derecho Comercial, máster en Derecho Internacional, doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora investigadora, Universidad Sergio Arboleda, Colombia. Correo electrónico: mariana.bernal@usa.edu.co

MARIO DURAN MIGLIARDI. Doctor en Derecho. Licenciado en Ciencias Jurídicas. Académico jornada completa, Universidad de Atacama, Chile. Correo electrónico: mario.duran@uda.cl

MARY LUZ TOBÓN TOBÓN. Doctora en Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Administrativo. Abogada. Docente investigadora, Universidad Autónoma Latinoamericana. Medellín, Colombia. Correo electrónico: mary.tobon@unaula.edu.co

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ, licenciado en ciencias jurídicas y sociales y master en derecho civil y comercial. Profesor asociado de derecho civil, Universidad de Chile, Chile. Correo electrónico: mtapia@derecho.uchile.cl.

MELINA OCAMPO, abogada, especialista en Seguridad Social y maestra en Estudios Migratorios. Líder de Construcción y Circulación de Contenidos, Museo Casa de la Memoria, Colombia. Correo electrónico: melioca3@gmail.com.

NICOLAS ESPINOSA MENENDEZ, sociólogo, magíster y doctor en Antropología. Profesor asociado, Universidad San Buenaventura, Medellín, Colombia. Correo electrónico: nicolas.espinosa@usbmed.edu.co.

OMAR ALEJANDRO BRAVO, psicólogo, magíster en Psicología, doctor en Psicología y posdoctor en Psicología Social. Director maestría en intervención psicosocial, Universidad Icesi, Colombia. Correo electrónico: oabravo@icesi.edu.co

PATRICIO JOSÉ GARCÍA PÉREZ, licenciado, magister y doctor en Historia. Profesor, Departamento de Historia, Facultad de Humanidades, Universidad de Santiago de Chile. Correo electrónico: patricio.garcia.p@usach.cl

PAULINA RAMOS VERGARA, licenciada en Ciencias Jurídicas, magíster en Ciencia Política y doctora en Derecho. Investigadora y Profesora, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. Correo electrónico: pramosvergara@uc.cl.

PAULO CESAR NODARI, filósofo, teólogo, magíster en filosofía y doctor en filosofía. Profesor, Universidade de Caxias do Sul, Brasil. Correo electrónico: paulo-cesarnodari@hotmail.com.

SILVIO ITALO CUNEO NASH, abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas. Docente Interno, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Docente, Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: silviocuneo@gmail.com.

VICTORIA HAIDAR, abogada, magíster en Ciencia Política y Sociología, doctora en Ciencias Sociales. Investigadora asistente, Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina. Correo electrónico: vhaidar@fcjs.unl.edu.ar

VIVIANA BOHÓRQUEZ, abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y Diploma Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización. Directora del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional, Colombia. Correo electrónico: viviana.bohorquez1@gmail.com.

YURI ALICIA CHAVEZ PLAZAS, trabajadora social, especialista en Promoción de la Salud y el Desarrollo humano y magíster en Planeación Socioeconómica. Docente de planta, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: yachavez@unicolmayor.edu.co.

*¿Penas sin humillaciones? Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana**

Fernando León Tamayo Arboleda**
Juan Oberto Sotomayor Acosta***

Recibido: 26 de abril de 2016 • Aprobado: 22 de septiembre del 2017
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a1>

RESUMEN

El presente texto se propone analizar los límites a la intervención penal derivados del contenido constitucional de la dignidad humana, entendida como intangibilidad de integridad física y moral del individuo, no sin antes precisar, de forma muy breve, la función del principio de respeto a la dignidad humana en el derecho penal, en general, y la manera como las diferentes atribuciones que caracterizan este principio según su elaboración por parte de la Corte Constitucional se configuran como límites al poder penal del Estado. Para ello, se realiza un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional usando herramientas de la dogmática constitucional y penal. El artículo propone que, a pesar de la diáspora jurisprudencial y la complejidad del concepto dignidad humana, es posible derivar un contenido del mismo que sirva como limitación del derecho penal en el marco del Estado de derecho.

Palabras clave: dignidad humana, derechos humanos, derecho penal, derecho constitucional.

* Este artículo es producto del proyecto de investigación "Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos: la necesidad de evitar atajos", dirigido por el profesor Miguel Díaz y García-Conlledo (Universidad de León, España), con financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, código DER2013-47511-R, de España; y de la Universidad Eafit, código 621 – 000008, en Colombia.

** Abogado, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Especialista en Derecho Penal, Universidad Eafit, Medellín, Colombia. Magíster en Derecho Penal, Universidad Eafit, Medellín, Colombia. Candidato a doctor en Derecho, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia. Asistente graduado de Docencia, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Cra 1 #18a-12, Bloque RGC, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: fernando-leontamayo@hotmail.com fl.tamayo10@uniandes.edu.co. <https://orcid.org/0000-0003-0960-0849>

*** Abogado, Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Profesor de Derecho Penal, Universidad Eafit, Medellín, Colombia. Carrera 49 #7sur-50, Bloque 27, Medellín, Colombia. Correo electrónico: j.sotoma@eafit.edu.co. <https://orcid.org/0000-0001-8173-7562>

Sentences without Humiliation? Limits to Criminal Law Arising from Respect for Human Dignity

ABSTRACT

The purpose of this text is to analyze the limits to criminal intervention arising from the constitutional content of human dignity, understood as the inviolability of the physical and moral integrity of the individual, but not before specifying, in a very brief manner, the function of the principle of respect for human dignity in criminal law in general, and the way in which different powers that characterize this principle according to its elaboration by the Constitutional Court are configured as limits to the criminal power of the State. To this end, an analysis of the jurisprudence of the Constitutional Court is carried out using tools of constitutional and criminal dogma. The paper proposes that, in spite of the jurisprudential diaspora and the complexity of the concept of human dignity, it is possible to derive a content from it that serves as a limitation of criminal law within the framework of the Rule of Law.

Keywords: Human dignity; human rights; criminal law; constitutional law.

Penas sem humilhações? Limites do direito penal derivados do respeito à dignidade humana

RESUMO

O presente texto se propõe a analisar os limites da intervenção penal derivados do conteúdo constitucional da dignidade humana, entendida como intangibilidade de integridade física e moral do indivíduo, não sem antes determinar, de forma muito breve, a função do princípio de respeito à dignidade humana no direito penal, em geral, e a maneira como as diferentes atribuições que caracterizam esse princípio de acordo com sua elaboração por parte da Corte Constitucional se configuram como limites ao poder penal do Estado. Para isso, realiza-se uma análise da jurisprudência da Corte Constitucional usando ferramentas da dogmática constitucional e penal. O artigo propõe que, apesar da diáspora jurisprudencial e da complexidade do conceito de "dignidade humana", é possível derivar um conteúdo deste que sirva como limitação do direito penal no âmbito do Estado de direito.

Palavras-chave: Dignidade humana; direito constitucional; direito penal; direitos humanos.

INTRODUCCIÓN

El artículo 1 de la Constitución Política establece que Colombia es un Estado social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana. Por su parte, según la norma rectora recogida en el artículo 1 del C. P., “el derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”.

Aunque suele ser lugar común apelar a la dignidad humana a la hora de interpretar el texto constitucional, y muy en particular las normas relativas a derechos fundamentales, lo cierto es que recurrir al mismo concepto para fundamentar el derecho penal genera más perplejidades que certezas y más de un interrogante por resolver, pues el derecho penal de hoy tiene más de máquina del terror y de distribución de indignidades que de mecanismo subsidiario de protección de bienes jurídicos. Así lo acredita la situación actual de las cárceles colombianas, en cuanto producto final de la aplicación del sistema penal, que a decir de la propia Corte Constitucional “se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana... incompatible con un Estado social y democrático de derecho” (Corte Constitucional, 2013) ¹.

De ahí que los citados textos legales planteen un reto hermenéutico importante, toda vez que, si se quiere trascender el simple uso retórico de la dignidad huma-

na, es necesario avanzar más allá de las meras declaraciones formales y delimitar un contenido específico de aquello que en estos momentos significa, desde el punto de vista constitucional (al menos mientras la interpretación se pretenda en el ámbito de la legitimación interna), un trato acorde con la dignidad humana. Y es así por cuanto se está ante un concepto indeterminado, cuyo contenido solo es posible aprehender a partir de atribuciones de significado previas, por lo que en realidad toda elaboración jurídica sobre la dignidad humana comienza en el ámbito de la política y no en el legal (Sotomayor Acosta & Tamayo Arboleda, 2017).

Pese a estas dificultades conceptuales y en medio de sus profusos pronunciamientos sobre el tema, la Corte Constitucional ha ido consolidando una línea jurisprudencial sobre la delimitación del contenido específico del respeto a la dignidad humana como principio constitucional autónomo, que se puede resumir en la exigencia de una serie de atribuciones específicas, recogidas de manera sintética en la sentencia T-881 de 2002 (Corte Constitucional, 2002e) ²:

- a. El respeto a la dignidad humana entendida como autonomía individual, esto es, como posibilidad de diseñar un plan vital, y de determinarse según sus características (“vivir como quiera”).
- b. La intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad moral y física (“vivir sin humillaciones”).

¹ Al respecto puede consultarse, además: Corte Constitucional (1993) y (2015b).

² En la doctrina, por todos, (Quinche Ramírez, 2012)

- c. La prestación de ciertas condiciones materiales concretas de existencia ("vivir bien").

Esta caracterización general ha centrado el concepto de dignidad humana en la atribución de lo digno, dejando, quizá, en un segundo plano la referencia a lo *humano*, cualidad que permite enriquecer el contenido del principio con dos exigencias podría decirse que ontológicas previas, las cuales se encuentran implícitas en la elaboración jurisprudencial: el reconocimiento de las limitaciones del actuar humano, por una parte, y la no diferenciación entre los individuos de la especie humana, por otra.

A partir de este contenido específico podría decirse que la dignidad humana, en cuanto fundamento del modelo de Estado constitucionalmente asumido, cumple un doble papel: por una parte, sirve de límite a las posibilidades de actuación del Estado, como libertad negativa (Berlin, 2003; Ferrajoli, 1995) que impide la intervención estatal en ámbitos no dominables por los individuos de la especie humana o reservados de manera exclusiva a su esfera individual. Por otra, la dignidad humana cumple también un papel como libertad positiva o de prestación (Berlin, 2003; Ferrajoli 2011b), en lo atinente a la optimización de las condiciones de vida. Al primer grupo pertenece el reconocimiento de las limitaciones del actuar humano y de la igualdad entre individuos, la no interferencia en la libre autodeterminación del sujeto y la intangibilidad de las esferas física y moral. La función prestacional la

recoge, por su parte, la exigencia de condiciones materiales para vivir bien.

El presente texto se propone analizar los límites a la intervención penal derivados del contenido constitucional de la dignidad humana entendida como intangibilidad de integridad física y moral del individuo, no sin antes precisar, de forma muy breve, la función del principio de respeto a la dignidad humana en el derecho penal, en general, y la manera como las diferentes atribuciones que caracterizan este principio –según su elaboración por parte de la Corte Constitucional– se configuran como límites al poder penal del Estado.

Para la realización de lo anterior, se hizo inicialmente una búsqueda de toda la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia referida a la dignidad humana en materia penal. En el paso siguiente se establecieron líneas de argumentación de la Corte Constitucional en torno al contenido de la dignidad humana, prestando especial atención a aquellos eventos en los cuales el máximo órgano constitucional establecía la dignidad humana como límite al *ius piniendi* del Estado; y desechando aquellas sentencias en las cuales la dignidad humana aparecía como un recurso meramente retórico. Finalmente, se realizó un análisis crítico de la posición de la Corte a partir de herramientas de la dogmática constitucional y penal que derivaron en la construcción de los contenidos presentados en el texto.

Para dar cuenta de los hallazgos de la investigación, el presente artículo se divide

en tres partes. En la primera de ellas, se expone teóricamente la discusión en torno a la dignidad humana en el contexto del derecho penal, con especial atención a la complejidad que conlleva discutir el contenido de la dignidad humana en un sistema soportado en una forma de castigo (la cárcel) que es opuesta a la idea misma de dignidad humana. La segunda parte del texto se concentra en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para describir en detalle el contenido de la dignidad humana y las implicaciones derivadas del mismo en cuanto a la limitación del poder punitivo. Finalmente, se presentan las conclusiones del texto.

1. EL DIFÍCIL ENCUENTRO DE LA DIGNIDAD HUMANA CON EL DERECHO PENAL

Si las atribuciones del respeto a la dignidad humana se predicán con un carácter general, que para el Estado son obligaciones negativas y positivas, es lógico pensar que las funciones restrictivas de este principio se tornen aún más relevantes y exigentes cuando se trata de enfrentar la cara más cruel y con frecuencia despiadada de la actividad estatal, cual es la punitiva. Y precisamente por ello, lo primero que salta a la vista es la contradicción que supone la exigencia constitucional de protección de la dignidad humana, por una parte, y la utilización por parte del Estado de los instrumentos penales, por otra.

En esta dirección, parece bastante evidente que el mantenimiento de ciertas condiciones materiales concretas de existencia, inherente a la garantía de respeto

a la dignidad humana, es incompatible con los medios penales, toda vez que la pena en estricto sentido no es un medio para vivir bien, pues al tiempo que en abstracto podría generar algún bienestar a la mayoría, perjudica en concreto al penado. En rigor, hacer sufrir (que es en lo que consiste la pena) no puede ser visto como un derecho sino como un poder (Prieto Sanchís, 2011; Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002; Sotomayor Acosta, 1999); luego, no existe un derecho a castigar y mucho menos un deber constitucional en tal sentido. Si se requiere que el Estado intervenga para mejorar las condiciones materiales de existencia acorde con las exigencias de una vida digna, lo procedente no es crear un delito sino la realización de una acción fáctica positiva (Arango, 2005) y, en últimas, la implementación de una política social adecuada, intervención que en el Estado constitucional se encuentra garantizada a través de las normas que protegen los derechos sociales (Ferrajoli, 2011b). Por el contrario, las garantías penales son garantías negativas (Ferrajoli, 2011a) consistentes en prohibiciones orientadas a la tutela de los derechos de libertad que en relación con el contenido del respeto a la dignidad humana implica el reconocimiento de los límites del actuar humano, la exigencia de igualdad entre humanos, el respeto a la autonomía individual y la intangibilidad de la integridad física y moral. Estas limitaciones operan con carácter general y por tanto también y con mayor razón, frente al poder penal del Estado.

Luego, cuando el artículo 1 C. P. prescribe que el derecho penal tendrá como

fundamento el respeto a la dignidad humana, no puede significar que la razón para penar es el respeto a la dignidad humana; lo que debe interpretarse, más bien, es que el *derecho* penal encuentra su razón de ser en la limitación de la intervención punitiva estatal, para evitar que en el ejercicio de dicha actividad se desconozcan las exigencias de un trato humano y digno conforme al modelo constitucional (Sotomayor Acosta & Tamayo Arboleda, 2017).

a. La dignidad humana como reconocimiento de los límites del actuar humano

Aunque la Corte Constitucional no ha desarrollado específicamente este aspecto, toda su construcción del concepto de dignidad humana tiene como punto de partida un ser humano inserto en un mundo físico y una realidad social que lo condiciona, y que el individuo no siempre está en capacidad de superar y, por ende, no se le puede exigir que lo haga. Es precisamente esta referencia a lo humano la que conduce a lo que genéricamente podría denominarse *principio de responsabilidad* como presupuesto ineludible de cualquier poder sancionador y que en el campo del derecho penal se reconoce como *principio de culpabilidad*, el cual, entendido en sentido amplio³, se concreta en una serie de garantías que limitan la responsabilidad penal solo a los actos que el ser humano está en capacidad y le es exigible evitar,

³ Sobre este sentido amplio del principio de culpabilidad y las garantías que le son inherentes, véase a Borja Jiménez (1992), Mir Puig (2008), Luzón Peña (2012). En Colombia, Fernández Carrasquilla (2011), Velásquez (2009) y Sotomayor Acosta (1996)

lo que en el campo penal conlleva la exigencia siempre de responsabilidad personal y subjetiva, y las consiguientes prohibiciones de la responsabilidad colectiva (o por hechos ajenos) y objetiva (Sotomayor Acosta & Tamayo Arboleda, 2017).

b. La dignidad humana como exigencia de igualdad

El tratamiento de un individuo como humano y digno depende solo de su pertenencia a la especie humana, lo que hace de la igualdad, a pesar de estar consagrada en una disposición constitucional diferente (artículo 13 Const. Pol.), una consecuencia obligada del concepto de dignidad humana, pues todo lo humano⁴, independiente de la raza, religión, preferencia sexual, opción de vida, etc., es siempre acreedor de esta dignidad (Corte Constitucional, 2015d; Corte Constitucional, 2003^a; Fernández Carrasquilla, 2011; Sotomayor Acosta, 1996). Se concreta en el derecho a recibir un trato igualitario de las autoridades, en dos sentidos: por una parte, en la protección de los derechos frente a las injerencias de otras personas (igualdad de protección) y, por otra, en las garantías frente las pretensiones punitivas del propio Estado. Ahora bien, el reconocimiento de que ciertas personas se encuentran en situación material de

⁴ En este caso se hace referencia a un concepto puramente biológico de especie humana, por entender que la sola pertenencia a dicha especie es suficiente para ser acreedor de la atribución de la dignidad humana. En todo caso, ello no implica desconocer que lo humano que ocupa al derecho es una construcción cultural.

desventaja frente a las exigencias sociales ha conducido a la exigencia de diferenciación como contenido adicional del principio de igualdad⁵, por lo que junto al deber negativo de no discriminación el Estado tiene también el deber positivo de intervenir en favor de las personas o grupos en situación de desigualdad. En el campo penal ello puede conducir a una protección especial de los derechos de individuos en situación de desigualdad material, por una parte, y a unas mayores garantías o unas mayores barreras de contención frente a las pretensiones punitivas del Estado, cuando se trata de juzgar a quien se encuentra en una situación material de desventaja, por otra (Sotomayor Acosta & Tamayo Arboleda, 2017).

c. La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera) (Sotomayor Acosta & Tamayo Arboleda, 2017)

La dignidad como ejercicio de la autonomía personal ha sido entendida por la Corte Constitucional como la posibilidad de cada quien a decidir sobre su proyecto de vida. Ello se ha traducido en protecciones concretas, algunas de las cuales están constitucionalizadas de forma independiente y otras han sido integradas por la jurisprudencia constitucional al núcleo esencial de la dignidad humana.

Así, bajo la autonomía personal suelen agruparse los derechos constitucionales a la libertad de expresión, la libertad de culto, la posibilidad de decidir libremente sobre el estilo de vida, la decisión sobre las preferencias sexuales y otras libertades similares⁶.

En materia penal ello significa que al ciudadano no puede perseguirse penalmente por la forma en que ha decidido llevar su vida, máxime cuando esta auto-determinación no perjudica o beneficia a nadie diferente al propio sujeto. Tomarse en serio la posibilidad del individuo de auto-determinarse implica, en síntesis, que el derecho penal solo pueda concebirse como derecho penal de acto, nunca como derecho penal de autor (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002).

La exigencia de un derecho penal de acto tiene dos dimensiones: por una parte, garantiza la indemnidad del fuero interno del sujeto, en virtud del amparo de la libertad de conciencia y de pensamiento y la consiguiente libertad de expresión. En segundo lugar, supone también la protección de la libertad del individuo para desarrollar el modo de vida conforme a sus propios ideales y en definitiva a vivir como quiera. Luego, nadie debería ser penalizado por defender unas determinadas ideas o valores, por irracionales que fuesen, ni tampoco por adoptar un modo de vida determinado, por inmoral o incómodo que pueda ser considerado; lo

⁵ Cfr. Cepeda (1992), Bernal Pulido (2005), Rodríguez Garavito (2007), Quinche Ramírez (2012). Sobre este contenido del derecho a la igualdad se ha mantenido una clara línea en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (1993d, 1996a, 1999, 2001b).

⁶ En especial, Corte Constitucional (2002e). La fundamentación moral de este principio puede consultarse en Nino (1989).

primero conduciría a un derecho penal del ánimo o la actitud interna y el segundo a un derecho penal basado en la peligrosidad o el carácter. De ahí la inadmisibilidad de a) la peligrosidad como fundamento de cualquier sanción penal (Sotomayor Acosta, 1996); b) los delitos de opinión, como es el caso del delito de apología del genocidio (artículo 102 C.P.); c) las protecciones paternalistas, en las que el Estado asume una posición de defensa del individuo frente a sí mismo (Roxin, 2007; von Hirsch, 2007; Gallego García, 2005); d) las agravantes fundadas de manera exclusiva en los móviles del autor, pues en tal caso el sujeto, para no incurrir en la agravante, tendría que cambiar su manera de pensar o su sistema de valores.

d. La dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)

En este caso se alude a la prohibición de interferencias en las esferas física y moral del individuo, en tanto presupuestos para la realización de su propio proyecto de vida (Nino, 1989). La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que el respeto a la dignidad humana implica la intangibilidad tanto de la esfera física como moral del individuo, esto es, el derecho a "vivir sin humillaciones", exigencia que, entre todas las atribuciones de la dignidad humana, se presenta sin duda como la más problemática para el derecho penal, toda vez que toca directamente con el contenido de las penas. De ahí entonces la necesidad de precisar los límites que desde este punto de vista la Constitución impone al derecho penal.

2. LOS LÍMITES A LA INTERVENCIÓN PENAL DERIVADOS DE LA DIGNIDAD HUMANA ENTENDIDA COMO INTANGIBILIDAD DE LOS BIENES NO PATRIMONIALES, INTEGRIDAD FÍSICA E INTEGRIDAD MORAL (VIVIR SIN HUMILLACIONES)

La delimitación de las garantías derivadas de la intangibilidad de los bienes de la esfera física y moral del individuo es particularmente problemática en el campo del derecho penal, dado que la pena por su propia naturaleza es un acto al que se recurre (como fin o como medio) para, de manera intencional, generar sufrimiento en sus destinatarios (Nino, 1980), lo cual parecería difícilmente compatible con la existencia de un derecho a vivir sin humillaciones. Es por eso que en el Estado constitucional la pena solo es aceptable como mecanismo subsidiario, en un doble sentido: desde una perspectiva externa, en cuanto medida extrema a tener en cuenta solo cuando no sea posible una protección de los bienes jurídicos por medios menos drásticos que los penales, lo cual sugiere la búsqueda permanente de *alternativas al derecho penal*. Y, desde un punto de vista interno, la subsidiariedad obliga a evitar las medidas penales más graves, cuando el mismo efecto se pueda alcanzar por otros medios penales menos drásticos, lo que plantea la exigencia de *penas alternativas* (Lopera Mesa, 2006).

Pero aun cuando, en contra de las evidencias actuales, se aplicara solo de manera excepcional y subsidiaria, y los medios penales utilizados fuesen los menos aflictivos, la pena seguiría siendo lo que es, es

decir, un mal, y por ende, el único deber constitucional existente en materia penal es el de restricción del uso de la pena: bien por la vía de la inadmisibilidad de algunas penas consideradas inhumanas o particularmente crueles o indignas o, bien, por la de la restricción de aquellas que resulten aceptables.

a. La prohibición general de la tortura, y los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes (artículo 12 Const. Pol.)

Se podría afirmar que para el derecho penal el respeto a la dignidad humana en el sentido de vivir sin humillaciones se concreta en la fórmula general de la prohibición de la tortura y los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes (artículo 12 Const. Pol.). Pero dadas las dificultades de determinación de lo "cruel", "inhumano" y "degradante"⁷, en principio parecería –al menos en el caso de las penas– que ha quedado en manos del legislador valorar lo que debe considerarse tal, por lo que su poder de configuración en esta materia solo se vería limitado por el amplio filtro de la prohibición de exceso (Corte Constitucional, 1993e; Corte Constitucional, 2002d). Debe tenerse presente, además, que conforme al artículo 1 de la Ley 70 de 1986, aprobatoria de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,

"No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas"; ello, salvo los casos extremos, hace difícil el cuestionamiento por este motivo de alguna clase de pena en abstracto.

Por eso ha sido el propio constituyente el que ha decidido restringir el poder del legislador, al consagrar de manera expresa en la Constitución algunas prohibiciones con carácter absoluto, como sucede con la pena de muerte, el destierro, la confiscación y la prisión perpetua.

El caso de la prisión merece una consideración aparte, pues las únicas limitaciones que en principio expresa el texto constitucional son las referidas a la prisión perpetua y por deudas (artículo 28 Const. Pol.), lo que parecería indicar su admisibilidad constitucional en las demás modalidades y eventos, pese a sus comprobados efectos devastadores en el ser humano. La cárcel, explica Ferrajoli,

[...] ha sido siempre, en oposición a su modelo teórico y normativo, mucho más que la 'privación de un tiempo abstracto de libertad'. Inevitablemente ha conservado muchos elementos de *aflicción física*, que se manifiestan en las formas de vida y de tratamiento, y que difieren de las antiguas penas corporales solo porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena (Ferrajoli, 1995: 412) (Cursiva textual).

Por tal motivo, aun cuando la prisión como pena (no perpetua ni por deudas)

⁷ De hecho, son muy escasos los pronunciamientos jurisprudenciales en concreto sobre este tema, al cual parece acudir en el control constitucional más como argumento retórico, para respaldar decisiones en las que el problema ha sido resuelto de manera previa acudiendo a otras reglas o principios. Al respecto, Corte Constitucional (2003a, 2003b).

pueda en abstracto considerarse constitucionalmente permitida, pese al alto grado de aflicción que conlleva, podría de todas maneras en un caso concreto configurar un trato cruel, inhumano o degradante, si las condiciones de su cumplimiento efectivo no satisfacen las exigencias mínimas de respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Como lo ha hecho constar el magistrado Palacio,

[...] los únicos dolores y sufrimientos que podrían estar justificados en el ordenamiento jurídico en un Estado social de derecho y una sociedad democrática, son los que provienen de sanciones que tengan una correspondencia con los estándares internacionales de DDHH, especialmente de las leyes que se dirigen a la protección de los individuos privados de su libertad (Corte Constitucional, 2015a).

El incumplimiento de tales exigencias es lo que ha llevado a la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, a declarar a las cárceles colombianas como un estado de cosas inconstitucional. Por ejemplo, en Corte Constitucional (1998), dijo la Corte:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición

del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.

Quince años después, (2013), la Corte Constitucional, entre otros aspectos, ratifica que:

[...] (i) los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada; (ii) las obligaciones de respeto, protección y garantía, derivadas de tales derechos, han sido incumplidas de forma prolongada; (iii) el Sistema ha institucionalizado prácticas claramente inconstitucionales, dentro de su funcionamiento cotidiano; (iv) hay una ausencia notoria de medidas legislativas, administrativas y presupuestales que se requieren con urgencia.

Luego, no cualquier privación de la libertad es aceptable como trato acorde con la exigencia constitucional de respeto a la dignidad humana.

Tampoco parece válido desde el punto de vista constitucional el incremento exorbitante de la duración de la pena de prisión o el recurso desmesurado a la prisión (en particular a la prisión preventiva), con el objetivo de presionar lo suficiente al imputado para que acepte su responsabilidad o llegue a un acuerdo con la Fiscalía,

a cambio de una rebaja de la pena, como ha sucedido en Colombia, entre otras, con las leyes 890 de 1994 y 1242 de 2007, la primera de las cuales ordenó para todos los delitos un incremento de la pena mínima en una tercera parte y del máximo en la mitad, argumentando la necesidad de unas penas lo suficientemente altas para un “buen funcionamiento” del sistema acusatorio, como se reconoce en la propia exposición de motivos, en la cual se afirma que

La razón que sustenta tales incrementos está ligada con la adopción de un sistema de rebaja de penas (materia regulada en el Código de Procedimiento Penal) que surge como resultado de la implementación de mecanismos de ‘colaboración’ con la justicia que permitan el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y, al mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan.

A tal efecto, se ha producido en Colombia un incremento desmesurado de las penas con el objetivo principal de constreñir al imputado a que renuncie al juicio y acepte los cargos por el temor de sufrir una pena de prisión extremadamente alta. En un Estado de derecho, sin embargo, la pena solo es aceptable como un medio para la prevención tanto de los delitos como de los castigos arbitrarios, y por ello su distribución no puede ir más allá del merecimiento del autor, en atención a la gravedad del hecho y a su culpabilidad. Por tanto, cuando se amenaza con una

pena que va más allá de lo que de manera razonable sea posible aceptar como una pena proporcional al delito cometido, con el objetivo de que el sujeto se allane a los cargos formulados, la pena se transforma en un mecanismo de tortura que en muy poco difiere de los ya denunciados por Beccaria (2011). En este caso la vulneración al principio de respeto a la dignidad humana no lo constituye propiamente la rebaja de penas por aceptación de cargos, ni los preacuerdos con la Fiscalía, sino que para ello se incremente la pena más allá de la pena proporcional (cualquiera que esta sea), pues en el fondo se amenaza al individuo con una pena injusta (que no merece) para obligarlo a aceptar su responsabilidad (sin excluir la posibilidad de que sea inocente) y así, luego de la rebaja de pena, terminar imponiendo –por lo menos es así en el caso colombiano– la pena que desde un comienzo hubiera correspondido. En este caso la amenaza en realidad opera como un nuevo tormento que permite la imposición de penas sin un juicio previo (Sotomayor Acosta, 2007).

b. Las penas prohibidas: pena de muerte, destierro, confiscación y prisión perpetua

La libertad de configuración del legislador colombiano en materia de penas ha sido limitada por el propio constituyente, que de manera expresa y absoluta consagró la prohibición de la pena de muerte, el destierro, la confiscación y la prisión perpetua.

- 1) *Prohibición de la pena de muerte.* La prohibición de esta pena no ha planteado

problema de interpretación alguno, debido muy seguramente a la claridad de la norma constitucional (artículo 11). Tal limitación se encuentra reforzada en virtud de la incorporación al ordenamiento jurídico colombiano del "Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte", adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989 y aprobado mediante la Ley 297 del 17 de julio de 1996. Al realizar el control constitucional previo y automático que rige en Colombia en materia de tratados internacionales, la Corte Constitucional resaltó:

[...] la muerte es una pena que desconoce la condición de persona del sancionado y destruye la propia credibilidad del Estado, pues la condena solo se reconoce como ejercicio legítimo de la coacción estatal cuando se ejerce con el máximo grado de garantías individuales y no se desconoce la dignidad del delincuente. En efecto, los derechos humanos implican que existen medios -como la tortura o la pena de muerte- que nunca pueden ser utilizados para defender el ordenamiento jurídico, por cuanto su utilización viola precisamente aquellos valores que hacen digno de defensa el ordenamiento (Corte Constitucional, 1997a).

- 2) *Prohibición de la pena de destierro.* El artículo 34 de la Const. Pol. prohíbe también la pena de destierro, cuya última consagración positiva en el orde-

namiento penal colombiano data del C. P. de 1890 (artículo 68). Esta pena ha sido definida por la Corte Constitucional como la "expulsión del territorio del Estado, de manera temporal o permanente, de una persona que ha cometido un delito" (Corte Constitucional, 2000a). Hasta la fecha esta prohibición solo ha planteado algunas dificultades en relación con los límites de la jurisdicción indígena, pues al resolver algunos casos en los que las autoridades indígenas tomaron la decisión de expulsar del respectivo resguardo a un infractor perteneciente a su comunidad, la Corte Constitucional había considerado que tales prácticas no encajaban en la prohibición constitucional del artículo 34, toda vez que "la pena de destierro solo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio, pero que no exhiben el carácter de Naciones" (Corte Constitucional, 1997c). No obstante, al decidir una acción de tutela en 2015 la Corte Constitucional varió dicho criterio, al considerar frente al mismo problema que la expulsión de un miembro de una comunidad indígena del territorio del respectivo resguardo es un acto materialmente equivalente a la pena de destierro y por tanto se encuentra prohibido por el artículo 34 Const. Pol. Según la Corte Constitucional (2015e),

[...] aun cuando es cierto que la expulsión de un indígena solo tiene efectos en el territorio de

su jurisdicción, es posible que ella adquiera la connotación y efectos de un verdadero destierro por comportar una exclusión definitiva del contexto que constituye el espacio vital de un individuo o de su familia, especialmente en aquellos casos en los que se trata de comunidades indígenas que conservan en mayor grado unos usos y costumbres propios. En estos eventos, la decisión sancionatoria bien podría estar comprendida dentro de lo que resulta realmente intolerable por atentar contra los bienes más preciados del ser humano.

- 3) *Prohibición de la pena de confiscación.* La pena de confiscación ha sido entendida por la jurisprudencia como el absoluto despojo de los bienes por un acto del Estado que se impone a título de pena, sin compensación alguna y sin que tales bienes tengan vinculación alguna directa con actividades ilícitas (Corte Constitucional, 2002c). Pese a que su prohibición también parece tener un carácter absoluto (artículo 34 Const. Pol.), podría plantear algunas dudas el hecho de que el mismo artículo posibilite que por sentencia judicial se declare la extinción de dominio "sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social".

La jurisprudencia constitucional ha diferenciado la confiscación tanto del comiso (artículo 100 C. P.) como de la figura de la expropiación (artículo 58 Const. Pol.) y de la extinción de

dominio (artículo 34 Const. Pol.). Respecto del comiso, entiende la Corte Constitucional que no se trata de una confiscación por cuanto, si bien es una pena, recae de manera exclusiva sobre "los bienes, objetos o instrumentos con los cuales se cometió la infracción y todas aquellas cosas o valores que provengan de la ejecución del delito" (Corte Constitucional, 1993a). Tampoco se ha entendido que la extinción de dominio constituya una forma de confiscación, al considerarse una figura autónoma, que no supone de manera necesaria la realización previa de un delito (artículo 18, Ley 1708 de 2014), por lo que a diferencia del comiso no puede ser entendida como una pena; aún más, ni siquiera es propiamente una limitación del derecho de propiedad, como ocurre con la expropiación, pues lo que se discute y declara es "la inexistencia del derecho a la propiedad debido a la ilicitud de los medios a través de los cuales este fue en apariencia adquirido" (Corte Constitucional, 1997b; Corte Constitucional, 2011b).

Tal como ha sido regulada en el ordenamiento jurídico colombiano (Ley 1708 de 2014) es cierto que la extinción de dominio no constituye propiamente una pena. Ahora bien, desde una perspectiva constitucional habría que entender que lo prohibido por el artículo 34 Const. Pol. es que el Estado de manera coactiva despoje a una persona de sus bienes, sin indemnización (a diferencia de la expropiación) y sin que los mismos se encuentren vinculados a la realización de actividades ilícitas

(a diferencia del comiso), independientemente de la denominación que se dé al acto como tal. Luego, para no configurar una forma camuflada de confiscación debe entenderse que la extinción de dominio presupone la vinculación de los bienes con el "enriquecimiento ilícito", el "perjuicio del tesoro público" o el "grave deterioro de la moral social" (artículo 34 Const. Pol.), lo que excluiría su aplicación respecto de bienes de origen y uso lícitos. Por este motivo resulta muy dudosa la constitucionalidad de las causales 9, 10 y 11 de la Ley 1078 de 2014, en las cuales se permite la extinción de dominio respecto de bienes de procedencia lícita, "mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia" (N.º 9); "cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa" (N.º 10); o, finalmente, "cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos" (N.º 11).

Es de resaltar que precisamente por el grado de incidencia que la acción de extinción de dominio puede acarrear en derechos fundamentales, la propia Corte Constitucional, en relevante decisión que supuso una variación del precedente jurisprudencial sobre el tema, declaró inconstitucional la falta de control judicial, por parte de un juez de garantías, de las medidas de intervención que realice la Fiscalía General de la Nación sobre los derechos fundamentales (i. e. allanamientos, interceptaciones de comunicaciones

y búsquedas en bases de datos), en desarrollo del procedimiento de extinción de dominio (cfr., Corte Constitucional, 2015c).

- 4) *Prohibición de la prisión perpetua*. El artículo 34 Const. Pol. prohíbe también de manera expresa la pena de prisión perpetua, lo cual en principio no parecería plantear mayores dificultades interpretativas. Aunque no hay pronunciamientos puntuales de la Corte Constitucional sobre el tema, la prohibición de la prisión perpetua suele entenderse como consecuencia de la interdicción constitucional de las penas crueles, inhumanas y degradantes, incompatibles con el principio de respeto a la dignidad humana (Corte Constitucional, 1993e). Y es que, en efecto, un derecho penal centrado en la persona presupone el derecho del individuo a la reintegración o readaptación social, pues la realización del ser humano no se agota en el hecho de existir, sino que involucra también el ser social, y en este sentido el Estado no debería imponer penas que excluyan la posibilidad de readaptación social. La existencia de este derecho explica, por un lado, la proscripción de ciertas penas como la de muerte, el destierro y la prisión perpetua, que de antemano resultan incompatibles con el mismo y, por otro, ciertas restricciones al contenido de la ejecución de las penas privativas de la libertad, con el fin de garantizar que de alguna manera el sujeto siga en contacto con el mundo externo. De ahí, en consecuencia, la previsión constitucional de que las penas

privativas de la libertad se orienten de manera esencial a la "reforma y la readaptación social" de los condenados, como lo establecen de manera expresa los artículos 10 numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), y 5 numeral 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ley 16 de 1972), los cuales integran el bloque de constitucionalidad (artículo 93 Const. Pol.), y las normas rectoras del derecho penal colombiano (artículo 2 C. P.).

La doctrina suele entender que el derecho a la reinserción social incluye dos exigencias (Cid Moliné, 1998): por una parte, que la duración de la pena no implique en la práctica la negación de las posibilidades de readaptación; y, por otra, que durante la ejecución de la pena no se anule la relación del condenado con el mundo externo. Luego, no se trata entonces de que conforme al texto constitucional la pena encuentre su justificación en la finalidad resocializadora y mucho menos que el Estado pueda imponer un tratamiento tendente a rehabilitar o resocializar al sujeto, lo cual sería, sin duda, inconstitucional por lesionar la libertad moral del condenado (Ferrajoli, 1995). Lo inaceptable desde el punto de vista constitucional es más bien que se imponga una pena que por su duración o ejecución le impide al sujeto reintegrarse a la sociedad.

Esto significa que la pena de prisión no puede durar para siempre (que es lo que al fin de cuentas significa la expresión "perpetua"), es decir, que debe no solo tener prevista una duración máxima, sino

una duración máxima que el sujeto pueda efectivamente cumplir y tener luego la oportunidad de reintegrarse a la sociedad. Lo primero conduce tanto a la prohibición de la prisión perpetua como de las penas de prisión que por su larga duración se tornan desde un comienzo incumplibles para todas las personas, pues en tales casos se está ante situaciones materialmente equivalentes: son penas que durarán para siempre. Cabe insistir, por tanto, en que la pena máxima de prisión prevista en la actualidad en los 60 años (artículo 31 C. P.), (solo para los casos de concurso de conductas punibles), obviamente no es compatible con la prohibición constitucional de la prisión perpetua, pues no existe ninguna expectativa real de que una persona sobreviva a un encierro carcelario de esta duración⁸.

⁸ Dado que, por una parte, según datos del Banco Mundial en Colombia la expectativa de vida para el período 2011-2015 se ha estimado en 74 años (cfr., <http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN>, consultado el 24/03/2016) y, por otra, el C. P. solo es aplicable a las personas mayores de 18 años. A pesar de ello la Corte Constitucional (1993f), avaló la constitucionalidad de las penas de 60 años previstas en ese momento en la Ley 40 de 1994, con el absurdo argumento de que "lo perpetuo es lo intemporal, esto es, lo que no tiene límites ni medidas en el tiempo, lo infinito, de tal suerte que tiene un comienzo, pero no un fin. La norma en comento tiene un límite temporal preciso y determinado; por lo tanto, no puede decirse que ella es perpetua" (cursivas agregadas; el argumento es tomado de otra sentencia (Corte Constitucional, 1993c) la cual de todas maneras declaró inexecutable, aun cuando por otros motivos, la totalidad de los artículos del Decreto 709 de 1993). Dicho argumento se cae de inmediato de su peso, pues según ello una pena máxima de cien o doscientos años no sería perpetua pues tiene un límite temporal "preciso y determinado".

Aún más, como no se trata de que el sujeto salga simplemente a morir fuera de la cárcel sino de que se reintegre a la sociedad, la pena de prisión debe tener una duración razonable, de manera que la persona pueda no solo cumplirla sino también vivir de nuevo en sociedad; y si bien en este caso la fijación de dicho límite corresponde de manera exclusiva al legislador, su actividad se encuentra de todas maneras limitada por la prohibición constitucional de exceso punitivo (Corte Constitucional, 1993e; Corte Constitucional, 2002d), conforme a las exigencias de un trato humano y digno.

c. *La prohibición de la prisión por deudas*

La prohibición de la prisión por deudas (artículo 28 Const. Pol.) parece estar avalada por el principio de intervención mínima y más concretamente por el carácter fragmentario del derecho penal, según el cual el derecho penal solo debe utilizarse frente a las más graves afectaciones a los bienes jurídicos y siempre que no haya mecanismos menos drásticos e igualmente efectivos. El injusto penal presupone *algo más* que un ilícito extrapenal (Díez Ripollés, 1991), dado que se trata de utilizar precisamente el más grave y odioso de los mecanismos punitivos a cargo del Estado y, por tanto, acudir a la pena ante impago de una deuda se presume en todo caso desproporcionado.

Lo anterior plantea algunas dificultades de interpretación en el caso de impago de la pena de multa, dado que el artículo 40 C. P. permite su conversión en arresto

progresivo. En diferentes oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este punto en el sentido de entender que no se contraría la norma constitucional, puesto que "la multa se impone –y se convierte en arresto– no por el incumplimiento de obligaciones contractuales que es lo que prohíbe la norma superior, sino en razón del resarcimiento por la lesión que se haya inferido al orden social al no cumplirse con la pena principal impuesta –la multa–" (Corte Constitucional, 1996b). Se ha considerado, igualmente, que el "juicio de reprochabilidad de una específica conducta corre el riesgo de tornarse en pauta no obligatoria de conducta, si a la conducta desviada y a la elusión de su respectiva sanción no sigue consecuencia adversa alguna" (Corte Constitucional, 1994).

Entender que el artículo 28 constitucional, cuando se refiere a la proscripción de la privación de la libertad por "deudas" se refiere solo a deudas civiles o contractuales, es algo que resulta a todas luces discutible, pues una deuda no es cosa distinta a la obligación de pagar algo a otro; en este punto la Constitución colombiana, acorde con lo establecido en el numeral 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1072), establece una prohibición mucho más amplia que la prevista en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (Ley 74 de 1968), según el cual "nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual". Lo que la Constitución y la Convención Americana prohíben es algo más que la prisión por un incumplimiento

contractual: es la prisión por *deudas*, cualquiera sea el origen de la misma. Y es que, en efecto, cuando se impone una pena de multa surge para el condenado la obligación de pagar al Estado una suma de dinero, esto es, adquiere una deuda; solo que en este caso dicha deuda no tiene un origen contractual sino la imposición de una sanción. Y si bien es cierto que el Estado tiene derecho a asegurar la efectividad de sus sanciones, eso no significa que lo pueda hacer de cualquier manera; en el caso de la multa, además de su posible amortización por plazos o mediante trabajo (artículo 39 C. P.), existe siempre la posibilidad de que el Estado acuda al cobro de ejecución coactiva prevista en el artículo 41 C. P.

La constitucionalidad de la conversión de la pena de multa en arresto progresivo puede ser discutida, además, desde otros puntos de vista: en primer término, es contradictorio que en razón de la menor gravedad del hecho el legislador decida castigar la comisión de un delito con la pena de multa, pero luego esta pueda ser sustituida por la pena más drástica, que es la privativa de la libertad. Además, parece configurar un caso de infracción del principio de subsidiariedad interna, pues ya la propia ley penal prevé otros mecanismos menos drásticos (amortización mediante trabajo y ejecución coactiva) para el caso de impago de la multa. Y, finalmente, la falta de recursos económicos para pagar la multa no legitima una pena privativa de la libertad, pues sería directamente un derecho penal clasista por cuanto las personas de menor capacidad económica tendrían, por esa sola condición, mayores

posibilidades de ser privados de la libertad, lo que implicaría un tratamiento desigual no justificado⁹, contrario al artículo 13 Const. Pol.

De igual manera, tampoco parece constitucionalmente admisible condicionar el acceso a ciertos derechos y beneficios frente a la privación de la libertad, al pago de la multa o a la reparación de los perjuicios, pues de nuevo aquí la única razón para que el sujeto permanezca privado de la libertad sería el no pago de la deuda (con mayor razón si se trata de la indemnización de perjuicios).

d. La prohibición de penas y medidas de seguridad imprescriptibles

El artículo 28 Const. Pol. prevé también como restricción al poder sancionador del Estado la prohibición de imprescriptibilidad, tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Con la referencia a estas últimas se zanjó del todo el debate que en vigencia de la Constitución de 1886 (que solo aludía a la imprescriptibilidad de las penas) y del C. P. de 1980 ocupó a la doctrina y a la jurisprudencia de la época, en relación con la constitucionalidad o no de la duración indeterminada de las medidas de seguridad previstas para los sujetos declarados como inimputables¹⁰, asunto sobre el que en su momento se pronunció de forma negativa la Corte Constitucional,

⁹ Distinto sería que hubiese fraude por parte del condenado, pues en tal caso no se trataría ya del no pago por incapacidad económica sino de la elusión del mismo.

¹⁰ Un análisis de dicho debate, en Agudelo (1984) y más ampliamente en Sotomayor Acosta (1996).

al considerar que unas medidas de seguridad indeterminadas serían imprescriptibles¹¹. Luego, hoy en día no existe duda alguna de que tanto las penas como las medidas de seguridad, inclusive cuando son aplicadas a sujetos declarados inimputables, se encuentran sometidas a la prohibición de imprescriptibilidad.

Esta misma interpretación ha llevado a la Corte Constitucional a entender que no puede haber tampoco sanciones indeterminadas o perpetuas en general, inclusive las de carácter disciplinario y de policía¹².

Los problemas de interpretación de esta prohibición se centran hoy en dos puntos: el primero es el de si la prohibición constitucional se refiere solo a la imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad (artículo 88 C. P.), o si la misma cubre también la de la acción penal (artículo 83 C. P.); el segundo se refiere al impacto que en dicha norma ha tenido la incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de tratados internacionales que prevén la imprescriptibilidad de algunos delitos, como es el caso de aquellos de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI).

La Corte Constitucional, aunque con matices relevantes, ha optado por entender que tal prohibición se refiere solo a la imprescriptibilidad de las sanciones, es

decir, no a las posibilidades de persecución del delito, por cuanto considera que el artículo 28 constitucional busca proteger la libertad personal frente a la actividad punitiva *material* del Estado, a efectos de lo cual condiciona los actos de las autoridades encargadas de hacer cumplir las decisiones a través de las cuales el Estado hace efectiva la privación de la libertad de alguien (Corte Constitucional, 2002b; Corte Constitucional, 2011c). Toda privación de la libertad presupone, salvo contadas excepciones (como la captura administrativa y la flagrancia), una decisión judicial previa, por lo que en opinión del alto tribunal: "mientras no exista una sentencia condenatoria, una medida que ordene una detención preventiva, o una captura, no se puede afirmar que hay una resolución estatal que constituya el título mediante el cual el Estado pueda afectar materialmente la libertad individual de una persona" (Corte Constitucional, 2002b). De aquí deduce la Corte que solo la imprescriptibilidad de la sanción (pena y medida de seguridad) se encuentra cubierta por la prohibición constitucional, por cuanto "la prescripción de la acción penal no puede concebirse como un mecanismo de protección frente a la libertad personal salvo que una autoridad judicial haya proferido una resolución que tenga la potencialidad de afectar materialmente la libertad personal de un individuo determinado" (Corte Constitucional, 2002b). En este último caso procede entonces una ponderación de competencia exclusiva del legislador que, en últimas, es a quien corresponde en principio dictar la regla sobre la prescripción de la acción penal (Corte Constitucional, 2002b).

¹¹ Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional (1993b), siendo además recogido por el vigente C. P. de 2000, al fijarle límite máximo a la duración de las medidas de seguridad aplicables al inimputable (artículos 70, 71, 72 y 76 C. P.).

¹² Véase, entre otras, Corte Constitucional (2000a, 2000b, 2001a, 2008).

Pese a la finura y coherencia de esta argumentación, es discutible la premisa a partir de la cual se construye: que el artículo 28 se dirige a las autoridades encargadas de materializar la privación de libertad de una persona. En efecto, dicha norma parece dirigida también al legislador, por ejemplo, al momento de establecer los límites y controles de la captura, la prisión preventiva o la pena misma, pues de esa manera también se afecta el derecho fundamental a la libertad; cabe recordar que también en la fase de indagación de un delito, aun cuando todavía no exista una imputación contra una persona determinada, la autoridad realiza actos de investigación contra personas *indiciadas*, entre ellos, registros y allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones (en general, artículos 213 a 245, Ley 906 de 2004); luego, desde el punto de vista constitucional resulta coherente entender la prohibición de imprescriptibilidad como un mecanismo orientado a garantizar la libertad personal en general y a evitar la instrumentalización del individuo, punto de vista desde el cual el problema de la prescripción de la acción penal resulta también relevante, pues, sin duda, ante una indagación indefinida existe siempre la posibilidad real de que a efectos de evitar el menoscabo del fin preventivo en virtud de la falta de prontitud y certeza de la pena (Beccaria, 2011), dicha amenaza tenga que concretarse en algún momento en alguien, con el riesgo de que la persona simplemente sea instrumentalizada como ejemplo de retribución del sistema penal (Nanzer, 2009), al tiempo que, además, se desconocen también las exigencias del

debido proceso, en particular el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas (Pastor, 2004), y la seguridad jurídica.

En definitiva, lo correcto desde el punto de vista de la exigencia constitucional de respeto a la dignidad humana parecería indicar que la prohibición de imprescriptibilidad se refiere tanto al ejercicio de la acción penal como a las sanciones propiamente tales, lo cual obliga al legislador a establecer entonces un plazo razonable y proporcional de prescripción en ambos casos (Corte Constitucional, 1995). Solo cabe admitir como tratamiento diferencial, el derivado de la incorporación al derecho interno de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular el Tratado de Roma (Ley 742 de 2002), la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (Ley 707 de 2001) y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Ley 1418 de 2010), entre otros. La incorporación de estos tratados, sin dudas, ha influenciado de manera notable la jurisprudencia constitucional, de lo cual ha salido como resultado después de superado el control constitucional previo, una compleja regulación de las posibilidades de prescripción o no de los delitos de competencia de la CPI y muy en particular del delito de desaparición forzada, que podría resumirse de la siguiente manera:

- a) De conformidad con la sentencia C-578 de 2002, el artículo 29 del Estatuto de Roma, según el cual "Los crímenes de competencia de la Corte no pres-

cribirán”, constituye un tratamiento diferente al interno (artículo 28 Const. Pol.), lo cual, de conformidad con el Acto Legislativo 02 de 2001, significa que se está en presencia de una regulación aplicable exclusivamente en el ámbito de competencia de la CPI, sin que modifique o cambie la legislación interna. Por tanto:

“Tal tratamiento especial solo será aplicable por la Corte Penal Internacional cuando ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito según las normas jurídicas nacionales” (Corte Constitucional, 2002a).

- b) En el caso exclusivo del delito de desaparición forzada, en razón de lo previsto en la Convención interamericana sobre esta materia, el tratamiento es diferente, pues frente a la pena rige la misma prohibición constitucional de imprescriptibilidad, pero en lo que tiene que ver con la acción, la misma puede ser tanto prescriptible como imprescriptible¹³: sería prescriptible desde el momento en que la investigación se dirige en concreto contra sujetos individualizados, ya que la tensión entre los derechos del procesado y los de las víctimas y de la sociedad en general, se resuelve imponiendo un término de investigación y juzgamiento, en razón de la afectación que representa

la existencia de un proceso contra los sujetos implicados. Pero la acción es imprescriptible cuando no se haya vinculado al proceso a persona alguna, pues en tal evento la ponderación se resuelve en favor de los intereses que avalan el castigo de este delito (Corte Constitucional, 2011c).

CONCLUSIONES

A pesar de las dificultades existentes en la determinación del contenido de la dignidad humana como norma constitucional, la jurisprudencia constitucional permite derivar un contenido mínimo que permita limitar la potestad del Estado de castigar. Esta construcción conceptual debe abandonar la intención de ciertos ámbitos de la doctrina penal que pretenden derivar de la dignidad humana todos los límites al poder punitivo, convirtiéndola en una herramienta inútil por su volatilidad. Por el contrario, se propone una versión que, aunque discursivamente menos poderosa, logra determinar el contenido del derecho constitucional a la dignidad humana en materia penal, buscando que los mismos tengan una aplicación práctica más allá de la retórica liberal/ilustrada que ha enmarcado a las garantías penales.

El presente artículo muestra cómo de la dignidad humana pueden derivarse diversos contenidos, vinculados con otras normas constitucionales. En primer lugar, está la prohibición general de la tortura, los tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes. En segundo lugar, se encuentra la prohibición explícita de ciertas formas de castigo, concretamente, de la

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2011, citada.

pena de muerte, destierro, confiscación y prisión perpetua. En tercer lugar, se encuentra la prohibición de la prisión por deudas; y, finalmente, se encuentra la prohibición de penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Estos cuatro límites al poder punitivo derivados de la Constitución tienen una aplicación directa a través de las herramientas de control constitucional concentrado y difuso establecidas en el ordenamiento colombiano; de igual manera sirven como herramientas de interpretación en las decisiones de los jueces, especialmente de aquellos encargados de vigilar la ejecución de la pena.

Si bien la propuesta de este artículo puede representar una limitación de otros discursos sobre la dignidad humana, la precisión agregada a través de estos cuatro contenidos implica una mayor capacidad garantista para un derecho cuya caracterización ha sido bastante elusiva para la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, el trabajo realizado reconoce, además, las limitaciones propias de la definición de un derecho constitucional ligado a cierta codificación positiva, con lo cual advierte que el trabajo de construcción de la dignidad humana es menos un asunto de una axiología universal prepositiva, y más un problema de política criminal ligada al texto constitucional y a las interpretaciones jurisprudenciales.

REFERENCIAS

Agudelo Betancur, N. (1984). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Bogotá: Temis.

Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.

Beccaria, C. (2001). *De los delitos y de las penas* (edición bilingüe a cargo de P. Andrés Ibáñez). Madrid: Trotta.

Berlin, I. (2003). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza.

BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Borja Jiménez, E. (1992). Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el anteproyecto de código penal de 1992. *Nuevo Foro Penal*, (57), 349-368.

CEPEDA, M. J. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.

Cid Moliné, J. (1998). Derecho a la reinserción social (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos). *Jueces para la Democracia*, (32), 36-49.

Corte Constitucional (1993a). Sentencia C-076. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1993b). Sentencia C-176. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1993c). Sentencia C-275. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional (1993d). Sentencia C-530. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1993e). Sentencia C-591. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1993f). Sentencia C-565. M. P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional (1994). Sentencia C-041. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1995). Sentencia C-345. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1996a). Sentencia C-022. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (1996b). Sentencia C-628. M. P. Hernando Herrera Vergara.

- Corte Constitucional (1997a). Sentencia C-144. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (1997b). Sentencia C-374. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional (1997c). Sentencia T-523. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional (1998). Sentencia T-153. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional (1999). Sentencia C-079. M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.
- Corte Constitucional (2000a). Sentencia C-110. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional (2000b). Sentencia C-1444. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional (2001a). Sentencia C-046. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional (2001b). Sentencia C-093. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (2002a). Sentencia C-578. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional (2002b). Sentencia C-580. M. P. Rodrigo Escobar Gil
- Corte Constitucional (2002c). Sentencia C-764. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional (2002d). Sentencia C-939. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional (2002e). Sentencia T-881. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional (2003a). Sentencia C-205. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional (2003b). Sentencia C-804. M. P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional (2008). Sentencia C-290. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional (2011a). Sentencia C-399. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2011b). Sentencia C-459. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional (2011c). Sentencia C-620. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional (2013). Sentencia T-388. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional (2015a). Sentencia C-143. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional (2015b). Sentencia T-762. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional (2015c). Sentencia C-516. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional (2015d). Sentencia T-099. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional (2015e). Sentencia T-300. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
- Díez Ripollés, J. L. (1991). La categoría de la antijuridicidad en derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), 715-790.
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). *Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (trad. P. Andrés Ibáñez y otros) Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2008). Sobre los derechos fundamentales. En L. Ferrajoli (Ed.), *Democracia y garantismo* (pp. 42-59). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011a). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. *Teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011b). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. *Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Gallego García, G. M. (2005). Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana. En F. Velásquez (Ed.), *Derecho penal liberal y dignidad humana, Libro Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez* (pp. 245-272). Bogotá: Temis.
- Lopera Mesa, G. P. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Luzón Peña, D.-M. (2012). *Lecciones de derecho penal, parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho penal, parte general*. 8ª edición. Barcelona: Reppertor.
- Nanzer, A. (2009). La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo. En D. R. Pastor (Dir.) y N. Guzmán (Coord.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos* (pp. 353-376). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Nino, C. S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel.
- Pastor, D. (2004). Acerca del derecho fundamental a un plazo razonable de duración del proceso penal. *Jueces para la Democracia*, (49), 51-65.
- Prieto Sanchís, L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Quinche Ramírez, M. F. (2012). *Derecho constitucional colombiano: de la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez Garavito, C. A. (2007). Derecho a la igualdad. En H. López y R. Posada, *Manual de Constitución y democracia. Volumen 1. De los derechos* (pp. 189-204). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? (Traducción de I. Ortiz de Urbina Gimeno). En R. Hefendehl (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmáticos?* (pp 443-458). Madrid: Marcial Pons.
- Sotomayor Acosta, J. O. y Tamayo Arboleda, F. L. (2017). Dignidad humana y Derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del C.P. colombiano. *Revista de Derecho*, (48), 21-53.
- Sotomayor Acosta, J. O. (1996). *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá: Temis.
- Sotomayor Acosta, J. O. (1999). Garantismo y derecho penal en Colombia. *Jueces para la Democracia*, (35), 92-98.
- Sotomayor Acosta, J. O. (2007). Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. *Nuevo Foro Penal*, (71), 3-66.
- Velásquez V., F. (2009). *Derecho penal parte general*, 4ª edición. Bogotá: Comlibros.
- Von Hirsch, A. (2007). El concepto del bien jurídico y el 'principio del daño'. En R. Hefendehl (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmáticos?* (pp. 33-90). Madrid: Marcial Pons.
- Zaffaroni, E. R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ediar.

*El olvido del derecho. Desprotección legal de las personas mayores de hoy y del mañana en Colombia**

Lucas Correa Montoya**
Laura Tatiana Rodríguez Parra***
Camila Suárez Ángel****
Juan Camilo Rúa Serna*****

Recibido: 7 de julio de 2016 • Aprobado: 4 de agosto de 2017
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a2>

RESUMEN

Desde la Primera Asamblea Mundial sobre Envejecimiento (1982), las personas mayores empezaron a ocupar un lugar en la agenda internacional, producto de una creciente preocupación por los retos que implica el envejecimiento poblacional. Desde entonces, numerosos instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales, han procurado garantizar sus derechos. A partir de una estrategia de investigación documental y de un ejercicio de interpretación jurídica sistemática, el texto describe dichas fuentes de derecho. Al encontrar que la protección ha sido dispersa e insuficiente, se plantean los retos a afrontar para una protección efectiva de los derechos de las personas mayores de actuales y futuras generaciones.

Palabras clave: Derechos humanos; personas mayores; vejez; envejecimiento.

-
- * Este artículo es producto de la investigación "Vejez, envejecimiento y conflicto armado", enmarcada en el Convenio de asociación 1131 del 2016 entre la Fundación Saldarriaga Concha y la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, cuyo objeto es generar, divulgar y apropiar conocimiento que le permita al Estado y a la sociedad colombiana aportar a la reparación de las víctimas del conflicto armado con enfoque de envejecimiento y vejez. Las opiniones aquí expresadas son exclusivas de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de la Fundación Saldarriaga Concha, de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas o de cualquier entidad, pública o privada, con la que llegaren a estar vinculados.
- ** Abogado de la Universidad de Medellín, LL. M en Derecho Internacional y Derechos Humanos de la American University, magíster en Planeación Urbana y Regional de la Pontificia Universidad Javeriana. Ex-becario del Programa de Discapacidad y Derechos Humanos de Open Society Foundations. Actual Director de Investigaciones del Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DesCLAB) www.desclab.com. Correo electrónico: lc Correa@desclab.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4155-9885>.
- *** Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Actual coordinadora nacional de asistencia legal a migrantes en Opción Legal, Bogotá. Correo electrónico: laurodpa@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8465-851X>
- **** Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Colombia, actual funcionaria de la Unidad para la Atención y Reparación a las Víctimas, Bogotá. Correo electrónico: suarez.camila@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2822-7728>.
- ***** Abogado de la Universidad de Antioquia y politólogo de la Universidad Nacional de Colombia, estudiante de la Maestría en Ciencia Política de la Universidad de los Andes. Investigador Asociado del Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DesCLAB), Bogotá. Correo electrónico: juancamiloruas@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3877-168X>.

The Oblivion of Law. Legal Vulnerability of the Elders of Today and Tomorrow in Colombia

ABSTRACT

Since the First World Assembly on Aging (1982), older people have been on the international agenda as a result of a growing concern about the challenges of population aging. Since then, numerous national and international legal instruments have sought to guarantee their rights. Based on a documentary research strategy and a systematic legal interpretation exercise, the text describes these sources of law. Finding that protection has been scattered and insufficient, the challenges to be faced for effective protection of the rights of the elderly of current and future generations are presented.

Keywords: human rights; elders; aging; old age.

O esquecimento do direito. Desproteção legal dos idosos de hoje e de amanhã na Colômbia

RESUMO

A partir da Primeira Assembleia Mundial sobre Envelhecimento (1982), os idosos começaram a ocupar um lugar na agenda internacional, produto de uma crescente preocupação pelos desafios que o envelhecimento populacional implica. Desde então, numerosos instrumentos jurídicos, nacionais e internacionais, buscaram garantir seus direitos. A partir de uma estratégia de pesquisa documental e de um exercício de interpretação jurídica sistemática, o texto descreve tais fontes de direito. Ao descobrir que a proteção tem sido dispersa e insuficiente, apresentam-se novos desafios a encarar para uma proteção efetiva dos direitos dos idosos das gerações atuais e futuras.

Palavras-chave: Direitos humanos; envelhecimento; idosos; senilidade.

INTRODUCCIÓN

Para 2050, habrá cerca de 2000 millones de personas mayores de 60 años en el mundo, quienes representarán el 21% de la población global. Este incremento será más rápido en países en desarrollo y proporcionalmente más robusto: allí la población mayor se cuadruplicará en los próximos 50 años (Naciones Unidas, 2002). Tal es el caso de Colombia, en donde la proporción de este grupo poblacional viene aumentando significativamente, en especial en las zonas urbanas. Para el 2050, más de 14 millones de colombianos tendrán 60 años o más, pasando de representar el actual 10 al 23% de la población (Flórez, Villar, Puerta y Berrocal, 2015). Esta transición demográfica no es uniforme y cuenta con particularidades de acuerdo con el sexo y con la edad. El grupo de personas mayores estará compuesto preponderantemente por mujeres: se estima que habrá 127 mujeres mayores por cada 100 hombres mayores; y, a su vez, quienes tengan 80 años o más tendrán un peso significativo en su conformación: a 2050 habrá 17 veces más personas de este segmento etario de las que había en 1985 (Flórez *et al.*, 2015).

Este panorama de futuro hace que el envejecimiento de la población y la garantía progresiva de los derechos humanos sean temas de la mayor relevancia. Sin embargo, no se cuenta con una protección jurídica eficaz de los derechos de las personas mayores de actuales y futuras generaciones. Los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales con los que cuenta el país no dan una respuesta

integral a las necesidades de una sociedad que envejece, ni brindan garantías claras y efectivas a las personas mayores. Continúa primando una visión de presente en la identificación de violaciones de sus derechos. Además, no se cuenta con una perspectiva de curso vital en la aplicación del principio de progresividad de los derechos humanos.

En este contexto, este artículo describe y analiza, desde una perspectiva crítica, instrumentos de derecho nacional e internacional orientados a la protección de las personas mayores, con el objetivo de brindar tanto a la academia como a la sociedad colombiana elementos de análisis que contribuyan a una protección integral. Para ello, se partió de una estrategia de investigación documental —mediante la cual se revisaron y sistematizaron cuerpos normativos nacionales e internacionales— que se articuló con un ejercicio de interpretación jurídica sistemática. Esta combinación metodológica permitió, por una parte, hacer una identificación de la situación jurídica actual de las personas mayores en el contexto legal nacional e internacional y, por otra, hacer una revisión crítica de la protección así articulada.

Así las cosas, en primer lugar, se hará referencia a la normativa internacional sobre este tema en el sistema universal y en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, realizando un especial análisis del Sistema Interamericano. En segundo lugar, se abordará lo pertinente al nivel nacional, específicamente, en lo que se refiere a la protección que ha brindado la Corte Constitucional. Finalmente,

se ofrecen unas conclusiones sobre la dirección que debe tomar la protección a las personas mayores de actuales y futuras generaciones en Colombia.

1. ***LAS PERSONAS MAYORES DE ACTUALES Y FUTURAS GENERACIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS***

El panorama internacional presenta un déficit de protección de los derechos de las personas mayores cuando se les compara con otros grupos poblacionales que cuentan con instrumentos jurídicos vinculantes relacionados con las garantías de sus derechos humanos, como sucede con las mujeres (Naciones Unidas, 1979), los niños y las niñas (Naciones Unidas, 1989), las personas con discapacidad (Naciones Unidas, 2006; OEA, 1999) y los integrantes de comunidades indígenas (Naciones Unidas, 2007). Las personas mayores no disponen de un instrumento específico de esta naturaleza (Doron y Apter, 2010), ni al nivel universal ni al regional¹, a pesar de que sus necesidades de protección especial están en la agenda desde hace más de veinte años. Ya en 1982, la Asamblea Mundial de Viena sobre el Envejecimiento alertaba sobre la necesidad de que las sociedades reaccionen ante los retos que plantea el envejecimiento y atiendan a las necesidades de las personas mayores (Naciones Unidas, 1982).

¹ Es preciso recordar que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores no ha entrado en vigor a la fecha de elaboración de este texto (mayo del 2016). De hecho, ningún Estado la ha ratificado y únicamente la han firmado Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay.

Como se verá, la actual protección internacional de los derechos humanos de las personas mayores se nutre de las referencias directas e indirectas contenidas en disposiciones tanto del Sistema Universal como de instrumentos regionales, de tal manera que a pesar de no existir una convención o declaración integral vinculante, sí existen obligaciones internacionales para el Estado colombiano; de igual forma, los pronunciamientos de diversos órganos sobre este grupo poblacional han resultado valiosos para la protección integral de sus derechos. No obstante, la dispersión de dichas obligaciones internacionales hace que la protección provista sea, en muchos casos, insuficiente.

1.1 ***Panorama de los derechos de las personas mayores en el Sistema Universal de derechos humanos***

Ante la ausencia de un instrumento universal que regule sistemáticamente los derechos de las personas mayores de actuales y futuras generaciones, solo es posible encontrar una protección parcial, que se manifiesta a través de disposiciones dispersas en diversos tratados y en la jurisprudencia de algunos mecanismos de Naciones Unidas. Como lo han indicado algunos organismos (Huenchuan, 2013), dichas referencias son, en principio, indirectas y limitadas a problemáticas de seguridad social y de calidad de vida. Así sucede, a título de ejemplo, con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), que prevé, en su artículo 25, los derechos a un nivel de vida adecuado y al aseguramiento en caso de vejez o pérdida de los medios de subsistencia por causas

ajenas a la propia voluntad (Naciones Unidas, 1948).

Otros tratados, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), ni siquiera hacen consagraciones parciales sobre las personas mayores o las que envejecen, dado que o no se abordan temáticas relacionadas con la seguridad social, como en el primero (Naciones Unidas, 1966a), o las enunciaciones son demasiado genéricas en términos poblacionales, como en el segundo. De hecho, para el PIDCP la edad solo es relevante de cara a la protección de los niños, niñas y jóvenes frente a la prisión y la pena de muerte y para la determinación de la edad matrimonial (Correa Montoya, 2015).

Cláusulas *de igualdad y no discriminación*

Una cuestión fundamental a examinar es el papel de las cláusulas de igualdad y no discriminación por razones de edad en los tratados internacionales de derechos humanos. En algunos de ellos la edad no es considerada, en principio, un criterio prohibido de discriminación. Así ocurre en los instrumentos que conforman la carta internacional de derechos humanos: tanto la DUDH como el PIDCP y el Pidesc prohíben la discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra naturaleza, origen nacional o posición económica. Sin embargo, la edad, a pesar de ser un factor de discriminación, quedó invisibilizada en la cláusula residual de "cualquier otra condición".

Algunos de los organismos que supervisan la aplicación de estos instrumentos han manifestado posturas divergentes. Para el Comité de Derechos Humanos (2001), la discriminación por razones de edad está proscrita por el artículo 26 del PIDCP mediante la referencia a "cualquier otra condición social". Por su parte, el Comité de Derechos Económicos (1995) defiende la tesis de que, en general, esta discriminación no está prohibida por el Pidesc, aunque resulte cada vez más inaceptable desde el punto de vista de numerosos instrumentos normativos, y su aplicación sea cada vez más limitada.

La situación es similar en diversos instrumentos al nivel internacional en cuyas cláusulas generales de igualdad y no discriminación no se hace referencia expresa a la discriminación por razón de edad. Ni el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ni el 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) prevén explícitamente la edad como factor prohibido de discriminación. El último caso resulta especialmente relevante, pues no se está dimensionando adecuadamente la complejidad de las intersecciones de la discriminación, y en especial la confluencia entre la exclusión por motivos de discapacidad y edad. Una definición de discriminación que no se pronuncie sobre dicha intersección de factores desconoce que, como consecuencia de los adelantos científicos, las personas con discapacidad viven más años, llegando a ser personas mayores; pero, además, desconoce la correlación (que no causalidad) que existe entre la vejez y la discapacidad (Díaz *et al.*,

2015). La CDPD, de hecho, solo consagra disposiciones sobre las personas mayores con discapacidad en lo relacionado con la salud (artículo 25), la calidad de vida y la protección social (artículo 28), limitando la protección de sus derechos humanos a una mirada prestacional. De esta manera el patrón normativo de la DUDH se repite cerca de 50 años después en la CDPD, pues la vejez se liga solo al derecho a la seguridad social y a la salud.

Jurisprudencia de los Comités de Naciones Unidas

Como se ha evidenciado, los comités de supervisión de los distintos tratados de derechos humanos han sido fundamentales para avanzar en el reconocimiento de los derechos de las personas mayores, lo que se ha manifestado no solo a través de las discusiones en torno a la discriminación en razón de la edad. Estos organismos han emitido una serie de recomendaciones sobre los alcances y retos de los derechos protegidos por los instrumentos internacionales. Así, varios documentos del Comité del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) contienen información relevante para las personas mayores: la Observación General N.º 14 de 2000, enfocada en el derecho a la salud; la N.º 19 de 2008, sobre el derecho a la seguridad social y la N.º 20 de 2009, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

Entre todos estos pronunciamientos, el más completo análisis de los derechos de las personas mayores (Rodríguez-Pinzón y Martín, 2004) es, precisamente,

la Observación General 6, proferida por el Comité DESC en 1995. Allí se hacen siete recomendaciones principales a los Estados parte, con el objetivo de que estos avancen hacia una realización progresiva de los derechos de los mayores de sesenta años, en temas relacionados con igualdad, trabajo, seguridad social, protección social, salud física y mental, educación, entre otros.

El Comité de la Cedaw también ha hecho importantes aportes al entendimiento de los derechos de las mujeres mayores, a través de la Recomendación General N.º 27, en donde se abordan temas de diversa índole, relacionados con estereotipos, violencia, participación en la vida pública, educación, trabajo, familia y prestaciones sociales (Comité Cedaw, 2010). Allí se pone de presente la discriminación a la que han estado expuestas las mujeres que llegan a la vejez, las cuales no solo viven el envejecimiento de distinta manera, sino que las desigualdades de género presentes en el curso vital se intensifican en la vejez. Entran en juego normas culturales con fuertes arraigos, así como desequilibrios en la distribución de los recursos y restricciones a la hora de acceder a servicios básicos (Comité Cedaw, 2010). Se reconoce allí, además, la intersección entre vejez y discapacidad, y lo que de ello puede derivarse, en términos de violencia contra la mujer. Esta situación genera la obligación en cabeza de los Estados de adoptar normas que reconozcan dicha violencia y la prohíban.

La problemática de la violencia en contra de las personas mayores, en términos

Tabla 1. Observación General 6

#	Tema	Recomendación
1	Igualdad hombre-mujer	Se busca una especial atención a las mujeres mayores, pues se encuentran especialmente desprotegidas económicamente. El Estado debe asegurar prestaciones de vejez no contributivas que atiendan a la realidad de informalidad en la que se encuentran las mujeres en el curso de su vida.
2	Derecho al trabajo	Se deben adelantar medidas para evitar la discriminación en razón de la edad en los ámbitos laborales.
3	Seguridad social	Se deben establecer regímenes generales de seguros de vejez obligatorios, acompañados de regímenes de edad de jubilación flexible y prestaciones no contributivas.
4	Protección a la familia	Se debe apoyar y fortalecer a las familias para que atiendan a las personas mayores que las conformen; de igual forma, brindar especial protección a las personas mayores que viven solas o en pareja y procurar que permanezcan en sus hogares.
5	Nivel de vida adecuado	Las personas mayores deben tener acceso a alimentación, vivienda, vestuario,
6	Salud física y mental	Se deben promover hábitos de vida saludable, reforzando la medicina preventiva y de rehabilitación e invirtiendo en salud durante todo el ciclo de vida.
7	Educación y cultura	Se debe promover la educación en dos sentidos: asegurando el derecho de las personas mayores a beneficiarse de los programas educativos y aprovechando su conocimiento y experiencia en favor de las generaciones más jóvenes.

Fuente: elaboración propia a partir de Comité DESC (1995)

generales, fue abordada por la Observación General N.º 2 del Comité contra la Tortura, en la que se señaló que hay personas y grupos que son más vulnerables a sufrir torturas y malos tratos a casusa de su discriminación o marginación social. Los Estados tienen la obligación de brindarles protección frente a las conductas prohibidas por la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (CAT). Un caso de especial atención es el de las

personas mayores privadas de la libertad: los Estados deben impedir la tortura y malos tratos en contra de quienes se encuentren reclusos en centros penitenciarios (Comité contra la Tortura, 2008).

A la par de los avances logrados por los comités de supervisión, se han emitido otros instrumentos de derecho blando que, aunque carecen de fuerza vinculante, resultan relevantes para el envejecimiento y la vejez en el marco del

derecho internacional. Tal el caso de la Resolución 46 de 1991 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conocida como los *Principios de las Naciones Unidas*

en favor de las personas de edad, en donde se alienta a los Estados a incluir en sus programas cinco principios básicos, que se resumen a continuación:

Tabla 2. Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad

Principio	Contenido
<i>Principio de independencia</i>	La acción de los Estados debe dirigirse a la construcción de garantías para que las personas mayores puedan decidir sobre su destino económico y laboral, en entornos dignos y adecuados.
<i>Principio de participación</i>	Se debe garantizar que las personas mayores puedan intervenir efectivamente en creación, gestión y modificación de las políticas que les incumben, mediante una inclusión plena y continua en la sociedad y diálogo intergeneracional.
<i>Principio de cuidado</i>	Las personas mayores tienen derecho a vivir bajo entornos protectores familiares y comunitarios, donde se garantice su derecho a la salud integral y a la vida en condiciones dignas.
<i>Principio de autorrealización</i>	Debe buscarse el aprovechamiento de las oportunidades para el desarrollo de todo el potencial de las personas mayores, mediante el acceso a los recursos educativos y culturales.
<i>Principio de dignidad</i>	Las personas mayores tienen derecho a vivir dignamente, libres de explotaciones o tratos crueles y degradantes, y a ser valorados al margen de sus contribuciones económicas.

Fuente: elaboración propia a partir de Naciones Unidas (1991)

Dos iniciativas más han significado una contribución relevante al desarrollo de la protección a las personas mayores: la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de Viena, llevada a cabo en 1982, y cuyos lineamientos tuvieron continuidad en la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de Madrid, en 2002. De ambos espacios surgieron documentos relevantes para la acción política en materia de derechos humanos: el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento y la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. El primero de

ellos constaba de 62 puntos e instaba a los Estados a avanzar en acciones específicas e integrales hacia mayores niveles de seguridad en salud, economía personal y bienestar social, así como hacia una mayor incorporación de los resultados de investigaciones pertinentes sobre la materia (Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, 1982).

La Declaración de Madrid, por su parte, se enfocó en los retos que planteaba el envejecimiento de la población de cara al siglo XXI para la construcción de una sociedad incluyente para todos los grupos etarios,

mediante la acción en tres grandes direcciones: el desarrollo, salud y bienestar y entornos emancipadores. De esta manera, se buscó potenciar el envejecimiento de la población en el nuevo milenio, con cambios en las actitudes, políticas y prácticas que tiendan hacia un envejecimiento activo. De ahí la fuerza en temas fundamentales como la garantía efectiva de los derechos humanos, la dignidad y la seguridad, la igualdad entre hombres y mujeres, la realización de las personas mayores, el reconocimiento del papel de las familia para las personas mayores y el rol de estas en el interior de aquellas, así como la necesidad de fortalecer el acceso a los medios tecnológicos para una inclusión integral en las dinámicas de las sociedades contemporáneas (Naciones Unidas, 2002). Se trata de un documento de gran importancia, retomado por numerosas entidades y al que se le han hecho dos seguimientos profundos, al ser un referente internacional para la acción de los Estados.

Aunque en ambos planes hay una mención al envejecimiento, no se observa que este se haya incorporado plenamente como una categoría jurídica de análisis. Su regulación se centra esencialmente en las personas mayores presentes, sin ahondar en la protección de los derechos de las personas mayores del mañana. Esta es una de las cuestiones jurídicas más complejas a resolver, al requerirse de una protección normativa con perspectiva de futuro y progresividad para la prevención de violaciones futuras y sistemáticas de los derechos humanos. La visión de presente y la poca intervención judicial no han permitido su protección progresiva.

En el seno de las Naciones Unidas también se han establecido mecanismos extra convencionales para la protección de los derechos de las personas mayores. Este es el caso de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad. Sus competencias comprenden tareas de evaluación, promoción, divulgación y fomento de medidas de protección para un amparo integral a personas mayores e incidir en los imaginarios que se tejen sobre ellas (Human Rights Council, 2013). Debe trabajar en coordinación con el Grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento, para evitar duplicaciones innecesarias (Human Rights Council, 2013), pues tienen funciones similares. Creado por la ONU mediante Resolución 65/182 de 2010, el grupo se enfoca en la evaluación del marco internacional existente sobre los derechos de las personas mayores para identificar vacíos y alternativas de superación (Undesa, 2011).

Otros procedimientos especiales, sin tener como finalidad específica la protección de las personas mayores, han hecho valiosos aportes en ese sentido. El informe presentado por la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza al Consejo de Derechos Humanos (2010) en cumplimiento de la Resolución 8/11 señala, al describir el panorama de las pensiones sociales, que este tipo de prestaciones no contributivas son fundamentales para la realización del derecho a la seguridad social de las personas mayores. Por ello recomienda que los Estados tomen medidas que permitan estructurar

sistemas de seguridad social igualitarios que reconozcan, especialmente, las condiciones de exclusión a las que han estado sometidas las mujeres (Consejo de Derechos Humanos, 2010).

De igual forma, el estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores que elaboró el Relator Especial sobre los derechos de todas las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental en el marco de la Resolución 15/22 del 2010 del Consejo de Derechos Humanos enfatiza la necesidad de un cambio de paradigma hacia un envejecimiento activo y digno que posibilite la participación social, económica y política plena de las personas mayores (Consejo de Derechos Humanos, 2011).

A lo largo de la última década se han esgrimido diferentes argumentos a favor y en contra de la creación de un instrumento internacional de derechos humanos para las personas mayores. Por un lado, se ha dicho que el derecho existente no pone a las personas mayores en una posición adecuada, en comparación con la protección brindada a otros grupos poblacionales; además, la creación de una convención internacional brindaría un instrumento legal importante y efectivo para promover y mejorar su posición social en el futuro (Doron y Apter, 2010). En contra de ello se ha dicho que hay un marco jurídico suficiente y que las convenciones no juegan papeles relevantes en la vida real de las personas sino que, en ocasiones, pueden empeorar las problemáticas preexistentes (Doron y Apter, 2010).

Como se puso de presente a lo largo de esta sección, a pesar de los avances en la protección de los derechos de las personas mayores, estos enfrentan un grave problema en cuanto a su obligatoriedad. Una proporción importante de referencias se encuentra en instrumentos de derecho blando, bien sea que estén vinculados a la supervisión de un tratado o a procedimientos especiales. A su vez, las obligaciones específicas no están compiladas en un tratado integral y completo sobre los derechos de las personas mayores; de esa manera los desarrollos se han logrado de forma aislada y con pocas posibilidades de generar cambios reales en la situación de vida de la población mayor de hoy y del mañana. Las necesidades de las personas mayores de actuales y futuras generaciones han estado supeditadas a las necesidades de otros grupos; en el panorama internacional aún falta un largo camino que recorrer para que sean consideradas como sujetos de derecho dignos de una protección específica. La necesidad de un tratado internacional que consagre estos avances en un instrumento integral con compromisos internacionales de obligatorio cumplimiento para los Estados parte está cada vez más a la orden del día (Huenchuan, 2012).

1.2 *Panorama de la protección interamericana de los derechos de las personas mayores*

Al nivel regional se ha venido avanzando en el desarrollo normativo de disposiciones que propendan por la protección de las personas mayores. Estos avances no han sido siempre homogé-

neos. El Sistema Africano, bajo una lógica de progresividad de los derechos, trabaja en un borrador de Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre Personas Mayores en el que consagra principios como la independencia, la dignidad, la realización personal, la participación y la atención de las personas mayores. El Sistema Europeo, por su parte, registra mayores avances. Destacada ha sido la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos (1951) y sus protocolos adicionales, materializando derechos de "primera generación" como la vida, la prohibición de tortura y tratos inhumanos, la prohibición de esclavitud, la libertad y la seguridad, debido proceso y los derechos de propiedad, entre otros (Press Unit European Court of Human Rights, 2016).

A pesar de los valiosos aprendizajes que pueden derivarse de la experiencia de estos dos sistemas, el foco del artículo recae sobre el Sistema Interamericano de derechos humanos (SIDH), al ser el marco internacional más cercano de derechos humanos para Colombia y haber registrado valiosos adelantos, como lo ejemplifica la reciente Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas Mayores (CIDPM). Este avance se ha expresado a través de la producción de diversos instrumentos y en la constitución de organismos que han contribuido a orientar las discusiones que se tejen sobre la cuestión, no sin limitaciones y retos. El primer instrumento que aborda la vejez es la Declaración Americana de los Dere-

chos y Deberes del Hombre (1948), bajo una lógica similar a la ya anotada frente al DUDH y el Pidesc de limitar la protección a la seguridad social. En su artículo XVI prescribe que cada persona tiene derecho a una seguridad social que la proteja contra aquellas consecuencias de la vejez que pudieren limitar su capacidad de auto sostenimiento (Conferencia Internacional Americana, 1948). El deber correlativo no se encuentra solo en cabeza del Estado: debe concurrir la comunidad, de acuerdo con sus posibilidades y circunstancias (Conferencia Internacional Americana, 1948).

La preocupación por la seguridad en la vejez, no obstante, no encontró un reflejo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). De hecho, debido a circunstancia geopolíticas al momento de su expedición, solo en el artículo 26, y de manera tangencial, se refiere a los DESC, comprometiendo a los Estados en la meta de lograr su desarrollo progresivo. Habría, por lo tanto, más fuerza en derechos de carácter individual, como puede verse en la prohibición que el artículo 4 impone a los Estados, según la cual no debe imponerse la pena de muerte a quienes contasen, al momento de la comisión del delito, con más de 70 años.

Para subsanar las falencias del SIDH en temas DESC se adoptó el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos y Sociales (Protocolo de San Salvador), que consagra en su artículo 17 una disposición capital, al establecer el derecho universal de recibir una "protección especial durante la ancian-

nidad (*sic*)". La realización de este derecho pasa por la materialización de garantías frente a la salud, a la posibilidad de que las personas mayores continúen desarrollando sus capacidades productivas de acuerdo con sus deseos y con el estímulo de organizaciones que promuevan el mejoramiento de su calidad de vida. La relevancia de esta disposición ha sido reconocida en el derecho colombiano por la Corte Constitucional que en la Sentencia T-779 de 2014² argumentó que justamente allí se establecía una obligación progresiva en favor de la población mayor. Con todo y ello, no es justiciable en el marco de la SIDH: los únicos artículos susceptibles de ser sometidos al sistema de peticiones individuales son el párrafo a) del artículo 8 y el artículo 13 del protocolo, de acuerdo con el tenor del artículo 19.6.

Lo anterior explica el hecho de que los casos individuales ventilados en el SIDH en los que intervienen personas mayores se relacionen frecuentemente con temas de seguridad social y, en particular, de pago de pensiones, tanto en la Corte como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En los casos *Cinco pensionistas contra Perú* (2003) y *Cesantes y jubilados de la Contraloría contra Perú* (2009) la Corte estudió la violación de los derechos a la propiedad (artículo 21), a la protección judicial (artículo 25), al desarrollo progresivo de los DESC (artículo 1.1), entre otros, consagrados por la CADH y desconocidos con la cesación del pago de

las pensiones a los demandantes que ya habían obtenido su jubilación. En la Comisión se han tramitado casos como el de Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros, quienes en Argentina habían sido sometidos a múltiples obstáculos administrativos que impedían la materialización de su derecho a la pensión. Si bien en 2003 se inició un proceso de solución amistosa, es un claro ejemplo del interés que ha despertado esta temática en el interior de la Comisión.

Al nivel regional, algunos instrumentos por fuera del SIDH han aportado en el avance de los derechos de las personas mayores. La Declaración de Brasilia, adoptada en el marco de la *Segunda conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina*, promueve y protege los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas mayores, para erradicar la violencia y la discriminación en su contra. Con ese objetivo, busca que los Estados integren efectiva y presupuestalmente el tema del envejecimiento en todos los ámbitos de las políticas públicas (Cepal, 2007). Estos esfuerzos fueron continuados por la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores, proclamada en el marco de la *Tercera conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe*, del 2013, en donde insta al Grupo de trabajo de composición abierta para que estudie la viabilidad de una convención específica e integral para las personas mayores, y al Consejo de Derechos Humanos a que designe un relator especial sobre los derechos de esta población (Cepal, 2012).

² En esta sentencia, la Corte resuelve un caso relativo al derecho a la seguridad social.

Finalmente, la Carta Andina para la Promoción y Protección de Derechos Humanos de 2002 dedica un capítulo a las personas mayores, en sus artículos 46 y 47. Los Estados firmantes (entre ellos Colombia) reiteran sus compromisos de materializar sus derechos, prestando especial atención a temas como la protección contra la discriminación y la violencia y la creación de las condiciones materiales para una participación en todos los ámbitos sociales (Consejo Presidencial Andino, 2002). Estos instrumentos pueden entenderse como un antecedente de lo que sería el mayor aporte hecho en el marco del SIDH: la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIDPM).

El objetivo fundamental de la CIDPM es la promoción, protección y realización del goce pleno y efectivo de los derechos humanos de las personas mayores, en condiciones de igualdad, para lograr su plena inclusión y participación social (OEA, 2015). Para delimitar y dimensionar los alcances de su aplicación, la CIDPM prevé una serie de definiciones sobre lo que entiende por vejez, envejecimiento activo y servicios socio-sanitarios, entre otros, para que la acción pública se oriente de manera técnica a la realización de sus fines. La siguiente tabla sintetiza los conceptos más importantes que en ella se incorporan:

El artículo 3, por su parte, incorpora los principios orientadores de la Convención.

Tabla 3. Conceptos fundamentales

<i>Concepto</i>	<i>Definición</i>
Persona mayor	Quienes cuentan con 60 años o más. La edad puede ser menor o mayor, de acuerdo con cada legislación interna, sin que sea superior a los 65 años.
Vejez	Es una construcción social que se teje sobre la última etapa de la vida.
Envejecimiento	Proceso que se desarrolla a lo largo de la vida y que implica modificaciones individuales y sociales en un contexto de interacción entre la persona y su medio.
Envejecimiento activo	Proceso de ampliación y optimización de las oportunidades personales y sociales mediante la garantía de un entorno seguro y digno.
Discriminación basada en la edad	Todas aquellas distinciones, exclusiones o diferenciaciones que, basándose en la edad, busquen restringir o limitar, en cualquier ámbito de la vida pública o privada, los derechos de las personas mayores.
Servicios socio-sanitarios	Es el aparato institucional estructurado para dar respuesta a las necesidades sociales y sanitarias de las personas mayores y garantizar su vida digna.

Fuente: elaboración propia a partir de (OEA, 2015)

Si bien guardan cierta relación con los ya mencionados Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas mayores, de 1991, sus alcances son más amplios y dignificantes. Temáticamente, se orientan hacia la dignidad y reconocimiento de las personas mayores, el fortalecimiento de su participación y la dirección de la acción del Estado. Principios como los de la valorización de la persona mayor, la dignidad, la independencia y autonomía, la plena integración e inclusión social, el enfoque de derechos y la corresponsabilidad de la familia y la comunidad, entre otros, tienen un objetivo común: combatir la discriminación a la que ha estado sometido este grupo de personas y permitir que sus contribuciones al desarrollo sean promovidas en entornos familiares y comunitarios. Se observa, además, que el instrumento incorpora un enfoque de curso vital que beneficia no solo a quienes viven su vejez en el presente, sino, también, a quienes lo harán en el futuro.

Estos mandatos de optimización de la acción social y pública se acompañan de un catálogo robusto de derechos que busca una protección integral, con independencia de que sean asumidos como civiles o políticos o como sociales y prestacionales, rompiéndose así la ya comentada tradición jurídica de circunscribir los derechos de esta población a un ámbito que se agota en los derechos económicos y sociales: se requiere, además de esa mirada, de la adopción de un enfoque diferencial en la interpretación y aplicación de sus derechos civiles y políticos.

Finalmente, se destaca que para la vigilancia y control frente a las obligaciones de la Convención se prevé un mecanismo de seguimiento compuesto por una conferencia de Estados parte y un comité de expertos, de acuerdo con su artículo 33 (OEA, 2015). Adicionalmente, la Convención se integra al sistema de peticiones individuales del SIDH respecto a todos sus artículos, en atención a lo dispuesto por el artículo 36, lo cual representa un gran avance en la materia. Se permite así una mayor intervención judicial y se crean las condiciones para una prolífica jurisprudencia en temas de derechos humanos de las personas mayores.

De la presente sección puede concluirse que a pesar de los vacíos existentes en materia de protección de los derechos de las personas mayores en el Sistema Universal, se ha venido trabajando al nivel regional en un instrumento vinculante que los garantice de manera integral en el continente americano. Este es el caso de la CIDPM, la cual presenta grandes retos políticos y jurídicos. Uno de los más sobresalientes es la ausencia de ratificaciones de la Convención. Asimismo, se enfrenta a la necesidad de revertir la poca protección que al nivel nacional tienen los derechos de las personas mayores, pues, si bien hay algunas normas aisladas al respecto, se carece de una protección integral. Ejemplo de ello es la regulación del tema en Colombia, a la cual se hará referencia en la siguiente sección, puesto que en todos los niveles el tratamiento jurídico de esta temática carece de un enfoque sistemático y cohesionado.

2. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES DE ACTUALES Y FUTURAS GENERACIONES EN EL DERECHO INTERNO: UN FOCO EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A pesar de que han existido avances en la protección de las personas mayores en el plano nacional, no existe en Colombia una regulación completa e integral respecto de los derechos de las personas mayores de actuales o futuras generaciones. No se cuenta, como en el caso de los niños, niñas y adolescentes, con un Código de la Infancia y la Adolescencia como el que consagra la Ley 1098 de 2006; ni, como en el caso de las personas con discapacidad, con una ley estatutaria como la Ley 1618 de 2013; o como en el caso de las comunidades afrocolombianas, con un cuerpo normativo como la Ley 70 de 1993. Al nivel de política pública, si bien el Ministerio de la Protección Social (2015) ha venido trabajando en un borrador para modificar la Política Nacional de Envejecimiento y Vejez 2007-2010, el instrumento continúa presentando serias dificultades de articulación y especificidad que dificultan un trabajo coordinado, coherente y sistemático de todas las entidades y actores con competencias e intereses en la materia, al no haber un documento vinculante que de manera sistemática y profunda aborde las amplias problemáticas que interfieren con el goce efectivo de los derechos de las personas mayores (Aguirre, 2016).

En este contexto, ha sido la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, la que ha estado en el frente de discusión

sobre las problemáticas que de manera más acuciante obstaculiza el goce pleno de la ciudadanía de esta población. En las siguientes páginas se hará énfasis en este derecho judicial, sin ahondar en la regulación legal y de política pública, puesto que resulta representativo del panorama de protección en el orden interno.

El sistema jurídico colombiano, con base en los artículos 13 y 46 de la Constitución Política de 1991, prevé una especial protección para las personas mayores. Efectivamente, el artículo 13 consagra el derecho a la igualdad, haciendo énfasis en la necesidad de que el Estado promueva "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva", por lo que deberá proteger especialmente a quienes por sus condiciones personales o sociales "se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta". Esta protección se complementa con la prevista en el artículo 46 Constitucional, en la medida en la que allí se responsabiliza tanto al Estado como a la sociedad y a la familia para que concurren en su garantía, brindando protección y asistencia a las personas mayores y promoviendo condiciones activas y dignas de integración en la comunidad.

El artículo 13 constitucional responde a la situación de desprotección económica y social en la que pueden llegar a encontrarse las personas mayores, puesto que existe en el país un contexto social y económico que impide la realización de la igualdad material de las personas mayores de actuales y futuras generaciones (Fundación Saldarriaga Concha; Fedesarrollo, 2015). Ello genera la obligación de trabajar

conjuntamente para la promoción de sus derechos y la eficacia de su ciudadanía plena desde una perspectiva de envejecimiento. Lastimosamente, la especial protección provista por el artículo 13 se restringe a las personas mayores en situación de vulnerabilidad, y falla al entender al grupo poblacional en su diversidad, perdiendo de vista que no se requiere estar en las situaciones más precarias para requerir de la protección del derecho.

Este contexto jurídico y social ha cristalizado en la "especial protección constitucional" a las personas mayores, que busca un abordaje integral y preferente ante la violación de los derechos fundamentales de este grupo poblacional. En este punto, un límite adicional debe señalarse. El estudio de la figura, en las páginas siguientes, se limita a la reconstrucción de la narrativa de la Corte sobre la vejez, pero no sobre el envejecimiento, en la medida en la que este tema no ha sido abordado de manera integral por el guardián de la Constitución. De esta manera, la vejez es entendida como una foto de la desprotección y la necesidad en la edad adulta, sin preguntarse sistemáticamente por las condiciones de vida que, a lo largo del envejecimiento, gestan la situación de vulnerabilidad en la edad adulta.

2.1 *Fundamentos de la protección constitucional*

La Corte ha venido fundamentando su accionar en los artículos 13 y 46 de la Carta Política, que dan vida a la tesis del sujeto de especial protección constitucional. Desde el esquema argumentativo que se identifica en las sentencias revisadas, se

observa que el artículo 13 plantea la necesidad de la protección, mientras que el 46 asigna responsables para su realización. El Estado debe intervenir en la materialización del derecho a la igualdad real, cuando las circunstancias en las que esta garantía se viese amenazada, para salvaguardar a los ciudadanos que se encuentren en situación de debilidad manifiesta (Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2013). Este reconocimiento supone la necesidad de determinar quiénes están obligados al aseguramiento de esta prerrogativa en cabeza de las personas mayores. A partir del artículo 46 de la Carta Constitucional, se responsabiliza de ello al Estado, la sociedad y las familias. Se trata de una responsabilidad compartida, cuya finalidad es asegurar el derecho a la vida, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de las personas mayores (Corte Constitucional, Sentencia T-1139 de 2005).

La Corte no suele incluir en sus esquemas argumentativos referencias a obligaciones consagradas en instrumentos de derecho internacional, por lo que no puede concluirse que haya una integración de este tipo de referentes en la lógica decisoria en lo que a los derechos de las personas mayores se refiere. En las pocas sentencias que incorporaban este tipo de análisis (Sentencias T-347 de 2015, T-239 de 2015 y C-503 de 2014) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) figura como uno de los tratados clave en el SIDH, al haber sido ratificado por Colombia mediante la Ley

319 de 1996 y consagrar en su artículo 17 obligaciones específicas de contenido prestacional en favor de las personas mayores. Las referencias a instrumentos ya señalados como las observaciones generales son mucho menos frecuentes (Corte Constitucional, Sentencias T-239 de 2015 y C-503 de 2014) y no permiten un análisis más riguroso. Así, lo que puede observarse es que la Corte ha construido la figura de la protección constitucional especial a las personas mayores basándose en los mandatos de la Constitución Política y la ha nutrido a partir de su propia jurisprudencia, sin que se evidencie un peso significativo de instrumentos internacionales que podrían enriquecerla.

2.2 *Criterios jurisprudenciales de la definición de persona mayor*

La Corte Constitucional ha sido reiterativa en la necesidad de brindar especial protección constitucional a las personas mayores, pero no ha sido ni constante ni sistemática en la comprensión de quiénes hacen parte de este grupo poblacional, lo que genera un cierto nivel de inseguridad jurídica para la tutela efectiva de los derechos fundamentales de estas personas. La dispersión de criterios puede sintetizarse en la existencia de dos grandes escenarios de identificación. Por una parte, y partiendo de una mirada demográfica de envejecimiento individual, la Corte ha entendido que son personas mayores quienes hayan superado el límite de la esperanza de vida de los colombianos, certificada por el DANE³. Con desarro-

llos más recientes, y acogiendo a la clasificación legal del artículo 7 de la Ley 1276 de 2009, la Corte también ha argumentado que hacen parte de este grupo todas aquellas personas que cuenten con sesenta años o más⁴.

El primero de los criterios enunciados tiene asiento en dos sentencias hito: la T-456 de 1994 y la T-076 de 1996. En ambas providencias, la razón fundamental por la que se estima que la protección constitucional especial debe iniciar cuando se sobrepasa la esperanza de vida es la amenaza de no poder disfrutar del reconocimiento de los derechos por la duración de los procesos ordinarios. La T-076 de 1994 es clara en ese sentido, pues al abordar el objeto de análisis hace una comparación entre la edad de los accionantes, la esperanza de vida nacional, y los años de vida que les quedarían, en términos estadísticos. Por ello, y tomando como subcriterio el de la larga duración de los procesos ordinarios laborales, determina que la tutela se hace procedente como mecanismo para proteger los derechos fundamentales de quienes tienen setenta años o más, pues estarían bajo el riesgo de no poder sobrevivir a las vías ordinarias. Lo mismo se observa en la T-456 de 1994, cuando dice que no hay más remedio que la acción de tutela cuando se "estima razonable que el solicitante ya no existiría para el momento

Arango Mejía; la T-456 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero y la T-138 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo.

⁴ Véanse de la Corte Constitucional Colombiana, las Sentencias SU-856 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-475 de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa.

³ La Corte ha reiterado esta posición, entre otras, en sentencias como la T-076 de 1996, M. P. Jorge

que se produjera la decisión judicial” en un proceso ordinario.

Esa definición sobre quiénes son personas mayores susceptibles de protección constitucional por vía de tutela para evitar la duración de un proceso ordinario pasó a adoptarse a la hora de decidir controversias sustanciales. Así, la Sentencia T-1226 de 2010 parte de la base de que la tercera edad (sic) está conformada, “para todos los efectos” por quienes tienen setenta años o más, y cita como fundamento lo argumentado en la T-076 de 1996. Como se verá más adelante, la protección constitucional a las personas mayores no se agota en la procedibilidad de la acción de tutela, sino en el reconocimiento de ciertos derechos como fundamentales autónomos sin necesidad de juicios de conexidad o remisión a otros derechos. Pues bien, en la T-1226 de 2010 no se reconoce el derecho a la seguridad social del accionante como fundamental por no contar con más de setenta años y no pertenecer a la “tercera edad” (sic). Es decir, se usa un criterio que había sido pensado en relación con la duración de los procesos ordinarios para decidir sobre un debate sustancial sobre la fundamentalidad o no de su derecho a la seguridad social. El amparo no se le negó porque en razón de su edad tuviera tiempo para acudir a instancias ordinarias, lo que habría estado acorde a la lógica del criterio de la T-076 de 1996, sino porque no era sujeto de protección constitucional, en general.

De esta distinción se han derivado reglas de prueba diversas para las personas que cuentan con menos años de la esperanza

de vida. En la Sentencia T-463 de 2003 se dice que las personas menores de 71 años no cuentan con la presunción de amenaza al riesgo vital: deben acreditar que la situación en la que se encuentran les impide asegurarlo. Pero las consecuencias no se dan solo en términos probatorios y de presunciones: también desde la garantía misma de los derechos fundamentales. En la Sentencia T-138 de 2010, la Corte negó la protección del derecho a la seguridad social a un hombre de 69 años, quien al no tener mínimo 72 años, podía “acudir al mecanismo judicial ordinario para reclamar el derecho a la pensión de vejez”, lo cual resulta completamente desproporcionado.

Esta regla de definición no está acorde con la CIDPM, la cual, si bien no es parte del Estado colombiano y que aún no integra nuestro ordenamiento jurídico, sí que da pautas interpretativas de alto valor para la Corte Constitucional. La Corte, cuando acepta este tipo de criterios, parece asumir que la mera probabilidad estadística de vivir más años implica una ventaja que derrumba la necesidad de una protección especial, desconociendo las desventajas sociales en las que podrían estar las personas mayores de sesenta años por sus condiciones educativas (Martínez-Restrepo, Enríquez, Pertuz y Alzate, 2015), de salud (Gutiérrez, Moreno, González, Galán y Ruiz, 2015), de inseguridad económica (Villar *et al.*, 2015) y de informalidad laboral (Martínez-Restrepo *et al.*, 2015), entre otras.

El segundo gran criterio, que adquiere fuerza en la Sentencia T-475 de 2012,

parte de la Ley 1276 de 2009, al entender que las personas mayores son todas aquellas personas que cuentan con sesenta años o más. La idea fue retomada por la SU-856 de 2013, por lo que podría pensarse, en principio, que la fuerza de unificación en materia de interpretación de la cuestión debería implicar que, en adelante, la definición de las personas mayores se base en el criterio allí fijado. Así lo asume la Sentencia T-347 de 2015, para la cual sentencias de la naturaleza de la SU-856 de 2013 han puesto “fin a esta discusión”.

Sin embargo, providencias recientes como la T-938 de 2014 y la T-047 de 2015 han adoptado el criterio contrario: el de la superación de la esperanza de vida. En efecto, la Sentencia T-047 de 2015, en la que se decide sobre el derecho a la indemnización sustitutiva de una mujer de 67 y de un hombre de 71 años, declara la improcedencia de la acción para estas personas al manifestar que no son sujetos de especial protección constitucional, al no superar el límite de la esperanza de vida, desconociendo las condiciones materiales que les impiden a las personas mayores de 60 años acceder al mercado formal, procurarse su sustento y sus necesidades básicas y asegurarse una protección.

Otro tanto puede decirse de la Sentencia T-938 de 2014, en el que la Corte declara la improcedencia de la tutela para proteger los derechos fundamentales de una mujer de 57 años que veía amenazado su derecho a la seguridad social al negársele el traslado de su cuenta a Colpensiones.

Si bien la mujer no contaba con sesenta años, la Corte establece que no es sujeto de protección especial por no contar con más de 73 años, perdiendo así la oportunidad de considerar y evaluar la protección de los derechos fundamentales de la mujer desde una perspectiva de envejecimiento. Por esta razón, el debate jurisprudencial permanece sin zanjar, lo que requiere de mayores compromisos argumentativos y de análisis por parte de todos los operadores del derecho.

En el futuro, el precedente judicial deberá entender la vejez no como un estado sumamente avanzado de edad en el que la protección se dirige únicamente a salvaguardar los días que le resten por vivir a una persona. Por el contrario, la protección del sistema jurídico, y particularmente la protección judicial de los derechos, deberá entender la vejez como una etapa más de la vida, como una etapa larga, en donde se siga disfrutando de todos los derechos constitucionales, no solo la salud y la seguridad social particularmente, sino todos aquellos necesarios para que las personas puedan desarrollar un proyecto de vida pleno en su vejez.

2.3 El principio de solidaridad y la corresponsabilidad

La garantía del goce efectivo de los derechos de las personas mayores, en tanto sujetos de especial protección constitucional, implica el trabajo conjunto no solo del Estado, sino de la familia y la sociedad, en desarrollo del deber de solidaridad. Este valor, como se explica en la Sentencia T-125 de 1994, comporta una triple dimensión, en tanto fundamento

de la organización social, pauta de comportamiento para los ciudadanos y como criterio de interpretación de sus acciones y omisiones frente a la vulneración de los derechos fundamentales de los grupos protegidos. Su existencia implica el reconocimiento de unos deberes fundamentales en cabeza de la familia y de los poderes públicos y la sociedad para la satisfacción de los derechos. Estos deberes se refuerzan cuando están relacionados con la protección de las personas mayores (Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2015). Pero la responsabilidad de proteger y garantizar los derechos de las personas mayores no recae únicamente en la familia, la sociedad y el Estado, sino también en ellos mismos, en tanto deben considerarse como sujetos de derechos y no como meros receptores de cuidado y asistencia (Correa, Valencia, González y Manga, 2015).

La idea de la corresponsabilidad entre la persona, la familia y el Estado no ha tenido, sin embargo, un desarrollo claro en la jurisprudencia de la Corte. A diferencia de lo que sucede en ámbitos como los de las enfermedades, en donde se ha dicho que el deber de solidaridad que surge frente al derecho a la salud “en primera medida, implica el autocuidado del enfermo, subsidiariamente la intervención de su familia y en caso de ser imposible, la del Estado y la sociedad en general” (Sentencia T-949 de 2013), en el escenario de la protección constitucional a las personas mayores pareciera haberse omitido la responsabilidad de estas en tanto las primeras responsables de su cuidado, dando paso a la idea de que es la familia

la llamada a cumplir, en primera instancia, con dicho deber (Sentencia T-277 de 1999).

Este desconocimiento de la capacidad y deber de agencia de las personas mayores como primeros responsables de su cuidado y de la garantía de sus propios derechos pareciera derivarse de una cierta idea de que la vejez disminuye la capacidad física y, por lo tanto, “la posibilidad de ejercer en toda su dimensión” algunos de sus derechos (Sentencias T-413 de 2013, T-352 de 2010 y T-463 de 2003).

Haciendo una interpretación global a partir de lo expuesto, podría entenderse entonces que la corresponsabilidad en la protección de los derechos de las personas mayores opera de la siguiente manera: en caso de que las personas mayores no pudieran procurarse su propio cuidado, se activa el principio de solidaridad en cabeza de la familia que, por los lazos construidos de gratitud, pertenencia y solidaridad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-277 de 1999 y T-1264 de 2008), es la primera llamada a velar por el cumplimiento de la garantía efectiva de los derechos de esta población. Sin embargo, este deber de solidaridad no es absoluto, y en aquellos casos en los que las familias estén en incapacidad de proporcionar la atención y el cuidado necesario por factores económicos, emocionales, físicos o sociales, el Estado y la sociedad, de manera subsidiaria, están en la obligación de relevar a la familia y asegurar la satisfacción plena de los derechos (Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2015).

Esta manera de entender la solidaridad en la familia ha tenido hondas raíces en la legislación civil. El artículo 251 del Código Civil parte de la base de que los hijos están en la obligación de brindar cuidado y auxilio a los padres; y, en similar sentido, el artículo 252 les asigna un derecho a otros ascendientes para que sus descendientes más próximos les ofrezcan garantías de protección y cuidado. De esta manera, podría pensarse, se crea un fundamento legal que asegura la solidaridad familiar para las personas mayores. Sin embargo, la normativa decimonónica difícilmente podía prever los cambios demográficos experimentados por Colombia a lo largo del siglo XX y, mucho menos, el acelerado proceso de envejecimiento doméstico que se viene presentando en el siglo XXI. En Colombia se ha evidenciado un incremento del porcentaje de las familias constituidas única y exclusivamente por personas mayores, siendo así que se pasó de un 2,8% a un 5,7% en 2010 (Flórez *et al.*, 2015: p. 55). Eso implica que la familia está dejando de ser fuente de cuidados para requerir también de cuidados, por lo que la solidaridad comunitaria y el Estado tendrán que asumir nuevos papeles y roles en la garantía de los derechos de las personas mayores. Depositar el deber de cuidado de las personas mayores solo en las generaciones más jóvenes es hoy una apuesta inocua; en el futuro la responsabilidad familiar perderá relevancia y la ganarán, por el contrario, la persona misma, la comunidad no unida por el parentesco, y el Estado.

En esta lógica, y entendiendo el principio de solidaridad como una distribución de

las cargas públicas (Sentencia C-503 de 2014), se presenta una división moral del trabajo en la que todos los agentes involucrados (persona, familia, comunidad y Estado) concurren para asumir de manera responsable el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales para la garantía plena de los derechos de quienes por sus circunstancias no están en condiciones de hacerlo eficazmente por sí mismos. Para este cometido resulta vital una mayor reflexión por parte de la Corte del papel de las personas mayores en la garantía de sus propios derechos, por lo que debe buscarse el fortalecimiento de su capacidad de agencia y el protagonismo sobre las riendas de su propia vida.

La distribución de estas responsabilidades implica también profundos retos en términos de cuidado para una sociedad que envejece, pues ante la reducción de las tasas de natalidad y el aumento de hogares constituidos únicamente por personas mayores (Flórez *et al.*, 2015, p. 55), el Estado y la sociedad están en la obligación constitucional de asumir la garantía de los derechos de estas personas. Es decir, ante el progresivo envejecimiento demográfico y doméstico, la familia pierde el peso significativo que ha cumplido en la atención a las personas mayores y este se trasladará en mayor proporción al Estado, la comunidad y a la persona, con todo lo que ello supone en términos de política pública. Por esta razón se requiere de una reflexión profunda y urgente sobre la preparación de la sociedad y el Estado colombiano para asumir dicho reto en términos de política pública, examinando si las medidas de protección consagradas

para las personas mayores en los órdenes nacional y territorial traducen adecuadamente el deber de solidaridad.

2.4 Características de la protección constitucional

La protección constitucional a la que tienen derecho las personas mayores tiene unas características especiales que ayudan a comprender la manera en que esta figura salvaguarda los intereses jurídicos del grupo poblacional protegido. Se trata, como se desprende de sentencias como la T-239 de 2015 y la T-383 del mismo año, de una protección preferente, urgente e integral, en la medida en que, sin dilaciones ni cargas administrativas o judiciales innecesarias y gravosas, todas las entidades públicas deben promover y asegurar el cumplimiento de los derechos de las personas mayores, de forma tal que el postulado básico de la dignidad humana se cumpla en su integralidad. La protección constitucional corresponde, en principio, a todas las ramas del poder público, a todas las entidades del Estado, y supone dos consecuencias fundamentales, al tenor de la Sentencia T-799 de 2013: que estas, en primer lugar, obren de manera especialmente diligente cuando estén frente a la atención de una persona mayor y, en segundo lugar, en aquellos casos en los que haya más de una entidad competente, la actuación sea coordinada para evitar imponerle requisitos o condiciones innecesarios al ciudadano.

Se trata de una protección que busca ser integral en la medida en que el bien jurídico protegido debe asegurarse desde su máximo, y no desde su mínimo. Así, el

derecho a la salud, a título de ejemplo, no debe entenderse como la mera garantía de la supervivencia, sino como el derecho a condiciones de existencia dignas (Sentencia T-383 de 2015). Es una protección urgente por cuanto, tal y como lo explica la Corte en la Sentencia T-799 de 2013, "el reclamo realizado por cualquiera de estos individuos, por lo general, viene aparejado de la inminencia de un perjuicio irremediable"; es decir, la omisión de protección a las personas mayores puede generar la materialización de graves perjuicios sobre sus derechos. Y se trata, finalmente, de una protección preferente, por cuanto todas las autoridades públicas deben trabajar en la garantía eficaz de los derechos de las personas mayores. Tal y como se desprende de la Sentencia T-239 de 2015, esta protección se ha fortalecido, especialmente, en el ámbito de la seguridad social en salud.

La protección constitucional para las personas mayores implica, además, que por vía de pertenecer a este grupo poblacional, ciertos derechos se reputan fundamentales de manera autónoma y sin necesidad de acudir a criterios como el de la conexidad, al entenderse que su amenaza pone en riesgo de manera directa la vida en condiciones dignas. Tal es el caso del derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, que es fundamental de manera autónoma, al estar en juego bienes supremos de las personas beneficiarias. Así se desprende de Sentencias como la T-315 de 2011, la T-553 de 1994 y la T-827 de 1999, por lo que este derecho, de carácter prestacional y justiciable en principio solo por vía del procedimiento

ordinario, pueda protegerse a través de la acción de tutela.

De igual forma, la protección especial constitucional que la Constitución Política prevé para las personas mayores se caracteriza por implicar una disminución en la severidad del juicio de procedibilidad de la tutela, sin que ello signifique la pérdida de rigurosidad del mismo (Corte Constitucional, T-315 de 2011). Se trataría del mecanismo más idóneo para la protección de sus derechos, por la celeridad del procedimiento y las facilidades procesales que ofrece, como la posibilidad de la agencia oficiosa cuando las condiciones de salud no permiten el ejercicio personal de la acción. No pierde la rigurosidad, empero, por cuanto la mera pertenencia al grupo etario no anula el juicio de procedibilidad. La Corte (T-1139 de 2005) ha identificado la existencia de un principio de cautela, que impone como subregla la necesidad de identificar si la situación amenaza la posibilidad de llevar una vida digna, en cuyo caso, para evitar la consumación del perjuicio irremediable, aun cuando existan otros mecanismos para lograr el mismo fin, la acción de tutela debe cumplir con la finalidad de ser la máxima garantía de los derechos fundamentales.

Finalmente, la protección especial constitucional a las personas mayores busca proteger el derecho a la igualdad de este grupo poblacional, en sus dos dimensiones fundamentales: como garantía de la igualdad material ante la vida y como protección ante la discriminación. En desarrollo de la primera dimensión, la Corte ha argumentado que no se les puede exigir a

las personas mayores que asuman las mismas cargas que asume el resto de los ciudadanos, en determinados contextos. Así, en la Sentencia T-527 de 2002, en la que se debatía el reconocimiento del derecho a la pensión de sobreviviente a una persona mayor, la Corte manifestó que solo ante circunstancias justificables podía someterse a las personas mayores a asumir las cargas de un trámite judicial. Por esta razón, como ya se vio, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se flexibiliza, en aras de que la tutela garantice efectivamente el gozo efectivo de los derechos en condiciones de igualdad material.

En cuanto a la protección frente a la discriminación, la Corte ha entendido que, en principio, la diferenciación en razón de la edad no es un criterio directo de discriminación, pues la Constitución misma ha configurado ciertos derechos de acuerdo con la edad de las personas, como en el caso de la mayoría de edad o los requisitos para ocupar ciertos cargos (Sentencia C-811 de 2014). Sin embargo, y reconociendo los debates globales que se vienen dando en torno a la exclusión que sufren las personas mayores en la sociedad industrializada contemporánea, la Corte ha entendido que tampoco es una forma neutral de diferenciación, sino un criterio semi-sospechoso de discriminación, al tratarse de una restricción basada en una característica de la persona humana que ya no puede superarse con el tiempo: la vejez.

Si la edad es una forma de diferenciación semi-sospechosa, entonces se derivan consecuencias concretas para el juez

al momento de proteger el derecho a la igualdad (Sentencia T-564 de 2008), mediante el endurecimiento del test de igualdad al que están sometidos los actos que suponen tratos diferenciadores. A partir de sentencias como la C-093 de 2001 la Corte ha venido aplicando un test integrado de igualdad que complementa los aspectos fundamentales del juicio de proporcionalidad y del test de igualdad, para así determinar la finalidad de las medidas, si estas son necesarias, y las ventajas que reportan frente a las desventajas que generan. En el caso de las personas mayores, se ha aplicado un juicio intermedio de igualdad, que supone la necesidad de que la medida enjuiciada supere los siguientes requisitos: primero, perseguir un fin legítimo y constitucionalmente relevante; segundo, ser legítima y efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto; tercero, ser proporcionada, de tal manera que no implique el sacrificio de fines constitucionales de mayor jerarquía.

La Corte, en aplicación de este test, ha resuelto casos como el planteado en la Sentencia T-698 de 2012, en la que se ampararon los derechos de una mujer de 79 años a la que se le había prohibido el uso de la piscina de los niños en su unidad residencial, en donde planeaba realizar ejercicios prescritos por su médico en beneficio de su salud. La administración de la propiedad horizontal había hecho la restricción alegando que aquello era insalubre para los menores que hacían uso común del espacio y que este era lúdico y no terapéutico. El test de igualdad arrojó que si bien era un fin legítimo el

que se perseguía —la salud de los niños menores—pues prohibir el uso de la piscina podría ser conducente para ello, lo cierto es que no era una medida proporcionada, ya que sacrificaba la protección constitucional a las personas mayores y su derecho a la salud, y no se amparaba en evidencias ciertas y claras sobre la afectación al bienestar de los menores.

En otras sentencias, la Corte ha protegido el derecho a la no discriminación en razón de la edad mediante subreglas de decisión menos complejas, al entender que la edad no puede ser el único criterio para excluir a las personas de una cierta oportunidad social o de un derecho. Así lo señalan, en el ámbito laboral, la Sentencia T-564 de 2008, en la que se examinó la situación de una persona que había sido excluida de un proceso de selección únicamente por tener 53 años cuando el límite para poder optar era de 40; y ya el ámbito de la seguridad social en salud, en la Sentencia T-1038 de 2005, estudió el caso de una mujer a la que se le negaba el derecho a la continuidad de un programa médico del que fue desvinculada momentáneamente en razón del cambio del contribuyente que la había inscrito como beneficiaria. La negativa se basaba en que por contar con 69 años, la entidad no podía reconocer la continuidad de los beneficios. La Corte argumentó que la edad no podía usarse como un criterio para limitar el derecho a la salud, y que una negativa así fundamentada es discriminatoria y constitucionalmente inaceptable.

Con todo y ello, aunque la discriminación de las personas mayores en razón de su

edad no ha pasado inadvertida, la Corte no ha tomado medidas que de manera clara, consistente y efectiva las protejan de los obstáculos actitudinales y sistemáticos que les impiden acceder en condiciones de igualdad a sus derechos fundamentales. Ello se debe, principalmente, a que no se encuentra en la jurisprudencia un ejercicio que le dé a la discriminación la dimensión real que tiene en una sociedad que se ha construido sobre un ideal de productividad y juventud que desprecia e invisibiliza todo aquello que no encuadre dentro de este.

CONCLUSIONES

Nos encontramos ante una deficitaria protección a las personas mayores, tanto por la ausencia de un enfoque integral como por la dispersión de criterios que se evidencia en los instrumentos internacionales y en la protección provista por la Corte Constitucional. Al nivel global, el aumento en la relación de feminidad y otros aspectos importantes de la transición demográfica han sido abordados por documentos como la Recomendación General 27 del Comité Cedaw y el informe de la Experta independiente sobre Derechos Humanos y Pobreza Extrema ante el Consejo de Derechos Humanos, de 2010. Sin embargo, varios obstáculos persisten para el avance hacia una protección jurídica integral.

Así, si bien es destacable el tratamiento integral que procura ofrecer la CIDPM, este instrumento carece de vinculatoriedad, pues no cuenta con ratificaciones, y Colombia ni siquiera lo ha firmado. El

Protocolo de San Salvador, por su parte, no es justiciable en su artículo 26, sobre derechos de las personas mayores, por lo que los casos contenciosos ante la SIDH resultan limitados. En lo fundamental, los instrumentos internacionales presentan dos aspectos críticos: la edad no ha sido considerada como un factor prohibido de exclusión y los derechos de las personas mayores han sido construidos a partir de una idea predominante de que su protección debe basarse en lo prestacional, con un énfasis en lo económico, social y cultural, en detrimento de una mirada integral que se enfoque en los derechos civiles y políticos de este grupo poblacional.

En el derecho interno la protección constitucional no ha sido más cohesionada, a pesar de los avances logrados en temáticas como la necesidad de una corresponsabilidad más sólida en el amparo constitucional a las personas mayores. La dispersión de criterios y las indeterminaciones frente a la calidad del sujeto de la protección constitucional ha imposibilitado una mayor seguridad jurídica en sus alcances.

Un reto común a la protección internacional y nacional sigue siendo la débil presencia de un enfoque de envejecimiento, pues la preocupación sobre la realización de los derechos humanos ha sido abordada desde una perspectiva inmediateista, sin atender a la necesidad de plantear miradas de futuro con enfoque del desarrollo del curso de vida. La protección a los derechos humanos debe trascender a las acciones reactivas, identificar las situaciones estructurales que

progresivamente lesionan bienes jurídicos esenciales para los ciudadanos y plantear respuestas integrales. El estudio de los mecanismos de defensa jurídica del envejecimiento y la vejez pueden contribuir al avance de este fin.

REFERENCIAS

- Aguirre Garzón, C. (2016). *Análisis de la política pública nacional de envejecimiento y vejez en Colombia*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Cepal. (2007). *Declaración de Brasilia*. Brasilia: Cepal. Recuperado de: https://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/32460/LCG2359_e.pdf
- Cepal. (2012). *Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe*. San José de Costa Rica: Cepal. Recuperado de: https://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/1/44901/CR_Carta_ESP.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001). Amilcar Méndez, Juan Manuel Caride y otros. Caso No. 11.670 (Informe No. 03/01). Red-DESC. Recuperado de: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/amilcar-menendez-juan-manuel-caride-y-otros-caso-no-11670-informe-no-0301>
- Comité DESC (1995). Observación general 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores (Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1). Agencia de la ONU para los Refugiados (Acnur). Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3592.pdf?view=1>
- Comité de Derechos Humanos (2003). John K. Love, William L. Bone, William J. Craig, and Peter B. Ivanoff v. Australia (U.N. Doc. CCPR/C/77/D/983/2001). World Courts. Recuperado de http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2003.03.25_Love_v_Australia.htm
- Comité Cedaw. (2010). Recomendación general 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos (Cedaw/C/GC/2710). Agencia de la ONU para los Refugiados (Acnur). Recuperado de: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8335>
- Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia: Novena Conferencia Internacional Americana.
- Congreso de la República de Colombia. (2013). Ley 1618 de 2013, "Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad".
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia".
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 70 de 1993, "Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política".
- Consejo de Derechos Humanos. (2010). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Magdalena Sepúlveda Carmona (A/HRC/14/31). Agencia de la ONU para los Refugiados (Acnur). Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7102.pdf?view=1>
- Consejo de Derechos Humanos. (2011). Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores realizado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover (A/HRC/18/37). Naciones Unidas Derechos Humanos. Recuperado de http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=A/HRC/18/37
- Consejo Presidencial Andino. (2002). *Carta Andina*

- para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Guayaquil: Consejo Presidencial Andino.
- Correa, L., Valencia, N., González, A. M., y Manga, M. (2015). *Política pública de envejecimiento y vejez para el departamento de Bolívar 2015-2027*. Bogotá, Colombia: Fundación Saldarriaga Concha.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-383 de 2015 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-347 de 2015 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-239 de 2015 (M. P. Martha Victoria SÁCHICA).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-047 de 2015 (M. P. Mauricio González Cuervo).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-025 de 2015 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-938 de 2014 (M. P. Mauricio González Cuervo).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-811 de 2014 (M. P. Mauricio González Cuervo).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-503 de 2014 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-949 de 2013 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU-856 de 2013 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-799 de 2013 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-413 de 2013 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-698 de 2012 (M. P. Mauricio González Cuervo).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-475 de 2012 (M. P. María Victoria Calle Correa).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-315 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-138 de 2010 (M. P. Mauricio González Cuervo).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-1264 de 2008 (M. P. Mauricio González Cuervo).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-1139 de 2005 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-1126 de 2005 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-463 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynnett).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-527 de 2002 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-093 de 2001 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-827 de 1999 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-277 de 1999 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-076 de 1996 (M. P. Jorge Arango Mejía).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-553 de 1994 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-456 de 1994 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-125 de 1994 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Ticona Estrda y otros versus Bolivia* (Sentencia del 1 de julio de 2008). San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_199_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Caso "Cinco Pensionistas" versus Perú* (Sentencia del 28 de febrero de 2003). San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf
- Doron, I. y Apter, I. (2010). The debate around the need for an international convention on the rights of older persons. *Gerontologist*, 50 (5), 586-593.
- Flórez, C. E., Villar, L., Puerta, N., y Berrocal, L. (2015). El proceso de envejecimiento de la población en Colombia: 1985-2050. En Fundación Saldarriaga Concha y Fedesarrollo. (Ed.), *Misión Colombia Envejece: cifras, retos y recomendaciones*. Bogotá, Colombia: Fundación Saldarriaga Concha.
- Fundación Saldarriaga Concha y Fedesarrollo. (2015). *Misión Colombia Envejece: cifras, retos y recomendaciones*. Bogotá, Colombia: Fundación Saldarriaga Concha.
- Gutiérrez, C., Moreno, J., González, L. M., Galán, A., y Ruiz, C. (2015). Diagnóstico y retos del sistema de salud frente al envejecimiento. En Fundación Saldarriaga Concha y Fedesarrollo. (Ed.), *Misión Colombia Envejece: desafíos de una nueva sociedad*. Bogotá, Colombia: Fundación Saldarriaga Concha.
- Huenchuan, S. (2013). Los derechos de las personas mayores. Santiago de Chile, Chile: Naciones Unidas y Cepal/Celade.
- Huenchuan, S. (2012). Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento. En S. Huenchuan. (Ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*. Ciudad de México, México: Cepal.
- Human Rights Council. (2013). *The human rights of older persons*. Génova, Suiza: United Nations Human Rights. Recuperado de <http://www.ohchr.org/EN/Issues/OlderPersons/Pages/OlderPersonsIndex.aspx>
- Martínez-Restrepo, S., Enríquez, E., Pertuz, M. C., y Alzate Meza, J. P. (2015). El mercado laboral y las personas mayores. En Fundación Saldarriaga Concha y Fedesarrollo. (Ed.), *Misión Colombia Envejece: desafíos de una nueva sociedad*. Bogotá, Colombia: Fundación Saldarriaga Concha.
- Ministerio de la Protección Social. (2015). *Política colombiana de envejecimiento humano y vejez 2014-2024*. Bogotá, Colombia: Ministerio de la Protección Social.
- Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (Resolución 61/295 del 13 de septiembre de 2007). Recuperado de: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Resolución 61/106 del 13 de diciembre de 2006). Recuperado de: http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tcc_convs.pdf
- Naciones Unidas. (2002). *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid Sobre el Envejecimiento*. Nueva York, Estados Unidos: Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (1991). *Principios en favor de las personas de edad* (Resolución 46/91). Agencia de la ONU para los Refugiados (Acnur). Recuperado de: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2003/1640>
- Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos de los Niños* (Resolución 44/25 del

- 20 de noviembre de 1989). Naciones Unidas Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- Naciones Unidas. (1982). *Plan de acción internacional de Viena sobre el envejecimiento*. Nueva York, Estados Unidos: Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979). Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Naciones Unidas. (1966a). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Resolución 2200 del 16 de diciembre de 1966). Naciones Unidas Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Naciones Unidas. (1966b). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Resolución 2200 del 16 de diciembre de 1966). Naciones Unidas Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Resolución 217 de 10 de diciembre de 1948). Naciones Unidas Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- OEA. (2015). *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*. Washington, Estados Unidos: Organización de los Estados Americanos.
- OEA. (1999). *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. Washington, Estados Unidos: Organización de los Estados Americanos.
- Press Unit European Court of Human Rights. (2016). *Elderly people and the European Convention on Human Rights*. Press Unit. Recuperado de: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Elderly_ENG.pdf
- Rodríguez-Pinzón, D. y Martín, C. (2004). El estatus internacional de los derechos humanos de los ancianos. En D. Pinzón, C. Martín, y J. Guevara. (Eds.), *El Derecho internacional de los Derechos Humanos*. Ciudad de México, México: Universidad Iberoamericana.
- Undesa. (2011). *Open-ended Working Group on Ageing for the purpose of strengthening the protection of the human rights of older persons* (Resolución 65/182 del 24 de agosto). Naciones Unidas. Recuperado de: <https://undocs.org/A/RES/65/182>
- Villar, L., Flórez, C. E., Forero, D., Valencia-López, N., Puerta, N., y Botero, F. (2015). Protección económica a la población mayor en Colombia. En Fundación Saldarriaga Concha y Fedesarrollo. (Ed.), *Misión Colombia Envejece: cifras, retos y recomendaciones*. Bogotá, Colombia: Fundación Saldarriaga Concha.

*La argumentación a favor del trabajo sexual y sus implicaciones éticas**

Ma Concepción Gimeno Presa**

Recibido: 4 de diciembre de 2016 • Aprobado: 4 de julio de 2017
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a3>

RESUMEN

Cómo deben actuar los Estados democráticos modernos ante la práctica de la prostitución constituye actualmente una cuestión polémica. Dentro del movimiento feminista la forma de resolver este problema ha generado una brecha que parece difícil de resolver. Las partidarias de que los gobiernos regularicen la prostitución como una relación laboral más justifican su postura con argumentos que consideran sólidos jurídicamente y neutrales desde el punto de vista ético. Afirman que las razones dadas para prohibir la prostitución y para no considerarla una actividad laboral son razones morales. A su vez, sostienen que los Estados democráticos de derecho no tienen como función el imponer creencias éticas a sus ciudadanos sino salvaguardar los derechos de los mismos, en especial el derecho a la libertad individual. En el trabajo recojo los argumentos esgrimidos a favor y en contra de que la prostitución deba regularizarse como un trabajo y muestro cómo el razonamiento de las representantes del feminismo a favor del trabajo sexual está construido sobre una teoría ética que se presupone como válida y que, por lo tanto, no es objeto de discusión. Sostengo que la forma más adecuada de llegar a un consenso sobre este tema sería plantear abiertamente y de forma previa al debate político y jurídico, una reflexión ética sobre qué postulados y que concepción moral de la sexualidad nos parecen más valiosos para tratar este complejo problema.

Palabras clave: Argumentación jurídica, razones morales, teorías éticas, derecho de libertad, derecho de igualdad, prostitución.

* El presente trabajo de investigación ha sido elaborado durante los años 2016 y 2017 dentro del proyecto de investigación *Conflictos de derechos y producción normativa*, DER2016-74898-C2-2-R, financiado por el Mineco y Feder.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España), doctora en Derecho por la Uned, Madrid (España). Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de León, España. Correo electrónico: mcgimp@unileon.es. Código Orcid: 0000-0003-1549-4683

Argument in Favor of Sexual Work and Ethical Implications

ABSTRACT

How modern democratic states should deal with the practice of prostitution is now a controversial issue. Within the feminist movement, the way to solve this problem has created a gap that seems difficult to solve. Advocates of governments regularizing prostitution as an additional employment relationship justify their position with arguments that they consider legally solid and ethically neutral. They claim that the reasons given for prohibiting prostitution and not considering it as a work activity are moral reasons. In turn, they argue that democratic states governed by the rule of law do not have the function of imposing ethical beliefs on their citizens but of safeguarding their rights, especially the right to individual freedom. In this work, arguments for and against that prostitution should be regularized as a work Re mentioned and show how the reasoning of the representatives of feminism in favor of sex work is built on an ethical theory that is assumed to be valid and therefore not the object of discussion. I state that the most appropriate way to reach a consensus on this issue would be to openly and in advance of the political and legal debate, raise an ethical reflection on what postulates and what moral conception of sexuality seem to us to be the most valuable concept in dealing with this complex problem.

Keywords: Legal argument, moral reasons, ethical theories, freedom right, equality right, prostitution.

A argumentação a favor do trabalho sexual e suas implicações éticas

RESUMO

A forma como os Estados democráticos modernos devem atuar diante da prática da prostituição constitui atualmente uma questão polêmica. Dentro do movimento feminista, a forma de solucionar esse problema gerou uma brecha que parece difícil de resolver. As partidárias de que os governos regularizem a prostituição como uma relação trabalhista a mais justificam sua postura com argumentos que consideram juridicamente sólidos e neutros do ponto de vista ético. Afirmam que as razões dadas para proibir a prostituição e para não considerá-la uma atividade profissional são razões morais. Por sua vez, alegam que os Estados democráticos de direito não têm como função impor crenças éticas a seus cidadãos, mas resguardar os direitos deles, em especial o direito à liberdade individual. No trabalho, analiso os argumentos levantados a favor da regularização da prostituição como um trabalho e contra ela, e mostro como o raciocínio das representantes do feminismo a favor do trabalho sexual está construído sobre uma teoria ética que se pressupõe como válida e que, portanto, não é objeto de discussão. Defendo que a forma mais adequada de chegar a um consenso sobre esse tema seria expor, abertamente e de forma prévia ao debate político e jurídico, uma reflexão ética sobre quais princípios e qual concepção moral da sexualidade nos parecem mais valiosos para tratar esse complexo problema.

Palavras-chave: Argumentação jurídica; direito de igualdade; direito de liberdade; prostituição; razões morais; teorias éticas.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo persigue dos objetivos: el primero consiste en recoger y sistematizar los principales argumentos con los que se está justificando, dentro del movimiento feminista, la regularización de la prostitución como una actividad laboral. El segundo objetivo es mostrar que el razonamiento desarrollado por la postura pro regularización no es, tal y como pretenden sus partidarias, un razonamiento neutral desde el punto de vista ético¹. Las partidarias de considerar la prostitución como un trabajo sostienen que esta es la postura que deberían adoptar los Estados sociales y democráticos modernos cuya obligación es salvaguardar el derecho de libertad y el principio de autonomía de las personas manteniéndose neutrales desde el punto de vista ético. Perseguir esta práctica o no reconocerla como una actividad laboral implicaría, según este grupo, no solo vulnerar dichos derechos, sino extralimitarse en las obligaciones que los Estados deben cumplir y ello porque supondría la imposición a sus ciudadanos de unas determinadas creencias morales como válidas en detrimento de otras.

La tesis que defiendo es que el debate sobre la prostitución en el seno del feminismo parece imposible de resolver porque requiere de un previo debate

¹ En este trabajo se utilizará dos expresiones diferentes para identificar a las partidarias de regularizar la prostitución como un trabajo: pro-regularización y pro-derechos. Esta última denominación es usada por ser la forma en la que el propio grupo prefiere ser denominado, aunque ha generado polémica entre las partidarias del feminismo abolicionistas, quienes consideran que ellas también defienden los derechos de las prostitutas.

ético que se está evitando por todas sus participantes. En dicho debate se debería reflexionar y no establecer como válida de antemano cuál es la teoría ética que se debe aplicar para tratar este problema, se debería analizar cuál es la naturaleza de la sexualidad humana, cuáles son las posibles concepciones acerca del deseo sexual y si los argumentos construidos desde una moral general sirven para comprender las relaciones sexuales o es necesario construir nuevas razones amparadas en una moral sexual específica capaz de vencer las contradicciones y limitaciones que hasta ahora la moral sexual contemporánea pueda estar originando.

El trabajo no pretende en modo alguno defender o defenestrar ninguna posición al respecto, sino únicamente aclarar cuáles son las razones con las que se está justificando la posición que los Estados deben adoptar actualmente ante la prostitución y demostrar que el razonamiento a favor del trabajo sexual implica juicios éticos que no están siendo abiertamente debatidos.

Para llevar a cabo esta tarea he dividido el trabajo en dos partes. En la primera reconstruiré los principales argumentos con los que se está defendiendo la regularización de la prostitución como un trabajo sexual y mostraré cómo la principal crítica que las partidarias de esta postura hacen a las abolicionistas consiste en afirmar que su respuesta se basa en argumentos de naturaleza ética, que carece de objetividad y que supone la imposición de una determinada moral. En la segunda parte, mostraré como la solución aportada por el

grupo pro-derechos está justificada también en un razonamiento que no es para nada neutral desde el punto de vista moral.

Considero que este análisis puede resultar útil para entender la brecha que el tema de la prostitución ha abierto dentro del movimiento feminista y puede servir para dar un paso atrás en la forma de plantear este tema tomando consciencia de la importancia que la filosofía moral tiene a la hora de construir el tipo de sociedad en la que se quiere vivir.

1. *EL TRABAJO SEXUAL Y SU JUSTIFICACIÓN*

Una de las cuestiones que más debates está suscitando en la actualidad versa sobre qué respuesta jurídica debe dar el Estado a la prostitución consentida. Esta cuestión está vigente en las agendas políticas de los gobiernos y es objeto de discusión teórica en numerosos países. En este epígrafe voy a analizar los argumentos aportados por los movimientos feministas dentro del debate teórico para justificar las principales respuestas con las que pretenden dar solución al problema. La selección no es arbitraria. Considero que los mayores logros en la lucha por la igualdad de las mujeres se han conseguido históricamente gracias a las reivindicaciones llevadas a cabo desde estos movimientos; además, son los que han mostrado un mayor interés en el tema de la prostitución los que más argumentos desarrollan y los que más sólidamente lo han analizado y debatido. Si bien dentro del término "feminismo" ha habido y hay muchas manifestaciones diferentes y entre ellas hay discrepancias

conceptuales, metodológicas y epistemológicas, todas sus variantes tienen un punto de partida común y un objetivo que las une: la lucha por conseguir una sociedad más igualitaria y justa donde las mujeres tengan reconocidos, garantizados y puedan ejercer en igualdad de condiciones los mismos derechos que los hombres². Sin embargo, en relación con la cuestión que planteo en este trabajo se da una peculiaridad: las respuestas feministas son tan diferentes que parece imposible ni siquiera acercaras. Mientras una parte, a la que se identificará en adelante como grupo abolicionista, defiende la abolición (erradicación) de cualquier tipo de prostitución, la otra (en adelante grupo pro-derechos) opta no solo por su legalización cuando se trata de prostitución consentida sino también por su consideración como una actividad laboral más³. Lo asombroso es que las dos posiciones apoyan la validez de sus respuestas afirmando que las mismas garantizan el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, en especial de los derechos de libertad y de igualdad establecidos en los ordenamientos jurídicos. A la hora de criticar a sus contrincantes, la mayoría de los partidarios de la postura pro-derechos aluden a que

² Son muy numerosos los estudios acerca del movimiento feminista y sus variantes. Para un análisis de la historia de estas variantes y sus implicaciones en el ámbito jurídico ver: Valcárcel (1991, 1997, 2001); Pitch (2010), Ruíz (2001), Unzueta (1992); Gamba (2008), Rorty (2003), Loviband y Sefchovich (1992).

³ La expresión pro-derechos ha sido acuñada por las propias partidarias del grupo pro-legalización. No es una denominación con la que las abolicionistas estén de acuerdo puesto que consideran que también ellas luchan por los derechos de las prostitutas.

los argumentos abolicionistas encierran razones morales, mientras que ellos ofrecen una solución basada en argumentos moralmente neutros y este tipo de argumentos son los únicos que deben tener en cuenta los Estados democráticos y laicos a la hora de regular jurídicamente los problemas sociales. Además, alegan que los partidarios del abolicionismo adoptan una posición de superioridad moral cuando construyen sus argumentos, y las feministas no deben erigirse en el estandarte de la moral colectiva⁴.

Para sistematizar los argumentos con los que se justifican cada una de las respuestas los he dividido en dos grupos: en uno recojo aquellos con los que se defiende la legalización de la prostitución y se critica la imposición de medidas sancionatorias por parte del Estado con el fin de erradicarla; en el segundo, figuran los argumentos con los que se justifica la consideración de la compraventa de sexo como una actividad laboral. En cada uno de estos grupos he seguido el siguiente orden expositivo: recojo los argumentos dados por la postura pro-derechos a favor de su respuesta; a continuación, indico cuáles son las réplicas que el grupo abolicionista da a cada uno de esos argumentos y finalizo mostrando cómo

el grupo pro-derechos se defiende de dichas críticas.

Antes de iniciar el análisis de las argumentaciones dadas, es necesario hacer una serie de puntualizaciones conceptuales. Cuando hablo de "prostitución consentida" me refiero a la siguiente práctica social: la compra y venta de relaciones sexuales a cambio de un dinero entre dos personas adultas y capaces, pactadas voluntariamente por ambas. Dejo fuera de esta discusión el estudio de otras prácticas sociales relacionadas con la prostitución que en ocasiones son incluidas en el ámbito del significado de ese término, como es el caso de la pornografía. También quedan fuera de este debate las posibles respuestas jurídicas a otras formas de prostitución como la infantil o las soluciones a problemas relacionados habitualmente con la compraventa de sexo como son el tráfico de mujeres, la trata de personas, el comercio con drogas, las mafias, etc. En todos estos casos, la prostitución va unida a la comisión de delitos tipificados en los códigos penales no existiendo controversia teórica, ni dentro ni fuera del feminismo, en relación con la persecución jurídica que deben sufrir los mismos⁵.

Existe un punto de confluencia dentro de las posturas feministas. Para todas ellas el Estado no debe sancionar a las prostitutas. Salvo en este extremo, la discrepancia

⁴ Esta crítica se puede ver en: Juliano (2005, p. 87), Maqueda Abreu (2006), Holgado (2008, p. 9); Rodríguez Martínez (2008, pp. 48-49); Juliano (2008, pp. 119-127); Holgado (2008a, p. 156), García (2007, p. 29). Por su parte, Rodríguez (2008) critica a los Estados cuando, bajo la apariencia de normas neutrales, niegan derechos a las prostitutas (p. 258). También critican a las abolicionistas por estas mismas razones, otros estudiosos de la cuestión ajenos al movimiento feminista, como es el caso de De Lora (2007, pp. 460-469).

⁵ Junto con el abolicionismo y la regularización como un trabajo hay una tercera respuesta, denominada reglamentismo que no es objeto de estudio en este artículo al no tener adeptas dentro de los movimientos feministas.

es absoluta, incluso respecto de las razones alegadas para sostener esa idea.

2. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LEGALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN

Las posiciones a favor de los derechos de las trabajadoras del sexo consideran que el Estado tiene la obligación de legalizar la prostitución. Esto significa que no debe dictar normas cuyo objetivo sea castigar a las personas implicadas en esta práctica siempre que la misma se realice con el consentimiento de todas ellas. Por lo tanto, los grupos pro-derechos sostienen que no toda compra-venta de sexo es el resultado de una acción coactiva y que no todas las prostitutas son víctimas. Justifican esta afirmación recogiendo las declaraciones de las propias mujeres que se dedican a esta actividad. Según sus propias palabras, la mayoría de ellas se introdujeron en la prostitución por necesidades económicas, todas admiten que fue una decisión dura de tomar, pero muchas manifiestan en la actualidad su deseo de seguir ejerciendo la prostitución. Los motivos pueden ser muy variados, pero en gran medida son de carácter económico: la prostitución les permite ganar más dinero y en menos tiempo que si se dedicasen a otra actividad; además, les confiere la facultad de gestionar su dinero, su tiempo y la forma y el modo de desarrollarla; es una forma de ganarse la vida para poder mantenerse ellas y sus familias, etc. (Espejo, 2008); (Maqueda, 2008/2009), (Garaizábal, 2006, 2009), (López Riopedre, 2012); (Mestre, 2008), (Romalho, 2012), (Lorenzo, 2008).

El grupo abolicionista, por su parte, considera que no se puede hablar en ningún caso de prostitución libremente consentida, ya que las mujeres que se dedican a ella lo han hecho debido a una necesidad imperiosa. Aducen que no hay libertad de elección cuando la situación en la que se encuentran esas mujeres impide que haya opciones entre las cuales elegir. Una cosa, sostiene este grupo, es hablar de prostitución voluntariamente aceptada y otra muy distinta de prostitución libremente aceptada (Falcón, 1992, 2012, 2014), (Barry, 1988), (Giménez, 2008).

Ante esta réplica, los grupos pro-derechos estiman que, si se parte de un concepto tan amplio de libertad, nada en la sociedad es libremente elegido puesto que siempre existen circunstancias condicionantes. Cuando se escoge un trabajo no siempre es el que se desea puesto que las circunstancias sociales, políticas, económicas, familiares determinan y limitan todas las decisiones posibles.

Qué características debe tener una decisión para afirmar que se ha tomado libremente es una cuestión aún muy discutida en el ámbito filosófico, psicológico y jurídico. El debate sobre qué debe hacer el Estado respecto de la prostitución se tornaría inútil si no se admitiese al menos que junto a personas a las que de forma violenta y en contra de su voluntad se las coacciona para que ejerzan la prostitución, conviven otras que son plenamente conscientes de lo que hacen y deciden hacerlo sin que nadie las intimide o coaccione. Hay una parte del abolicionismo que se muestra dispuesta a aceptar esta

diferenciación, aunque señalan que, a pesar de ello, las opciones con las que cuentan las prostitutas son demasiado limitadas y a veces "solo pueden optar entre vender su sexualidad o malvivir" (Rubio, 2008, p. 88)⁶.

Por otra parte, los grupos que abogan por la legalización piensan que las mujeres tienen derecho a disponer de su cuerpo como estimen oportuno. Esta facultad "forma parte del ejercicio de su derecho de libertad" (Espejo, 2008, p. 138). Entre los usos que pueden darle está el de comercializar con su sexualidad. Admiten que nuestra sociedad es una sociedad de consumo, capitalista y mercantilizada, y que el sexo debe interpretarse dentro de este contexto por lo que no se justifica que no se pueda comprar y vender.

Este argumento es discutido por la posición abolicionista que ve en la mercantilización del cuerpo un problema ético reprochable⁷. Objetan que de igual forma que el Estado prohíbe la venta de órganos, debe prohibir la venta del cuerpo de las mujeres. Para los grupos pro-derechos esta réplica incurre en un error al identificar cuerpo con sexualidad. Afirman que con la prostitución no se compran ni se venden los cuerpos de las personas, simplemente se usan para prestar un servicio.

⁶ A este respecto, Gimeno (2012) sostiene: "Si el feminismo anti prostitución continúa negándose a distinguir entre prostitución forzada y voluntaria, será imposible conseguir un acuerdo para exigir un mayor compromiso contra la primera" (p. 64).

⁷ La mercantilización del cuerpo de la mujer no solo se puede apreciar en la práctica de la prostitución. Se trata de un fenómeno extendido en nuestra sociedad Cobo (2013). La cosificación del sexo es analizada también por: Aucía (2008, pp. 148-149).

Lo que se vende es un servicio sexual y una vez finalizado este, el cuerpo sigue perteneciendo a la prostituta. Por lo tanto, lo que las mujeres hacen cuando se prostituyen es usar su capacidad sexual para obtener una ganancia. Alegan que de igual forma que un psicólogo presta sus conocimientos, una abogada presta un servicio de defensa o un operario "arrienda" sus manos para hacer un trabajo, las prostitutas comercian con su sexo. Una vez más justifican esta afirmación con las historias de vida de las personas que se prostituyen en las estas afirman que su función es similar a la que efectúan las abogadas, "con la sola diferencia de que ellas deciden a quién prestar el servicio y a quién no, mientras que las abogadas tienen que defender en muchas ocasiones a personas que son delincuentes sabiendo que son culpables" (Holgado, 2008, p. 27)⁸. El grupo pro-derechos considera que ver en el uso de la sexualidad un problema moral y no verlo en otras prácticas sociales análogas tiene solo un origen prejuicioso frente a la sexualidad, la cual "es sacralizada de forma no justificada" (Garaizábal, 2006, p. 67). En este sentido, afirman que cada uno puede tener las creencias morales que desee, pero que no debe imponérselas a los demás (Maqueda, 2006).

La obligación de los Estados democráticos es respetar y garantizar el derecho de libertad de las personas. La prohibición de la prostitución consentida impediría que las mujeres pudieran ejercerlo. Con

⁸ En contra de que la mayoría de las prostitutas sean libres para elegir a sus clientes ver: De Marneffe (2010, p. 21).

base en este argumento, los grupos pro derechos manifiestan que carece de fundamento la imposición de sanciones tanto a las prostitutas como a sus clientes. Solo se debe perseguir la prostitución forzada. Para las abolicionistas, si bien las prostitutas no deben ser castigadas al ser siempre personas que sufren violencia y explotación, sí lo deben ser los compradores de sexo en cuanto que estos llevan a cabo actos de dominación que atentan contra la dignidad de las mujeres tratándolas como cosas y no como personas. Los grupos pro-derechos critican con dureza la visión que de los clientes aportan las partidarias de la legalización. Sostienen que estas los consideran como un todo homogéneo cuando en realidad hay muchos tipos de clientes y no todos llevan a cabo actos violentos ni actos de dominación. Teniendo en cuenta la opinión de las mujeres que se prostituyen, afirman que los hombres en la actualidad acuden a la prostitución por muchos motivos: estatus social, ocio, buscando una relación esporádica para "satisfacer un deseo sexual de forma fácil, rápida y sin compromisos, buscando compañía, o para experimentar nuevos placeres o técnicas sexuales" (Holgado, 2008, p. 156). Generalizar que todo cliente busca dominación es incurrir en un grave error como lo es también que las abolicionistas no tengan en cuenta ni la existencia de prostitución masculina ni el hecho de que haya mujeres que sean consumidoras de sexo pago. Argumentan a los efectos de negar que la prostitución sea siempre una relación de dominación del hombre sobre la mujer, que "la existencia, aunque en menor grado, de otros tipos de

prostitución, prueba que esta práctica social no implica en todo caso un trato unidireccional de dominio del hombre sobre la mujer" (Garaizábal, 2008, p. 106).

Pese a todas estas justificaciones aportadas para probar que la prostitución no implica necesariamente la subordinación de la mujer frente al hombre, las abolicionistas siguen considerando que la práctica en sí de la prostitución juega un papel simbólico en la sociedad; se trata de una relación donde las partes no actúan en plano de igualdad y donde los roles de género resultan reforzados: mujer pasiva y dominada al servicio de los deseos de los hombres, hombre superior a la mujer que la usa para su provecho⁹. No están de acuerdo en el método usado por el grupo pro-derechos para justificar que la relación no es desproporcionada y afirman que el sentido de la prostitución no puede establecerse únicamente por la consideración que de la misma tengan las mujeres que se prostituyen. La forma en la que ellas viven su actividad no significa que esta no pueda ser interpretada y tenga un valor distinto al que los sujetos involucrados le dan. Las mujeres maltratadas, arguyen, también defienden a sus maridos y no se sienten en muchas ocasiones en estado de sumisión. La opinión de los partícipes no es definitiva para valorar la prostitución. Además, muchas de estas historias de vida muestran cómo los varones acuden al sexo pagado para sentirse más machos y para que se les reconozca y se les valore como hombres.

⁹ La importancia del valor simbólico de las prácticas sociales ha sido objeto de análisis por: Frazer (1996, pp. 18-40) y por Ngozi Adichie (2015, p. 1).

Que ellas consideren que están representando solo un papel no significa que no estén siendo objeto de un trato abusivo. Los Estados no deben legalizar esta práctica; su objetivo debe ser erradicarla porque la legalización significa normalizar esta forma de vida sexual, y normalizarla es aceptarla como válida lo que implica situar a las mujeres en un plano desigual respecto del hombre¹⁰. En lo que se refiere a la existencia de prostitución masculina, las abolicionistas consideran que esta modalidad es muy diferente a la femenina: el número de hombres que venden su sexualidad es mucho menor que el de mujeres; sobre ellos recae un estigma más leve, sus clientes suelen ser otros hombres con lo que no se rompe la relación de dominio masculino sobre lo femenino; además, muchos de los que se dedican a ella son transexuales que simbolizan el rol femenino en la relación. Por otra parte, cuando las mujeres son las que pagan por una relación sexual lo hacen generalmente movidas por motivos distintos a los de los hombres. Suelen buscar afecto y acuden a la prostitución buscando una relación diferente a la que busca aquel. Por todo ello, las abolicionistas afirman que la existencia de otras formas de prostitución no es suficiente para cambiar la valoración de la institución y el significado simbólico que tiene en la sociedad.

¹⁰ La desigualdad entre hombres y mujeres que traería consigo la legalización de la prostitución es examinada por De Miguel (2015, pp. 149-178). En contra de la legalización por razones similares fuera del movimiento feminista se manifiesta Brufao Curiel (2008). Pateman (1995) afirma que con la legalización de la prostitución lo que se legitima es "la ley del derecho sexual de las mujeres, es el reconocimiento público como amos sexuales de las mujeres" (p. 283).

Si las abolicionistas critican el método usado por sus contrincantes para justificar sus argumentos a favor de la legalización, las pro-derechos tampoco están de acuerdo ni con los argumentos aportados por aquellas ni con el método elegido. Piensan que la argumentación para justificar el valor simbólico de la prostitución parte de la idea de que solo existe un tipo de hombres y un tipo de mujeres y es a su juicio un fallo homogeneizar bajo un mismo rótulo a una colectividad, máxime cuando esto supone crear una dicotomía absurda: hombre siempre malo y mujer siempre buena o víctima (Wijers: 2004)¹¹. Por otra parte, tampoco les parece acertado que las abolicionistas analicen el problema desde una posición externa al mismo, ignorando la voz de las prostitutas al considerarlas personas sin capacidad para tener una opinión. El método que usan y su actitud paternalista les impiden tener una visión real de la prostitución. En la interpretación que hacen de esta práctica no tienen en cuenta el contexto que la rodea; tampoco tienen en consideración que en ella intervienen relaciones de dominio que no obedecen a razones de género, pero que la dotan también de significado como son la raza, la clase, el estatus social y el económico. Además, cuando las abolicionistas alegan que la práctica atenta contra el derecho de dignidad de las mujeres no aportan razones que justifiquen esta afirmación, ni son capaces de explicar en qué medida el sexo

¹¹ Por su parte Rodríguez (2008) sostiene que "considerar a las prostitutas siempre como víctimas es una postura conservadora y moralista" (p. 49). En contra de considerar a las mujeres como un grupo homogéneo Mohanty (1990).

pago es vejatorio para las personas y no lo son otras prácticas como la pornografía que de hecho están legalizadas (Maqueda, 2006). Por todo ello, consideran que la visión de la prostitución que hacen las abolicionistas es pobre, está sesgada y obedece a razones meramente morales (Pheterson, 1992)¹².

Los grupos pro-derechos concluyen afirmando que legalizar la prostitución consentida no solo no vulnera el ordenamiento jurídico, sino que el no hacerlo implica menoscabar las decisiones libremente tomadas por las mujeres y esto es una violación de su derecho de libertad reconocido como un derecho fundamental en los textos constitucionales.

Junto a los argumentos a favor y en contra de la legalización los diferentes movimientos feministas desarrollan justificaciones para demostrar los efectos que conllevaría la imposición de sanciones a los consumidores de sexo pago. Esta medida, tal y como ya he expuesto, es solicitada desde las posiciones abolicionistas las cuales la consideran, además de justa, eficaz para erradicar la prostitución. Sin embargo, las posturas contrarias estiman que la misma conlleva tratar a los clientes como delincuentes cuando no hacen daño a nadie; es más, gracias a ellos, muchas mujeres consiguen dinero para vivir¹³. Estas posturas consideran

que, si los Estados castigan a los clientes de la prostitución, se extralimitarían en sus funciones al penalizar acciones que no causan daño alguno por el hecho de aceptar como válido un juicio moral que las tacha de incorrectas. Pero, además, y con independencia de estas consideraciones, el grupo pro-derechos no ve que las sanciones puedan ayudar a que la prostitución desaparezca (Villacampa, 2012), (Maqueda 2006, 2010), (Holgado, 2008). Fundamentan su escepticismo en razones históricas mostrando cómo en los períodos históricos en los que se han implementado, la prostitución ha sobrevivido al margen de la ley y en peores condiciones; además, han aumentado los delitos asociados a esta práctica social (trata de mujeres, explotación y tráfico ilegal, entre otros). Las medidas coercitivas hacen a las prostitutas personas más vulnerables; impiden que pacten con tranquilidad las condiciones de su servicio y les niega la única fuente de ingresos que tiene la mayoría de ellas. El hecho mismo de que se implementen castigos aumenta su estigma con lo que son vistas por la sociedad como mujeres inmorales y perjudiciales sin que hayan llevado a cabo ninguna acción dañina¹⁴. De esta forma la intervención de los Estados asienta

¹² J. Montero y B. Zabala (2006) critican por esta razón a Lidia Falcón cuando sostiene que "las víctimas de la prostitución no pueden saber ni entender cómo se realiza una sexualidad placentera y gratuita" (p. 102).

¹³ La culpabilidad del cliente según las abolicionistas es evidente si tenemos en cuenta que en el siglo

XXI los hombres son conscientes de que detrás de la prostitución se esconden delitos como la trata de personas y la explotación. Sin embargo, cuando acuden al sexo de pago ignoran estas circunstancias, es más acuden a ella en la mayoría de las ocasiones buscando una relación sexual cargada de subordinación y sumisión por parte de la prostituta. En este sentido: González (2012, p. 16) y Torres San Miguel (2008).

¹⁴ Un estudio completo sobre el estigma que sufren las prostitutas se puede ver en: Pheterson (1996).

una interpretación negativa de la prostitución haciéndose eco de los prejuicios morales que hacia el sexo y la forma de ejercerlo tiene una parte de la sociedad (Arella, 2007).

3. ARGUMENTOS A FAVOR DEL "TRABAJO SEXUAL"

El debate habido en el seno del feminismo en relación con la prostitución consentida se acentúa aún más cuando las partidarias de su legalización consideran que no solo el Estado debe legalizarla en pro del derecho de libertad de las mujeres, sino que, además, debe considerarla como una actividad laboral similar a la prestación de un servicio (Maqueda, 2009)¹⁵. Su reconocimiento como un trabajo garantizaría no solo el derecho de libertad de las mujeres sino también su derecho de igualdad e incluso el derecho de libertad de empresa, reconocidos todos ellos en los textos legales en vigor. Justifican estas afirmaciones alegando que la prostitución es una institución que debe ser interpretada en el contexto en el que se desarrolla. Las sociedades actuales son sociedades donde se ofrecen bienes y servicios, y en ellas todo se puede comprar y vender. El derecho avala y regula estas relaciones mercantiles atendiendo a las demandas de sus ciudadanos. La prostitución no es diferente a la prestación de un servicio. Lo único que cambia es el tipo de servicio que se ofrece. Hay personas que venden sus conocimientos, otras sus habilidades para efectuar determinadas tareas (pintar, arreglar una tubería, limpiar...);

las prostitutas venden su capacidad y sus destrezas para dar placer sexual¹⁶.

Las prestaciones de un servicio a cambio de un dinero están reconocidas por el Estado como una actividad laboral. Para que sean así consideradas se exige una serie de requisitos: 1.- existencia de una relación libremente pactada entre las partes, 2.- que en esa relación las dos partes salgan beneficiadas, 2.- que la actividad constituya una fuente de ingresos para la persona que presta el servicio, o sea que no sea una actividad gratuita, 3.- que la prestación no dañe a terceros.

La prostitución consentida cumple con todas estas características. No se puede alegar la dureza que esta actividad conlleva para la prostituta, en cuanto que hay ocupaciones igual de sacrificadas, e incluso más, que son reconocidas por el Estado como trabajos. "La recogida de fresas, el trabajo doméstico, limpiar letrinas pueden resultar iguales de gravosos que la prostitución para muchas personas" (Agustín, 2002, p. 17). Tampoco consideran válido negarle su carácter laboral aduciendo que es una relación asimétrica ya que en los trabajos por cuenta ajena la simetría tampoco existe, ni afirmando que en ella se explota a las trabajadoras y supone un trato degradante o inhumano porque "la explotación está presente en muchos otros trabajos" (Espejo, 2008, p. 128). El hecho de que estos se regulen

¹⁵ En contra del carácter neutro del trabajo sexual: Lipszyc (2003).

¹⁶ La necesidad de interpretar la prostitución dentro del contexto social donde se desarrolla es alegada entre otras por: Rodríguez (2008, pp. 41-42, 45); Mestre (2008, p. 55).

jurídicamente es lo que permite evitar los tratos abusivos.

De acuerdo con la CE todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de sus familias sin que haya discriminación por razón de sexo (artículo 35). Además, los poderes públicos están obligados a fomentar una política que garantice la formación y readaptación de los profesionales y a velar para que puedan desarrollar sus proyectos de vida¹⁷. A este respecto, Nancy Frazer (1996) afirma que el derecho de igualdad exige a los Estados democráticos igual respeto y reconocimiento para cualquier plan o trayectoria de vida elegida tanto por los hombres como por las mujeres, planes que deben ser considerados valiosos con independencia de cuáles sean estos. La prostitución es una forma como otra de ganarse la vida, para muchas mujeres, y "para algunas personas, como los transexuales, es, quizá, la única forma de hacerlo" (Espejo, 2008, p. 134). Su reconocimiento a efectos laborales garantizaría el ejercicio de sus derechos fundamentales. Por el contrario, no reconocerla como tal implicaría fomentar la desigualdad entre los ciudadanos considerando a unos como trabajadores y a otros no cuando están realizando tareas análogas. Además, también aumentaría la desigualdad entre hombres y mujeres al no permitir a

estas últimas, que son las que se dedican mayoritariamente a la prostitución y que además tienen peor acceso al mercado laboral, que puedan abrir nuevos espacios en el terreno laboral donde desarrollarse. Alegan también que el no reconocimiento del trabajo sexual imposibilita a muchas mujeres acceder a la condición de ciudadanas y, en una sociedad donde el trabajo es el requisito para ello, negarles esta condición es impedir que tengan los derechos sociales y económicos que la ciudadanía conlleva (Agustín, 2008), (Montero y Zabala, 2006), (Holgado, 2008). Siendo el trabajo la fórmula para que los ciudadanos queden incluidos en el grupo social, no reconocer la prostitución como trabajo provoca otra consecuencia negativa: destinar a estas mujeres a la exclusión y a la invisibilidad convirtiéndolas en personas de segunda clase (Lorenzo, 2008).

Junto a todos estos argumentos para probar los efectos perniciosos que ocasiona no reconocer la existencia de un trabajo sexual, los grupos pro-derechos explican también cuáles serían los positivos en el caso contrario. Las ventajas se extenderían no solo a las personas que se dedican a la prostitución sino también al Estado y a la sociedad en general. Reconocerlas como trabajadoras mejoraría las condiciones de vida de estas personas, ayudaría a que ellas mismas se sintieran integradas y mejoraría su autoestima al no ser estigmatizadas por el grupo social. Este, a su vez, vería la prostitución como una actividad y no como una señal de identidad. Las prostitutas pasarían a ser mujeres que se dedican a prestar servicios sexuales en lugar de ser consideradas mu-

¹⁷ A este respecto Mestre (2007, 36) considera que "el principio de igualdad de respeto exige igual respeto y reconocimiento para cualquier plan/trayectoria de vida elegida por hombres y mujeres".

jeros de mal vivir, deshonestas y perjudiciales para la sociedad.

La existencia de un trabajo sexual sería útil para el Estado en cuanto que controlaría el flujo de dinero que de hecho maneja el negocio de la prostitución y que, por falta de una legislación adecuada, está exento de fiscalización (Holgado, 2008). Además, se garantizaría la estabilidad económica de aquellos Estados donde, en estos momentos, la prostitución y la industria del sexo son fuentes de financiación preferente.

Asimismo, la regulación de la prostitución mejoraría las condiciones de seguridad y salud de las personas que se dedican a ella y les ayudaría a negociar las mejoras de sus condiciones laborales, pero también implicaría que estas mujeres cumplieran con sus deberes laborales y fiscales pagando sus impuestos y, por lo tanto, beneficiando las arcas públicas. Por último, hay quienes desde posiciones pro-derechos sostienen que en épocas de crisis su regularización ayudaría a prevenir delitos en contra de la propiedad ya que muchas personas preferirían ejercer la prostitución antes que cometer un delito, máxime cuando la actividad además de ser una fuente de ingresos, sería la vía que les garantiza derechos sociales, laborales y económicos.

El Estado de bienestar debe atender y reconocer las demandas legítimas de sus ciudadanos cuando estos actúan de forma libre y no dañan ni perjudican a nadie. No debe entrar a valorar si éticamente es correcto o no, siempre que se cumplan los

derechos reconocidos en la Constitución. Si la prostitución no viola ninguno de estos derechos y si, además, su reconocimiento como un trabajo es beneficioso tanto para las mujeres que la ejercen como para el Estado, no existe ninguna razón jurídica que impida su consideración como una actividad laboral más (Gay, Otazo, Sanz, 2003). Es más, algunas partidarias del trabajo sexual refuerzan esta argumentación afirmando que si el Estado no lo reconoce, lo que está haciendo es "imponer por ley el sexo gratuito", y esto "sentaría un precedente intervencionista en la sexualidad de la ciudadanía, obligándonos, a través de la tutela estatal, a tener una supuesta y estereotipada sexualidad "correcta" (Espejo, 2008, p. 128).

Frente a todos estos argumentos las abolicionistas afirman que la consideración de la prostitución como un trabajo convierte a los Estados en proxenetas, fomenta la desigualdad entre hombres y mujeres normalizando relaciones donde las mujeres asumen un estatus de subordinación respecto de aquellos, aumenta la trata de mujeres y beneficia la proliferación de mafias (Riera, 2009), (Raymond, 2004). Si el trabajo es un deber, además de un derecho, la normalización de la prostitución como una actividad laboral la convierte en una posible opción para entrar en el mercado laboral. El problema que esto conlleva es que en una sociedad en la que el trabajo es la llave para obtener los derechos de ciudadanía y la integración en el grupo social, tal y como reconocen los grupos pro-derechos, muchas mujeres se verán abocadas a elegir esta opción para poder acceder a los de-

rechos que la ciudadanía comporta y para no sentirse excluidas y marginadas en la sociedad. En épocas de crisis, y dada la falta de oportunidades que muchas mujeres tienen para encontrar un trabajo, la prostitución será una opción legítima y las mujeres que pueden optar a ella y rehúsen a hacerlo podrán ser consideradas por el Estado como ciudadanas que eluden cumplir con sus obligaciones¹⁸. Además, afirmar que la no legalización de la prostitución niega la apertura a las mujeres para acceder a una parcela del mercado laboral, significa "aceptar que una de las misiones de estas en la vida social es dar placer sexual a los hombres, y asumir esto legítima al Estado para que lleve a cabo políticas que las mantengan en este tipo de actividad" (Fiss, 1995, p. 216).

4. LA (NO) NEUTRALIDAD ÉTICA DEL RAZONAMIENTO A FAVOR DE LA REGULARIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN COMO UN TRABAJO

Según las feministas pro regularización la argumentación abolicionista se nutre de razones morales. Afirman que bajo el velo de querer defender el derecho a

la igualdad o el derecho a la dignidad de las mujeres se esconde una determinada concepción moral conservadora y el deseo de que el Estado dé una respuesta a la prostitución que sea acorde con la misma. Por el contrario, sostienen que su argumentación se basa en razones jurídicas y su propuesta para atender el problema de la prostitución supone una actitud por parte del Estado moralmente neutral. Pero ¿es la posición pro regularización una postura moralmente neutral? Aceptar sus razones ¿no implica que el Estado legitime una determinada forma de concebir como correctas o incorrectas las formas de organizar la sexualidad de la sociedad?¹⁹.

En este epígrafe mostraré que la postura pro regularización no es neutral desde el punto de vista ético ni cuando argumenta en contra de la prohibición de la prostitución ni cuando justifica su consideración como una actividad laboral más. Demostraré que: 1.- para justificar la no abolición de la prostitución asume que son válidos y sólidos los postulados

¹⁸ Rehúsar a una oferta "adecuada" de trabajo trae aparejadas consecuencias no deseables para un trabajador. Por ejemplo en España "Rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por el Servicio Público de Empleo o por las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, salvo causa justificada, es motivo para que el Servicio Público de Empleo Estatal inicie un procedimiento sancionador por infracción grave que puede concluir con la pérdida de tres meses de prestación la primera vez que se incumple, de seis meses la segunda vez, y la extinción de todo el derecho si hay un tercer incumplimiento." De Miguel (2015) sostiene: "Si una chica no encuentra trabajo, su hermano bien le podría recriminar su conducta: 'papá y mamá lo están pasando mal, mamá ya está mayor, pero tú puedes colocarte de puta, no seas puritana, es un trabajo como otro cualquiera" (p. 168).

¹⁹ No discuto en este trabajo que la crítica realizada por las partidarias del trabajo sexual a las abolicionistas sea totalmente desacertada. Es más, sostengo que muchas de sus razones esconden juicios basados en los sentimientos y emociones que la prostitución puede generar instintivamente. En este sentido, el grupo abolicionista se ha preocupado más en contradecir a sus oponentes que en reflexionar si las razones habituales que ellas aportan resultan convincentes o no sin embargo es importante saber si las razones con las que condenamos o permitimos algo son buenas, con independencia de si las sabemos o intuimos como morales o inmorales. La crítica de nuestros propios argumentos es importante porque de resultar incorrectos pueden ser utilizados para apoyar causas que sí que son moralmente ilegítimas e injustas.

de la denominada teoría ética del deber y además admiten, sin someterla a ninguna discusión, una determinada concepción moral de la sexualidad. Ambos extremos llevan a las partidarias pro-derechos a resolver la cuestión planteada desde una ideología liberal, y 2.- para justificar el reconocimiento de la prostitución como un "trabajo", además de partir de esos mismos postulados, añade argumentos propios del razonamiento mercantilista, razonamiento que no es inocuo desde el punto de vista ético tal y como están poniendo de manifiesto algunos de los más firmes representantes de la teoría de la justicia comunitarista.

Un análisis de la argumentación construida por este grupo, autodenominado pro-derechos, permite apreciar que la misma se sustenta sobre los siguientes pilares: 1.- las mujeres son libres para usar su cuerpo y su capacidad sexual como lo deseen. Si lo que quieren es comerciar prestando un servicio sexual a cambio de un dinero están en su derecho de hacerlo²⁰; 2.- en una relación consistente en el intercambio sexo por dinero no tiene por qué darse una relación de poder del hombre sobre la mujer ni una asimetría entre ambos; 3.- no toda relación de prostitución implica violencia o daños físicos y/o psicológicos; 4.- los Estados deben considerar la prostitución como un trabajo porque es una práctica útil, que beneficia a los participantes que lo demandan mutuamente, no perjudica a nadie y permite ganarse la vida a las personas que

lo solicitan. El Estado debe atender las demandas de sus ciudadanos teniendo en cuenta el beneficio que esto ocasiona. El número de preferencias satisfechas y su maximización es el criterio que debe guiar la actuación del Estado sin que deba entrar a valorar el contenido moral de las mismas porque esta es la respuesta más justa con la que se garantiza el derecho de igualdad de las mujeres y de todos los trabajadores.

Este razonamiento se apoya en varios conceptos: consentimiento, poder, daño y utilidad. Tal y como señala Agustín Malón:

en el paradigma ético del momento actual el consentimiento y el daño son las líneas argumentales más sólidas para juzgar una relación como permisible o no permisible. Junto a ellas se suelen incluir y mezclar otras como las relacionadas con el poder y la simetría o no entre los participantes, la coerción, instrumentalización y el uso del otro. (Malón, 2016, p. 55)

La ética racionalista o del deber, que es el punto de partida de este razonamiento, se nutre de argumentos fundamentalmente kantianos y utilitaristas. Para la deontología de Kant las relaciones humanas girarán en torno al principio moral del obligado respeto al otro ser humano, reconocido en su dignidad como ser racional y en su consideración como un fin en sí mismo y nunca como un medio. Para la postura utilitarista se ha de tener en cuenta las consecuencias de los actos, siendo estas éticamente relevantes si conducen al placer, el bienestar o la felicidad.

²⁰ "El bien jurídico supremo a proteger es el derecho a decidir con mayúsculas" (Espejo, 2008, p. 137), (Garaizábal, 2006, p. 72).

Ahora bien, una comparación entre esta argumentación y la aportada por el grupo abolicionista muestra cómo ambas construyen sus razonamientos apoyándose en los mismos postulados, todos ellos propios de la ética del deber. Sin embargo, existen dos diferencias: la primera recae en la forma de entender los conceptos que forman parte de sus argumentos (consentimiento, daño, poder) y la segunda, consiste en la *concepción de la sexualidad humana* de la que parten. El grupo pro derechos mantiene una visión *sensualista* de las relaciones sexuales; consideran que la característica definitoria de las mismas es el placer hedonista, sensual, físico. Otros fenómenos, como el afecto, la intimidad etc., pueden o no darse en estas relaciones, pero no son una nota esencial en las mismas²¹. Por esta razón, cualquier relación sexual, si cumple con los parámetros antes dichos, es vista como intrínsecamente buena o al menos moralmente indiferente. Sin embargo, la posición abolicionista pareciera hacer uso de una concepción diferente de las relaciones sexuales donde la *intencionalidad interpersonal* entre los participantes juega un papel crucial. Por eso sostienen en su razonamiento la idea de que las relaciones sexuales entre prostituta y cliente no son relaciones "normales", o la idea de que si el Estado regulariza la prostitución como un trabajo "normalizaría" de cara a la sociedad esta práctica considerada "indeseable". Para las abolicionistas la sexualidad entre seres humanos requiere de la autoconsciencia como ser humano y de la consciencia de la exis-

tencia de otras personas, esto es, exige "un reconocimiento mutuo como personas" (Malón, 2016, p. 90). Consideran que en la relación sexual habida en la prostitución hay una ausencia de intencionalidad en la prostituta que sea recíproca a la del cliente y, aunque la misma pudiera darse en un caso concreto, esta no surge espontáneamente de la persona. Esta concepción de la sexualidad estaría más próxima a las denominadas éticas de la virtud. A estas éticas les interesan más los ideales de la *vida buena* que el problema de los deberes morales.

Optar por una concepción moral de la sexualidad propia de la ética del deber o hacerlo por una propia de la ética de la virtud tiene consecuencias importantes a la hora de entender en qué consiste la educación moral. "Para la ética de la virtud, la educación moral será más un cultivo de hábitos y formación del carácter mediante el cultivo de ciertas cualidades²². Desde la tradición de la ética del deber se trataría de una educación racional e intelectual que buscaría la promoción de una cierta conformidad en las personas y su adhesión a las normas que rigen el comportamiento, vigentes en la comunidad" (Malón, 2016, p. 68). Por esta razón, en el razonamiento construido por las abolicionistas se incluyen términos como relaciones indeseables y se habla de la necesidad de "castigar" a los clientes de la

²¹ La diferencia entre ambas concepciones ha sido analizada extensamente en Malón (2016, pp. 73-101)

²² Esas cualidades son denominadas virtudes y consisten en "disposiciones de los seres humanos que integran elementos tanto emocionales como racionales y que tendrían la peculiaridad de ser beneficiosas para el hombre; sin ella el hombre o podría funcionar bien, no solo como individuo sino también como grupo" (Malón, 2016, p. 25).

prostitución. También por esta misma razón la prostitución es considerada como una cuestión de género y se afirma la necesidad de educar a la sociedad para que interprete esta práctica social como una práctica que menosprecia a las mujeres al ser tratadas como objetos, como cuerpos que el hombre puede usar a su capricho. La benevolencia sería, para este grupo, una de las virtudes que convierten las relaciones sexuales en relaciones valiosas, dignas o estimables mientras que para las partidarias de no prohibir la prostitución toda conducta sexual es moralmente aceptable o permisible si es consentida y no provoca daños y esto no depende de la idea de un erotismo bueno sino de las consecuencias de esa conducta para las personas directa o indirectamente afectadas²³.

Por otra parte, algunas partidarias de permitir la prostitución consideran que los Estados, además de no perseguirla, deben considerar esta práctica como un trabajo más y señalan las similitudes que hay entre la prostitución y los contratos de prestación de un servicio. Sostienen su postura en dos pilares: uno es el respeto de la libertad individual, el segundo es la utilidad que ello conllevaría. La salvaguarda de la libertad individual es el principio moral que sustenta la teoría liberal²⁴ y la

utilidad es el principio moral fundamental de la teoría utilitarista²⁵ y ambos configuran el llamado razonamiento mercantil. Este razonamiento es el que ha sido asumido como objetivamente neutral por las partidarias pro-derechos de las prostitutas y por otros teóricos del derecho ajenos al movimiento feminista (Ríos Raupp, 2004). Ahora bien, ¿es el razonamiento mercantilista moralmente neutro?

Tal y como dice Michael J. Sandel en su Teoría de la Justicia, actualmente casi todo tiene un precio; cada vez más bienes son objeto de compra y venta.

El mercado ha pasado de ser una herramienta que los Estados usan para organizar la actividad productiva a convertirse en la forma de organizar todas las actividades humanas. Por eso, este autor afirma que se ha pasado de ser una economía de mercado a ser una sociedad de mercado y ambas cosas no se pueden equiparar, no son lo mismo. Si una economía de mercado puede ser una forma valiosa y eficaz para organizar la actividad productiva, una sociedad de mercado es una manera de vivir en la que los valores mercantiles rigen todas las actividades humanas. Es un lugar donde las relaciones sociales están hechas a imagen del mercado. (Sandel, 2013, p. 18).

²³ La benevolencia sería una virtud que consiste en tener sensibilidad hacia el malestar o el bienestar de los demás, que hace que las personas nos preocupemos del estado de los otros, que nos permite empatizar con "el otro" y actuemos en consecuencia para evitar su mal y procurar su bien.

²⁴ Este principio aplicado al libre mercado dice: "que permitir a las personas que acuerden intercambios voluntariamente respeta su libertad" (Sandel, 2011, p. 90).

²⁵ El argumento utilitarista a favor de los mercados sostiene "que el libre mercado promueve el bienestar general cuando dos acuerdan un trato, ambos ganan, Mientras el trato beneficie a los dos sin perjudicar a nadie, incrementará la utilidad general" (Sandel, 2011, p. 90).

Esta transformación ha provocado también un cambio en la economía: de ser una ciencia encargada de estudiar las relaciones de producción y de consumo de los bienes materiales ha pasado a extender su ámbito de análisis para explicar el comportamiento humano en general, la forma en la que las personas interactúan y los principios en virtud de los cuales se toman las decisiones²⁶. Pero para explicar su nuevo ámbito de estudio, tarea mucho más ambiciosa, usa los mismos valores y las mismas reglas que ha empleado a la hora de explicar el ámbito de la producción y el consumo de bienes materiales. Todo el comportamiento humano es interpretado partiendo de la idea de que los individuos siempre que toman una decisión lo hacen después de sopesar los costes y los beneficios de las opciones que se ofrecen y suelen elegir la que se considera que proporcionará el mayor bienestar o la máxima utilidad.

Sandel aporta numerosos ejemplos de cómo se ha llegado a mercantilizar relaciones sociales que antes se regían por normas y principios ajenos al ámbito económico. Actualmente el valor del dinero, leyes como la de la oferta y la demanda o la ley de precios son usados para regular aspectos que afectan a la sanidad, a la educación, a las relaciones de amistad, aspectos de la vida social que antes se regían por otros principios y por otros valores distintos a aquellos. Ahora hay padres e instituciones que pagan a los estudiantes para que saquen buenas

calificaciones; así se garantiza que la inversión de tiempo y de dinero que se emplea en su formación sea beneficiosa y eficaz; abundan las empresas que ofrecen los más variados servicios a cambio de un precio, desde escribirte el discurso que vas a dar en la boda de tu mejor amigo hasta presentar disculpas en tu nombre cuando has agraviado a una persona y no deseas hacerlo personalmente. Los Estados pagan a las personas obesas para que adelgacen tras valorar que el coste sanitario que la obesidad ocasiona a las arcas públicas es mucho mayor que el pago de estos incentivos; se paga por hacer de cobaya humana con el fin de probar la seguridad de una nueva sustancia para una compañía farmacéutica, etc. Esta forma de regular las relaciones trae aparejadas consecuencias económicas positivas, se ahorran costes y se consiguen los objetivos perseguidos en la mayoría de los casos. Todos los implicados salen beneficiados.

Los gobiernos actuales a la hora de atender las demandas de sus ciudadanos utilizan, en la mayoría de las ocasiones, el razonamiento mercantil como la forma para decidir su legalización o su prohibición y ello porque aún está en vigor la idea de que la economía es una ciencia neutral desde el punto de vista moral²⁷. Se presupone que el mercado es el medio más idóneo para regular las relaciones

²⁶ En 1976 Gary Becker (1976) sostuvo: "la gente actúa para maximizar su bienestar, cualquiera que sea la actividad que desarrolle" (p. 3).

²⁷ Para muchos estudiosos los intercambios económicos no tienen ninguna trascendencia moral y entre esos intercambios incluyen el comercio sexual, ver: Saiz Viadero (1983, p. 9). Para un análisis de cómo se afianzó la idea de que la Economía significó una ruptura con la Filosofía moral, ver: Atilano Pena y Sánchez Santos (2007a, 2007 b).

sociales “porque es eficaz para maximizar su utilidad, respeta la libertad de las personas y se rige por reglas asépticas desde el punto de vista moral” (Sandel, 2013, p. 21)²⁸. Los Estados democráticos, plurales y laicos no deben imponer una moral a sus ciudadanos; de ahí que el razonamiento mercantil se aprecie como la forma más idónea de justificar las respuestas jurídicas que el Estado actual debe dar a los problemas sociales. Pero cuando el mercado se convierte en el criterio que debe guiar la actuación del Estado y el razonamiento mercantil en el método adecuado para justificar sus respuestas jurídicas, aquel deja de ser un instrumento y pasa a convertirse en una norma (Sandel, 2013), (Lechat, 2004).

La expansión de los mercados a esferas anteriormente reguladas por otros valores y otras reglas no mercantiles hace que esos valores queden desplazados. Este desplazamiento al menos provoca tres consecuencias importantes:

En primer lugar, los principios del razonamiento mercantil no siempre son eficaces en el momento en que se aplican a ámbitos no estrictamente económicos, o sea cuando regulan prácticas sociales ajenas a esa esfera. Al respecto, Sandel nos aporta un ejemplo significativo en relación con la operatividad de la ley de precios cuando es aplicada para regular los horarios de la recogida de los niños en una guardería en EE. UU. Los padres llegaban siempre tarde a recogerlos. Esto

ocasionaba que las cuidadoras permanecieran en el centro más tiempo que el que su jornada laboral les obligaba. Para evitar esta situación, se estableció una penalización pecuniaria a los padres que llegaran tarde; con ella se intentaba concienciarlos de que su conducta constituía una falta de respeto hacia las trabajadoras del centro. Si la ley de precios hubiese sido efectiva, al subir el precio los retrasos deberían haber mermado puesto que a mayor precio menor consumo del bien, en este caso del servicio. Sin embargo, las consecuencias fueron diametralmente opuestas. Los padres asumieron que al pagar la penalización habían adquirido el derecho de llegar tarde, los retrasos fueron mayores y el sentido de responsabilidad, que era el valor con el que hasta entonces se regulaba esa práctica, quedó desplazado. La obligación moral de ser puntual quedó sustituida por el valor económico (Sandel, 2013).

En segundo lugar, en una sociedad donde todo tiene un precio, donde el dinero se convierte en un valor primordial, las personas que disponen de él serán valoradas positivamente por la sociedad y podrán acceder a todo cuanto deseen, mientras que las personas que no dispongan de recursos serán valoradas negativamente y cada vez dispondrán de menos cosas a las que acceder. Si no existe igualdad de oportunidades para acceder a los puestos de trabajo ni a las fuentes de producción, si no existe igualdad en casi ningún ámbito de la vida, el hecho de que todo tenga un precio implica ahondar y agravar dichas diferencias. Por otra parte, en las sociedades donde la desigualdad es cada

²⁸ En este mismo sentido ver: Friedman (1956). Sobre la neutralidad de la Economía y las causas que han motivado ver: Gómez (1997).

vez mayor, "el libre mercado, para quienes no tienen mucho donde elegir, no es tan libre" (Sandel, 2011, p. 97).

En tercer lugar, hay relaciones interpersonales que se consideran valiosas sin necesidad de que estén incorporadas en el mercado. Es más, se aprecian precisamente porque se mantienen alejadas de la esfera económica y no tienen un valor monetario. Si se las pusiera un precio no serían estimadas de la misma forma (Anderson, 1993). La amistad, afirma el filósofo americano, es un caso paradigmático, la compra de un amigo es posible, pero el hecho mismo de que tenga un precio hace que la relación no se valore de la misma forma que si hubiera surgido mediando otros valores como la simpatía, la afinidad, el respeto etc. Hay prácticas que el dinero "corrompe" porque nuestra actitud ante ellas cambia precisamente "porque el dinero es la forma de adquirirlas" (Sandel, 2013, pp. 40-42). Esto sucede porque los valores con los que se interpreta y se da sentido a esas relaciones son distintos al económico y si son desplazados por este las relaciones se degradan; nuestra forma de participar en ella también. Los mercados y el razonamiento mercantil que ensalza los valores de mercado no son meros mecanismos, encierran normas "presuponen y promueven ciertas maneras de valorar los bienes que se intercambian" (Sandel, 2011, p. 300), (Sandel, 2013, p. 17).

Cuando el Estado regula cuestiones que tienen que ver con este tipo de prácticas sociales y aplica el razonamiento mercantil y los valores monetarios para darles

una respuesta no es moralmente neutral porque está transformando la forma de apreciar y de valorar esas prácticas que tiene la sociedad y está estableciendo una nueva forma de ser interpretadas, les otorga un significado nuevo e influye en la actitud que los ciudadanos tienen frente a ellas (Honneth, 2006). En definitiva, está imponiendo el valor monetario sobre el resto de los valores posibles, está marcando, además, que esta es la forma justa de interpretar la práctica y esto no es para nada neutral²⁹. El autor de *Justicia ¿hacemos lo que debemos?* da varios ejemplos para ilustrar este hecho. Cuando se paga a las personas para que adelgacen, las normas jurídicas que establecen esos incentivos están valorando el cuidado de la salud como un bien que se puede comprar; cuando se articulan normas jurídicas que establecen el pago a los estudiantes por sus rendimientos está valorando la educación como un bien que también tiene un precio. El dinero desplaza otros valores como el respeto, la solidaridad, el deber de cuidar el propio cuerpo, etc.³⁰

Llegados a este punto, Sandel sostiene que el desplazamiento de unos valores

²⁹ Sandel (2013) entiende "corrupción" como degradación de la relación o de la práctica social, porque se les "da un valor inferior al que les corresponde" (p. 42). Una visión similar a la de este autor aplicada a la prostitución la tiene Georg Simmel (1971) cuando sostiene que en todo proceso donde se equipara "individuo=dinero", y la prostitución es un ejemplo de ello, se ocasiona una terrible "degradación de la personalidad" (p. 113).

³⁰ El desplazamiento de valores cívicos y culturales por los valores mercantiles en la vida íntima y las repercusiones negativas que esto conlleva es también estudiado por: Russel (2011, pp. 25-70). Cómo el espíritu mercantilista ha invadido al feminismo es analizado por Rubio (2008, pp. 25-48).

por otros a la hora de interpretar las prácticas sociales nos debería llevar a plantearnos si se puede estar de acuerdo con las repercusiones que esto conlleva; así, por ejemplo, el autor se pregunta:

¿Debe importarnos que los padres dejen de sentirse culpables por recoger tarde a los niños de la guardería y vean su relación con la cuidadora en términos instrumentales? ¿Debe importarnos que pagando a los obesos por adelgazar estos terminen viendo su salud como una fuente de ingresos en lugar de considerar que tienen el deber de cuidar su cuerpo? (Sandel, 2013, p. 95).

Cuando se justifica la consideración de la prostitución como un trabajo y para ello se aportan argumentos propios del razonamiento mercantil hay que tener en cuenta que estos no son neutrales desde el punto de vista moral. Es presuponer que la concepción que sostiene que la sexualidad es algo que maximiza la utilidad, es moralmente la más apropiada y que la manera justa de que el Estado la regule es satisfacer esta concepción sin cuestionarla, ampliarla o complicarla. Tal y como señala Ana Rubio (2008), "no cabe neutralidad al decidir el contenido de las normas" (p. 82). Se puede justificar la mercantilización de la sexualidad alegando que en sociedades mercantiles, como la nuestra, se sacan al mercado y se convierten en mercancía muchos servicios que antes se desarrollaban en el marco de las estructuras comunitarias y familiares, pero hay que ser conscientes de que este tipo de argumento no es moralmente neutral y que implica responder también otros

interrogantes: ¿debe importarnos que legalizar la compra venta de servicios sexuales como un trabajo nos haga apreciar las relaciones sexuales como relaciones mercantiles? ¿Debe importarnos que las personas que se dedican a prestar servicios sexuales sean vistas como fuente de ingresos en lugar de seres humanos? ¿El hecho de legalizar y normalizar la compra venta de la sexualidad cambiaría el sentido con el que la sociedad quiere construir sus formas de vida sexual? ¿Fomentaría actitudes indeseables respecto del sexo? ¿No se debería evitar la introducción en los ordenamientos jurídicos de relaciones donde la sexualidad tenga un precio? ¿Puede el hecho de legitimar relaciones sexuales compradas transformar desvalorizando actitudes y normas que merecen protegerse? Para contestar a esas preguntas el razonamiento mercantil debe someterse a la moral y el debate sobre la prostitución debe analizar también razones morales³¹.

Puede que, una vez sometida la prostitución a un debate donde las razones morales entran a formar parte, no se llegue a una única solución; también puede ser que se termine aceptando los valores monetarios como los más adecuados para regular las formas de vida sexual, o todo lo contrario; pero, en todo caso, la solución que se dé será el resultado de una discusión abierta donde se haya justificado si nos parece correcto el juicio ético que establece que las razones morales deben quedar fuera del territorio del sexo y si son los valores mercantiles los

³¹ Para analizar las relaciones entre la Economía y la Filosofía moral ver: Hausman y McPherson (2017).

más correctos para construir las formas sexuales en las sociedades actuales.

CONCLUSIONES

Los objetivos de este trabajo eran dos. Por un lado, sistematizar y analizar los argumentos con los que se está defendiendo dentro del feminismo la cuestión de cuál es la respuesta que los Estados deben dar a la prostitución. Por otro lado, mostrar que el razonamiento construido por las partidarias de que la prostitución debe ser regulada como una actividad laboral más no es, tal y como pretenden sus partidarias, neutral desde el punto de vista ético y ello porque para justificar la no prohibición de esta práctica social parten de asumir como válidos para tratar esta cuestión los postulados de las llamadas éticas del deber en detrimento de los postulados de las éticas de la virtud. Además, las razones con las que se justifica que la prostitución debe ser reconocida como un trabajo más se sustentan en un razonamiento mercantilista que tampoco es inocuo desde el punto de vista ético.

A la luz de lo expuesto, se puede concluir que en el debate sobre la prostitución ninguna de las posturas intervinientes mantiene posiciones moralmente neutrales. Sin embargo, ambas plantean la cuestión como si se tratase de un problema jurídico, político y económico subestimando la reflexión ética que debería preceder en orden lógico a las demás discusiones. Esta reflexión debería abarcar el análisis de las limitaciones y contradicciones que puede tener la ética del deber y si es necesario o no completar sus postulados con los de

la ética de la virtud a la hora de resolver cuestiones tan controvertidas y complejas como es la prostitución. Debería, además, estudiar si el comportamiento sexual debe ser enjuiciado con los mismos elementos con los que se valora cualquier otra relación humana o si existen razones para considerar que dicho comportamiento posee una estructura y naturaleza específica que justifica su valoración a través de una moral sexual especial.

REFERENCIAS

- Anderson, E. (1993). *Value in ethics and economics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Agustín, L. M. (2004). *Trabajar en la industria del sexo, y otros tópicos migratorios*. Donostia, España: Tercera Prensa-Hirruugarren Prentsa.
- Agustín, L. M. (2008). Trabajo y ciudadanía: movimientos pro derechos de las trabajadoras del sexo. En J. L. Solana y E. Acien. (Eds.), *Los retos de la prostitución: estigmatización, derechos y respeto* (pp. 31-42). Granada, España: Comares.
- Arella, C., Fernández, C., Nicolás, G., y Vartabedián, J. (2007). *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*. Barcelona, España: Virus Editorial.
- Atilano Pena, J., y Sánchez Santos, J. M. (2007a). Los fundamentos morales de la Economía: una relectura del problema de Adam Smith. *Revista de Economía Institucional*, 9 (16), 63-87.
- Atilano Pena, J., y Sánchez Santos, J. M. (2007b). El problema de Smith y la relación entre moral y economía, *Isegoría*, 6, 81-103.
- Aucía, A. (2008). Trabajo sexual: dificultades de concebir como trabajo aquello que la cultura degrada. *Mora*, 14, 47-151.
- Barry L. (1988). *Esclavitud sexual de la mujer*. Barcelona, España: La Sal.

- Becker, G. S. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago, Estados Unidos: University of Chicago Press.
- Brufao Curiel, P. (2008). *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*. Madrid, España: Fundación Alternativas.
- Cobo, R. (2013). Claves para un análisis feminista de la prostitución. *Rev. Con la A*, 26. Recuperado de <http://www.amecopress.net/spip.php?article10975> el día 23 de mayo del año 2018.
- De Lora, P. (2007). ¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado. *Doxa*, 30, 451-470.
- De Marneffe, P. (2010). *Liberalism and prostitution*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- De Miguel, A. (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Valencia, España: Cátedra.
- Espejo, B. (2008). La prostitución desde una visión transexual. En I. Holgado Fernández. (Ed.), *Prostituciones. Diálogos sobre sexo pago* (pp. 123-138). Barcelona, España: Icaria
- Falcón, L. (1992). El infierno de las mujeres. *Poder y libertad*, 19, 1-5.
- Falcón, L. (2012). Prostitución, la esclavitud aceptada. *Nuestra Bandera*, 232, 79-92.
- Falcón, L. (2014). Feminismo en tiempo de crisis. *Rauden, Revista de Estudios de las mujeres*, 2, 351-366.
- Fiss, O. (1995). ¿Qué es el feminismo? *Doxa*, 14, 319-335.
- Frazer, N. (1996). Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de la justicia del género. *RIFP*, 8, 18-40.
- Friedman, M. (1956). The quantity theory of money: a restatement. En M. Friedman. (Ed.), *Studies in the Quantity Theory* (pp. 3-21). Chicago, Estados Unidos: The University Press of Chicago.
- Gamba, S. (marzo de 2008). Feminismo: historia y corrientes. *Mujeres en Red. El Periódico Feminista*. Recuperado de: <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1397>
- Garaizábal, C. (julio de 2006). Por los derechos de las trabajadoras del sexo. *Viento Sur: por una izquierda alternativa*, 87, 62-72.
- Garaizábal, C. (2008). Las prostitutas toman la palabra. Las vicisitudes de su construcción como sujetos sociales. En I. Holgado Fernández. (Ed.), *Prostituciones. Diálogos sobre sexo pago* (pp. 95-110). Barcelona, España: Icaria.
- Garaizábal C. , (Diciembre de 2009). Debates feministas sobre sexualidad. En M. Belbel (Presidente), *Granada 30 años después: aquí y ahora*. Ponencia llevada a cabo en las Jornadas feministas organizadas por la Asamblea de Mujeres de Granada "Mariana Pineda", Granada.
- García, C. (2007). El derecho a decidir. *Debate*, 2, 25-29.
- Gay, S. , Otazo, E. , y Sanz, M. (2003). ¿Prostitución = profesión?: una relación a debate. *Derecho Comparado*, 106, 13-27.
- Giménez Barbat, T. (2008). Prostitución femenina. *Claves de Razón Práctica*, 187, 12-16.
- Gimeno, B. (2012). *La prostitución. Aportaciones para un debate abierto*. Barcelona, España: Bellaterra.
- Gómez, F. J. M. (1997). *Economía y valores humanos*. Madrid, España: Ediciones Encuentra.
- González, M. (25 de febrero de 2012). La prostitución en el imaginario social [Mensaje en el blog Revista Feminista Brujas 32 Atema]. Recuperado de <http://revistafeminista-brujas32atem.blogspot.com.es/2012/02/la-prostitucion-en-el-imaginario-social.html>
- Hausman, D. y McPherson, M. (2017). *Economic Analysis, Moral Philosophy and Public Policy*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Holgado Fernández, I. (2008). El que paga por pecar. Hombres clientes de sexo pago. En I.

- Holgado Fernández. (Ed.), *Prostituciones. Diálogos sobre sexo pago* (pp. 139-159). Barcelona, España: Icaria.
- Holgado Fernández I. (2008a). Todas las voces para un solo concierto feminista. En I. Holgado Fernández Isabel. (Ed.), *Prostituciones. Diálogos sobre sexo pago* (pp. 7-39). Barcelona, España: Icaria.
- Honneth, A. (2006). *Reidificación*, Madrid, España: Katz.
- Juliano, D. (2005). El trabajo sexual en la mira. *Cuadernos Pagu*, 25, 79-106.
- Juliano, D. (2008). El pánico moral y la criminalización del trabajo sexual. En I. Holgado Fernández. (Ed.), *Prostituciones. Diálogos sobre sexo pago* (pp. 111-122). Barcelona, España: Icaria.
- Lechat, N. (2004). Economía moral. En A. D. Cattani. (Ed.), *La otra economía* (pp. 165-172). Buenos Aires, Argentina: Altamira.
- Lipszyc, C. (2 de noviembre de 2003). Mujeres en situación de prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?, *Cladem*. Recuperado de: http://www.ciudadaniasexual.org/boletin/b11/Mujeres_situacion_Prostitucion.pdf
- López Riopedre, J. L. (2012). Una aproximación etnográfica a la prostitución cuando las trabajadoras sexuales hablan de los clientes. *RES, Revista Española de Sociología*, 18, 31-62.
- Lorenzo Rodríguez-Armas, M. (2008). Constitución española, estado social y derechos de las mujeres que ejercen la prostitución. *Feminismos*, 12, 253-270.
- Loviband, S. , y Sefchovich, S. (1992). Feminismo y postmodernismo. *Debate feminista*, (5), 129-164.
- Lucas, R. E. Jr. (1984). Expectations and Neutrality of Money. *Journal of Economic Theory*, 4 (2), 103-124.
- Malón, A. (2016). *Ética sexual contemporánea. Aspectos pedagógicos y límites*. Valencia, España: Tirant Humanidades.
- Maqueda Abreu, M. L. (2006). *Feminismo y prostitución*. 3ª ed. , Madrid, España: Travel S. L.
- Maqueda Abreu, M. L. (2009). *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada, España: Comares.
- Maqueda Abreu, M. L. (2010). Cuando el Estado acosa a las mujeres. (A propósito del derecho a una sexualidad no coercitiva). En D. Heim y E. Bodelón. (Coord.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas* (pp. 249-260). Barcelona, España: Grupo Antígona, Universidad Autónoma de Barcelona.
- Mestre i Mestre, R. (2007). Trabajo sexual, igualdad y reconocimiento de derechos. En R. Serra Cristóbal. (Coord.), *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos* (pp. 13-42). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Mestre i Mestre, R. (2008). Trabajo sexual e igualdad. En I. Holgado Fernández. (Ed.), *Prostituciones. Diálogos sobre sexo pago* (pp. 55-72). Barcelona, España: Icaria.
- Mohanty, J. (1990). Feminist Encourents: locating the Politics of Experience. En A. Philips. (Ed.), *Feminism and Politics* (pp. 254-272). Oxford, Nueva York: Oxford University Press,
- Montero, J. , y Zabala, B. (2006). Algunos debates feministas en torno a la prostitución. *Viento Sur*, 87, 97-103.
- Ngozi Adichie, G. (2015). *Todos deberíamos ser feministas*. Barcelona, España: Penguin Random House.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Barcelona, España: Anthropos.
- Pheterson, G. (1992). *Nosotras las putas*. Madrid, España: Talasa.
- Pheterson, G. (1996). *El prisma de la prostitución*. Madrid, España: Talasa.
- Pitch, T. (2010). Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 44, 435-459.
- Raymond, J. G. (2004). 10 razones para no legalizar la prostitución. Madrid, España:

- Partido Comunista de España. Recuperado de <http://www.pce.es/secretarias/secmujer/pl.php?id=688>
- Riera, M. (2009). Abolicionismo, regulacionismo y prohibicionismo. Entrevista a Lara Padilla. *El Viejo Topo*, 262, 32-37.
- Ríos Raupp, R. (2004). Apuntes para un derecho democrático de la sexualidad. En C. Cáceres, T. Trasca, M. Pecheny, y V. Teto. (Eds.), *Ciudadanía sexual en América Latina. Abriendo el debate* (167-187). Perú: Universidad Peruana Cayetano Heredia.
- Rodríguez M. (Ed.). (2015). *Sin género de dudas. Logros y desafíos del feminismo hoy*. Madrid, España: Biblioteca Nueva.
- Rodríguez Martínez, P. (2008). Género, inmigración y trabajo en las sociedades posmodernas. En I. Holgado Fernández. (Ed.), *Prostituciones. Diálogos sobre sexo pago* (pp. 41-54). Barcelona, España: Icaria.
- Romallo, N. (2012). O trabalho sexual: discursos e práticas dos assistentes sociais em debate. *Sexualidad, Salud y Sociedad, Revista Latinoamericana*, 12, 64-91.
- Rorty, R. (2003). Feminismo, ideología y deconstrucción. En S. Zizek. (Comp.), *Ideología: un mapa de la cuestión* (pp. 253-263). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Rubio, A. (2008). La teoría abolicionista de la prostitución desde una perspectiva feminista. En I. Holgado Fernández. (Ed.), *Prostituciones. Diálogos sobre sexo pago* (pp. 73-94). Barcelona, España: Icaria.
- Ruiz, A. E. C. (2001). De cómo el derecho nos hace mujeres y hombres. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 36, 7-15.
- Russell Hochschild, A. (2011). *La mercantilización de la vida íntima*. Madrid, España: Katz.
- Sandel, M. J. (2011). *Justicia. ¿Hacemos lo que queremos?* Barcelona, España: Debate.
- Sandel, M. J. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar*. Barcelona, España: Debate.
- Saiz Viadero, J. R. (1983). *Conversaciones con la Mary Loly*. Santander, España: Puntal.
- Simmel, G. (1971). *On individual and Social Forms*. Chicago, Estados Unidos: The University Chicago Press.
- Torres San Miguel, L. (2008). ¿Por qué la prostitución no es un trabajo? En Pérez Freire, S. , Fontecha López, A. , y Carracedo Bullido, R. , *Prostitución: análisis y opciones para su erradicación*, León, España: Asociación Flora Tristán, pp. 35-67.
- Unzueta, M. (1992). Feminismo y garantismo: ¿una teoría del derecho feminista? *Anuario de Filosofía del Derecho*, 9, 75-89.
- Valcárcel, A. (1991). *Sexo y filosofía, sobre mujer y poder*. Barcelona, España: Anthropos.
- Valcárcel, A. (1997). *La política de las mujeres*. Madrid, España: Cátedra.
- Valcárcel, A. (2001). *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. Santiago de Chile, Chile: Unidad Mujeres y Desarrollo, Cepal-Eclac.
- Villacampa Estiarte, C. (2012). Políticas de criminalización de la prostitución: un análisis crítico de fundamentación y resultados. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3(7), 81-142.
- Wijers, M. (2004). Delincuente, víctima, mal social o mujer trabajadora: perspectivas legales sobre la prostitución. En R. Osborne. (Ed.), *Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el s. XXI* (pp. 209-222). Barcelona, España: Bellaterra.

*Análisis de las medidas de asistencia a víctimas de trata de personas en Colombia en perspectiva de derechos humanos**

Johana Reyes Jaimes**

Jakeline Vargas Parra***

Juan C. Aceros****

Recibido: 9 de diciembre de 2016 • Aprobado: 1 de noviembre de 2017

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a4>

RESUMEN

La trata de personas se configura como una grave vulneración a los derechos humanos, lo cual obliga a los Estados a garantizar la asistencia y protección integral fundamentada en la reparación de quienes han sufrido dichas vulneraciones. A partir de la metodología de revisión documental, este artículo analiza la normativa aplicable a la asistencia y protección a víctimas de trata de personas en Colombia a la luz de los principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas. Los principios corresponden a la no detención o enjuiciamiento por delitos relacionados con la condición de víctima de trata; protección y apoyo a víctimas; asistencia jurídica, protección y permisos de residencia temporales; derechos y necesidades de los niños; y regreso voluntario y en condiciones de seguridad. Los principales resultados evidencian que se han hecho importantes esfuerzos para incluir estas perspectivas de derechos humanos en la normativa colombiana. Sin embargo, solo se ha incluido como una directriz teórica en la mayoría de los documentos de trata de personas del país, sin traducirse en acciones concretas que favorezcan la recuperación de las víctimas.

Palabras clave: trata de personas; asistencia y protección a víctimas; enfoque basado en derechos humanos; políticas públicas.

* Este artículo se deriva del proyecto de investigación en curso Sentipensar la trata: Experiencia de investigación participativa sobre la asistencia y protección a víctimas de trata de personas en Santander (2016-2017), adelantado por los grupos de investigación en Ciencias Sociales, Humanidades y Educación (CISNHE), de la Universidad Manuela Beltrán seccional Bucaramanga y el Grupo de Investigación en Políticas Públicas del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

** Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (Colombia). Magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad Industrial de Santander (Colombia). Actualmente docente investigadora de la Universidad Manuela Beltrán seccional Bucaramanga (Colombia); miembro del grupo de investigación en Ciencias Sociales, Humanidades y Educación (CISNHE) de la misma universidad. Los temas de investigación se circunscriben al ámbito de los derechos humanos, la trata de personas y las políticas públicas. Correo electrónico: johana.reyes@docentes.umb.edu.co. Orcid 0000-0001-7303-2044

*** Trabajadora Social de la Universidad Industrial de Santander (Colombia). Administradora Pública de la Escuela Superior de Administración Pública (Colombia). Magíster en Políticas Públicas y Gerenciamiento del Desarrollo, de la Universidad Nacional de San Martín (Argentina). Actualmente docente e investigadora del Instituto de Estudios Políticos adscrito a la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (Colombia). Presidenta del Observatorio Latinoamericano sobre trata y tráfico de personas ObservaLAtрата. Directora del grupo de investigación Instituciones Políticas y Opinión Pública y Líder de la línea de investigación sobre Trata de Personas. Integrante del grupo Ciencia Política y líder de la línea de investigación en Políticas Públicas. Correo electrónico: jvargas557@unab.edu.co. Orcid 0000-0002-2351-558X

**** Psicólogo de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga (Colombia). Doctor en Psicología Social de la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Actualmente es parte del grupo de investigación en Ciencias Sociales, Humanidades y Educación (CISNHE) de la Universidad Manuela Beltrán (Colombia). También es profesor de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad Industrial de Santander (Colombia). Sus temas de investigación se circunscriben al ámbito de la psicología social discursiva y los estudios sociales de la ciencia y la tecnología. Correo electrónico: juan.aceros@docentes.umb.edu.co. Orcid 0000-0003-2707-5419

Analysis of Measures to Assist Victims of Human Trafficking in Colombia from a Human Rights perspective

ABSTRACT

Human trafficking is a serious violation of human rights, which obliges Governments to guarantee comprehensive assistance and protection based on reparation for those who have suffered such violations. Based on the document review methodology, this paper analyses the regulations applicable to the assistance and protection of victims of human trafficking in Colombia in the light of the recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking. The principles relate to the non-arrest or prosecution of offences related to the status of victims of trafficking; protection and support for victims; legal assistance, protection and temporary residence permits; children's rights and needs; and safe and voluntary return. The main results show that significant efforts have been made to include these human rights perspectives in Colombian law. However, it has only been included as a theoretical guideline in most of the country's human trafficking documents, without being translated into concrete actions that favor the recovery of victims.

Keywords: human trafficking; victim assistance and protection; human rights-based approach; public policies.

Análise das medidas de assistência a vítimas de tráfico de pessoas na Colômbia, na perspectiva dos direitos humanos

RESUMO

O tráfico de pessoas configura-se como uma grave violação dos direitos humanos, o que obriga os Estados a garantirem assistência e proteção integral fundamentada na recuperação daqueles que sofreram tais violações. A partir da metodologia de revisão documental, este artigo analisa a legislação aplicável à assistência e proteção das vítimas de tráfico de pessoas na Colômbia à luz dos princípios e diretrizes recomendados sobre direitos humanos e tráfico de pessoas. Os princípios correspondem à não detenção ou julgamento por delitos relacionados com a condição da vítima de tráfico; proteção e apoio a vítimas; assistência jurídica, proteção e autorizações temporárias de residência; direitos e necessidades das crianças e retorno voluntário e em condições de segurança. Os principais resultados evidenciam que importantes esforços foram realizados para incluir essas perspectivas dos direitos humanos na legislação colombiana. No entanto, foram incluídas apenas como uma diretriz teórica na maioria dos documentos de tráfico de pessoas do país, sem traduzir-se em ações concretas que favoreçam a recuperação das vítimas.

Palavras-chave: Assistência e proteção a vítimas; enfoque baseado nos direitos humanos; políticas públicas; tráfico de pessoas.

INTRODUCCIÓN

Actualmente existe consenso en que para combatir la trata de personas de manera eficaz, se requiere abarcar todas las modalidades y fases del fenómeno desde una perspectiva integral de derechos humanos¹ y exigir el reconocimiento de la responsabilidad de los gobiernos en la protección de los mismos (Oacnudh, 2010). El enfoque basado en derechos humanos (EBDH) implica también que las políticas públicas estén fundadas en la reivindicación de los derechos de las víctimas y en los distintos procesos de su desarrollo (Jiménez, 2007).

A pesar de dicho consenso en torno al enfoque de derechos humanos, las políticas y marcos normativos nacionales e internacionales no siempre reflejan estas disposiciones. Por el contrario, prima aún el enfoque de criminalización del delito, dado que para un Estado abarcar integralmente el enfoque equivaldría también a reconocer su responsabilidad legal por casos de trata de personas (Bravo, 2015; Londoño Toro, Varón Mejía, & Luna de

Aliaga, 2012; Becerra Barbosa, Cortés Nieto, López Rodríguez, & Quintero, 2011). Al presente, se desconoce el real alcance y utilización del EBDH dentro del marco normativo colombiano aplicable a la asistencia a víctimas. Por tal razón, el propósito del documento es examinar la implementación del enfoque de derechos humanos en la normativa colombiana sobre trata de personas, específicamente en el eje de protección y asistencia a víctimas que ha sido uno de los temas críticos en el país dentro del abordaje del delito (Montenegro, 2015; Alianza Global contra la Trata de Mujeres (GAATW), 2015; Flamtermesky, 2014).

El análisis de las políticas implementadas y la normativa existente en asistencia a víctimas de trata de personas requiere preguntarse por la congruencia de estos documentos con los principios que definen el enfoque de derechos humanos. Esto ha de hacerse tanto al nivel nacional, como al regional, dada la descentralización de la lucha contra la trata que se ha promovido en Colombia a partir de la Ley 985 del 2005. Al nivel regional este artículo examina el caso del departamento de Santander, una región a la que se ha reconocido en repetidas ocasiones como un modelo en la lucha contra la trata de personas.

En las siguientes páginas se avanza, a través del método documental, en el análisis de 15 normas al nivel nacional, y 3 al nivel departamental. Estas normativas se examinaron a la luz de un conjunto de indicadores basados en las disposiciones de los Principios y Directrices Recomen-

¹ Se considera que la trata de personas vulnera la prohibición de discriminar por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole; el derecho a la vida; la libertad y la seguridad; a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o trabajo en condiciones de servidumbre por deudas; a no ser sometido a torturas y/o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; a no sufrir violencia de género; la libertad de asociación; libertad de circulación; el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; a un nivel de vida adecuado; a la seguridad social; y el derecho del niño a una protección especial (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2014).

datos sobre Derechos Humanos y Trata de Personas (Oacnudh, 2010), que constituye el principal instrumento de abordaje del delito con observancia del enfoque de derechos humanos. En esta dirección se pretende dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿La normativa en materia de asistencia y protección a las víctimas de trata de personas en Colombia se ajusta a los principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas?

Los principales resultados evidencian una implementación parcial del enfoque basado en derechos humanos, específicamente desde lo teórico. Sin embargo, estos enfoques teóricos y de principios no han logrado materializarse en prácticas concretas de atención a víctimas de trata de personas en Colombia y Santander. Esto es reflejo de que aún persiste una visión general de la asistencia a las víctimas de trata de personas y, por tanto, en muchos casos no se otorga una atención especializada, desconociendo las particularidades y la gravedad del delito.

El documento se ha estructurado en cuatro secciones: la primera corresponde a una conceptualización general sobre el EBDH y la importancia de su implementación en las políticas públicas; la segunda sección enuncia las directrices y principios que refieren la existencia de un EBDH en la lucha contra la trata de personas; posteriormente se presenta un recuento de la normativa sobre trata y la metodología del trabajo; seguidamente se señalan los resultados de la revisión de la

normativa nacional y de la departamental, desvelando los principales contenidos con relación a cada indicador de derechos humanos. Finalmente, se discuten los principales hallazgos desde la perspectiva de la descentralización y desde el cumplimiento de los lineamientos de derechos humanos.

1. **ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

El enfoque basado en derechos humanos (EBDH) se fundamenta sobre la idea de una ética universal de la que se desprende un conjunto de derechos aplicables a cualquier ser humano (Jiménez, 20107). Este enfoque ha tenido un desarrollo académico relativamente reciente en el ámbito de las políticas públicas. Sin embargo, ha venido ganando terreno en los últimos años (Jiménez, 2007; Guendel, 2002). En la actualidad se está aplicando en las diferentes fases de la política pública², además de figurar en el objeto de muchas de ellas. Su origen está relacionado principalmente con las disposiciones de Naciones Unidas, así como de organizaciones de cooperación internacional que divulgaron y promocionaron la implementación de medidas de derechos humanos en el desarrollo de proyectos sociales (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2006).

² Al hablar de fases de las políticas públicas se hace referencia al ciclo de Jones (1970) que incluye las fases de identificación del problema, formulación de soluciones, toma de decisiones, implementación y evaluación.

La implementación del EBDH en la legislación y en las políticas públicas puede justificarse desde distintas perspectivas. Desde el punto de vista de los fines que persigue, puede decirse que su principal objetivo es materializar o concretar los postulados tradicionales de los derechos humanos. Esto significa que el EBDH busca orientar todas las acciones del Estado en el bienestar de la persona. Así se puede decir que el EBDH está en concordancia con la teoría del *derecho útil* o *derecho regulativo* que define el derecho como medio para la obtención de determinados fines, valores o intereses (Jiménez, 2007).

De otro lado, el EBDH puede interpretarse como parte de la obligatoriedad de los Estados de ser garantes de los derechos humanos. La adaptación del EBDH a las políticas públicas fortalece el eje de acción gubernamental en dicha dirección. Por ende, en concordancia con la idea de las políticas públicas como el "conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables" (Vargas, 1999, citado por Roth, 2010, p. 21), se puede decir que si se implementa el enfoque, los Estados dan respuesta a un problema que en esencia corresponde a una vulneración de los derechos humanos. Por tanto, los Estados, actuando desde el enfoque, estarían dando resolución o mitigando dicha situación garantizando el ejercicio pleno de los derechos de las víctimas, en el caso específico de las políticas de protección y asistencia en la trata de personas.

Finalmente, también se puede entender el enfoque de derechos humanos desde su aporte al desarrollo integral de las sociedades. El EBDH enfatiza en la necesidad de implementar estrategias en pro de la transformación de las relaciones de poder imperantes, corrigiendo las desigualdades, las prácticas discriminatorias y las injusticias (Institut de Drets Humans, 2014). En este sentido, el enfoque se entiende como un camino para la realización del ser humano y el logro de un mayor desarrollo social.

Cabe señalar que, más allá del discurso de los derechos humanos y de la teorización de los gobiernos en las políticas públicas, se debe garantizar el diseño de políticas que desarrollen acciones constantes en la dirección de incluir cada principio "apuntando a ser de alguna manera el espíritu de lo que da sentido a la política como ligazón con la actuación del ciudadano" (Barco, 2016, pág. 59).

1.1. *La asistencia a víctimas de trata de personas y el enfoque de derechos humanos*

Para los propósitos de este trabajo, es necesario identificar las estrategias y medidas que orientan la implementación del EBDH en las políticas públicas sobre asistencia y protección a las víctimas de trata de personas. Al respecto, cabe resaltar que la mayoría de estudios jurídicos sobre asistencia en el delito se fundamentan en el examen del Protocolo de Palermo y de las características del delito (Mateus, Varón Mejía, Londoño Toro, Luna de Aliaga, & Vanegas Moyano, 2009; Londoño Toro, Varón Mejía, & Luna de Aliaga, 2012; y

Bravo, 2015), dejando de lado otras disposiciones Normativas, Como El Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, las disposiciones sobre la cuenta especial, la trata de personas en el marco del conflicto armado, entre otras. Sin embargo, en este trabajo, dichos mandatos legales se han tenido en cuenta debido a que pueden ser aplicables al tema, independientemente de no tener especificidad sobre trata de personas. Así, se espera ofrecer un panorama más amplio del estado de la asistencia y protección a víctimas de trata del país.

De manera general, la inclusión del EBDH en la trata de personas implica labores como la protección y promoción de los derechos humanos, la comprensión de las formas de vulneración en todo el ciclo de la trata de personas, la corrección de prácticas discriminatorias y la búsqueda de la justicia y la reparación para las víctimas (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2014). Esta introducción del enfoque de derechos en el abordaje del delito se sustenta sobre dos presupuestos. En primer lugar, se entiende que el EBDH está íntimamente ligado a la comprensión contemporánea de la trata de personas. En la revisión teórica realizada por Becerra y otros (2011), este enfoque aparece como uno de los más relevantes. En efecto, la trata de personas se considera como una vulneración a los derechos a la libertad, la no discriminación, la vida, la seguridad, la dignidad, entre otros. En segundo lugar, la trata de personas se entiende como relacionada con el EBDH en el derecho internacional. Este último ampara todos los derechos de las víctimas de trata, sin

importar la condición de nacionales o no nacionales (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2014).

Apesar de la evidente relación entre la trata de personas y los derechos humanos, en la actualidad no todos los instrumentos estatales para combatirla se enmarcan dentro del EBDH. Junto con el enfoque de derechos encontramos otras perspectivas que rigen el accionar institucional y que coexisten con el EBDH. Entre ellos se encuentran los enfoques de lucha contra la delincuencia, la justicia penal, las migraciones, la explotación sexual y el trabajo (Oacnudh, 2010). De acuerdo con autores como Bravo (2015), el enfoque imperante en la legislación internacional es el de criminalización o de lucha contra la delincuencia. El mismo aborda el delito de trata de personas como “una infracción al orden público internacional y a la dignidad de los seres humanos, la cual, por su extrema gravedad, supone que los autores del delito deban ser castigados por el derecho penal” (Bravo, 2015, pág. 41). Dada la complejidad del fenómeno, se hace necesario que la trata de personas se aborde desde diversas perspectivas o enfoques. Sin embargo, debe primar siempre el enfoque de derechos humanos en cualquier tipo de mecanismo de acción contra el delito, esto, principalmente, en razón a la vulneración de derechos humanos que se configura por la comisión del delito.

Para materializar los postulados de derechos humanos la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Oacnudh, 2010) ha diseñado una serie de

principios rectores que buscan la orientación de toda actividad estatal encaminada a combatir el fenómeno. Los principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas buscan servir de guía práctica para los países en la implementación de acciones y facilitar la integración del EBDH en las leyes, políticas e intervenciones nacionales, regionales e internacionales contra la trata de personas (Oacnudh, 2010).

Es importante recalcar el carácter no obligatorio de estos principios, ya que constituyen recomendaciones no vinculantes para los Estados. A pesar de ello, algunas de las recomendaciones están contenidas en protocolos y convenios internacionales que las dotan de obligatoriedad para los países. Colombia no ha ratificado los convenios³ o acuerdos que harían obligatoria y vinculante esta disposición. A su vez, se hace evidente que el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas tampoco incluye expresamente esta disposición.

A continuación, se señalan los principios específicos en asistencia a víctimas, formulados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2010).

i. Principio de no detención o enjuiciamiento por delitos relacionados con la condición de víctima de la trata

En la práctica, es frecuente que las víctimas de trata de personas sean

³ Por ejemplo, el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos del 2005, que contiene normas específicas sobre la no imposición de sanciones a víctimas obligadas a cometer actividades ilícitas.

detenidas o judicializadas en algunos países donde la prostitución o mendicidad son prohibidas. Lo mismo suele ocurrir en casos en los que las víctimas portan documentos falsos o están indocumentadas, razones por las cuales terminan siendo detenidas. El primer principio se opone a tales situaciones.

ii. Protección y apoyo a las víctimas

El segundo principio constituye uno de los pilares fundamentales en la atención e implica para los Estados garantizar la protección y la no repetición de hechos vulneratorios contra las víctimas. De igual forma se establece la responsabilidad del Estado en la debida diligencia, para brindar la seguridad y la protección necesarias a las víctimas. A la luz de este principio, la asistencia debe ser reconocida como un derecho de toda víctima, sin dar lugar a negociaciones ni demás trabas por parte de los gobiernos.

iii. Asistencia jurídica, protección y permisos de residencia temporales

La inclusión de este principio se sitúa en el proceso penal o civil que se ejecute contra los tratantes. Mediante este se propende por una participación activa de la víctima en los procesos de investigación y judicialización. Para tal efecto, debe estar plenamente informada, y su libertad y su seguridad deben estar garantizadas. Además, en relación con el principio de no enjuiciamiento, la concesión de

permisos de residencia temporales busca evitar detenciones o penalizaciones a las víctimas por la condición, en algunos casos, de migrantes irregulares.

iv. *Derechos y necesidades especiales de los niños*

Históricamente los niños, niñas y adolescentes han sido considerados como sujetos en condiciones de inferioridad con respecto a los demás integrantes de la sociedad. Las diferentes concepciones sociales han llevado a que estos hayan sido determinados como sujetos sin autodeterminación ni autonomía. Sin embargo, estas concepciones han venido cambiando y los diferentes organismos procuran una protección especial a los menores, quienes son merecedores de un amparo específico. De esta protección especial no se excluye el delito de trata de personas. Por el contrario, en la actualidad se reconoce el principio de interés superior del niño y se encuentra ampliamente difundido por la doctrina internacional sobre trata de personas.

v. *Regreso voluntario y en condiciones de seguridad*

Este principio propende por evitar las deportaciones forzosas de las víctimas y los traslados que pongan en riesgo la seguridad. Asimismo, busca garantizar la seguridad en la repatriación y la voluntariedad de las víctimas para efectuar dichos traslados.

2. *EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL MARCO NORMATIVO COLOMBIANO*

El Protocolo de Palermo (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2000) es el instrumento jurídico internacional por excelencia con el que cuenta Colombia para enfrentar la trata de personas. El mismo fue ratificado mediante la Ley 800 del 2003. Posteriormente, la Ley 985 del 2005 incluye el concepto de trata de personas con los parámetros del protocolo y regula las acciones para combatir el fenómeno en el país. En efecto, el Protocolo de Palermo ha establecido una definición de trata de personas que se ha venido trasladando a la normativa de los distintos Estados que lo han ratificado. La misma conjuga tipificaciones de diversos fenómenos considerados antes como delitos distintos, y se estructura a partir de varios elementos: i. Las acciones, o lo que se hace cuando se lleva a cabo la trata; ii. Los medios por los que se realizan las acciones; y iii. La finalidad que se persigue: la "Explotación".

La definición de trata de personas es ampliamente compartida por los Estados que han ratificado el Protocolo de Palermo. Sin embargo, persisten debates sobre la naturaleza del fenómeno. Algunos autores señalan el fenómeno de trata de personas como un delito de lesa humanidad. Sin embargo, para catalogarlo de esta forma "hay que tener en cuenta que deben existir unos parámetros exigidos por los instrumentos del derecho penal internacional, y secundados por la jurisprudencia internacional y colombiana" (Mateus, Varón Mejía, Londoño Toro,

Luna de Aliaga, & Vanegas Moyano, 2009). Por este motivo, la legislación colombiana define la trata de personas como un delito común.

Al haber ratificado el Protocolo de Palermo, diversos protocolos y convenios internacionales sobre trata de personas, Colombia se obliga y compromete a cumplir las disposiciones acordadas. Estas disposiciones incluyen la protección y asistencia a víctimas que, en la normativa nacional, se encuentran referenciadas como el "conjunto de medidas, mecanismos y proyectos a cargo de las entidades con competencia en el tema, que están encaminadas a garantizar la prestación de servicios de *protección y asistencia* a las víctimas de la trata de personas, así como a sus familiares hasta el primer grado de consanguinidad, primero civil y al cónyuge o compañero (a) permanente" (Ley 1069 del 2014, artículo 2 numeral 5). A pesar de existir la definición anterior es evidente que su lectura no aporta mayores aclaraciones sobre el tema, pues define en los mismos términos el concepto de "protección y asistencia".

A pesar de la importancia dada a la protección y asistencia a víctimas en la política de lucha contra la trata en Colombia, esta última suele enmarcarse predominantemente en el enfoque de criminalización. Por tanto, en su mayoría, los contenidos del Protocolo implican un discurso relativamente pobre sobre los derechos humanos. Esto se evidencia en el uso del lenguaje dentro de dicho instrumento. Por ejemplo, mientras se hacen obligatorias y exigibles las mate-

rias relacionadas con la aplicación de la ley, en lo atinente a la asistencia a víctimas no se hace ninguna exigencia, sino que se hacen recomendaciones que los Estados no necesariamente tienen que seguir o aplicar (Global Rights, 2005). Solo a través de documentos posteriores o complementarios se enfatiza en la necesidad de incluir dicha perspectiva⁴. Así pues, es posible anticipar que el EBDH no se encuentre ampliamente desarrollado en la política nacional ni en la regional colombiana. Los resultados del análisis realizado así lo indican. Para desarrollar esta idea, se procede a presentar la metodología.

3. METODOLOGÍA

El presente estudio hizo uso del método documental (Botero, 2000). El proceso de revisión permitió la identificación de 15 documentos normativos al nivel nacional, y 3, al nivel departamental. Las figuras 2 y 3 presentan el listado de los referentes normativos encontrados. Cabe mencionar que para este estudio se ha tomado no solo la normativa exclusiva de trata de personas, sino que se han abordado otros marcos legislativos, como el Código Penal colombiano y el Código de Procedimiento Penal, entre otros. Dichos documentos sirven subsidiariamente en la atención a las víctimas en caso de vacíos legislativos del decreto de asistencia a víctimas de trata de personas, en concordancia con las reglas de interpretación del derecho.

⁴ Por ejemplo, los Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos (2002) y la Guía Anotada de los mismos (2010), sobre los cuales versa el presente artículo.

De igual forma cabe aclarar que algunos de los documentos a la fecha son inexequibles, pero su enunciación es necesaria para conocer el proceso por el cual ha atravesado el país en materia de trata de personas.

Tabla 1. Marco normativo colombiano sobre asistencia a víctimas de trata de personas

<i>Norma</i>	<i>Contenido</i>
Decreto 1974 de 1996	Crea el Comité Interinstitucional para la Lucha contra el Tráfico de Mujeres, Niñas y Niños. Primer precedente del actual comité interinstitucional sobre trata de Personas.
Decreto 1456 de 1997	Modifica decreto anterior sobre el Comité Interinstitucional para la Lucha contra el Tráfico de Mujeres, Niñas y Niños. Disminuyó la periodicidad de las reuniones del comité que antes se circunscribían a una por bimestre. El nuevo texto señala una reunión cada cuatro meses.
Ley 599 de 2000	Código Penal colombiano. Delito de trata de personas, artículo 188 ^a delitos contra la autonomía. Adicionado por el artículo 2, Ley 747 de 2002, modificado por el artículo 3, Ley 985 de 2005.
Ley 800 de 2003	Aprueba el Protocolo de Palermo.
Ley 985 de 2005	Adopta medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas. Principal marco de acción contra la trata al nivel nacional, descentraliza la política pública.
Ley 906 de 2004	Código de Procedimiento Penal Colombiano.
Decreto 4319 de 2006 [*]	Establece la organización y el funcionamiento de la cuenta especial creada para la Lucha contra la Trata de Personas. Posteriormente estos artículos son compilados en el Decreto Único Reglamentario 1066 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior.
Ley 1098 del 2006	Código de Infancia y Adolescencia, incluye disposiciones sobre los procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos (Título II, capítulo único).
Decreto 4786 de 2008	Adopta la política pública contra la trata de personas "Estrategia Nacional Integral contra la Trata de Personas 2007-2012".
Ley 1448 de 2011	Medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.
Ley 1719 de 2014	Modifica algunos artículos de las leyes 599 de 2000 y 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual en el conflicto armado. Crea el tipo penal de trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual.
Ley 1069 2014	Reglamenta la asistencia a víctimas de trata de personas conforme a las disposiciones de la Ley 985 del 2005.
Decreto Único Reglamentario 1066 de 2015	Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior. Recoge y compila las disposiciones del Decreto de Asistencia a Víctimas y de la Cuenta Especial.
Decreto 1036 de 2016	Aprueba la estrategia nacional integral sobre trata de personas 2016-2018.

^{*} Decretos compilados por el Decreto Único Reglamentario 1066 del 2015. Para efectos de diferenciar dichos instrumentos en esta investigación se denominarán por el número de decreto originario antes de la compilación.

Fuente: elaboración propia con base en revisión documental

Tabla 2. Marco normativo de Santander sobre asistencia a víctimas de trata de personas

Norma	Contenido
Decreto 0250 del 2008	Reglamenta el Comité Departamental de trata de personas de Santander
Ordenanza 076 del 2013	Implementa la política pública departamental sobre trata de personas. Adopta los ejes de acción nacionales y modifica algunas de las funciones del comité de trata de personas establecidas en el Decreto 0250 del 2008
Ordenanza 012 del 2016	Plan de desarrollo departamental "Santander Nos Une" 2016-2019. Incluye el fenómeno de la trata de personas dentro del eje "Temas de Desarrollo de Derechos Humanos (DDHH) y Derecho Internacional Humanitario (DHI); Inclusión Social, Reintegración y Reconciliación". Además, señala como única acción "Implementar una política pública departamental de lucha contra la trata de personas" (pág. 325).

Fuente: elaboración propia con base en revisión documental

Una vez identificados los documentos a examinar, los mismos se han analizado mediante la aplicación de un conjunto de indicadores basados en los Principios y Directrices Recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2002), así como la guía comentada de dichos principios, también del Alto Comisionado, y la Declaración Universal de Derechos Humanos (2010) y el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005). La figura 3 presenta los indicadores utilizados.

4. RESULTADOS

Principio de no detención o enjuiciamiento por delitos relacionados con la condición de víctima

Este principio es, quizá, uno de los más complejos, ya que involucra la inclusión de normativas especiales en los códigos penales y la existencia de procedimientos que permitan la rápida identificación

de las víctimas de trata de personas (Indicador 1.1.). En este sentido, el análisis evidencia que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe un procedimiento orientado a la correcta y ágil identificación de las víctimas. Sin embargo, se pueden interpretar algunas disposiciones como relacionadas con este asunto. Por ejemplo, el artículo 4 del Decreto 1974 de 1996 proponía como función del Comité Interinstitucional de Trata de Personas: coordinar el diseño e implementación de un sistema de información y procesamiento de datos de las redes criminales y de "las potenciales víctimas". Sin embargo, esta propuesta no ha llegado a materializarse. Más recientemente, el Decreto 1036 del 2016 ha establecido la creación del Sistema Nacional de Información sobre la Trata de Personas y de un Observatorio del Delito de Trata de Personas. No obstante, estas medidas propenden por la sistematización de información general, relativa a las causas, características y dimensiones de la trata interna y externa en Colombia, y no tienen que ver directamente con los procesos de

Tabla 3. Indicadores de enfoque de derechos humanos por cada principio

<i>Indicadores de derechos humanos para la asistencia a víctimas de trata de personas</i>		
N.º	Principio	Indicadores
i.	<i>No detención o enjuiciamiento por delitos relacionados con la condición de víctima de la trata</i>	1.1. La existencia de dispositivos que permitan la correcta y ágil identificación de las víctimas (procedimientos, medidas, e indicadores para la identificación).
		1.2. La inclusión en las normativas nacionales de disposiciones relacionadas con la no detención o enjuiciamiento por delitos conexos con la situación de víctimas.
		1.3. Independencia en el marco normativo entre la prestación de asistencia a víctimas y la identificación, aprehensión y enjuiciamiento del victimario.
		1.4. Presencia en el marco normativo de disposiciones sobre la prestación de asistencia a víctimas independientemente de la relación familiar entre víctima y perpetrador.
		1.5. Disposiciones que evidencien la libertad de movilidad de las víctimas una vez han sido identificadas (Por ejemplo, la no obligatoriedad de permanecer en los programas de asistencia).
		1.6. Designación de tutores para acompañamiento a menores de edad, durante todo el proceso y hasta que se aplique una solución final.
		1.7. Disposiciones sobre apoyo consular para víctimas detenidas.
ii.	<i>Protección y apoyo a las víctimas</i>	2.1. Disposiciones de protección dirigidas a nacionales y no nacionales (la normativa contempla protección tanto para nacionales como extranjeros).
		2.2. Disposiciones sobre apoyo a las víctimas independientemente de su cooperación.
		2.3. Medidas como el acceso efectivo a una vivienda adecuada y segura y una asistencia psicológica, médica y material.
		2.4. Existencia de períodos de reflexión para las víctimas o presuntas víctimas (para la toma de decisiones, la aceptación de la asistencia, entre otras).
		2.5. Promoción de alianzas con cooperación internacional y organizaciones para atención a víctimas.
		2.6. Presencia de medidas de atención con diferenciación de género* (entiéndase medidas, como, por ejemplo, de hospedaje, asistencia en salud sexual y reproductiva, programas especiales que evidencien efectivamente un uso del enfoque en la práctica).
iii.	<i>Asistencia jurídica, protección y permisos de residencia temporales</i>	3.1. Se brinda información sobre los procedimientos judiciales y administrativos pertinentes.
		3.2. Se ofrece asesoramiento e información en lo relativo a los derechos que les reconoce la ley en un idioma que puedan comprender las víctimas.
		3.3. Se determina de un lugar seguro en el país de destino de las víctimas.
		3.4. Se ofrecen procedimientos que garantizan la protección de la identidad en el curso de los procesos judiciales.
		3.5. Se otorgan concesiones de permisos de residencia temporal durante los procedimientos judiciales.
iv.	<i>Regreso voluntario y en condiciones de seguridad</i>	5.1. Mecanismos de seguridad para la repatriación.
		5.2. Procedimientos para evaluaciones individuales del riesgo.
		5.3. Disposiciones que promuevan el regreso voluntario de las víctimas a sus países de origen.

* Tradicionalmente se plantea el enfoque de género como un enfoque independiente al de derechos humanos. Sin embargo una visión integral de derechos humanos señala a este enfoque como parte fundamental del accionar estatal. Este enfoque debe entenderse "El reconocimiento de las diferencias de las necesidades de los hombres y de las mujeres, buscando la equidad entre ambos, haciéndose cargo de las relaciones de subordinación de las mujeres" (Organización Internacional para las Migraciones y Ministerio del Interior, 2012).

Fuente: elaboración propia con base en revisión documental

identificación de víctimas. Más claro es el aporte de la Ley 1448 de 2011 y de la Ley 1719 de 2014 (aplicables a las víctimas de trata de personas dentro del conflicto armado colombiano). En estas leyes se les asigna a los jueces el papel de reconocer e identificar a las víctimas directas e indirectas, e individualizar los daños y perjuicios (ver, por ejemplo, el artículo 52 de la Ley 1719 de 2014). En el ámbito departamental, no se encontró ninguna medida relacionada con la identificación de las víctimas, ni la existencia de lineamientos normativos para la misma.

Dentro de los indicadores de este principio, se debe destacar también que en las normativas revisadas tanto nacionales como departamentales, no existen disposiciones relacionadas con la no detención o enjuiciamiento por delitos conexos con la situación de víctimas de trata de personas (Indicador 1.2.). En cambio, sí existen en el Código de Procedimiento Penal colombiano y al nivel departamental normativas expresas que señalan que la condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto (Indicador 1.3) e independientemente de la existencia de una relación familiar con este (Indicador 1.4.). En este sentido, pueden consultarse el artículo 132 del Código de Procedimiento Penal colombiano y el artículo 2, numeral 1 del Decreto 1069 de 2014. En los casos de víctimas de trata de personas en el marco del conflicto armado, la normativa también comprende expresamente mandatos relacionados. Por ejemplo, el acceso a los programas de protección a víctimas y testigos de la

Fiscalía General de la Nación “no podrá condicionarse a la eficacia o utilidad de la participación de la víctima, para la recolección de elementos probatorios o para la identificación del autor del hecho” (artículo 22, N.º 10, Ley 1719 de 2014). Al nivel departamental, el Plan de Desarrollo 2016-2019 recalca: “la atención a las víctimas de trata de personas se debe ofrecer tan pronto se conozca el caso, y no se debe esperar a la emisión de la sentencia del mismo” (Plan de Desarrollo Departamental, pág. 131).

Así, pues, en principio, las víctimas tienen garantizada la asistencia con independencia del enjuiciamiento del victimario. Sin embargo, hasta hace poco esto no era cierto para el caso de la atención mediata. El Decreto 1069 del 2014 sobre asistencia a víctimas de trata de personas condicionaba este tipo de asistencia a la imposición de la respectiva denuncia. Esto tenía repercusiones tanto al nivel nacional, como al territorial, de tal manera que determinaba la forma como se asiste a las víctimas en los departamentos, distritos y municipios, sobre los que recae un buen número de competencias en protección y asistencia a víctimas. Esta disposición es inaplicable en la actualidad debido a su declaración de inexecutable, la cual fue comunicada el 31 de agosto del 2016.

Ninguno de los documentos normativos revisados establece, ni al nivel nacional ni al territorial, la libertad de movilidad de las víctimas una vez identificadas (Indicador 1.5). Sin embargo, tal libertad podría interpretarse desde la posibilidad de renunciar a los programas de asistencia en cualquier

momento (artículo 39 Ley 1069 2014 recogido por el Decreto 1066 del 2015).

Con respecto al principio de no detención y enjuiciamiento, un aspecto importante a tener en cuenta se refiere a la designación de tutores para asistir todos los procesos de los menores de edad víctimas (Indicador 1.6). Se trata de un aspecto que la normativa examinada no contempla. No obstante, los menores se encuentran amparados por diversos mecanismos de protección que garantizan en mayor medida la reparación y reintegración. Así, por ejemplo, el artículo 193 del Código de Infancia y Adolescencia establece la citación a los representantes del menor y de un defensor de familia, en los procesos en los que los niños y las niñas son víctimas de delitos. El Decreto 1069 del 2014 (Compilado por el Decreto 1066 del 2015) también señala la participación de los defensores de familia, comisarios de familia o inspectores de familia sin perjuicio de que el niño, niña o adolescente cuente con representante y de ser necesario se contempla el traslado del menor al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) (Artículo 8). Se debe tener en cuenta que estas disposiciones del Código de Infancia y Adolescencia se aplican a los menores, víctimas de cualquier delito, ya que en Colombia no existen lineamientos para atención específica en trata de personas donde las víctimas son niños, niñas y adolescentes⁵.

⁵ Se sabe que UNODC y el ICBF, se encuentran en la elaboración de dichas directrices específicas. Comunicación personal Rocio Urón. (septiembre, 2016) asesora de coordinación de la territorial de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Bucaramanga.

Finalmente, dentro de este principio se consideran las disposiciones sobre apoyo consular para las víctimas (Indicador 1.7). Frente a esto, normativas como la Ley 985 de 2005 instan a que en "cada consulado de Colombia en el exterior se ofrezca la información y las medidas temporales para garantizar la seguridad de la víctima, salvaguardar su dignidad e integridad personal y apoyarla en las gestiones que deba adelantar ante las autoridades del país extranjero. (...) Los consulados propenderán, además, por incentivar el análisis del tema y sensibilizar a los medios de comunicación y a las autoridades extranjeras frente a la situación de sus víctimas" (artículo 7 numeral 3). También la Estrategia Nacional 2007-2012 contemplaba dentro de sus objetivos "impulsar gestiones consulares que garanticen la seguridad de las víctimas, salvaguardar su dignidad e integridad personal" (Decreto 4786 de 2008, artículo 1, eje de Protección y Asistencia a Víctimas).

4.1. *Protección y apoyo a las víctimas*

Este principio comprende múltiples estrategias orientadas a la satisfacción de las necesidades de las víctimas y a la prestación de servicios médicos y psicológicos, entre otras actividades. Con respecto al indicador 2.1., sobre disposiciones de protección dirigidas a nacionales y no nacionales, debe afirmarse que, de acuerdo con la Constitución Política y al Código Penal colombiano, las medidas de atención se aplican dentro del territorio colombiano, tanto para nacionales como para extranjeros. Esto también es aplicable a las garantías y derechos que debe brindar el

Estado (artículo 4 Constitución Política; artículo 14 Código Penal). De manera más específica, la Ley 985 del 2005 contempla dentro de su principal objetivo “adoptar medidas de prevención, protección y asistencia necesarias... tanto las residentes o trasladadas en el territorio nacional, como los colombianos en el exterior” (artículo 1). El término “trasladado en el territorio nacional” sería de aplicación a aquellos extranjeros que se encuentren en el país y sean identificados como víctimas. El Decreto de Asistencia a Víctimas, por su parte, contiene disposiciones específicas para que los no nacionales que hayan sido trasladados a Colombia sean repatriados al país de origen. Estas medidas consisten en adelantar las gestiones correspondientes con el país de origen para su traslado, así como para prestar la atención y asistencia a que hubiere lugar (artículo 9). Si la víctima desea quedarse en Colombia, las autoridades solo tienen la competencia de otorgarle la información sobre los procedimientos para residir regularmente. Por su parte, este mismo decreto señala que se gestionarán los documentos de identificación de las víctimas tanto nacionales como extranjeras para su repatriación o el ejercicio de sus derechos (artículo 11). Igualmente, el decreto en el artículo 33 establece que los niños, las niñas y los adolescentes extranjeros que sean víctimas en Colombia serán atendidos de acuerdo con los procedimientos especiales que contempla el ICBF. Asimismo, se gestiona inmediatamente la repatriación del menor a su lugar de origen. Al nivel departamental no se presentan medidas con diferenciación de nacionales y extranjeros.

En lo concerniente al apoyo a las víctimas con independencia de su cooperación en el proceso (Indicador 2.2.), el análisis no revela su aplicación en el marco normativo nacional ni en el departamental. Por el contrario, como ya hemos dicho, la asistencia mediata había estado supeditada a que la víctima denunciara el delito ante las autoridades competentes (parágrafo 1 artículo 7 de la Ley 985 del 2005 y Decreto 1069 del 2014 artículo 2 parágrafo del N.º 8, parágrafo que la Corte Constitucional declaró inexecutable en la sentencia C-470 del 2016). En este orden de ideas, se hacía confusa la anterior disposición, por dos aspectos principales. El primero, porque la trata de personas es un delito de oficio, es decir, no necesita denuncia para que se inicie su investigación, actuando las autoridades de oficio. El segundo, que los funcionarios públicos tienen el deber de informar de los hechos delictivos de los que tengan conocimiento. Ante cualquier caso de trata el funcionario debería oficiar a la fiscalía para iniciar la respectiva investigación. Por estas razones consideró la Corte Constitucional que el decreto de asistencia a víctimas se contrariaba con las disposiciones del Código Penal colombiano.

El apoyo a las víctimas con independencia de su cooperación en el proceso tampoco es claro en el caso de los niños, niñas y adolescentes. La norma determina que los menores entrarán a los programas del ICBF, pero no se determina hasta qué punto llegará la atención y si es necesaria la denuncia de los menores. Una disposición relacionada se puede interpretar como la contenida en el Código de Procedimiento

Penal, que establece que solo para el caso del derecho a recibir información se la dará "A quien demuestre *sumariamente* su calidad de víctima, la policía judicial y la Fiscalía General de la Nación le suministrarán información" (artículo 136 Código de Procedimiento Penal). La expresión "sumariamente" hace referencia a la prueba que no ha sido controvertida y esto se puede aplicar al proceso de atención en el entendido de que la víctima no necesita presentar denuncia para recibir atención.

Finalmente, las víctimas de trata de personas en el marco del conflicto armado se encuentran más ampliamente amparadas en atención a que se les prestará protección antes de la denuncia del hecho. Así, el artículo 22 de la Ley 1719 establece que "Ningún funcionario podrá coaccionar a la víctima a rendir declaración sobre los hechos antes de contar con una medida de protección idónea y que garantice unas condiciones de seguridad y confianza para formular la denuncia". Cabe recalcar que lo anterior solo es aplicable a las víctimas de trata en el marco del conflicto armado. Quienes no ostenten esta condición se rigen por la normativa específica en trata (Decreto de asistencia a víctimas) que, como se ha visto, había presentado vacíos al respecto. En el plan de desarrollo departamental se presentan medidas específicas, como se mencionó en párrafos anteriores.

Las medidas de acceso a vivienda adecuada, segura y asistencia médica, psicológica y material (indicador 2.3) se encuentran contempladas especialmente en el Código de Procedimiento Penal. Este, en su ar-

tículo 134, formula que las víctimas podrán solicitar al juez por conducto de un fiscal las medidas indispensables para su atención y protección. Además, el Decreto de Asistencia a Víctimas establece que se prestará dentro de la asistencia inmediata la valoración del estado de salud física y mental para determinar y realizar las acciones de atención en salud con el fin de contrarrestar las afectaciones sufridas (artículo 2, N.º 11 Decreto 1069 del 2014). Sin embargo, debe señalar que, en cuanto al acceso a vivienda, la normativa no contempla ninguna disposición específica, ni tampoco se señalan los procedimientos para acceder a ella. Ahora bien, la asistencia médica y psicológica mediata "Consiste en la prestación de servicios en salud física y mental a las víctimas de la trata de personas de acuerdo con la normativa vigente que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS–" (artículo 2, N.º 12 Decreto 1069 del 2014). Así pues, no se contempla un procedimiento especial para las víctimas, únicamente se limita a realizar la "afiliación" al sistema de salud. En este aspecto, el alcance de la norma es mínimo y, por tanto, la protección, insuficiente.

El marco normativo colombiano no presenta ninguna disposición en la que se señalen tiempos de reflexión para las víctimas (Indicador 2.4.), ya que no existen períodos para toma de decisiones, espacios de asimilación, ni ningún término para esto. Por su parte, el indicador 2.5., sobre la promoción de alianzas con cooperación internacional, ha sido contemplado en todo el desarrollo de la normativa sobre trata, como el Decreto

1974 de 1996, la Estrategia Nacional Integral 2007 y la 2016 y el Decreto 1069 del 2014, los cuales promueven alianzas con organismos de cooperación internacional y organizaciones para la atención a víctimas.

Finalmente, el enfoque de género (Indicador 2.6.) se ve incluido en el Código de Infancia y Adolescencia, en la Estrategia Nacional Integral contra la Trata de Personas 2007-2012, en la Ley 1719 de 2014 y en la Ley 1448 de 2011 para víctimas del conflicto armado, y en el Decreto 1036 de 2016. Asimismo, en el ámbito regional se contempla Decreto 0250 del 2008 que reglamenta el Comité Departamental de Trata de Personas, y la Ordenanza 076 del 2013 que comprende la implementación de política pública sobre trata de personas en Santander. Todos los documentos plantean al enfoque de género dentro de sus principios rectores o ejes de acción. Sin embargo, en los contenidos de los mismos no se evidencian acciones en las que se refleje este enfoque, como lo serían disposición de alojamientos con enfoque de género o diferenciado. La enunciación se hace de manera general, pero sin contener medidas específicas que determinen y garanticen una verdadera atención con enfoque de género.

4.2. Asistencia jurídica, protección y permisos de residencia temporales

Nuestro análisis evidencia que este principio se encuentra garantizado de manera más amplia dentro del marco normativo nacional. Como se ha señalado al respecto de los principios anteriores, el Código

de Procedimiento Penal contiene disposiciones expresas sobre el derecho de las víctimas a recibir información de los procesos judiciales y los derechos que las asisten (Indicador 3.1.). Igualmente recalca la necesidad de que la información se brinde con ayuda de traductores de ser necesario (Indicador 3.2.) (ver, artículos 11, 135 y 136). De igual manera, la Ley 800 de 2003 que aprueba el Protocolo de Palermo señala el deber para cada Estado de proporcionar la información pertinente a las víctimas.

En cuanto a la determinación de un lugar seguro en el país de destino de las víctimas (Indicador 3.3.), se considera que ciertas medidas del Código Penal abordan dicha situación. Por ejemplo, el artículo 50 contempla "La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares impide al penado volver al lugar en que haya cometido la infracción, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos". También, el Código de Procedimiento Penal contiene disposiciones que pretenden dar seguridad a las víctimas (Indicador 3.3). Los artículos 133 y 137 señalan la seguridad entre las garantías de las víctimas. Esta la pueden solicitar por intermedio del fiscal: "Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares" (artículo 137). A su vez, la Ley 985 del 2005 contempla en el artículo 8 la vinculación a los programas de protección de la Fiscalía, durante todo el proceso penal o mientras subsisten los factores de riesgo que lo justifiquen. Res-

pecto al papel de la Fiscalía es necesario recalcar su importancia como protector de las víctimas; en este sentido una de sus funciones consiste en velar por la protección de estas, así como de los testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar (artículo 114 C. P. P.).

En referencia a la existencia de procedimientos que garanticen la protección de la identidad en el curso de los procesos judiciales (Indicador 3.4.), el análisis indica que el Estado colombiano contempla la realización de los interrogatorios de las víctimas con base en los principios de respeto de su situación personal, derechos y dignidad (artículo 137 Código de Procedimiento Penal). En este sentido, se podría interpretar que la anterior disposición se configura como un mecanismo de protección por lo menos en la realización de los interrogatorios. A su vez, se establece que los procedimientos de la Fiscalía sobre protección a víctimas y testigos buscan garantizar la seguridad de las víctimas y de quienes comparezcan en el proceso.

Finalmente, el indicador 3.5 corresponde a la inclusión en la normativa de permisos de residencia temporales durante los procedimientos judiciales para las víctimas. La revisión documental indica que no existe una disposición sobre el particular. Sin embargo, el Decreto 1069 del 2014, en los artículos 8 y 9, contiene disposiciones sobre repatriación mediante las que se busca brindar ayuda a las víctimas. Concretamente la normativa señala cuestiones sobre todo relacionadas con las funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores y los consulados de

brindar la información pertinente sobre la permanencia en forma regular en el país.

4.3. *Los derechos y necesidades de los niños*

Este es el principio más ampliamente amparado y contenido por la normativa nacional. Lo anterior se debe en parte a la amplia protección internacional que se ha venido dando en torno al principio del interés superior del niño. Como tal, se hacen más exigibles las garantías relacionadas con los niños, niñas y adolescentes. El indicador 4.4. sobre la presunción de la edad se encuentra amparado en el Código de Infancia y Adolescencia: "Cuando exista duda en relación con la edad del adolescente y mientras la autoridad pericial competente lo define, se presume que es menor de 18 años. En todo caso se presumirá la edad inferior" (artículo 149). Con relación a la presunción de víctimas y procedimientos especiales para la identificación de niños, niñas y adolescentes víctimas (Indicador 4.5.), se tiene que los dispositivos del Código de Infancia y Adolescencia plantean que las autoridades competentes tienen la obligación de verificar el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Puede interpretarse que lo anterior configura un mecanismo de identificación de posibles irregularidades que conducirían a la identificación de víctimas (artículo 52).

El indicador de no enjuiciamiento de los menores por ningún delito relacionado con la situación de trata de personas (Indicador 4.6.) no se encuentra presente de manera específica en la legislación.

Por su parte, el indicador del acceso a la información y respeto a la opinión de los menores (Indicador 4.7.) es considerablemente enunciado en el Código de Infancia y Adolescencia. Ejemplo de lo anterior, son los artículos 34 sobre el derecho a la información, 47 sobre responsabilidades especiales de los medios de comunicación y 193, numerales 7, 8 y 10. Igualmente el indicador 4.8, relacionado con la protección de la identidad del menor, se encuentra amparado por el numeral 8 del artículo 47, en donde se establece que los medios de comunicación deben abstenerse de entrevistar, dar el nombre, divulgar datos que identifiquen o que puedan conducir a la identificación de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos delictivos (artículo 47, numeral 8 C. I. y A). También el artículo 147, sobre las audiencias que se surtan en el proceso de responsabilidad penal para adolescentes establece que "ante los jueces de control de garantías y ante los jueces de conocimiento, serán cerradas al público si el juez considera que la publicidad del procedimiento expone a un daño psicológico al niño, niña o adolescente". El artículo 194 contempla que en las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y el contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas solo

podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente.

En el indicador 4.9, sobre la designación de tutores o curadores para los menores se encuentra que el artículo 193 del Código de Infancia y Adolescencia consagra los criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes. El procedimiento consiste en citar a los padres o representantes legales del menor siempre y cuando no sean los agresores. Sin embargo, se informa a la Defensoría de Familia en los casos en los que el menor no tenga acudiente. Se entiende que la normativa contempla como acompañantes de este proceso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Defensoría de Familia. El Decreto de Asistencia a Víctimas de trata de personas, contempla también dentro de su estructura normativa disposiciones en igual sentido que el Código de Infancia y Adolescencia en cuanto al derecho a la información que debe garantizarse por Defensor de Familia, Comisario de Familia o Inspector de Policía, sin perjuicio de que cuente con representante legal.

En el caso de los niños, las niñas y los adolescentes se privilegiará su interés superior y su condición de sujetos de derechos, y en consecuencia se coordinará el traslado inmediato con la Dirección General del Icbf a través del delegado ante el Comité Interinstitucional para la Lucha Contra la Trata de Personas.

Finalmente, el indicador 4.10 habla de las medidas para la reunificación familiar en casos de ser beneficiosas para el interés superior del niño. Sobre este se tiene presente que el Defensor de Familia y el Icbf, como garantes de los derechos de los niños deben adoptar las medidas necesarias siempre en pro del interés superior del niño. Se podría entender que dentro de sus funciones está analizar la situación especial de cada menor y determinar en cada caso particular las condiciones sobre las cuales se podría llegar a dar una reunificación familiar, si es lo más conveniente para el menor.

4.4. Regreso voluntario y en condiciones de seguridad

El primer indicador de este principio apunta a la existencia de mecanismos de seguridad para la repatriación (Indicador 5.1.). El cumplimiento de dicho indicador se refleja en medidas como las del Código de Procedimiento Penal relacionadas con el deber de la Fiscalía General de la Nación de velar por la protección de víctimas y testigos (artículo 114). Igualmente, la Ley 985 de 2005, en el artículo 8, establece que "El Gobierno coordinará con las entidades pertinentes la organización de un programa de repatriación para las víctimas de trata de personas que se encuentren en el exterior".

El indicador de evaluación individual del riesgo (Indicador 5.2.) está contenido específicamente en la Ley 985 del 2005 sobre los programas de protección de la Fiscalía, los cuales contemplan la realización de evaluaciones de riesgo con el fin de brindar protección integral a testigos y

víctimas de la trata de personas. Respecto a las disposiciones que promueven el regreso voluntario de las víctimas (Indicador 5.3), se tiene que estas están supeditadas a los trámites consulares en el caso de las víctimas que se encuentren en países extranjeros.

5. DISCUSIÓN

Después de revisar el marco normativo sobre la asistencia a víctimas de trata de personas en Colombia y en el departamento de Santander, se observan algunos puntos sobre los cuales se discutirá. Los mismos son considerados aquí en relación con dos temas: la descentralización de la política pública de trata de personas y la aplicación del Decreto de Asistencia a Víctimas.

La descentralización de la política pública de trata de personas se dio a partir de la expedición de la Ley 985 del 2005. En el entendido de que esta ley buscaba combatir el fenómeno desde los territorios, se esperaba que los departamentos y municipios adaptaran los lineamientos nacionales a las dinámicas territoriales. Pero esto no se ha dado en la práctica, ya que lo que realmente se evidencia es la reproducción de la política nacional, sin atender a las particularidades de cada territorio. Este es, por lo menos, el caso del departamento de Santander. Dado que las unidades administrativas de cada departamento tienen un funcionamiento distinto y procedimientos acordes con las estructuras y presupuestos disponibles, se hace necesaria una política departamental con mayor especificidad,

concretamente en lo concerniente a la asistencia a víctimas. Al nivel nacional, la política pública establece los lineamientos generales de acción; por su parte, el nivel departamental debería establecer una política que materialice dichos lineamientos nacionales conforme a su capacidad y funcionamiento territorial.

Con respecto a la aplicación del Decreto de Asistencia a Víctimas, el análisis refleja que las disposiciones enunciadas no contribuyen de manera distinta a lo ya contenido en el Código Penal, en el de Procedimiento Penal y en la Ley 985 del 2005. Teniendo en cuenta que los decretos reglamentarios buscan la cumplida ejecución de las leyes (artículo 189, numeral 11, Constitución Política de Colombia), su contenido es de carácter administrativo, y su función es la de “desarrollar y permitir la ejecución de las leyes, o de la regulación, teniendo por lo mismo sus enunciados, fuerza vinculante inferior a la de la ley” (Urrego & Quinche, 2008, pág. 64). Así pues, el Decreto de Asistencia a Víctimas no aporta de manera sustancial a la atención a víctimas en el país ya que se limita a reproducir postulados que ya eran claros en la normativa. Por otro lado, algunas de sus disposiciones contrarían el sistema normativo penal. Esto venía ocurriendo, por ejemplo, en lo concerniente a la imposición de la denuncia para la prestación de la asistencia mediata. Algunos autores (Urrego & Quinche, 2008) han planteado que el Estado colombiano con frecuencia transgrede la funcionalidad de los decretos reglamentarios, dado que el “Ejecutivo con el respaldo

del Consejo de Estado emite permanentemente decretos que, bajo el pretexto de reglamentar, violan la cláusula general de competencia otorgada al Congreso para hacer las leyes” (Urrego & Quinche, 2008, p. 66). El caso examinado aquí podría configurarse como un ejemplo de lo anterior.

CONCLUSIONES

Cabe llamar la atención sobre lo que el análisis nos dice en relación con el cumplimiento de las directrices de derechos humanos en la asistencia a víctimas. Al respecto, la aplicación de los indicadores sobre el EBDH sugiere que el enfoque de derechos se ha incluido en el marco normativo nacional y local, pero solo en un grado mínimo. La funcionalidad de la inclusión del EBDH en las políticas públicas es materializar dichos postulados en la acción estatal; las normativas y políticas deben ceñirse a acciones que garanticen efectivamente su cumplimiento. Sin embargo, lo que se observa es que el EBDH solo se ha incluido como una directriz teórica en la mayoría de los documentos de trata de personas del país, sin traducirse en acciones específicas que favorezcan el fortalecimiento de la equidad, la no discriminación, la participación y el empoderamiento (Giménez & Valente, 2010). La mayor parte de los documentos normativos específicos de trata de personas revisados se limitan a exponer en sus preámbulos o introducciones la teorización del EBDH, por lo cual, para garantizar los derechos de las víctimas hay que acudir a otros documentos normativos generales.

Asimismo, se observa que la normativa de trata carece de medidas específicas (por ejemplo, medidas de alojamiento con un enfoque de género, atención médica y psicológica especializada, entre otras). Esto puede deberse a que, aún al nivel nacional no existen unos lineamientos ni directrices claras sobre el tema. Se debe propender por que las diferentes instituciones desarrollen dichos lineamientos para implementar en su actuar, ya que la normativa se limita solo a enunciar como principio el enfoque de derechos humanos, pero no lo desarrolla. La vaguedad encontrada en la implementación del EBDH también puede deberse a una razón adicional. Con una normativa como la que hemos analizado aquí, el Estado evita comprometerse de manera específica a actividades que requieren de él un mayor esfuerzo y reserva presupuestal.

REFERENCIAS

- Alianza Global contra la Trata de Mujeres (GAATW). (2015). *Testimonios de las sobrevivientes de trata de personas: brechas entre las necesidades de atención y los servicios recibidos después del rescate*. Argentina, Colombia, México, Ecuador y Perú: Alianza Global contra la Trata de Mujeres (GAATW).
- Barco, C. A. (2016). *El enfoque basado en derechos ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?* Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra. Recuperado de: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.51-78.pdf
- Becerra Barbosa, G. A., Cortés Nieto, J., López Rodríguez, L. S., y Quintero, R. L. (2011). ¿Cuál es el problema de la trata de personas? Revisión de las posturas teóricas desde las que se aborda. *Nova et Vetera*, 20 (64), 105-120.
- Botero, C. H. (2000). *Un modelo para la investigación documental*. Medellín: Señal Editora.
- Bravo, C. (2015). El problema de la trata de personas: limitaciones de la regulación por el Estado Colombiano. *Journal of International Law*, 6 (02), 34-65.
- Flamtermesky, H. (2014). Mujer frontera, experiencia de investigación acción participativa feminista (IAPF). *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, 14 (4), 389-400.
- Giménez, C., y Valente Adarme, X. (2010). El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes. *Cuadernos del Cendes*, 27 (745), 1-80.
- Global Rights. (2005). *Guía anotada del protocolo completo de la ONU contra la trata de personas*. Global Rights. Recuperada de: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2006/3556>
- Guendel, L. (2002). Políticas públicas y derechos humanos. *Revista de Ciencias Sociales*, 3 (97), 105-125.
- Institut de Drets Humans. (2014). *Derechos humanos y desarrollo*. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya. Recuperado de: http://www.idhc.org/arxiu/recerca/DHE_08.pdf
- Jiménez, W. G. (2007). El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas. *Ciencias Sociales y Humanas*, 7 (12), 31-46.
- Jones, C. O. (1970). *An introduction to the Study of Public Policy*. 3a. edición. Belmont, Estados Unidos: Wadsworth Publishing Co.
- Londoño Toro, B., Varón Mejía, A., y Luna de Aliaga, B. E. (2012). El delito de trata de personas: hacia la aplicación de estándares internacionales para la prevención, judicialización, protección y asistencia integral a las víctimas en Colombia. *Revista de Derecho*, (37), 198-230.
- Mateus, A., Varón Mejía, A., Londoño Toro, B., Luna de Aliaga, B., y Vanegas Moyano, M. (2009). *Aspectos jurídicos del delito de trata de*

- personas en Colombia*. Convenio interinstitucional entre la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Colombia y Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Investigacion_U_Rosario.pdf
- Montenegro, V. (2015). *Análisis de las fallas de implementación de la política pública de lucha contra la trata de personas en Colombia a partir de los instrumentos de política* (Tesis de maestría) Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, Ecuador.
- Oacnudh. (2010). *Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2000). *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Palermo, Italia: Editorial Naciones Unidas.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2010). *Marco Internacional de Acción para la aplicación del Protocolo*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2006). *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. (2014). *Los derechos humanos y la trata de personas*. Nueva York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas.
- Organización Internacional para las Migraciones y Ministerio del Interior. (2012). *Manual para la formulación de políticas públicas de lucha contra la trata de personas y el diseño y ejecución de planes de acción departamentales, distritales y/o municipales*. Bogotá, Colombia: Ministerio del Interior y Organización Internacional para las Migraciones.
- Roth, A. (2010). *Enfoques para el análisis de políticas públicas*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional.
- Urrego Ortiz, F., y Quinche Ramírez, M. F. (2008). Los decretos en el sistema normativo colombiano. Una política estatal de invención normativa. *Vniversitas*, (116), 53-83.
- Vargas, V. A. (1999). *Notas sobre el estado y las políticas públicas*. Bogotá, Colombia: Almudena.

Energia e mudanças climáticas: impactos socioambientais das hidrelétricas e diversificação da matriz energética brasileira*

Paula Galbiatti Silveira**

Recebido: 4 de abril de 2016 • Aprovado: 1º de setembro de 2017
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a5>

RESUMO

O problema proposto para o presente trabalho é verificar se há possibilidade de diversificação da matriz energética brasileira, a partir da escolha por fontes renováveis, reduzindo os impactos socioambientais das fontes tradicionais e incentivando o consumo consciente. Assim, objetiva-se analisar os problemas atuais e os impactos socioambientais da matriz energética brasileira e algumas alternativas para diversificação. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, em autores nacionais e estrangeiros, bem como estudos técnicos e de outras áreas do conhecimento além da jurídica, em vista do caráter transdisciplinar do tema. Os resultados do artigo entendem a matriz energética brasileira como insustentável e que é necessário que os tomadores de decisão e a sociedade realizem uma transição energética para fontes alternativas renováveis, bem como políticas públicas de diminuição do consumo. Não deve haver escolha por uma fonte única, mas sim realização de estudos ambientais para determinar os impactos das renováveis e avaliação de seus benefícios e malefícios.

Palavras-chave: Energia elétrica; hidrelétricas no Brasil; impactos socioambientais; mudanças climáticas.

* Atualização do artigo vencedor em 2º lugar no IV Prêmio José Bonifácio de Andrada e Silva, realizado pelo Instituto O Direito por um Planeta Verde, em 2015.

** Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil, e pela Universidade de Bremen, Alemanha. Pesquisadora e advogada. Correio eletrônico: paulagalbiatti@hotmail.com

Energía y cambio climático: impactos ambientales y sociales de las plantas hidroeléctricas y la diversificación de la matriz energética brasileña

RESUMEN

El tema propuesto para este estudio es comprobar la posibilidad de diversificación de la matriz energética brasileña, desde la elección de fuentes renovables, lo que reduce el impacto ambiental de las fuentes tradicionales y el fomento del consumo responsable. Por lo tanto, el objetivo es analizar los problemas actuales y los impactos ambientales de la matriz energética brasileña y algunas alternativas para la diversificación. Se utilizó como metodología la investigación bibliográfica y documental de autores nacionales y extranjeros, así como los estudios técnicos y otros campos del conocimiento, en vista de la naturaleza transdisciplinaria del tema. Los resultados del artículo entienden la matriz energética brasileña como insostenible y que es necesario que los decisores y la sociedad realicen una transición energética para fuentes alternativas renovables y también políticas públicas de disminución del consumo. No debe haber elección por una fuente única, sino realización de estudios ambientales para determinar los impactos de las renovables y evaluación de sus beneficios e maleficios.

Palabras clave: Cambio climático; energía eléctrica; hidroeléctricas en Brasil; impactos sociales y ambientales.

Energy and climate changes: the social and environmental impacts of the hydroelectric and the diversification of the Brazilian energy source

ABSTRACT

The objective is to analyze the current problems and the environmental impacts of the Brazilian energy matrix and some alternatives for diversification. The methodology used was the bibliographical and documentary research in national and foreign authors, as well as technical studies and other fields of knowledge beyond legal, because of the transdisciplinary nature of the subject. The paper results understand that the Brazilian energy basis is not sustainable and that the decision-makers and the society shall implement an energy transition to alternative renewable energy sources and also need public policies to diminish consumption. There must not be one single choice of source, but decide based on determining the impacts from renewables and on evaluating its pros and cos.

Keywords: Climate change; electricity; hydropower plants in Brazil; social and environmental impacts.

INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas são um dos temas que mais preocupam os Estados na atualidade, os quais discutem formas para reduzir a emissão de gases do efeito estufa, emitidos, sobretudo, pela queima de combustíveis fósseis —no mundo— e pelo desflorestamento —no Brasil—, o que coloca em evidência a crise energética.

A produção e o consumo de energia desempenham um papel central nos Estados, sendo a escolha da matriz energética de fundamental importância em suas estratégias. O Brasil produz a maioria de sua energia elétrica a partir de grandes empreendimentos hidrelétricos, os quais, embora sejam considerados fontes renováveis, causam significativos impactos socioambientais. Além disso, com as mudanças climáticas, o regime de chuvas é alterado, o que põe em risco a previsibilidade e segurança dos volumes das barragens para a manutenção desse sistema.

Por tais motivos, o consumo consciente de energia e a busca por fontes alternativas renováveis é pauta mundial, da qual o Brasil não se exclui. Nesse sentido, o problema proposto para o presente trabalho é verificar se há possibilidade de diversificação da matriz energética brasileira, a partir de escolha por tais fontes, reduzindo os impactos socioambientais das fontes tradicionais e incentivando o consumo consciente. Assim, objetiva-se analisar os problemas atuais e os impactos socioambientais da matriz energética brasileira e algumas alternativas para diversificação.

Para tanto, inicialmente, foi feita uma análise acerca do papel do Estado ante a crise ambiental e as mudanças climáticas. Posteriormente, foi feito um breve histórico da produção de energia elétrica do Brasil, entendendo como se deu a escolha pela matriz em grandes hidrelétricas. Em seguida, são verificados alguns dos principais impactos socioambientais causados pelas hidrelétricas para, finalmente, discutir o consumo consciente e as vantagens e desvantagens da utilização de algumas fontes alternativas renováveis.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, em autores nacionais e estrangeiros, bem como estudos técnicos e de outras áreas do conhecimento além da jurídica, em vista do caráter transdisciplinar do tema. Não se desconhece a existência de diversas fontes de energias alternativas renováveis, muito menos a volta da polêmica acerca da energia nuclear. Contudo, considerando os objetivos e limitações deste estudo, escolheu-se abordar apenas aquelas notadamente mais viáveis para a realidade brasileira.

O PAPEL DO ESTADO ANTE A CRISE AMBIENTAL E AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

A racionalidade humana pautada na relação moderna, cartesiana e predatória entre o homem e a natureza, a qual proporcionou o desenvolvimento da tecnologia, da revolução industrial e do crescimento econômico, levou também como consequência a uma exploração degradadora do meio ambiente e deu origem a problemas ambientais extrema-

mente complexos que colocam em risco a sobrevivência da vida no planeta.

Esta crise ambiental se constitui em uma “policrise”, caracterizada por uma pluralidade de crises —do desenvolvimento, da modernidade e de todas as sociedades—, em que não há um problema único a ser destacado, mas vários problemas vitais, que correspondem a uma “inter-solidariedade complexa” que culmina na crise geral do planeta (Morin & Kern, 2011).

A percepção dos problemas ambientais ocorreu primeiramente devido a questões como a poluição do ar e posteriormente a problemas decorrentes da pobreza, esgotamento dos recursos naturais, desflorestamento e perda da biodiversidade, fazendo com que a sociedade e os Estados percebessem a necessidade de proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, Canotilho e Leite (2012) propõe a divisão dos problemas ambientais em duas gerações, sendo os primeiros, de caráter nitidamente antropocêntrico, referentes à prevenção e ao controle da poluição, suas causas e efeitos e à configuração do direito ao meio ambiente como direito fundamental. Já os problemas ecológicos de segunda geração são advindos de uma maior sensibilidade ecológica e levam à relevância do pluralismo legal global, como os efeitos combinados dos fatores da poluição e suas consequências globais e duradouras, tais como a destruição da camada de ozônio e da biodiversidade e as mudanças climáticas.

As mudanças climáticas são uma realidade incontestável, trazida pelos relatórios do *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC). O Relatório de abril de 2014 demonstra que a existência de danos irreversíveis ao planeta decorrentes das mudanças climáticas é certa e que advém de emissões antrópicas de gases de efeito estufa (GEE)¹.

Alguns dos seus efeitos são: eventos climáticos extremos; extinção de espécies e da biodiversidade; acidificação dos oceanos, que afeta diretamente a vida marinha e os arrecifes de corais, e preocupação com a segurança alimentar. Nesse sentido, o relatório apresenta opções de mitigação das mudanças climáticas, como ações de intervenção humana para reduzir as fontes de GEE.

A preocupação internacional com a redução de emissões levou à elaboração da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC), em 1992, do Protocolo de Quioto, de 1997, e do Acordo de Paris em 2015, pelos quais as partes deveriam limitar ou reduzir as emissões de GEE.

Em 2015, foi assinado o Acordo de Paris, que fortalece o comprometimento global com a mitigação das mudanças climáticas e exige a necessidade de que as partes estabeleçam as contribuições nacionais

¹ “Gases como o gás carbônico (CO₂), o metano (CH₄) e o vapor d’água (H₂O) funcionam como uma cortina de gás que vai da superfície da Terra em direção ao espaço, impedindo que a energia do sol absorvida pela Terra durante o dia seja emitida de volta para o espaço”. USP (2017). *Efeito estufa*. Recuperado de <http://www.usp.br/qambiental/tefeitoestufa.htm>

determinadas (*Nationally Determined Contributions* — NDC) para reduzir as emissões de GEE. O Acordo de Paris é um tratado legalmente vinculante e que contém obrigações vinculativas.

Sua importância reside também em sua pretensão universal — apesar de não o ser ainda — ao incluir países que até então não haviam se comprometido com a proteção do clima, como os maiores emissores: Estados Unidos da América — que já anunciaram, no governo Trump, sua intenção de deixar o Acordo —, China e Índia. Constitui um marco na proteção do clima também por corresponder a um planejamento para o futuro, que mantém a questão climática na agenda política. Além disso, é um acordo que não é imposto, mas que advém da própria proposta dos Estados² por meio dos NDCs³.

O Brasil se comprometeu a reduzir suas emissões e instituiu, em 2009, a Política Nacional sobre Mudança do Clima pela Lei 12.187, cujo artigo 12 dispõe que, para alcançar os objetivos previstos na Lei, adota como compromisso nacional voluntário ações de mitigação das emissões de

GEE, com vistas a reduzi-las entre 36,1% e 38,9% até 2020.

O NDC brasileiro apresentado ao Acordo de Paris possui uma meta em longo prazo de transição para sistemas energéticos baseados em energias renováveis e na descarbonização da economia global, alcançando 45% de renováveis até 2030, incluindo outras que não hidroelétricas, que representam 80,8% da produção de eletricidade do país (Agência Nacional de Energia Elétrica — Aneel, 2017).

Sobre as dificuldades enfrentadas, Montes (2012) aponta vários problemas na América Latina relacionados às mudanças climáticas, como a vulnerabilidade pela maior frequência e intensidade de desastres com efeitos adversos especialmente nas zonas mais pobres; degelo dos glaciais; risco de aumento das emissões, devido ao crescimento econômico e à demanda por energia para funcionar novas indústrias; perda das florestas e diminuição das águas do rio Amazonas, reduzindo a reconversão do dióxido de carbono e a cobertura de plantas.

Isso implica a obrigatoriedade do Estado de estabelecer políticas públicas firmes para minimizar os efeitos que já são inevitáveis. Deve o Estado, assim, destinar recursos públicos para realizar estudos científicos e elaborar planos de prevenção de emergências a desastres (Montes, 2012).

A fim de implementar tais ações executivas, foi instituída no Brasil a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil pela

² Segundo Bosselmann (2016), uma possível resposta à falência da política mundial de mudanças climáticas é a adoção de políticas climáticas próprias a cada região, com um número crescente da importância do papel de comunidades locais e governos locais. A importância reside tanto em cidades grandes, que buscam um projeto sustentável de urbanização e de baixo-carbono, quanto em comunidades pequenas, cujas vantagens residem no maior engajamento efetivo dos cidadãos e na possibilidade de maior inovação.

³ Conforme Christina Voigt, durante o curso sobre mudanças climáticas, ministrado no dia 9 de junho de 2017, na Universidade Federal de Santa Catarina.

Lei 12.608/2012, que visa, dentre outros, à assistência e socorro às populações atingidas por desastres, os quais não atingem a todos de forma igual, vez que são as populações mais vulneráveis econômica e sistemicamente que vivem em áreas de risco, encostas de morros, próximas a áreas industriais, o que representa um problema de injustiça ambiental.

Para Carvalho e Damacena (2013), as condições econômicas modernas, o crescimento populacional, as decisões sobre ocupação do solo, a infraestrutura verde e a construída, e as mudanças climáticas são fatores de potencialização dos riscos e dos custos socioambientais dos desastres.

Nesse contexto, o Estado necessita de um novo papel, passando a ser um Estado Ambiental, que incorpore o meio ambiente em sua estrutura e em seus objetivos, e assuma compromissos, institutos jurídicos e políticas públicas que visem à proteção efetiva da natureza.

Esse modelo de Estado, embora seja uma construção teórica que incorpora uma nova variável, que é o ambiente, não deixa de ser um Estado de Direito, constitucional e democrático. Pelo contrário, incorpora todos esses elementos e coloca em uma posição fundamental a proteção do meio ambiente, garantindo não somente uma gestão dos riscos, por meio da precaução, mas também buscando efetivar a sustentabilidade. Contudo, não posiciona o meio ambiente em uma condição de valor absoluto, em detrimento inclusive dos direitos sociais, pois é um Estado que

compatibiliza o direito ao meio ambiente com as reivindicações da sociedade e a dignidade humana.

O Estado contemporâneo, que tem como um de seus objetivos a proteção do meio ambiente diante dos riscos atuais, "deve ajustar-se (e, se necessário, remodelar-se) a cada novo passo histórico no sentido de enfrentar uma tarefa estatal às novas ameaças e riscos ecológicos que fragilizam a existência humana" (Sarlet & Fensterseifer, 2010, p. 18).

Para Kloepfer (2010), o Estado Ambiental é um conceito que "pretende definir primeiramente um Estado que faz da incolumidade do seu meio ambiente sua tarefa, bem como o critério e a meta procedimental de suas decisões" (p. 43), podendo também ser caracterizado "por uma proteção do meio ambiente sustentada mais fortemente pelo setor não estatal" (p. 43).

A fonte energética de um país é essencial, tendo em vista que a produção de eletricidade é uma tecnologia com a qual as sociedades atuais não podem viver sem e o modo pelo qual se tem gerado energia causa enormes impactos sociais e ambientais, inclusive mudanças climáticas.

Por isso, existe uma importante discussão sobre o acesso à eletricidade como um direito humano (Bradbrook & Garmann, 2006), conectando-se com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, cujo objetivo 7 afirma que é necessário "assegurar energia moderna,

acessível, confiável e sustentável para todos”⁴.

As metas do objetivo 7 são, até 2030, assegurar acesso universal de serviços modernos, acessíveis e confiáveis de energia; aumentar substancialmente a contribuição das energias renováveis; duplicar a melhoria na eficiência energética; aumentar a cooperação internacional para facilitar o acesso à pesquisa e à tecnologia em energia limpa, incluindo energias renováveis, eficiência energética e tecnologia mais limpa e avançada em combustíveis fósseis, promovendo investimentos em infraestrutura energética e tecnologia de energia limpa; expandir e aumentar a infraestrutura e a tecnologia para suprimento de serviços de energia modernos e sustentáveis para todos os países em desenvolvimento, especialmente os países menos desenvolvidos, os países em pequenas ilhas e os países que não possuem acesso direto ao mar, em consonância com seus programas de apoio respectivos.

Assim, são necessários compromissos de redução de emissão de gases poluentes que contribuem para as mudanças climáticas e promoção do desenvolvimento de energias limpas acompanhado de planos de eficiência energética (Montes, 2012) que gerem eletricidade para todos de forma sustentável.

Compromissos esses justificáveis em razão de que as formas de energia utilizadas fazem parte de uma escolha política do

Estado e da sociedade, baseada também na disponibilidade de recursos naturais, no clima, nas condições atmosféricas e em diversos outros fatores.

Coadunando-se com a construção do Estado Ambiental, o artigo 225 da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88) vincula diretamente o Poder Público não somente com o dever de proteção ambiental, mas também com a imposição de limites à sua atuação. Dispõe ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado direito e dever de todos, uma vez que bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo um sistema de responsabilidades compartilhadas entre o Poder Público e a coletividade como dever de defesa e proteção para as gerações presentes e futuras.

Por meio da atuação conjunta e de escolhas e compromissos ambientais entre sociedade e Estado, é possível modificar a situação atual de degradação extrema e modos de vida e produção insustentáveis, iniciando pela decisão sobre a matriz energética, que depende de conscientização e vontade política.

A PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

Apesar de a energia ser a base da sociedade moderna, a ânsia pelo desenvolvimento e pelo crescimento econômico a qualquer custo levou à crise ambiental e tornou necessário cada vez mais energia para sustentar esse modelo insustentável.

As fontes de energia mais utilizadas na atualidade já demonstraram seus enor-

⁴ Tradução livre. No original: “ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all”.

mes impactos sobre o meio ambiente, como os combustíveis fósseis, as usinas nucleares, as grandes hidrelétricas. Estas últimas representam a maior matriz energética no Brasil e não estão livres de críticas.

O uso corrente da eletricidade teve início no Brasil em 1879, com a iluminação da Estrada de Ferro D. Pedro II, na mesma época em que ocorreu na Europa e nos Estados Unidos, ou seja, logo após o invento do dínamo e da lâmpada elétrica. A partir daí, em 1881, foi iluminada a Praça XV e a Praça da República, no Rio de Janeiro, sendo que, em 1883, foi instalado o primeiro serviço público de iluminação elétrica do Brasil e da América do Sul. Já em 1885, foi instalado o primeiro serviço de iluminação de São Paulo, seguido em 1887 pelo início da operação da usina termelétrica da "Fiat Lux" (Escelsa, 2015).

A primeira unidade produtora de energia no Brasil foi uma usina termelétrica instalada em Campos (Rio de Janeiro), em 1883. Já em 1889, entrou em operação a Usina Marmelos Zero, a primeira hidrelétrica de grande porte no país e, em 1907, a Usina São de Fontes, a maior do mundo na época, inaugurando a entrada do capital estrangeiro no setor. Posteriormente, já em 1920, havia cerca de 300 empresas que serviam 431 localidades do país, com capacidade instalada de 354.980 kW, com 276.100 kW em usinas hidrelétricas (Escelsa, 2015).

Observa-se a expansão da utilização de usinas hidrelétricas no setor energético, uma realidade evidenciada pelos planos

de crescimento econômico em países tardiamente industrializados, baseados na implantação de grandes obras de infraestrutura, responsáveis por intensos impactos negativos na escala local. Assim, as políticas de crescimento econômico são baseadas em grandes empreendimentos de infraestrutura, como é o caso das usinas hidrelétricas, o que ocorreu em grande parte dos últimos 50 anos no Brasil (Moretto, Gomes, Roquetti, & Jordão, 2012).

Para regularizar sua instalação, foi promulgado o Código de Águas em 1934, que atribuía à União competência exclusiva para os aproveitamentos hidrelétricos destinados ao serviço público (Escelsa, 2015).

Em 1939, não havia ainda instalações para a transmissão de energia a grandes distâncias, já que o mercado brasileiro estava dividido territorialmente entre duas grandes empresas estrangeiras canadenses e estadunidenses, as quais reuniam mais de 70% da capacidade instalada no país. Por isso, a partir de 1948, teve início a expansão da indústria de eletricidade apoiada na iniciativa estatal, inaugurada com a instalação da Companhia Hidrelétrica do São Francisco (Chesf) (Escelsa, 2015), a qual, apesar de não ser a maior do Brasil, possui a maior potência instalada (Aneel, 2014).

Em seguida, foi criada a Eletrobras (Centrais Elétricas Brasileiras SA) pela Lei 3890-A, de 25 de abril de 1961, de enorme importância para o Brasil, vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME)

e responsável pela execução da política de energia elétrica no país. Em 1968, a Eletrobras celebrou convênio com a Comissão Nacional de Energia Nuclear para a construção da primeira usina nuclear no Brasil, Itaipu, em Angra dos Reis (Rio de Janeiro), que, em meados dos anos 1980, estava em testes (Escelsa, 2015).

Em 1984, entrou em operação a Usina de Itaipu, à época a maior hidrelétrica do mundo. Em 1995, estimava-se o potencial hidrelétrico brasileiro em mais de 250 mil MW, e a produção encontrava-se na casa dos 55.512 MW de energia elétrica. Desse total, 50.687 MW (91,3%) eram obtidos em usinas hidrelétricas e 4.825 MW (8,7%) em termelétricas (Escelsa, 2015).

É de fácil percepção, pois, que a maior parte da energia elétrica do Brasil é produzida por usinas hidrelétricas. Conforme a Eletrobras, originalmente, o potencial hidrelétrico existente no país estava estimado em torno de 260 mil MW, dos quais cerca de 74 mil MW (28,6%) estavam efetivamente aproveitados, segundo dados de 2011 da Empresa de Pesquisa Energética; portanto, os empreendimentos hidrelétricos ainda fazem parte dos planos do Governo Federal. O maior potencial hidrelétrico disponível no território nacional originalmente era de 51% na região Amazônica (região hidrográfica do Amazonas com 40,5% e região hidrográfica do Tocantins com 10,6%) (Moretto, Gomes, Roquetti, & Jordão, 2012).

Como visto, em decorrência do grande potencial hidrelétrico do país, o Estado brasileiro começou a implantar algumas usinas hidrelétricas na primeira metade

do século XX, aproveitando cerca de 1% do potencial hidrelétrico total disponível no período, concentradas na região sudeste, como é o caso das hidrelétricas já citadas de Fontes, no rio Lages (1908), de Itupararanga, no rio Sorocaba (1912), da Ilha dos Pombos, no rio Paraíba do Sul (1924), de Henry Borden, no Rio das Pedras (1926) e de Americana, no rio Atibaia (1949) (Moretto, Gomes, Roquetti, & Jordão, 2012).

Descentralizando as construções de hidrelétricas prioritariamente na região sudeste, iniciou-se grande obra na região sul. A Usina de Itaipu Binacional, cujo *slogan* é "a maior geradora de energia limpa e renovável do planeta", é atualmente a segunda maior hidrelétrica do mundo, muito embora represente apenas o 6º lugar em potência instalada (Aneel, 2014).

A hidrelétrica solucionou um impasse diplomático entre o Brasil e o Paraguai, que disputavam a posse de terras na região do Salto de Sete Quedas, área que hoje está coberta pelo lago da usina. A assinatura do Tratado de Itaipu ocorreu em 1973, durante a Ditadura Militar, coincidindo com a crise mundial do petróleo, o que fez aumentar a importância de sua instalação e a exploração de fontes de energia renováveis (Itaipu, s/d).

Assim, a Itaipu Binacional é considerada um marco para o setor elétrico do Brasil e do Paraguai; este último dispunha anteriormente de apenas uma hidrelétrica de pequeno porte, tendo o governo brasileiro consolidado sua opção pela energia produzida por meio do aproveitamento

da força dos rios. A usina é o terceiro empreendimento ao longo do rio Paraná, praticamente dobrando a capacidade do Brasil de gerar energia a um custo à época de aproximadamente USD \$ 14 bilhões (Itaipu, s/d).

A usina começa a produzir energia em 1984, com seu ápice de participação no mercado brasileiro em 1997, ao atender 26% da demanda do setor elétrico do país, mas seu recorde de produção, entretanto, foi atingido em 2000, quando a usina gerou 93,4 bilhões de kW-hora (Itaipu, s/d).

As grandes construções tiveram impulso no regime militar, que programava uma série de megaconstruções, a exemplo da Rodovia Transamazônica. Nesse período, investiu-se em um modelo desenvolvimentista que buscava o progresso nacional mediante empresas estatais e grandes obras públicas no setor de transportes, construção civil e também de energia. A expansão do setor energético do país durante a Ditadura Militar pode ser observada com a construção da Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira, em 1965, da Usina Hidrelétrica de Tucuruí e da Usina Hidrelétrica de Itaipu, ambas em 1975, e com as Usinas Nucleares de Angra 1, de 1972, e de Angra 2, de 1976.

No Brasil, a participação de fontes não renováveis, a partir de gás natural, óleo diesel, carvão, nuclear e outras, representavam, em 2012, 13,2%; em 2013, 19,8%; em 2014, 21,3%. Já as fontes renováveis, a partir de hidráulica, biomassa e eólica, representavam, em 2012, 86,8%; em 2013, 80,2%; em 2014, 78,7% (Aneel, 2014).

O aumento das fontes não renováveis em detrimento de fontes renováveis pode ser justificado pelas alterações na estrutura dos investimentos, o que inclui a instalação de centrais termelétricas a gás natural por serem mais rápidas e baratas que as hidrelétricas (Escelsa, 2015).

Quanto ao primeiro trimestre de 2016, energias renováveis consistiam em 82,2% da produção de eletricidade: 78% provêm de hidrelétricas; 3,5% de energia eólica; 0,6% de biomassa; a participação da energia solar mostra-se irrelevante (Aneel, 2016). Já no primeiro trimestre de 2017, as renováveis representam 86% da produção de energia no país: 80,8% hidráulica; 4,5% eólica; 0,7% de biomassa (Aneel, 2017).

Como observado, o problema da matriz energética brasileira não é a utilização de combustíveis fósseis, tendo em vista que as renováveis representam quase 90% da produção de eletricidade.

Nesse sentido, promover energias renováveis no Brasil não tinha, de início, como objetivo principal a proteção do clima, como na União Europeia, por exemplo, cuja principal fonte são os combustíveis fósseis. O fomento a renováveis no Brasil tem como objetivos principais a diversificação da fonte renovável para outras além das hidrelétricas, a fim de diminuir seus impactos sociais e ambientais e também pela vulnerabilidade hídrica, uma vez que dependente do regime de chuvas. Busca-se, assim, segurança energética, já que, quando os níveis dos reservatórios estão baixos, aumenta-se o uso de termelétricas. A importância da emissão de gases e

da proteção do clima, contudo, somente aumenta, conforme dados a seguir.

As principais emissões brasileiras de CO₂, como afirmado anteriormente, advém da mudança no uso da terra e das florestas, ou seja, a destruição da vegetação natural, com destaque para a Floresta Amazônica e as queimadas no Cerrado, seguida pelo setor de energia e, em terceiro lugar, pelos processos industriais, medidas de 1990 a 2005 (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, 2015). Dados mais recentes, de acordo com o Sistema de Estimativas de Emissões de Gases de Efeito Estufa (Seeg), do Observatório do Clima, mostram que as emissões brutas correspondem a 42% em mudança do uso da terra; 26% do setor de energia; 23% agropecuária; 5% de processos industriais; 4% de resíduos. Já as emissões líquidas correspondem a 36% do setor de energia; 32% da agropecuária; 19% de mudança no uso da terra; 8% de processos industriais; 5% de resíduos (Seeg, 2016).

Afirmam ainda na análise dos dados que o levantamento das emissões nos diferentes setores permite observar dois comportamentos: quanto a mudanças de uso da terra, as emissões têm grandes oscilações, acompanhando a dinâmica do desmatamento; já quanto a energia, agropecuária, processos industriais e resíduos, as emissões têm tido um crescimento contínuo desde 1970. Contudo, mesmo considerando as oscilações em mudanças de uso da terra, apresentou uma queda de 28% entre 1990 e 2014 (ou 70% de queda, se consideradas as remoções). Já os setores de energia e resíduos

foram os que apresentaram maior aumento, acima de 150%, seguidos de processos industriais, com aumento em 96%, e do setor agropecuário, com alta de 47% no período (Seeg, 2016).

Os mesmos dados mostram que a mudança de uso da terra, advinda primordialmente do desmatamento, que chegou a quase 80% das emissões brutas brasileiras nos anos 1990, caiu para 42% em 2014 e, quanto a emissões líquidas, a queda foi de 75% para 19%. No entanto, as emissões de agropecuária (36%) tiveram crescimento contínuo, mas menor que o de energia, que representa o maior aumento nas emissões brasileiras, principalmente quando consideradas as emissões líquidas, que representa a principal fonte de GEE do Brasil, com 39% das emissões. Isso retrata um crescimento de mais de 300% nas emissões de energia entre 1970 e 2014 (Seeg, 2016).

Assim, observa-se que, embora haja ações para a proteção do clima no Brasil, como o ao desmatamento, cada vez mais o setor energético tem sido o principal emissor de GEE.

Quanto à distribuição de energia, o sistema elétrico brasileiro possui grandes extensões de linhas de transmissão, concentrando-se o mercado consumidor nas regiões sul e sudeste, por serem mais industrializadas, sendo a região norte atendida de forma intensiva por pequenas centrais geradoras, a maioria termelétricas a diesel. O consumo de energia elétrica apresentou índices de expansão bem superiores ao Produto

Interno Bruto (PIB) brasileiro, devido à maior concentração populacional nas zonas urbanas, ao esforço de aumento da oferta de energia e à modernização da economia. O aumento no consumo ocorreu nos âmbitos residencial, comercial e rural, tendo diminuído o consumo industrial, principalmente pela utilização de tecnologias mais eficientes e pelas medidas de racionalização de consumo postas em prática especialmente na década de 1990 (Escelsa, 2015).

Em decorrência do aumento do consumo, o Estado implementou políticas públicas para a diminuição e uso consciente de energia elétrica. Dentre eles, pode-se citar o horário de verão, instituído em 1932 e ainda em vigor em algumas partes do país, que visa aproveitar melhor a luz solar durante a estação. Atualmente, o horário brasileiro de verão⁵ é regulamentado por meio dos Decretos 8.112/2013 e 9.242/2017, que alteraram o Decreto 6.558/2008, que institui o horário de verão em parte do território nacional. No período 2014-2015, a medida foi implementada durante 126 dias nos estados da região sul, sudeste, centro-oeste e no Distrito Federal.

Nos últimos anos, como resultado da aplicação do horário de verão em algumas regiões do país, alcançou-se uma redução média da demanda de energia elétrica de 4,5% e uma economia no consumo de energia elétrica agregada de 0,5%, considerada como ganho decorrente ou

⁵ O horário brasileiro de verão altera a hora oficial em um atraso de uma hora em algumas regiões do país, por um período determinado.

marginal, mas que não pode ser desprezado (MME, s/d).

Apesar das tentativas de um consumo consciente de energia elétrica, o Brasil já enfrentou graves crises, sendo a mais emblemática o "apagão"⁶ ocorrido em 2003. O evento foi entendido como um erro crucial do planejamento do governo, tendo em vista que as autoridades governamentais receberam várias advertências de técnicos e empresários ligados ao setor elétrico sobre o desastre próximo, não recebendo o problema muita atenção e tampouco o governo tomando providências devidas para evitar a crise (Grun, 2005). No período do "apagão", foram intensas não somente a tentativa de conscientização a respeito da necessidade de utilização racional de energia, como também a prática do racionamento.

Em 2015, o Brasil enfrentou outra crise energética, que levou ao aumento das tarifas de energia elétrica logo no início do referido ano. O pró-reitor de Extensão da Universidade Federal de Itajubá (Unifei), José Wanderley Marangon Lima, afirmou que deveria ter sido criado um sistema de *back-up* para cobrir eventuais deficiências das hidrelétricas, que falham quando há falta de chuva, ao invés do uso de termelétricas, como ocorreu no período citado. Por outro lado, ressalta

⁶ Conhecida como "crise do apagão", foi uma crise nacional ocorrida no Brasil entre 2001 e 2002, durante a qual o fornecimento de energia elétrica ficou prejudicado, com cortes forçados, em razão da diferença entre oferta e demanda. Durante esse período, a campanha por racionamento voluntário alertou também para o consumo racional de eletricidade.

a necessidade de investimentos em soluções ambientalmente corretas, como as usinas eólicas e solares, preteridas por seu alto custo, mas que atualmente têm se mostrado mais viáveis economicamente (Ambiente Energia, 2015).

A par das possíveis crises futuras, no âmbito jurídico, o país encara a energia elétrica como um bem ambiental, tutelado pela CF/88 e por normas infraconstitucionais. O artigo 20, inciso VIII, da CF/88, dispõe que os potenciais de energia hidráulica são bens da União e são assegurados aos demais entes federativos, conforme o parágrafo 1º, nos termos da lei, a participação no resultado da exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica no respectivo território ou compensação financeira. A Lei 6.938/1981, em seu artigo 3º, inciso V, e a Lei 9.985/2000, em seu artigo 2º, inciso IV, estabelecem que as águas interiores, superficiais e subterrâneas são recursos ambientais.

A Lei 9.478/1997 dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo. O artigo 1º afirma que as políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão a diversos objetivos, importando ao presente estudo a promoção do desenvolvimento, ampliando o mercado de trabalho e a valorização dos recursos energéticos; a proteção do meio ambiente e a promoção e conservação de energia; a identificação de soluções mais adequadas para o suprimento de

energia elétrica nas diversas regiões do país; a utilização de fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis; o incentivo à geração de energia elétrica a partir da biomassa e de subprodutos da produção de biocombustíveis, em razão do seu caráter limpo, renovável e complementar à fonte hidráulica; o fomento à pesquisa e ao desenvolvimento relacionados à energia renovável; a mitigação das emissões de gases causadores do efeito estufa e de poluentes nos setores de energia e de transportes, inclusive com o uso de biocombustíveis.

A questão da energia relaciona-se não somente com a proteção do meio ambiente, mas também com a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos, conforme dispõe a Lei supracitada. Ademais, é necessário licenciamento ambiental para a instalação de obras ou mesmo de atividades relacionadas ao aproveitamento racional de energia, bem como à exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), em decorrência de comando constitucional e de leis infraconstitucionais.

IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS DAS USINAS HIDRELÉTRICAS

No contexto atual de mudanças climáticas exposto inicialmente, é necessário repensar escolhas que incluam a matriz energética. A crise hídrica tem levado a uma percepção inicial de que a água pode se tornar um bem escasso e motivo de conflitos mundiais por sua obtenção.

Ademais, conforme relatórios do IPCC anteriormente descritos, as mudanças climáticas alteram o ciclo das chuvas, o que pode causar diminuição dos reservatórios das hidrelétricas, principal fonte de energia no Brasil.

Consideram-se, para fins deste estudo, fontes tradicionais para produção de energia elétrica o petróleo; a nuclear; a mineral, incluindo gás, carvão natural, dentre outros, e a hidroelétrica (muito utilizada), sendo esta última renovável. Já dentre as fontes energéticas alternativas, apresentam-se: eólica; solar; hidrogênio; biomassa, que compreende álcool, lenha, biogás e outros; marés e geotérmica, todas consideradas renováveis ou permanentes.

Como visto, no Brasil, a utilização de energia hidrelétrica é predominante, o que é apontado como um dos principais sinalizadores de que a matriz energética nacional é sustentável, por tratar-se de fonte renovável, o que apresentaria, supostamente, baixa emissão de carbono. Por tais motivos, é entendimento predominante, tanto nos estudos do MME como nos do Banco Mundial e em discussões do Fórum Econômico Mundial, de que a expansão da energia hidrelétrica é uma das respostas à crise climática (Andrade & Mattei, 2013).

Contudo, a produção de energia hidrelétrica no Brasil, baseada em grandes empreendimentos, traz diversos e graves impactos sociais e ambientais, que colocam em dúvida sua sustentabilidade, sua fama de "energia limpa" e sua adoção

como solução à substituição de fontes não renováveis e às crises energética e climática.

Dentre as importantes degradações socioambientais das hidrelétricas, exemplificam-se com o comprometimento das atividades econômicas no entorno da barragem; a diminuição da qualidade da água; o assoreamento do corpo hídrico; o aumento de doenças de veiculação hídrica; a exclusão de usos múltiplos antes existentes no espaço ocupado pelo reservatório; o deslocamento compulsório da população e as atividades anteriormente localizadas na área, cujo desaparecimento desestrutura as próprias comunidades deslocadas, que não possuem resiliência ecossistêmica e sociocultural (Moretto, Gomes, Roquetti, & Jordão, 2012).

A par de tais degradações, Andrade e Mattei (2013) destacam três problemas socioeconômicos e ambientais que consideram principais. O primeiro deles é o deslocamento populacional de áreas alagadas para a formação de represas, o que altera a dinâmica da vida local e inviabiliza muitas vezes a continuidade de atividades econômicas anteriormente exercidas, e a interferência em culturas locais, como nas comunidades quilombolas, ribeirinhas e indígenas. O segundo problema identificado seria a perda da qualidade da água pela formação de lagos artificiais, o desmatamento, a perda de espécies da fauna e flora e a formação de processos erosivos. Por fim, trazem a possibilidade de os reservatórios estarem contribuindo para a intensificação da emissão de GEE.

Quanto ao último aspecto, os autores detêm uma atenção maior. Afirmam que, a partir dos anos 1990, as hidrelétricas passaram a ser alvos de questionamentos a respeito da contribuição de seus reservatórios na emissão de GEE pela liberação de gases como o metano, que seriam gerados pela decomposição da biomassa em sua bacia de acumulação, ali depositada pelo processo de represa-mento da água. Como exemplo, trazem estudo quanto às hidrelétricas da região amazônica, em que se constatou serem as emissões da usina de Balbina mais elevadas do que as de uma termelétrica movida a carvão mineral. Explicam que "a questão central envolvendo o polêmico debate das hidrelétricas gira em torno das emissões de Metano (CH₄) à jusante da represa, ou seja, após a água passar pelas turbinas", sendo que, "quanto maior a profundidade da represa mais elevada se torna a concentração de metano, cujo potencial de aquecimento global é 21 vezes maior do que o dióxido de carbono" (Andrade & Mattei, 2013, p. 20).

Além do metano, emissões de CO₂ também seriam liberadas na atmosfera pela decomposição das partes das árvores inundadas que se projetam acima da superfície da água, respondendo as duas situações citadas por quantidades significativas das emissões de GEE de usinas hidrelétricas, o que não se contabiliza nas estatísticas oficiais, visto considerarem apenas as emissões da superfície da represa, que representam uma parcela relativamente pequena do impacto total (Andrade & Mattei, 2013).

Quanto aos demais problemas citados pelos autores, o enorme impacto social que as áreas alagadas representam para as populações que ali vivem é evidenciado pelo Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), cujo início se deu no final da década de 1970, período marcado por grave crise energética mundial, fazendo com que os países buscassem novas formas de gerar energia. Com a construção das usinas hidrelétricas no país, não havia estudos a respeito de indenização adequada para as famílias que viviam na beira dos rios, expulsas de suas terras.

O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, transformado pela Lei 12.986, de 2014, em Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), instituiu uma Comissão Especial para acompanhar denúncias feitas pelo MAB e pela Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional (Fase), acerca de violações de direitos humanos em processos que envolvem planejamento, licenciamento, implantação e operação de barragens (Secretaria de Direitos Humanos, 2011).

Foram selecionados pela Comissão o Açude Acauã (Paraíba), para abastecimento de água; as Usinas Hidrelétricas de Aimorés (Minas Gerais e Espírito Santo), Cana Brava (Goiás); Foz do Chapecó (Santa Catarina e Rio Grande do Sul) e Tucuruí (Pará), e as Pequenas Centrais Hidrelétricas de Emboque (Minas Gerais) e Fumaça (Minas Gerais). Concluiu-se que o padrão de implantação de barragens propicia recorrentemente graves violações de direitos humanos, o que acentua as já sérias desigualdades sociais. Dentre

os principais problemas identificados, encontram-se: falta de informação; definição restritiva e limitada do conceito de atingido; omissão das especificidades socioeconômicas e culturais das populações atingidas; omissão diante das necessidades particulares de grupos sociais mais vulneráveis como idosos e pessoas com necessidades especiais; lacunas e/ou má aplicação da legislação (Secretaria de Direitos Humanos, 2011).

Assim, recomenda a Comissão Especial que, para garantir e preservar os direitos dos atingidos por barragens, são necessários direitos à informação e à participação; à liberdade de reunião, associação e expressão; ao trabalho e a um padrão digno de vida; à moradia adequada; à educação; a um ambiente saudável e à saúde; à melhoria contínua das condições de vida; à plena reparação das perdas; à justa negociação e tratamento isonômico, de forma transparente e coletiva; direito de ir e vir; à cultura, às práticas e aos modos de vida tradicionais; ao acesso e preservação de bens culturais, materiais e imateriais; direito dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais; direito de grupos vulneráveis; direito de proteção à família e a laços de solidariedade social ou comunitária; direito de acesso à justiça e à razoável duração do processo, e direito à reparação por perdas passadas (Secretaria de Direitos Humanos, 2011).

O MAB pode ser considerado um movimento que busca justiça ambiental, pois luta contra a imposição desproporcional dos riscos ambientais às populações menos dotadas de recursos financeiros, po-

líticos e informacionais (Acselrad, 2009). A problemática das comunidades que perdem sua terra, suas casas, suas raízes e sua cultura pelo alagamento para a construção das hidrelétricas não buscam somente uma justiça distributiva, mas também e principalmente democracia e igualdade na distribuição dos riscos e do ônus da degradação ambiental a construção de uma compreensão a partir da luta moral impulsionada por processos de recusa por reconhecimento (Baggio, 2014).

Além dos graves problemas sociais causados pelas hidrelétricas, há ainda a enorme perda de espécies da fauna e da flora, de grandes áreas que ficam completamente alagadas e perdidas. O reservatório da Usina de Tucuruí, por exemplo, possui 2.430 km² de área inundada, e o da Itaipu, 1.350 km². A represa de Itaipu inundou o conjunto de cachoeiras conhecido como "Sete Quedas", entre o Brasil e o Paraguai, de beleza natural incomparável, constituindo um verdadeiro desastre de um patrimônio da humanidade não somente ambiental, mas também natural e cultural. Inundar áreas de tamanha singularidade e importância é um crime contra as gerações atuais, futuras e contra o planeta.

O exemplo mais emblemático, contudo, foi a construção da Usina de Barra Grande, entre os estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul. As usinas hidrelétricas, por serem obras ou atividades causadoras de degradação ambiental, estão sujeitas ao licenciamento de forma obrigatória, conforme o Anexo I da Resolução 237/1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e é um instrumento

da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981). No procedimento de licenciamento, é necessário realizar o Epia, comando constitucional disposto no artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV.

Na construção de Barra Grande, o Epia "esqueceu" que havia uma floresta primária (intocada) de araucárias, vegetação protegida da Mata Atlântica. A inundação da área com a conseqüente destruição da floresta ensejou ação civil pública ajuizada em 2004 pela Rede de Organizações não Governamentais de Mata Atlântica contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e a Energética Barra Grande SA (Baesa).

Em vista da natureza criminoso e imoral do "esquecimento" de tão importante floresta em um estudo de máxima importância para a proteção do meio ambiente em obras ou atividades degradadoras, foi incluído na Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) o artigo 69-A, pela Lei 11.284/2006 (Lei de Florestas Públicas), que prevê o crime de "Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão", apenado com reclusão de três a seis anos e multa, consistindo-se o crime mais grave previsto na Lei; tais modificações trouxeram à discussão a responsabilidade do perito pelas informações prestadas.

Outro exemplo dos enormes impactos das hidrelétricas é a Usina de Belo Monte

(Pará), prevista para ser a terceira maior hidrelétrica do mundo, parte do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do Governo Federal, inicialmente planejada em meados da década de 1980, como uma das obras de infraestrutura e integração da Amazônia do então governo militar. Dentre seus problemas, destaca-se a questão indígena, pois na bacia do rio Xingu vivem mais de 20 etnias, diretamente afetadas e não efetivamente ouvidas no processo, o que representa enorme injustiça socioambiental⁷.

Participação significativa coube também ao Ministério Público Federal e à academia, na qual grupos de pesquisadores vinculados a universidades de todo o país produziram análises sobre o projeto e seus impactos, manifestadas no Painel de Especialistas (Santos & Hernandez, 2009), que concluiu pela inviabilidade do empreendimento, mas ignorado pelo governo.

Infelizmente, os problemas com hidrelétricas não terminam por aí, pois as Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH) também podem causar impactos socioambientais graves. A Resolução Normativa 673, de 4 de agosto de 2015, da Aneel, que estabelece os requisitos e procedimentos para a obtenção de outorga de autorização para a exploração de aproveitamento de potencial hidráulico com características de PCH, define-a, no artigo 2º, como

⁷ Sobre o tema, ver: Vieira, F. do A (2015). *Direitos humanos e desenvolvimento na Amazônia: Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (Dissertação de mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

"aqueles empreendimentos destinados à autoprodução ou produção independente de energia elétrica, cuja potência seja superior a 3.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW e com área de reservatório de até 13 km², excluindo a calha do leito regular do rio".

Entretanto, não são poucos os impactos, conforme Bermann (2007), ao exemplificar com o projeto da PCH Aiuruoca (Minas Gerais), com 16 MW, que prevê a formação de um reservatório de 16 ha, que suprimiria importante e único trecho de Mata Atlântica responsável pela conectividade das matas do Parque Estadual da Serra do Papagaio e as matas do Parque Nacional do Itatiaia, comprometendo também as condições sanitárias do núcleo urbano de Aiuruoca, já que o esgoto doméstico e hospitalar é lançado diretamente no rio. Ademais, diversas PCHs em uma mesma bacia hidrográfica poderiam causar impactos gravíssimos, semelhantes aos das grandes hidrelétricas.

DIVERSIFICAÇÃO DA MATRIZ ENERGÉTICA BRASILEIRA POR FONTES ALTERNATIVAS RENOVÁVEIS

As usinas hidrelétricas, principais geradoras de energia elétrica no Brasil, são consideradas "energia limpa e renovável". Contudo, não podem ser consideradas limpas e sustentáveis da forma como têm sido construídas no país devido aos graves impactos socioambientais que causam.

Entretanto, o problema não deve ser resolvido apenas pela busca de alternativas por outras fontes de energia, mas também

pela diminuição de seu consumo, pela conscientização do uso racional e pela busca por maior eficiência energética. São necessários, portanto, investimentos em fontes renováveis, políticas públicas de uso racional de energia e de busca por eficiência energética.

Segundo Nodari (2010), "a busca por eficiência energética, também chamada de utilização racional de energia, é uma atividade que procura otimizar o uso das fontes de energia" (p. 53). Para tal finalidade, foi criado pelo Governo Federal, em 1985, o Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica (Procel), que visa promover a racionalização do consumo de energia elétrica, combater o desperdício e reduzir os custos e investimentos setoriais, aumentando a eficiência energética.

Possui também o Selo Procel de Economia de Energia, que indica ao consumidor os produtos que apresentam os melhores níveis de eficiência energética dentro de cada categoria. Já a Lei 10.295/2001 dispõe sobre a Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia, com vistas à alocação eficiente de recursos energéticos e à preservação do meio ambiente, dispendo inclusive sobre o desenvolvimento de mecanismos que promovam a eficiência energética nas edificações.

Para fins de diversificação da matriz energética brasileira para a utilização de energias alternativas renováveis, serão estudadas as duas maiores opções à realidade do país: a energia eólica e a solar. Será feita uma breve análise também da

utilização de biocombustíveis ou biomassa para a produção de energia elétrica.

Um marco importante para o setor elétrico brasileiro foi a Lei 10.438/2002, que criou o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), que visa, conforme artigo 3º, aumentar a participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de produtores independentes autônomos, concebidos com base em fontes eólica, PCHs e de biomassa, no Sistema Elétrico Interligado Nacional.

A geração de energia eólio-elétrica expandiu-se rapidamente na última década. Contudo, no Brasil, ainda há poucos dados consistentes e confiáveis sobre sua viabilidade técnica e econômica, o que limita os investimentos. As melhores áreas para o aproveitamento eólico no país situam-se nas bordas do sistema de distribuição elétrica, distantes da geração hidrelétrica, o que melhoraria o desempenho do sistema e diminuiria as linhas de transmissão, bem como possibilitaria melhor distribuição (Garbe, Mello, & Tomaselli, 2014).

Atualmente, o Brasil possui diversos parques eólicos, com alguns recentemente inaugurados em 2017, e o maior complexo eólico do país, no estado do Rio Grande do Sul.

Dentre as desvantagens da utilização de energia eólica, encontram-se os altos custos de produção; a intermitência do vento; impacto visual, sonoro e sobre aves; e interferência eletromagnética.

Contudo, com a tecnologia, atualmente, passa a ser economicamente viável, além de existir grande potencial eólico a ser explorado, encontrando-se as vantagens no reduzido impacto social e ambiental — físico, biótico, atóxico, social ou relativo à emissão de GEE; diversificação da matriz energética; geração de empregos, principalmente em áreas rurais, e possibilidade de plantação e criação de animais entre as turbinas (Oliveira, Fernandes, & Pereira, 2014).

Quanto à energia solar, destacam-se a fotovoltaica, obtida a partir de luz solar, inclusive em dias nublados, e o sistema coletor solar térmico, no qual os raios de sol geram calor e aquecem a água. Dentre as vantagens da utilização de energia solar fotovoltaica, além de ser renovável, está o elevado grau de confiabilidade, a baixa manutenção, as baixas perdas durante a transmissão (a geração e o consumo são próximos), o fato de contar com fonte energética com atrativos para o acoplamento à rede elétrica pública (espécie de miniusinas) (Mori, Santos, & Sobral, 2007).

A pesquisa da energia solar por meio de painéis fotovoltaicos tem crescido no Brasil. É considerada uma fonte limpa de energia devido a que a eletricidade produzida não emite nenhum tipo de poluição ou GEE, além de utilizar uma fonte infinita para funcionar.

Entretanto, quando se considera da fabricação até o funcionamento, deve-se levar em conta a matriz energética do país, que emitirá maior ou menor quantidade de

CO₂, além de outros tipos de degradações ambientais. Assim, a viabilidade ou não da produção e/ou operação dos módulos em um local ante seu gasto energético, as suas emissões de CO₂ e o potencial de amortização do passivo ambiental por ele gerado em sua fabricação, deve considerar todo o tempo de vida útil do painel fotovoltaico, os locais de fabricação e operação e o tipo de matriz energética utilizada, para verificar o custo de mitigação do passivo ambiental gerado pela fabricação do painel (Filho & Rosa, 2013).

Ademais, para que um módulo fotovoltaico possa funcionar, é necessário gastar energia para se produzir energia e também para economizar energia, o que recebe o nome de "amortização ou reembolso energético", ou seja, "quanto tempo um sistema fotovoltaico tem que operar para gerar a mesma quantidade de energia que foi gasta para sua fabricação, montagem, instalação e deposição ao final de sua vida útil" (Filho & Rosa, 2013, p. 174).

Outra desvantagem do painel fotovoltaico é sua baixa durabilidade e sua constituição por elementos semicondutores como o silício, cujos custos de produção são elevados e praticamente já se esgotaram as possibilidades para reproduzi-los. Há problemas ainda de toxicidade, já que os painéis solares devem ser descartados de modo adequado ou ser submetidos à reciclagem, cujo processo ainda não atingiu um nível de desenvolvimento satisfatório, além de apresentar custos muito elevados. Como alternativa, apresenta-se o quartzo, que tem o Brasil como detentor

das maiores reservas do metal de alta qualidade (Mori, Santos, & Sobral, 2007).

Como alternativa aos impactos da fotovoltaica, estudos com o sistema coletor solar térmico vêm sendo produzidos com resultados relevantes. Pesquisa desenvolvida pelo Prof. Sergio Colle e pela mestrandia Juliana Emanuella Gonçalves, do Labsolar/NCTS — Departamento de Engenharia Mecânica da Universidade Federal de Santa Catarina, evidencia que a energia solar térmica seria muito útil na utilização em chuveiros elétricos, que correspondem ao pico energético no Brasil, entre 18h00min e 21h00min, havendo a necessidade de deslocamento da demanda. Assim, nesse horário crítico, a substituição da utilização de energia proveniente de hidrelétricas pelo painel solar térmico ajudaria muito a produção energética do país. As medidas governamentais de incentivo à aquisição desses sistemas teriam um impacto positivo na produção industrial, na mudança de hábitos do consumidor, incentivando o consumo sustentável, e na redução da demanda anual de energia dos chuveiros. Entende-se que o uso doméstico da energia solar térmica é uma boa alternativa, já que a utilização de centrais solares térmicas necessitaria de grandes lagos para o aquecimento da água, o que levaria à morte de pássaros, pelo reflexo, e à utilização e poluição de grande quantidade de água (Labsolar, s/d).

Quanto à utilização de energia eólica e solar, o MME publicou, em 2015, a Portaria 70, que define as diretrizes para o segundo Leilão para a Contratação de Energia de Reserva, no qual serão nego-

ciados Contratos de Energia de Reserva (CER) na modalidade por quantidade e com prazo de 20 anos, com início de suprimento em 1º de novembro de 2018, para a contratação de energia a partir da fonte solar fotovoltaica e da eólica.

Nota-se que, apesar de tímidas, há algumas iniciativas relevantes para o consumo consciente de energia e para a utilização de fontes alternativas renováveis. Entretanto, um problema que ainda deve ser solucionado é a atual impossibilidade legal de sistemas solares serem interligados à rede elétrica. Caso haja produção excessiva de energia nas residências, não é possível inverter o relógio medidor e enviar o excesso para a rede pública, o que deveria ser repensado e adaptado para que haja uma melhor distribuição da energia e, conseqüentemente, menor pressão sobre o sistema público e sobre as hidrelétricas.

Conforme exposto inicialmente, uma análise acerca da utilização de biocombustíveis para a produção de energia elétrica, ainda que breve, é necessária, em vista do crescimento que vêm adquirindo no Brasil nos últimos anos. Os biocombustíveis são utilizados predominantemente como substitutos ao petróleo em sistemas de transporte, mas podem ser utilizados também para a produção de energia elétrica, o que corresponderia a uma matriz renovável e limpa. Contudo, a forma como os biocombustíveis são produzidos no país está longe de ser considerada limpa.

Os biocombustíveis são derivados de biomassa renovável para o uso em mo-

tores a combustão. No Brasil, há destaque para o etanol e para o biodiesel, sendo a produção do etanol feita por plantação de cana-de-açúcar em larga escala, em um cultivo altamente dependente de agroquímicos (fertilizantes e agrotóxicos) e de técnicas rudimentares para colheita como a queima da palha, extremamente poluente, e a utilização de trabalhadores em condições análogas às de escravos.

Já o biodiesel, produzido a partir de óleo de palma, é conhecido como o "diesel do desmatamento", assim como a partir da soja, cultivada em grandes áreas desmatadas, dependente de agroquímicos e sementes transgênicas. A produção de biocombustíveis pode aumentar o custo dos demais produtos e a demanda por terra, e ameaçar a segurança alimentar. Ademais, impactos negativos estão ligados à perda da biodiversidade, pelo aumento de desmatamentos e queimadas; à pressão sobre áreas de vegetação nativa; ao aumento do uso da água; ao uso de variedades transgênicas e ao impacto social da falta de condições salubres e seguras de trabalho (Nodari, 2010).

Outra alternativa já aventada é a utilização de biomassa animal ou vegetal ou até de biocombustíveis feitos a partir de resíduos agrícolas e agroindustriais para a produção de energia elétrica, o que resolveria dois problemas: a produção de energia a partir de fontes renováveis alternativas e a utilização do lixo como matéria-prima.

Uma experiência que já vem ocorrendo no Brasil, em especial no oeste do es-

tado de Santa Catarina, onde há muita suinocultura, é a utilização dos dejetos dos porcos para a produção de energia. Os dejetos são colocados em biodigestores, produzindo biogás, que pode ser utilizado para o aquecimento de aviários, banheiros e instalações. Ademais, utilizando o processo de produção com um sistema de baixo custo de lona de PVC, há a redução dos níveis de patógenos e do poder poluente, bem como a de odores e substituição de combustíveis como lenha e gás (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária — Embrapa, 2015).

O imperativo da mudança climática exige uma verdadeira Revolução Energética, em cujo cerne se encontra a mudança no modo pelo qual se utiliza, distribui e consome energia. Os cinco princípios-chave considerados por Oliveira, Fernandes e Pereira (2014) para essa mudança são: implementar soluções renováveis, especialmente por meio de sistemas de energia descentralizados; respeitar os limites naturais do meio ambiente; eliminar gradualmente fontes de energia sujas e não sustentáveis; promover a equidade na utilização dos recursos e desvincular o crescimento econômico do consumo de combustíveis fósseis.

Eliminar gradualmente as fontes de energia tradicionais não renováveis é condição essencial, pois os novos geradores de energias renováveis competem com as velhas usinas de combustíveis fósseis, cuja eletricidade é produzida a custos baixos devido à depreciação dos parques energéticos e porque os consumidores e contribuintes já pagaram os juros dos in-

vestimentos originais (Oliveira, Fernandes, & Pereira, 2014).

Como afirmado anteriormente, a matriz energética de um Estado é uma decisão política. Em matéria de matriz energética, fundamental para a sociedade atual, não há uma solução única a ser implantada em todos os lugares, em virtudes de questões naturais, geográficas, econômicas, sociais, ambientais, dentre diversos outros fatores.

Todas as fontes de energia possuem vantagens e desvantagens. Não existe solução pronta. Entre as fontes alternativas renováveis, cada uma será mais adequada social e ambientalmente para determinada região.

CONCLUSÃO

O sistema energético mundial, baseado em combustíveis fósseis, causa não somente enorme poluição e uma das principais causas das mudanças climáticas, por sua emissão de GEE, como também tem um fim próximo, devido ao esgotamento das reservas.

A busca por fontes alternativas de energia como uma das soluções às crises energética e climática não será suficiente se não houver consumo consciente e redução da demanda por energia. Se a sociedade utilizar cada vez mais energia, tanto fontes renováveis quanto não renováveis, jamais serão suficientes para suprir uma demanda ilimitada em um planeta limitado.

Vive-se em uma época de incertezas, diversas daquelas prévias à Revolução

Industrial, pois são produzidas pela tecnologia, a qual cria alguns riscos que ela não consegue controlar. A humanidade, no afã pelo crescimento e pelo lucro, levou à crise ambiental e às mudanças climáticas que, juntamente com a degradação, colocam em risco a segurança e a disponibilidade de um dos bens mais essenciais: a água.

O Brasil tem aumentado a matriz energética baseada em fontes não renováveis e continua o investimento em grandes hidrelétricas que, apesar de provenientes de fonte renovável — a água —, possui significativos impactos socioambientais. Assim, a política energética brasileira está em desconformidade com as discussões atuais acerca da necessidade de produção sustentável de energia.

A dependência de apenas uma fonte de energia não é somente prejudicial para o meio ambiente, mas também para a própria manutenção da sociedade, que necessita energia para funcionar. Assim, é preciso políticas públicas para o consumo consciente e para a mudança dos grandes empreendimentos hidrelétricos para a produção setorizada e o investimento em tecnologia para maior eficiência e barateamento da produção.

Ademais, as residências, os estabelecimentos comerciais e industriais não podem mais ser apenas superconsumidores de energia, mas devem começar a utilizá-la de forma consciente e também a produzi-la, o que levaria a uma mudança na legislação para a possibilidade de interligação com o sistema público.

Necessário, portanto, um diálogo maior, uma articulação entre políticas públicas de consumo consciente e diversificação da matriz energética.

Não há solução única e pronta, mas a diminuição do consumo, o investimento em eficiência energética e a diversificação da matriz para fontes alternativas renováveis são caminhos a serem trilhados pelo Estado para garantir não somente a segurança energética, mas também um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futura gerações.

Nesse sentido, por todo o exposto, entende-se que a diversificação da matriz energética de um estado deve ser a maior possível. Além disso, deve priorizar as fontes energéticas renováveis alternativas e a modificação de grandes empreendimentos com impactos socioambientais, como as hidrelétricas, a fim de produzir energia setorizada, exemplificada por algumas das experiências trazidas neste estudo.

REFERÊNCIAS

- Acselrad, H. (2009). *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond.
- Ambiente Energia. (2015). *Crise energética e as diferentes visões sobre o problema*. Recuperado de <https://www.ambienteenergia.com.br/index.php/2015/02/crise-energetica-e-diferentes-visoes-sobre-o-problema/25550>
- Andrade, A. L. C., & Mattei, L. (2013). A (in)sustentabilidade da matriz energética brasileira. *Revista Brasileira de Energia*, 19(9), 9-36.
- Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica). (2014). *Informações gerenciais*: 2014. Recuperado

- de http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/IG_Mar_14.pdf
- Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica). (2016). *Informações gerenciais*: março 2016. Recuperado de <http://www.aneel.gov.br/documents/656877/14854008/Boletim+-de+Informa%C3%A7%C3%B5es+Gerenciais+-+1%C2%BA+trimestre+de+2016/b25a0697-2f30-4946-b8d5-9bac5931ce10>
- Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica). (2017). *Informações gerenciais*: março 2017. Recuperado de <http://www.aneel.gov.br/documents/656877/14854008/Boletim+-de+Informações+Gerenciais+1º+trimestre+de+2017/798691d2-990b-3b36-1833-c3e8c9861c21>
- Baggio, R. C. (2014). *Justiça ambiental entre redistribuição e reconhecimento: a necessária democratização da proteção da natureza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Bermann, C. (2007). Impasses e controvérsias da hidreletricidade. *Estudos avançados*, 21(59), 139-153.
- Bosselmann, K. (2016). Germany's 'Energiewende': what can environmental law scholarship learn from it? Em J. J. Manzano, N. Chalifour, & L. J. Kotze (Eds.), *Energy, governance and sustainability* (pp. 11-29). Gelteham: Edward Elgar Publishing Limited.
- Bradbrook, A. J., & Gardann J. G. (2006). Placing access to energy services within a human rights framework. *Human Rights Quarterly*, 28(2), 389-415.
- Canotilho, J. J. e Leite, J. R. (2012). *Direito constitucional ambiental brasileiro* (5. ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Carvalho, D. W., & Damascena, F. D. L. (2013). *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária). (2015). *Produção de suínos: manejo de dejetos*. Recuperado de <http://www.cnpsa.embrapa.br/SP/suinos/manejodejetos.html>.
- Escelsa (Espírito Santo Centrais Elétricas SA). (2015). *Histórico da Energia Elétrica no Brasil*. Recuperado de <http://www.escelsa.com.br/aescelsa/historia-ee-brasil.asp>
- Garbe, E. A., Mello, R., & Tomaselli, I. (2014). Projeto conceitual e análise de viabilidade econômica de unidade de geração de energia elétrica eólica na Lagoa dos Patos-RS. *Revista Brasileira de Energia*, 20(1), 53-77.
- Grun, R. (2005). Apagão cognitivo: a crise energética e sua sociologia. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 48(4), 891-928.
- IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) (2015). *Indicadores de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: IBGE.
- IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change). (2014). *Climate change 2014: mitigation of climate change*. Recuperado de https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf
- IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change). (2007). *Climate change 2007*. Recuperado de http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg2/en/contents.html
- Itaipu Binacional. Recuperado de <https://www.itaipu.gov.br/nossa-historia>.
- Kloepfer, M. (2010). A caminho do estado ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. Em I. W. Sarlet (Org.), *Estado socioambiental e direitos fundamentais* (pp. 39-72). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Labsolar. Recuperado de <http://www.lepten.ufsc.br/home/solar.html>

- MME (Ministério do Meio Ambiente). (2015). *Horário brasileiro de verão*: Recuperado de <http://www.mme.gov.br/web/guest/destaques-do-setor-de-energia/horario-brasileiro-de-verao>
- Montes, V. R. (2012). La lucha contra el cambio climático — propuestas para reflexionar: energías renovables y protección de bosques amazónicos. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, 3, 143-164.
- Moretto, E. M., Gomes, C. S., Roquetti, D. R., & Jordão, C. O. (2012). Histórico, tendências e perspectivas no planejamento espacial de usinas hidrelétricas brasileiras: a antiga e atual fronteira Amazônica. *Ambiente sociedade*, 15(3), 141-164.
- Mori, V., Santos, R. L. C., & Sobral, L. G. S. (2007). *Metalurgia do silício: processos de obtenção e impactos ambientais*. Rio de Janeiro: Cetem/MCT.
- Morin, E., & Kern, A.-G. (2011). *Terra-Pátria* (6. ed.). Porto Alegre: Sulina.
- MAB (Movimento dos Atingidos por Barragens). (2015). *Sobre*. Recuperado de <http://www.mabnacional.org.br/>
- Nodari, R. O. (2010). Agrocombustíveis: impactos e benefícios. Em H. S. Ferreira, & J. R. M. Leite (Orgs.), *Biocombustíveis: fonte de energia sustentável? Considerações jurídicas, técnicas e éticas* (pp. 51-90). São Paulo: Saraiva.
- Oliveira, W. S., Fernandes, A. J., & Pereira, E. T. (2014). Tendências do preço da eletricidade na indústria eólica global para 2050. *Revista Brasileira de Energia*, 20(1), 79-104.
- Santos, S. M. B. M., & Hernandez, F. del M. (Orgs.). (2009). *Painel de Especialistas: análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte*. Belém. Recuperado de http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf
- Sarlet, I. W., & Fensterseifer, T. (2010). Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. Em I. W. Sarlet (Org.), *Estado socioambiental e direitos fundamentais* (pp. 11-38). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Secretaria de Direitos Humanos. (2011). Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Relatório Final: Comissão Especial "Atingidos por Barragens"*. Recuperado de <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/encontros-nacionais-e-regionais/xi-encontro-nacional/xi-encontro/legislacao/relatorio-sintese-cddph>
- Seeg (Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa). (2016). *Análise das emissões de GEE Brasil (1970-2014) e suas implicações para políticas públicas e a contribuição brasileira para o Acordo de Paris: relatório síntese*. Recuperado de <http://seeg.eco.br/wp-content/uploads/2016/09/WIP-16-09-02-RelatoriosSEEG-Sintese.pdf>
- Filho, G. L. T., & Rosa, C. A. (2013). Análise da capacidade de amortização dos passivos energéticos e ambientais dos painéis fotovoltaicos. *Revista Brasileira de Energia*, 19(1), 171-194.
- United Nations. (2015). *Paris Agreement*. Recuperado de http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf
- United Nations. (2017). *Sustainable Development Goals*. Available on: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/energy/>
- UNFCCC (United Nations Framework Convention on Climate Change). *Brazil NDC*. Recuperado de <http://www4.unfccc.int/submissions/INDC/Published%20Documents/Brazil/1/BRAZIL%20iNDC%20english%20FINAL.pdf>
- USP (Universidade de São Paulo). *Efeito estufa*. Recuperado de <http://www.usp.br/qambiental/tefeitoestufa.htm>

*Las autodefensas en Michoacán, México: ¿rescate de la ciudadanía ante la violencia?**

Martha Elisa Nateras González**

Recibido: 23 de noviembre de 2016 • Aprobado: 19 de octubre de 2017
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a6>

RESUMEN

En la actualidad los sistemas democráticos viven una crisis de representatividad y de confianza, provocando que penetren con fuerza movimientos sociales con un repertorio simbólico lleno de experiencia crítica, que buscan canalizar su descontento social ante un Estado que no les garantiza seguridad. Por ello, la aparición de varios grupos de autodefensa en el estado de Michoacán, a principios de 2013, provocó distintas reacciones en algunos medios de comunicación, los cuales dividieron su juicio respecto a la legitimidad de estos grupos, el tipo de armas que utilizaban y su forma de operar. Por tanto, el objetivo de este artículo es analizar los grupos de autodefensa como un ejercicio de ciudadanía activa y de acción colectiva, al margen de los canales convencionales de participación. El principal hallazgo de este ejercicio analítico-descriptivo es que la participación de la sociedad fuera del control estatal no tiene cabida, aun cuando se presuma que México es un Estado democrático.

Palabras clave: Seguridad; autodefensas; ciudadanía; Estado; acción colectiva.

* Este artículo es el resultado del trabajo de investigación que la autora realiza como integrante del Sistema Nacional de Investigadores, el cual gira en torno a tres grandes temas: ciudadanía, seguridad y violencia en México. Previo a este texto ya se publicó otro con el mismo objeto de investigación, el cual se complementa con este, con el título: "Autodefensas en México: fenómeno mediático y reacción social" (Nateras, 2017).

** Doctora en Ciencias Sociales en el área de Relaciones de Poder y Cultura Política, por la UAM-Xochimilco. Maestra en Ciencias Sociales. Licenciada en Ciencias Políticas y Administración Pública. Profesora de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de México (Uaemex), desde el año 2000. Perfil Prodep, desde noviembre de 2006 y miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, desde enero de 2014. Orcid <https://orcid.org/0000-0002-7045-1400>. Correo electrónico: marnateras@yahoo.com.mx

Armed Vigilant Groups in Michoacán, México: Rescue of the Citizen due to Violence?

ABSTRACT

At present, democratic systems are experiencing a crisis of representativeness and trust, causing social movements with a symbolic repertoire full of critical experience to penetrate with force, seeking to channel their social discontent in the face of a State that does not guarantee them security. Thus, the emergence of several vigilant groups in the state of Michoacán in early 2013 provoked different reactions in some media, which divided their judgment on the legitimacy of these groups, the type of weapons they used and their mode of operation. Therefore, the objective of this paper is to analyze armed vigilant groups as an exercise of active citizenship and collective action, outside the conventional channels of participation. The main finding of this analytical-descriptive exercise is that society's participation outside of state control has no place, even when Mexico is assumed to be a democratic state.

Keywords: Security; Armed Vigilant Groups; citizens; Government; collective actions.

As autodefesas em Michoacán, no México: resgate da cidadania diante da violência?

RESUMO

Na atualidade, os sistemas democráticos vivem uma crise de representatividade e de confiança, o que desencadeia a forte entrada de movimentos sociais com um repertório simbólico cheio de experiência crítica, que buscam canalizar seu descontentamento social diante de um Estado que não lhes garante segurança. Por isso, o surgimento de vários grupos de autodefesa no estado de Michoacán, no início de 2013, provocou diferentes reações em alguns meios de comunicação, os quais dividiram sua opinião com respeito à legitimidade desses grupos, ao tipo de armas que utilizavam e à sua forma de operar. Portanto, o objetivo deste artigo é analisar os grupos de autodefesa como um exercício de cidadania ativa e de ação coletiva, à margem dos canais convencionais de participação. A principal descoberta desse exercício analítico-descritivo refere-se a que a participação da sociedade fora do controle estatal não tem cabimento, ainda quando se presume que o México é um Estado democrático.

Palavras-chave: Ação coletiva; autodefesas; cidadania; Estado; segurança.

INTRODUCCIÓN

El surgimiento de varios grupos, denominados por ellos mismos, como autodefensas, en el estado de Michoacán, como proceso emergente, provoca que broten distintas interpretaciones y lecturas acerca de un nuevo orden social, con nuevos contextos, acontecimientos y situaciones donde los actores sociales van construyendo sentido, sobre todo a lo emergente, otorgando nuevos componentes a viejos temas de la vida social, como la seguridad y la violencia. Para algunos medios de comunicación, estos grupos eran la respuesta de distintos grupos delictivos que se estaban disputando el territorio, pues portaban armas exclusivas de las fuerzas armadas, equipo táctico y operativo, así como de comunicación. Para otros, eran grupos que emergieron debido a la incapacidad del Estado para atender sus demandas y por no poder detener a los grupos delictivos, que desde hace varios años tienen asolada a la población de esta entidad federativa.

Su aparición tuvo cierto grado de legitimidad por dos razones: primero, porque el discurso del modelo de seguridad ciudadana señala tener un enfoque integral y alentar la participación de los diversos sectores sociales en la prevención de la violencia, y segundo, porque en la tradición indígena la participación de la ciudadanía es fundamental en las tareas de seguridad. No obstante, el discurso que predominó es que la responsabilidad de proporcionar seguridad e impartir justicia solo le compete al Estado.

En esta lógica, el sustento de estos grupos, por supuesto, nunca fue jurídico. Su principal argumento tiene que ver más bien con la tradición indígena ancestral que existe en México, de instrumentación de cuadros de vigilancia que emergen de la propia comunidad¹. Muestra de estas experiencias, que sobreviven desde el siglo XIX, son las guardias tradicionales seris, yaquis y mayos, quienes en defensa de su territorio y sus derechos como pueblo se han enfrentado al Estado, generando mecanismos de autoprotección. Otro ejemplo que ha sobrevivido de la lucha de los mayas contra el colonialismo y la esclavitud es la guardia tradicional maya, en el municipio de Carrillo Puerto, Quintana Roo. Estos modelos son muestra de que la función de seguridad para los pueblos mesoamericanos estaba vinculada a la idea de participación, es decir, la autodefensa; por tanto, la seguridad se convierte en tarea de todos, pues en esta labor se juegan la confianza, la fraternidad y la solidaridad de la sociedad (Nateras, 2017). Se trata de experiencias que se implementaron desde la propia comunidad para atender funciones de seguridad que el Estado no logra o no quiere realizar, en busca del orden y la paz social.

Es por eso que de acuerdo con Villamil (como se citó en Nateras, 2017) este tipo de protección y vigilancia es un modelo

¹ Considerando que el referente, para el caso de México, son estas prácticas ancestrales, no se retoman los modelos de autodefensa que han surgido en otros países latinoamericanos, pues se parte del supuesto que esta tradición es la que se rescata para llevar a cabo ese ejercicio ciudadano y de acción colectiva encaminado a la protección de la población michoacana.

ético y moral basado en rituales y pautas de comportamiento de los pueblos indígenas, que se han visto seriamente alterados por una serie de fenómenos como la violencia criminal en entidades como Guerrero, Oaxaca y Michoacán.

A partir de lo anterior, el objetivo de este artículo es analizar a los grupos de autodefensa que surgieron en Michoacán, como un ejercicio de ciudadanía activa, pero también de acción colectiva, debido a que su participación estaba encaminada a intervenir directamente en un asunto que estaba afectando la vida de sus comunidades: la violencia provocada por la delincuencia organizada.

La perspectiva de análisis consiste en mirar a las autodefensas como actores colectivos que consiguieron construir cierto grado de solidaridad e identidad, pero al operar en los márgenes del orden estructural (legal e institucional) no lograron la legitimidad e interacción necesarias para garantizar su permanencia y el cumplimiento de la meta propuesta: proteger a sus comunidades, librándolas de la violencia y la delincuencia. Esta tarea se vio limitada, entre otras cosas, a que eran mal vistos por algunos sectores sociales y políticos, que no estuvieron dispuestos a aceptar que la seguridad pública se atendiera desde la sociedad, aun cuando estos eran una respuesta lógica a la incapacidad del Estado de detener la creciente ola de delincuencia en esa entidad. Asimismo, el tratamiento institucional que se les dio a las denominadas "autodefensas" es la evidencia contundente de que la participación de

la sociedad fuera del control estatal no tiene cabida, aun cuando se presuma que México es un Estado democrático.

Para alcanzar el objetivo propuesto el artículo está dividido en cuatro partes. En el primer punto se problematiza en torno a la ciudadanía y la acción colectiva, a partir de referentes teóricos que permitan analizar las razones que motivan la participación ciudadana en el espacio público y en los asuntos públicos, ya sea de manera individual o colectiva, en aras del bien común y en el contexto de una democracia. En el segundo punto se hace una breve revisión de los argumentos a favor o en contra de las autodefensas y de cómo estas constituyen una respuesta a la ineficiencia de las políticas de seguridad por parte del Estado. Los puntos tres y cuatro son meramente descriptivos, pues se hace un recorrido rápido de la evolución del narcotráfico y de la delincuencia organizada en México y Michoacán para entender el surgimiento de las autodefensas y también se hace un recuento de las acciones que llevó a cabo el gobierno mexicano para desarticular a las autodefensas. Al final se desarrollan las conclusiones a las que se llegó en este ejercicio analítico-descriptivo.

1. LAS AUTODEFENSAS COMO ACCIÓN COLECTIVA Y EJERCICIO CIUDADANO

La ciudadanía tiene que ver con quiénes participan en la vida de las sociedades; se refiere a la vinculación de los ciudadanos a los colectivos, al reconocimiento de sus derechos y a las posibilidades de participación en la toma de decisiones

de la comunidad a la que pertenecen. La posibilidad de incidir en la toma de decisiones es fundamental para decidir qué actitudes, comportamientos, compromisos y responsabilidades asumirán frente a los otros.

La participación como presupuesto básico de la democracia ha generado un discurso que reclama una ciudadanía, que más que portadora de derechos y obligaciones, las convierta en práctica, es decir, una ciudadanía activa que participe en la vida de la comunidad y tenga mayor presencia e intervención en los asuntos que las afectan directamente. Esto daría paso a una ciudadanía que va más allá de los derechos, que está vinculada con las obligaciones y, por tanto, con la participación de los individuos en el espacio público, en el espacio que compete a todos los ciudadanos.

En este sentido, la ciudadanía tiene que ver con la disposición de los ciudadanos a organizarse con otras personas y participar en la vida pública, y está relacionada fuertemente con el concepto de ciudadanía activa. Si bien este concepto está asociado a la participación en organizaciones políticas, no siempre el sistema político es el referente principal. De hecho, la llamada ciudadanía activa se vincula menos con la política institucional que con las organizaciones sociales; por ello, debido a que los canales convencionales de participación muestran importantes limitaciones para procesar las demandas e intereses de los diferentes grupos sociales, está más orientada a fortalecer el vínculo social en aras de una

mejor calidad de la vida social. En este sentido, se trata de una ciudadanía de la política, es decir, de la recuperación de la política como una actividad propia de los ciudadanos, en donde la construcción de espacios ciudadanos de decisión alternativos y autónomos frente al Estado y de contrapoderes al mismo es fundamental (Nateras, 2012).

La transformación de la política y la desconfianza en sus instituciones han provocado que en la actualidad la ciudadanía se exprese en otras esferas, que no son exclusivamente la política y que, además, estas formas de participación ganen fuerza. No obstante, estos tipos de participación política tienden a ser desconocidos por la autoridad formal, ya que tradicionalmente el espacio clásico de la ciudadanía es la "polis" territorial, espacio en el cual se reconocen los derechos del sujeto frente al poder. Este es un punto fundamental para entender por qué el gobierno federal tomó la decisión de disolver las autodefensas.

En la actualidad las movilizaciones como forma de participación, pero también como forma de intervención sobre los asuntos públicos, tienen que ver más con cuestiones sociales que con políticas. La participación en el espacio público, ya sea en el ámbito político o en el social, no puede ser considerada exclusivamente como un fenómeno colectivo, pero tampoco debe reducirse a un comportamiento estrictamente individual; más bien ubica el comportamiento del individuo en interrelación con su entorno, es decir, a partir de su *habitus* –en el sentido de

Bordieu— como el principio generador de las prácticas sociales.

Las actividades sociales se reproducen en la vida cotidiana, tanto al nivel individual como al colectivo; a partir de ellas cada individuo se proyecta ante los demás, interactúa y adquiere una posición determinada en el funcionamiento y entramado social. El ejercicio de la ciudadanía implica, entre otras cosas, el redescubrimiento de lo político, el fomento del asociacionismo civil, el incremento de la conciencia ciudadana, la construcción de valores colectivos, y el fortalecimiento de las instituciones a través de la confianza de la población. Es ver la ciudadanía en relación con el espacio en el cual ejerce la sociedad civil, es decir, hacer de las organizaciones sociales y de sus acciones el ambiente en el cual se vivencien y se resuelvan los conflictos sociales (Nateras, 2012).

Larry Diamond (1997) concibe a la sociedad civil como el espacio de la vida social organizada auto instituida voluntariamente, independiente, autónoma del Estado y limitada por un conjunto de reglas compartidas. La sociedad civil es una entidad intermediaria entre la esfera privada y el Estado, los actores en la sociedad civil necesitan la protección de un orden legal institucionalizado para preservar su autonomía y libertad de acción. De esta manera, la sociedad civil no solo restringe el poder del Estado sino que legitima la autoridad estatal cuando esta se basa en las reglas de la ley. La sociedad civil comprende un amplio conjunto de organizaciones, formales e informales; es distinta

de la sociedad en general, en la medida que involucra a ciudadanos actuando colectivamente en una esfera pública para expresar sus intereses, ideas, intercambiar información, alcanzar objetivos comunes, realizar demandas al Estado, entre otras acciones.

Para Cohen y Arato (2001) la sociedad civil es un espacio de legitimidad democrática, de derechos y de igualdad ante la ley, formada por tres esferas políticamente relevantes: una privada, una pública y otra social, en las que los individuos se reúnen, se asocian y hablan sobre asuntos de interés público, con la intención de influir en la toma de decisiones y, por supuesto, en la sociedad política. En tanto espacio democrático, la participación equitativa de todos los interesados en la discusión pública es fundamental como principio básico de la democracia.

Sin embargo, la organización de la sociedad civil no es un asunto sencillo y la mayoría de las veces es necesario que alguien tome la iniciativa para generar trabajo conjunto. Según Paramio (2005), aunque un número determinado de individuos compartan los mismos intereses, eso no significa que deban actuar conjuntamente en función de esos intereses, pero si todos ellos asumen que el beneficio es mayor a través de la acción colectiva, es factible que planteen organizarse para lograr esos objetivos compartidos.

Para que se detone esta acción colectiva el grado de compromiso de la comunidad y la identidad son fundamentales. Pero, la construcción de la identidad es un proce-

so muy complejo, que se elabora en los ámbitos social, del género, profesional, sexual, entre otros, a partir de identificaciones. La identidad de las personas no es algo que se defina en un momento concreto, es algo que se cimienta desde el pasado y se va forjando en el tiempo, a través de narraciones y elementos simbólicos que van expandiéndose, construyendo una cultura particular; esto es lo que le da significado y sentido a la vida (Nateras, 2012).

La consolidación de la identidad colectiva es prioritaria sobre cualquier estrategia racional; al reforzar la identidad colectiva es más sencillo desarrollar estrategias cooperativas por parte de todos los miembros del colectivo. Y hasta cierto punto una identidad colectiva fuerte genera una especie de contrato, que se fortalece aún más cuando uno de los integrantes del colectivo tiene la claridad de que no puede abandonar al grupo, porque el precio por salir de él es muy alto (Paramio, 2005).

Para Garretón (2002) el paradigma clásico, teórico y práctico, en relación con los actores sociales y con la acción colectiva que privilegiaba la dimensión estructural se ha transformado radicalmente; por ello propone un esquema de acción colectiva que descansa en tres elementos importantes: Estado; régimen y partidos políticos, y sociedad civil, debido a que históricamente han tenido una relación acotada y definida. A partir de esta nueva configuración se constituye la matriz sociopolítica. En este sentido, la concepción de acción colectiva del autor se

refiere más a procesos de lucha y cambio social, y es aquí donde los movimientos sociales, entendidos como acciones colectivas, cumplen con los requisitos de la estabilidad en el tiempo, y cierto grado de organización y de orientación al cambio social.

Así, la idea de movimiento social se mueve en dos sentidos: a) cuando se presenta como respuesta a un determinado momento coyuntural, situación o problema, y b) la encarnación del sentido de la historia y el cambio social. Las teorías de los movimientos sociales se han visto en la necesidad de explicar la relación entre estructura, sujetos y acción, y en esta necesidad han construido un campo de investigación en torno a la movilización social (Retamozo, 2009).

En conclusión, Garretón (2002) afirma que la acción colectiva en contextos autoritarios se funda en dos razones: la autodefensa y la sobrevivencia. En el caso de Michoacán la acción colectiva de las autodefensas se presenta como una lucha basada en la capacidad de realizar acciones de legitimación social con el objetivo de generar cambios en el universo simbólico, pero sobre todo, para el cambio social y en contra de la violencia.

2. LAS AUTODEFENSAS COMO RESPUESTA A LA INEFICIENCIA DE LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD

Como se refiere en la introducción, desde hace más de una década, la seguridad ciudadana se ha convertido en un asunto primordial en la agenda de los gobiernos de las naciones de América Latina. El dis-

curso de la seguridad ciudadana ubica a la ciudadanía en el centro de las políticas de seguridad y la involucra activamente, al volverla corresponsable en el diseño, instrumentación y evaluación de las políticas de seguridad. Por tanto, la participación de la ciudadanía es fundamental en el fortalecimiento de la institución policial.

La seguridad ciudadana, hoy establecida como el rumbo discursivo en materia de seguridad, dice tener un enfoque integral que alienta la participación de los diversos sectores sociales en la prevención comunitaria o vecinal, pues en este modelo la corresponsabilidad de la sociedad en las tareas de seguridad y control de la violencia social es fundamental. No obstante, las políticas de seguridad para atender la violencia y la delincuencia han sido poco eficaces; muestra de ello es el surgimiento de las denominadas prácticas de "autodefensa", pues estas son la evidencia contundente de que algo no está marchando bien en materia de política de seguridad.

Para algunas voces, estos grupos de autodefensa o autodenominados "policías comunitarias" tenían muy poco o nada de policías, debido a que portaban armas exclusivas del ejército y equipo de radiocomunicación de alta tecnología, lo que hacía suponer que tenían relación con algún grupo delictivo y se decía que realmente la sociedad estaba frente a la creación de ejércitos irregulares al servicio del crimen organizado (Beltrán, 2013). Para otras voces, los ciudadanos; cansados de ser víctimas de la delincuencia,

decidieron organizarse para hacer frente a estos problemas y resguardar la integridad de sus comunidades ante la ineficacia de las corporaciones policiacas.

Al respecto nunca hubo un consenso, pero en lo que se puede estar seguro es que los grupos de autodefensa exhibieron la incapacidad del Estado para cumplir con su obligación de salvaguardar la vida y propiedades de los ciudadanos; por ello es que se cuestionaban la función del Estado en materia de seguridad y de impartición de justicia en México. Por tanto, la creación de estos grupos tiene su explicación en la indolencia del Estado con su deber de garantizar la seguridad pública, pero, sobre todo, en el olvido que este ha dejado a ciertos sectores de la sociedad. Por ello, para distintos expertos, su aparición es resultado de un Estado que dejó de proteger la vida y la seguridad de las personas.

Para Escalante (2009) la crisis de seguridad que se está viviendo en México tiene como referente concreto la violencia del crimen organizado, que se materializa en el interior de una sociedad inestable, marcada por la desigualdad, con un sistema político fragmentado y un poder Ejecutivo federal débil —la referencia es al gobierno de Felipe Calderón—. Lo interesante es que, a pesar de que hoy en día no se tiene un Ejecutivo federal débil, el actual gobierno de Peña Nieto continuó con la estrategia que instrumentó Felipe Calderón, la cual provocó, como bien señala Escalante, que aumentara la tensión en el sistema de relaciones sociales y se multiplicara el conflicto.

En este sentido, es importante tomar en cuenta que en América Latina una parte importante de los países que la integran pasaron por regímenes autoritarios y por tanto se privilegian las soluciones de tolerancia cero y mano dura; esto implica que el ejercicio de la violencia está legitimado. Es decir, el paradigma autoritario se halla dentro del código genético (Carrillo, 2007). Por eso como dice Carrillo (2007) no deja de ser paradójico que los "regímenes democráticos" de América Latina, por diferentes vías traten de atemperar los efectos de la violencia que provoca la exclusión y la falta de respeto a los derechos humanos.

Por tanto, la pregunta a responder es ¿Cómo comprender y situar los sentidos, atributos y dimensiones de la acción social y política más allá del Estado como cauce exclusivo del discurso y del cambio social?

Por ello, a pesar de que el Estado retoma el modelo de policía de proximidad o de orientación comunitaria para atender el problema de la violencia y la delincuencia no reconoce la legitimidad de las llamadas autodefensas, aun cuando estas argumentaban que su organización estaba orientada a la defensa de la vida ante la ineficiencia de las políticas de seguridad por parte del Estado. Ello demuestra que con el surgimiento de las autodefensas no solo se puso de manifiesto, una vez más, la existencia del crimen organizado en México, sino también la estrecha colaboración que algunas autoridades políticas y policiales mantenían con los delincuentes.

3. GÉNESIS Y AVANCE DE LAS AUTODEFENSAS EN MICHOACÁN

El origen de las autodefensas solo se puede entender si se hace una revisión de cómo evolucionó el problema del narcotráfico y de la delincuencia organizada en México.

Dice Rivera (2014) que desde 1940 hasta principios de la década de 1980 el negocio de las drogas ilegales en México se consolidó al expandirse poco a poco por el país, gracias a la demanda del mercado norteamericano; este crecimiento no estuvo mediado por grandes dosis de violencia. Lo anterior se explica por la tolerancia y protección de las autoridades locales y federales mexicanas y esto, como señala Escalante (2009), responde a la organización del sistema priista.

Entre 1950 y 1970 los grupos que se dedicaban al contrabando y a la venta de energéticos estaban diseminados, no existía un poder central que controlara la dinámica de esta actividad ilícita y tampoco había alguna organización visible que estuviera por encima de las demás. Es hasta la década de 1970 cuando nace el cártel de Guadalajara comandado por Miguel Ángel Félix Gallardo, consolidándose como la más fuerte organización de tráfico de drogas en el país en ese momento. Paralelamente en el noreste mexicano se gesta el cártel del Golfo dirigido por Juan Nepomuceno Guerra –de quien se decía que era tío de Juan García Ábrego– (Ravelo, 2011).

A principios de 1980 Juan García Ábrego se convirtió en el líder del cártel del Golfo; este personaje entró en contacto con los cárteles colombianos, pues esto le permitió consolidarse y convertirse en el eje de casi todos los movimientos de cocaína que pasaban por México (Ravelo, 2011). En las dos décadas siguientes, se fortaleció el poder armado y financiero del crimen organizado de México, incrementándose con ello su capacidad de corrupción y cooptación de ciertas instituciones estatales (Rivera, 2012). En 1996 es detenido y extraditado García Ábrego, heredando la plaza a Osiel Cárdenas Guillen, un ex policía judicial del estado de Tamaulipas, quien cooptó a tropas de élite del Ejército mexicano como brazo armado del cártel. Este fue el inicio de los Zetas², quienes se pusieron al servicio de distintos grupos de narcotraficantes (Ravelo, 2011).

El caso de Michoacán³ está vinculado con la historia anterior, es decir, los primeros grupos delincuenciales que se instalaron en esta región provenían del cártel del Golfo y de los Zetas, aunque la historia es más antigua, pues según Rivera (2014) desde la década de 1940 se empezó a cultivar marihuana en el estado de Michoacán y posteriormente amapola para pro-

veer a los exportadores de Sinaloa. Esta actividad creció al amparo de los códigos rancheros de la región, que permitieron armar una red de silencio y solidaridad entre los traficantes y los encargados de sembrarla, para burlar la ley entre ciudades medias y territorios serranos. La década de 1970 es crucial, pues en este período se empieza a cultivar la semilla de marihuana en esta zona, expandiéndose cada vez más. Su situación geográfica ha sido favorable para cultivar droga entre la serranía y la planicie, permitiendo que muchas localidades se convirtieran en narco-pueblos, sobre todo en la franja conocida como el valle de Apatzingán, la cual bordea la Sierra Madre del Sur⁴ (Maldonado, 2012) (ver gráfico n.º 1).

Algunos puntos fronterizos de la región de la Sierra Madre del Sur, que se extiende a los estados de Jalisco, Michoacán y Guerrero, son zonas sin seguridad; esto ha sido favorable para los plantíos de droga y lo accidentado del lugar obligó a construir pistas aéreas para el tráfico de drogas (Maldonado, 2012) (ver gráfico n.º 1).

Desde que inicia el cultivo y tráfico de marihuana hasta principios del siglo XXI esta actividad se desarrolló de manera "pacífica". Sin embargo, a partir de 2002 o 2003, los michoacanos empezaron a dejar de ver al narcotráfico como un fenómeno cercano, pero "inofensivo", para empezarlo a asociar a la delincuencia organizada, la cual generaba además de

² El nombre lo obtienen del lenguaje policíaco de la extinta Policía Judicial Federal (PJF); en el alfabeto fonético, "Z" equivale a jefe de grupo (Ravelo, 2011).

³ Michoacán es un estado localizado al suroeste de México, se caracteriza por tener un excelente clima, extensas serranías mal comunicadas y una población rural pobre, principalmente de la región conocida como Tierra Caliente y de la Sierra Madre del Sur, esto lo hace propicio para que la siembra de marihuana y amapola se convierta en una opción económica más atractiva que los cultivos tradicionales de subsistencia (Rivera, 2014).

⁴ Los municipios más representativos de esta región son: Tepalcatepec, Buenavista, Apatzingán, Artega y Aguililla (Maldonado, 2012).

Figura 1. Ubicación de Michoacán y municipios con presencia de autodefensas



Fuente: Valdivia, 2014, p. 187

tiroteos, amenazas, pago forzado de cuotas, secuestros y ejecuciones de víctimas (Rivera, 2014).

Como se indica en líneas anteriores, los Zetas en 2006 dan origen a la Familia Michoacana, un grupo formado por ex aliados y discípulos de este grupo delictual; desde su aparición anuncian que su propósito era liberar a Michoacán de los Zetas. Su primer acto público fue lanzar a la pista de baile de una discoteca cinco cabezas humanas y una cartulina con un mensaje⁵ en la ciudad de Uruapan (municipio de Michoacán), en septiembre de 2006. Durante los días subsiguientes varios periódicos locales publicaron el manifiesto de la Familia Michoacana, en el cual se autodefinía como una organi-

zación integrada por trabajadores de la región de Tierra Caliente, organizados por la necesidad de terminar con la opresión y la humillación de la gente que siempre ha detentado el poder; en el citado manifiesto señalan entre sus objetivos el de imponer el orden, terminar con el secuestro, la extorsión, los robos y los asesinatos, así como con la venta local de drogas sintéticas (Rivera, 2014).

Este manifiesto es una mezcla de discurso religioso, moral y de radicalismo social, que intenta justificar sus acciones delictivas y lograr simpatía y apoyo popular⁶. Lo cierto es que la Familia Michoacana sí logró hacerse de una base social de

⁵ El mensaje decía: "La Familia no mata por paga. No mata mujeres, no mata inocentes, solo muere quien debe morir, sépanlo toda la gente. Esto es justicia divina" (Rivera, 2014, p. 6).

⁶ El vocero y principal propagandista de la Familia era Servando Gómez Martínez "la Tuta", un profesor rural formado en las filas del radicalismo de izquierda del sindicato magisterial, contribuyó a atraer simpatías con su discurso antigubernamental, populista y justiciera (Rivera, 2014).

apoyo, no solo porque ofrece a la población liberarla de las extorsiones, robos y violencia de los Zetas, sino porque, además, sus operadores proporcionaban recompensas a quienes les ayudaban con información o servían como intermediarios para impulsar su negocio; asimismo, porque su oferta de "protección" iba acompañada de amenazas que no se podían ni debían minimizar (Rivera, 2014).

Cabe señalar que la Familia Michoacana cuando surgió declaró como su objetivo fundamental cuidar a los michoacanos de cualquier grupo que pretendiera entrar en Michoacán a imponer sus leyes; para desacreditar a los otros grupos utilizaba "narco mensajes" dirigidos a sus rivales, a los cuerpos policiales, al gobierno federal y a todo aquel que se interpusiera en sus planes y negocios (Maldonado, 2013).

El dominio y el *statu quo* impuesto por este grupo delictivo se mantuvo hasta 2010, pero después de una serie de disputas internas acompañado de una secuela de ejecuciones, en marzo de 2011 se anunció el surgimiento de una nueva organización denominada los Caballeros Templarios⁷. El nombre de Caballeros Templarios lo

⁷ A finales del 2010 circula la noticia de que fue abatido Nazario Moreno, "el Chayo", el principal fundador y pionero del cártel de "la Familia Michoacana". Esa supuesta muerte, junto con la detención de José de Jesús "el Chango" Méndez, el 21 de junio del 2011, fracturaron al grupo, hasta que Servando Gómez Martínez, "la Tuta", se separó del grupo y se llevó consigo a Enrique "Kike" Plancarte, con el que fundó la nueva organización de "los Caballeros Templarios", que anunció públicamente su aparición en marzo de 2011, reproduciendo las mismas tácticas y estrategias de penetración política y social de la Familia Michoacana (Carrasco y Castellanos, 2012).

adoptó Nazario Moreno alias "el Chayo"⁸, quien creó un "código michoacano" inspirado en la regla templaria. Al igual que la Familia Michoacana, difundieron su "código de conducta", casi religioso, a través de folletos en los que justifican su existencia, afirmando su lucha contra la pobreza, la tiranía y la injusticia e invocaban al corazón y a la mente de las personas para salvar al pueblo (Sánchez, 2013).

La aparición pública de los Caballeros Templarios fue igual de espectacular que la de la Familia Michoacana, cuando en junio de 2011 colgaron los cuerpos de dos jóvenes de unos puentes peatonales en Tierra Caliente. Entre la segunda y tercera semanas de junio, de ese año, la pugna entre ambas agrupaciones se agudizó, el resultado de ésta fue la muerte de alrededor de 40 personas. Asimismo, iniciaron las amenazas contra los funcionarios públicos, provocando la renuncia de distintas autoridades, dejando los poderes públicos acéfalos (Maldonado, 2012).

El dominio de los Caballeros Templarios se extiende por todas las regiones de Michoacán, y para mantener el sello de la casa, anunciaron que continuarían con las actividades "altruistas" que antes realizaba la Familia Michoacana. De hecho, tardaron poco en recuperarse de la escisión y detentar de nueva cuenta el monopolio del tráfico de drogas y las extorsiones; pero, además, ampliaron su imperio, con la exportación ilegal de mineral de hierro rumbo a China, el contrabando de eferdrinas y toda clase de mercancías ilícitas.

⁸ Se dice que este personaje perteneció al cártel del Golfo

Como ya se había señalado, esta expansión no se puede entender sin la complacencia y la complicidad de autoridades de los tres niveles de gobierno (Rivera, 2014). Por tanto, la Familia Michoacana y los Caballeros Templarios terminaron por convertirse en irreconciliables enemigos a muerte, confrontación que provocó innumerables muertos, entre ellos decenas de decapitados y una disputa por el liderazgo y el control del negocio.

Como bien señala Jaime Rivera (2014) la Familia Michoacana y los Caballeros Templarios pudieron asentarse y prosperar gracias a la virtual ausencia del poder del Estado o, inclusive, a la ayuda de algunas instancias oficiales. En poblados rurales de la Tierra Caliente o la Sierra del Sur, el poder estatal siempre ha estado distante, la aplicación de la ley es opcional y los gobiernos municipales son débiles. El gobierno del estado de Michoacán, con más recursos que los ayuntamientos y facultado para prevenir y perseguir los delitos, fue particularmente omiso durante el período de la lucha entre los cárteles. En unos cuantos años, la Familia y los Templarios lograron tejer una extensa red de control sobre las corporaciones policiacas y gobiernos municipales, a los que extorsionaban, sometían y ponían a su servicio (Rivera, 2014).

Lo cierto es que, como dice Maldonado (2013), la fuerza de estos grupos no es tan arbitraria como se piensa o que llegan a imponer su voluntad; en realidad su poder hay que entenderlo con cierta aceptación o tolerancia, resistencia o negociación de los grupos de poder de la localidad. Esta

es la manera en que se negocia la violencia y se construyen ciertas legitimidades del orden ilegal.

Como ya se dijo, el respaldo social que llegaron a tener estas organizaciones en algunas localidades y entre ciertos grupos organizados, así como el uso de las armas para amenazar y castigar, el dinero para corromper y compensar a los informantes fueron factores decisivos para someter a poblaciones enteras. Para construir su imperio del miedo, dice Rivera (2014) que llevaron a cabo actos de violencia: homicidios, incendios, secuestros, exhibición macabra de cadáveres, sin recibir castigo alguno; asimismo recurrieron a las amenazas creíbles y castigo a quienes se resistieran; y por último lograron que ninguna autoridad diera protección a las víctimas. Con este entramado criminal, la reproducción del miedo era automática; por tanto, el dominio de un pequeño grupo de sicarios a un número considerable de personas era un asunto fácil (Rivera, 2014).

A partir de estos planteamientos y de lo que comenta Basave se puede entender la participación o contemplación de la sociedad, pues "la entronización del crimen organizado en pueblos y ciudades, ejerciendo atribuciones de recaudación fiscal, de patrullaje y seguridad, de administración e impartición de justicia, de financiamiento de obras públicas y generación de empleos provoca el envilecimiento del tejido social" (2010, p. 89).

Si a lo anterior se le suma la escasa capacidad de respuesta del Estado para

prevenir y combatir la violencia, así como su debilidad para generar seguridad, entonces se puede concluir que la seguridad es un bien público cada vez máspreciado y escaso (Carrillo, 2007). Por tanto, al ser un bien público escaso, dicen Arriagada y Godoy (2000) el acceso a la seguridad no es igual para todas las personas, siendo los sectores más empobrecidos los que menos tienen acceso a ella, mientras que los grupos más prósperos gozan de toda la gama de servicios ofrecida por los cuerpos policiales.

Justo este último punto es el que permite que tanto la Familia Michoacana como los Caballeros Templarios articulen un discurso de protección a los pueblos y que incluso logren el apoyo popular, ya que muchas poblaciones no contaban con la protección de los distintos cuerpos de seguridad. Pero la realidad era que los Caballeros Templarios tenían sometida a la población de esta entidad, cobrándole impuestos por negocios, tierras y consumo de alimentos, extorsionándola por sus posesiones como casas, autos y cobrándose hasta con sus mujeres. Retomando a Fuentes (2014) la diversificación de las actividades de los distintos grupos delincuenciales ha generado un verdadero despotismo tributario, el cual está mediado por el posicionamiento de su control territorial y acompañado por el establecimiento de un orden paralegal que está en constante disputa con la soberanía estatal. Por tanto, este nuevo "orden" que se caracteriza por el abuso de poder, tarde o temprano, dañaría a la población supuestamente protegida; los ejemplos de esto son los casos de

violación de las hijas de familia y de las esposas de aquellos para-contribuyentes.

Esta breve historia, en la que cada vez empiezan a ser más visibles los excesos y los constantes abusos, provocó que en febrero de 2013 surgieran, públicamente, los primeros grupos de autodefensas en dos municipios de Tierra Caliente, Michoacán: Buenavista Tomatlán y Tepalcatepec, colectivos que desde un principio se mostraron dispuestos a enfrentarse a los Caballeros Templarios y detener el latrocinio del que eran víctimas miles de pobladores. El argumento para justificar su irrupción al espacio público y legitimar sus funciones como guardianes del orden y de la paz social era que ya estaban cansados de los crímenes y abusos de los Templarios y de la inacción o complicidad de los gobiernos, que por ello recurrían a las armas en defensa propia. A las autodefensas se integraron comerciantes, productores de limón y aguacate, ganaderos, empresarios agrícolas profesionistas de la zona, entre otros, y al frente a esta red de autodefensas estaba el médico y profesor José Manuel Mireles Valverde⁹.

Posteriormente, surgen los grupos de Coalcomán, Aguililla y Chinicuila, en la Sierra del Sur; en la región de la Costa: los de Aquila y Coahuayana y en la parte norte del estado, en Yurécuaro (ver gráfico n.º 1 y n.º 2). La expectativa del Consejo de Autodefensas, según señalaban en noviembre de 2013 era la de expandirse a muchos municipios más (Rivera, 2014).

⁹ Líder del grupo de autodefensa de Tepalcatepec.

En su primer año los grupos de auto-defensa, encabezados por José Manuel Mireles, se mantuvieron unidos y liberaron de los Caballeros Templarios a 28 municipios (ver gráfico n.º 2); durante ese tiempo, las autodefensas tuvieron índices de popularidad y legitimidad muy altos; la ciudadanía confiaba en que ellos lo-graran restablecer la seguridad pública y combatir al crimen organizado, tarea que no había logrado Felipe Calderón y que tampoco estaba atendiendo Peña Nieto (Olmos, 2014).

Sin embargo, como se verá en el siguiente punto, su poder terminará por ser eclipsado, pues lo que se estaba disputando con sus acciones no era solo la defensa de la sociedad, sino la soberanía estatal.

4. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS AUTODEFENSAS COMO RESPUESTA DE LA CIUDADANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD

La concepción hobbesiana en torno a la creación del Estado con una función fundamental: la de garantizar la seguridad de las personas, y por otro lado, la concepción weberiana que establece que solo el Estado ostenta el uso de la violencia legítima son dos discursos a los que recurre el gobierno federal para impugnar la existencia de las autodefensas, pero también hace una fuerte crítica a sus prácticas de combate. Los argumentos para deslegitimar a los grupos de autodefensa fueron varios, entre los que destacan: que se autodenominaban “comunitarias”, que violaban flagrantemente la ley de armas

Figura 2. Regiones y municipios de Michoacán con presencia de grupos de autodefensa, 2014



Fuente: Rivera, 2014, p. 12

y explosivos, usurpaban funciones de la policía y recurrían a la violencia para intimidar a personas pacíficas.

Estos argumentos, vertidos o reproducidos por distintos medios de comunicación, provocaron que el gobierno federal tomara las riendas de este conflicto y habilitara a un actor para hacerse cargo de esta situación; este personaje fue Alfredo Castillo Cervantes, con el cargo de Comisionado para la Seguridad y el Desarrollo Integral de Michoacán. Cabe señalar, que antes de la incorporación de este representante del gobierno federal, esta instancia de gobierno solo se había mostrado como un observador neutral, que contemplaba desde afuera el acelerado proceso de descomposición en Michoacán. Pero a partir de su inclusión como actor central inició una serie de acciones que, más que estar orientadas al combate de la delincuencia organizada, empiezan a articular un discurso en torno a la necesidad de regularizar a los grupos de autodefensa. Para tal fin los gobiernos federal y estatal firmaron un acuerdo de ocho puntos con grupos de ciudadanos de la entidad, para integrarlos a la vida institucional¹⁰. El documento esta-

¹⁰ Los principales puntos de este acuerdo son los siguientes:

- Las autodefensas se institucionalizan al incorporarse a los Cuerpos de Defensa Rurales. Para este fin, los líderes de las autodefensas presentaron una lista con todos los nombres de sus integrantes, los cuales serían validados con la formación del expediente respectivo, controlado por la Secretaría de la Defensa Nacional. Estos cuerpos serían temporales y estarían bajo el mando de la autoridad en los términos de las disposiciones aplicables.
- Para la protección de sus comunidades, personal de las autodefensas formarían parte de la

blecía que su propósito era recomponer la tranquilidad y el orden públicos con un enfoque integral, considerando aspectos sociales, económicos y culturales; por tanto, para lograr este cometido, utilizaría los instrumentos legales necesarios para crear un ambiente de institucionalidad duradero y estable.

La alianza entre los gobiernos federal y estatal se materializa en enero de 2014 cuando Fausto Vallejo, gobernador de Michoacán en turno, y el comisionado federal, Alfredo Castillo, acordaron la "institucionalización" de los grupos de autodefensa. Para reafirmar su poder como autoridad central, el comisionado Castillo llevó a cabo una serie de acciones de corte autoritario: comienza por negociar con distintos líderes de las autodefensas y en marzo estableció un plazo para su desarme, así como su disolución; removió al Secretario de Seguridad Pública, al Procurador de Justicia y al Secretario Ejecutivo del Consejo Estatal de Seguridad y designó en su lugar a hombres de su confianza, designación que por ley corresponde al gobernador del Estado; esto constituye una muestra inobjetable de que el Presidente de la República le estaba otorgando poderes absolutos¹¹. Ante esas decisiones

Policía Municipal siempre y cuando acreditaran los requisitos de ley y contaran con el aval del Cabildo de su Ayuntamiento para ser propuesto para formar parte de dicha policía.

- Las autodefensas quedan obligadas a registrar las armas que posean o portan ante la Secretaría de la Defensa Nacional.

Información retomada de la siguiente página de internet: (<https://www.animalpolitico.com/2014/01/las-autodefensas-seran-legales-conoce-los-8-puntos-que-acordaron-con-el-gobierno/>).

¹¹ Según un informe de la Comisión Nacional de Se-

se enfrentó a la resistencia de algunos líderes como Hipólito Mora¹² o José Manuel Mireles, pero también contó con el apoyo de otros como Estanislao Beltrán, alias *Papá Pitufu*, quien se incorporó a la Fuerza Rural en la zona de Tierra Caliente, corporación que se crea en sustitución de la policía municipal; este último personaje fue pieza clave para la institucionalización de estos grupos (Rivera, 2014).

Papá Pitufu al darle la espalada a José Manuel Mireles, provocó su destitución al frente del Consejo General de Autodefensas, remoción avalada y apoyada por las autoridades federales y estatales, autoridades que habían sido señaladas previamente por Mireles de tener nexos con la delincuencia organizada¹³.

La colaboración—subordinación—del gobierno del estado de Michoacán en este proceso es fundamental; ejemplo de ello es la petición que Jesús Reyna García¹⁴,

Secretario de Gobierno y encargado de la gubernatura de Michoacán, hizo a los grupos de autodefensa para regularizarse y reencauzar sus actividades dentro de la legalidad, porque desde su perspectiva estaban violando deliberadamente la ley. Esto permitió que el comisionado federal iniciara el proceso de desarme de los grupos de autodefensas de manera paulatina. Una de las condiciones que las autodefensas exigieron para iniciar el desarme era la detención de los principales líderes de los Caballeros Templarios, condición que no se cumplió del todo.

A pesar de las medidas autoritarias, anteriormente señaladas, por parte del comisionado Castillo, el gobierno federal no utilizó la fuerza física para desarmar a las autodefensas, por eso les ofreció una opción intermedia: disolverse como grupos independientes y convertirse en Cuerpos de Defensa Rurales, pero actuando en el marco de la ley y subordinados a un mando institucional (Rivera, 2014).

Lo que siempre mostró el comisionado para la Seguridad y el Desarrollo Integral de Michoacán fue una gran desconfianza hacia los órganos de seguridad del estado. Porque, como señala Basave (2010), “nadie sabe dónde termina la delincuencia y dónde empieza la justicia” (p. 90). Por ello se dio a la tarea de identificar y desbaratar la protección que recibían los delincuentes de las distintas instancias del gobierno estatal, pero al mismo tiempo

guridad del 14 de enero hasta el 27 de febrero de 2014 se detuvieron a 675 presuntos delincuentes, se liberó a 10 víctimas de secuestro, se decomisaron 418 kilos de marihuana y 61 de droga sintética así como 255 armas ligeras, 30 granadas y un lanzacohetes (Olmos, 2014).

¹² Líder del grupo de autodefensa de la comunidad la Ruana.

¹³ En una entrevista, el mes de julio de 2013, José Manuel Mireles, afirmó que el gobernador interino, Jesús Reyna, pertenecía al cártel de los Caballeros Templarios, asimismo, señala la pertenencia al crimen organizado de muchos de los Presidentes Municipales, de los cuerpos de la Policía Municipal, de los cuerpos de la Policía Estatal y los Ministerios Públicos. Información retomada de la siguiente página de internet: (<https://www.proceso.com.mx/348801/ligan-a-gobernador-interino-de-michoacan-con-los-templarios>).

¹⁴ Quedó como encargado del Ejecutivo local, tras el retiro temporal del gobernador Fausto Vallejo

Figuerola, pero a finales de mayo de 2014 un juez federal dictó auto de formal prisión en su contra, por el delito de delincuencia organizada y posibles nexos con los Caballeros Templarios.

po llevó a cabo acciones para dividir a los líderes de las autodefensas y se empezó a reunir con personajes que no se tenía claridad a qué bando pertenecían. "Pues paralelamente al combate frontal se dan negociaciones y pactos... encuentros clandestinos entre autoridades y criminales donde se sellan acuerdos de tolerancia a cambio de paz, valores entendidos que ambas partes cumplirán al margen de la ley" (Basave, 2010, p. 90).

A la par del proceso de institucionalización de las autodefensas y la instrumentación de una estrategia ofensiva en contra de estas, empiezan a caer distintos capos y funcionarios vinculados con los Caballeros Templarios. Primero fue detenido Dionicio Loya Plancarte "el Tío", uno de los líderes de este grupo delictivo; después fue abatido Francisco Galeana Núñez "el Pantera", extorsionador de los Caballeros Templarios. Posteriormente se da a conocer –por segunda ocasión– la muerte de Nazario Moreno "el Chayo", líder, fundador e ideólogo de la Familia Michoacana y de los Templarios; a este le siguió Enrique "Kike" Plancarte Solís, otro de los principales líderes de dicha organización. A estas detenciones siguieron la de seis presuntos integrantes de los Caballeros Templarios, quienes dijeron ser escoltas de Servando Gómez Martínez, "la Tuta"¹⁵.

Asimismo, la Procuraduría General de la República detuvo a varios funcionarios por sus presuntos nexos con los Tem-

¹⁵ Información retomada de la siguiente página de internet: http://www.milenio.com/policia/Templarios-dieron-muertos-Michoacan-autodefensas_0_260374331.html

plarios; el primero fue José Jesús Reyna García, ex gobernador interino de Michoacán y ex secretario de gobierno del estado y posteriormente detuvo a José Trinidad Martínez Pasalagua, ex diputado priista y líder de la Comisión Reguladora del Transporte en Michoacán. Posteriormente detuvo al alcalde de Apatzingán, Uriel Chávez, ante las denuncias de que exigía una cantidad mensual a varios regidores para apoyar a los Templarios. Posteriormente, fue detenido Octavio Aburto, alcalde de Tacámbaro por delito de peculado¹⁶.

A mediados de agosto la presidenta municipal de Huetamo, Dalia Santana, es detenida, acusada de homicidio, extorsión y acciones ligadas al crimen organizado. Antes de esta última detención, se publicó un audio y un vídeo que muestra una reunión entre Rodrigo Vallejo (hijo de Fausto Vallejo) y Servando Gómez Martínez "la Tuta"¹⁷.

De esta purga no se libraron los principales líderes de las autodefensas, el primero fue Hipólito Mora, a quien se le dictó auto de formal prisión, pero un mes después fue liberado luego de que un tribunal determinó que no hubo suficientes pruebas para procesarlo por el homicidio de dos integrantes de las autodefensas¹⁸. Un

¹⁶ Información retomada de la siguiente página de internet: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/04/04/1017133>

¹⁷ Información retomada de la siguiente página de internet: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/04/04/1017133>

¹⁸ Información retomada de la siguiente página de internet: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/03/11/948191>

par de meses después, elementos de la policía federal y del ejército detuvieron a José Manuel Mireles, junto con 82 personas, los cargos fueron por la portación de armamento de uso exclusivo del Ejército y posesión de drogas. Una semana después, un juez federal le dictó auto de formal prisión y fue recluido en el penal federal de máxima seguridad de Hermosillo, Sonora¹⁹, donde permaneció tres años, pues fue liberado el 11 de mayo de 2017.

Los esfuerzos por desarticular a los grupos de autodefensas siguieron hasta el mes de agosto de 2014 y finalmente el 19 de agosto el Comisionado Federal de Seguridad para Michoacán, Alfredo Castillo, presentó de manera oficial la creación de la *Fuerza Ciudadana* para Michoacán, con esta nueva corporación dijo que se otorgaría una identidad y un proyecto de vida a sus miembros, por tanto ofreció mejores sueldos y beneficios para sus familias, como becas y seguro médico. Esta corporación sustituía en funciones a la Policía Estatal Preventiva, e inició acciones en la capital de Michoacán, para después extenderse a todo el estado²⁰.

Sin embargo, siempre se dijo que los integrantes de ambas corporaciones no tenían un historial limpio. Por ejemplo, a Luis Antonio González, "el Americano", mando del cuerpo policiaco Fuerza Rural

de Michoacán, que formó parte de las autodefensas, siempre se le acusó de tener relación con Servando Gómez "la Tuta" y de estar vinculado con actividades relacionadas con el narcotráfico²¹.

Como se puede observar, fueron notables los logros de la intervención federal, en tan poco tiempo. Sin embargo, la violencia en sí misma no había disminuido; según reportes del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en el primer trimestre de 2014 los homicidios dolosos se incrementaron en un 55% respecto al mismo periodo del año anterior. Esto se debe, como dice Rivera (2014), a los constantes enfrentamientos entre las fuerzas federales o las autodefensas con los criminales, o bien por el *efecto cucaracha*, es decir, que los grupos delictivos se empezaron a desplazar hacia otras ciudades, entre otras a Morelia, lugares en donde aumentó el número de delitos.

Durante más de un año proliferaron las autodefensas, gracias a la legitimidad, solidaridad y apoyo que fueron logrando por parte de la población, lo que les permitió avanzar por el territorio que dominaban los Caballeros Templarios, pero al llegar el Comisionado su legitimidad empieza a disminuir, impactando en su capacidad para sostener esa acción colectiva, demostrando con esto que el hecho de que los individuos compartan intereses en común no es suficiente, ya que estos grupos no lograron una identidad colec-

¹⁹ Información retomada de la siguiente página de internet: <https://aristeguinoticias.com/2706/mexico/detienen-al-dr-jose-manuel-mireles-en-michoacan/>

²⁰ Información retomada de la siguiente página de internet: http://www.milenio.com/policia/Fuerza_Ciudadana_en_Michoacan-Policias_Rurales-policia_de_elite_0_356364526.html

²¹ Información retomada de la siguiente página de internet: http://www.milenio.com/policia/Fuerza_Ciudadana_en_Michoacan-Policias_Rurales-policia_de_elite_0_356364526.html

tiva sólida para fortalecer su naturaleza de movimiento social. Esta debilidad fue utilizada por el gobierno, que al ver amenazada su tarea de ser el proveedor de la seguridad generó una estrategia para terminar con estos grupos, los cuales finalmente desaparecieron oficialmente el 10 de mayo de 2014, y por orden del gobierno federal se transformaron en fuerzas rurales a cargo de la Secretaría de Seguridad Pública estatal.

CONCLUSIONES

El surgimiento y avance de los grupos de autodefensa en Michoacán durante 2014 provocó distintas reacciones, tanto en el ámbito gubernamental, y en el académico como en el mediático. Por ello, surgieron notas, investigaciones y documentales²² interesados en dar a conocer la naturaleza de estos grupos, su implicación en la vida política y su papel en la reestructuración de las dinámicas de socialización.

Retomando lo que plantea Garretón (2002), los grupos de autodefensas están marcados por las nuevas formas de acción colectiva en América Latina, esto es, la visión crítica del Estado y la política que emana desde la sociedad civil que se plantea reforzar los principios de la ciudadanía, la participación, el empoderamiento de la ciudadanía y el capital social, ante la pérdida de legitimidad del Estado y de la democracia representativa. Como se señala en el texto, Garretón (2002) afirma que la acción colectiva en contextos

autoritarios se funda en dos razones: la autodefensa y la sobrevivencia. En el caso de Michoacán la acción colectiva de las autodefensas se presenta como una lucha basada en la capacidad de realizar acciones de legitimación social con el objetivo de generar cambios en el universo simbólico, pero también de beneficio colectivo.

Siguiendo este planteamiento, las autodefensas son un tipo de acción colectiva con riesgo, pues hoy en día México cuenta con todas las variables de todo régimen autoritario, social, política y culturalmente represivo, en donde la inmensa mayoría de los ciudadanos se sienten agraviados, molestos y desearían generar acciones de protesta. Pero la triste realidad nos dice que si se movilizan solo algunas personas sufrirán la represión del sistema, como finalmente terminó siendo. Entonces para el éxito de cualquier acción colectiva es necesario superar un determinado número de personas en acción, ya que de esta forma es posible que el régimen no los reprima con la misma dureza y ante esta crisis se produzca un cambio en el poder. No obstante, el resultado fue la desarticulación del movimiento, a partir de la cooptación de algunos líderes –incentivos selectivos– y la represión de otros –amenazas cumplidas–.

La idea de movimiento social se desplaza en dos sentidos: cuando se presenta como respuesta a determinado momento coyuntural, situación o problema, y como la encarnación del sentido de la historia y el cambio social. En el caso de análisis, el movimiento de las autodefensas surge con la intención de generar un cambio

²² Al respecto, en julio de 2015 se empezó a transmitir el documental "Tierra de cárteles", en el cual se narra la historia de las autodefensas en Michoacán.

social, pero al cuestionar la capacidad gubernamental para atender la demanda de protección y seguridad por parte de la población asolada por el crimen organizado, se termina en conflicto con el portador de la soberanía.

En este sentido, todo parece indicar que los distintos grupos territoriales y regionales se estaban disputando el entramado institucional; en este caso la querrela inicia entre la delincuencia organizada —ya sea Familia Michoacana o Caballeros Templarios— y las autodefensas, y posteriormente es entre las autodefensas y la autoridad, a través de Alfredo Castillo en calidad de Comisionado para la Seguridad y el Desarrollo Integral de Michoacán; por tanto, la disputa termina siendo por del monopolio de la fuerza y la seguridad, y estas tareas legalmente le corresponden al Estado.

Sin embargo, ejercicios de participación ciudadana y de acción colectiva vinculados al derecho de incidir en la toma de decisiones en beneficio de una comunidad quedan relegados a simples actos ilegales. Por tanto, actores políticos como algunos medios de comunicación terminaron por reducir la complejidad del asunto a una cuestión de estar fuera o dentro de la ley, es decir, se centraban en señalar que carecían de un soporte normativo que les dieran legalidad, por lo que sus acciones, desde esta perspectiva, se ubicaban fuera del marco del Estado de derecho. Por tanto, el derecho a tomar la voz por parte de estos actores colectivos (las autodefensas) siempre fue limitado y proporcionalmente menor respecto a otras voces

(como el Comisionado), y siempre fueron el blanco constante de ataques.

Al finalizar su comisión Alfredo Castillo hizo un balance sobre las acciones coordinadas entre el gobierno de la república y el del estado y los objetivos conseguidos en materia de seguridad. Reportó el abatimiento y detención de los principales líderes del crimen organizado, la desarticulación de las principales bandas de delincuentes dedicadas al secuestro y expuso los avances obtenidos para la consolidación de un mando unificado policial. Además, se ufano de que la disminución en todos los indicadores de inseguridad mostraba que la situación de la entidad era muy diferente a la de meses atrás.

La realidad es que durante más de un año proliferaron las autodefensas y avanzaron por el territorio que dominaban los Caballeros Templarios, pero finalmente fueron disueltas por el gobierno federal y en esta “institucionalización” cavaron su propia tumba, pues como actores de la sociedad civil necesitaban de la protección de un orden legal institucionalizado para preservar su autonomía y libertad de acción, pero lo que recibieron fue lo contrario; pero lo peor fue que el problema de la violencia en Michoacán no se resolvió y formalmente quedaron disueltas en febrero de 2016.

REFERENCIAS

Animal Político (27 de enero de 2014). Las autodefensas serán institucionales: Conoce los 8 puntos que acordaron con el gobierno. *Animal político*. Recuperado de

- <https://www.animalpolitico.com/2014/01/las-autodefensas-seran-legales-conoce-los-8-puntos-que-acordaron-con-el-gobierno/>
- Aristegui Noticias (27 de junio de 2014). Detienen al Dr José Manuel Mireles y 82 autodefensas en Michoacán (27 de junio, 2014). *Aristegui Noticias*. Recuperado de <https://aristeguino-ticias.com/2706/mexico/detienen-al-dr-jose-manuel-mireles-en-michoacan/>
- Arriagada, I. y Godoy, L. (2000). Prevenir o reprimir: falso dilema de la seguridad ciudadana. *Revista Cepal*, (70), 107-131.
- Badillo, Jesús (11 de marzo, 2014). Templarios que dieron por muertos. *Milenio*. Recuperado de http://www.milenio.com/policia/Templarios-dieron-muertos-Michoacan-autodefensas_0_260374331.html
- Basave, A. (2010). *Mexicanidad y esquizofrenia. Los dos rostros del mexicano*. México D. F., México: Océano.
- Beltrán, P. (19 de mayo de 2013). Caminos de Michoacán: los ejércitos irregulares del crimen organizado. *Excelsior*. Recuperado de <http://www.excelsior.com.mx/pascal-beltran-del-rio/2013/05/19/899876>
- Carrasco, J. y Castellanos, F. (2012). Michoacán bárbaro. *Revista Proceso* (1837), 9-13.
- Carrillo, F. (2007). Seguridad ciudadana en América Latina: un bien público cada vez más escaso. *Pensamiento Iberoamericano*, (0), 181-198.
- Cohen, J. L. y Arato, A. (2001). *Sociedad civil y teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Diamond, L. (1997). Repensar la sociedad civil. *Metapolítica*, 1(2), 185-198.
- Escalante, F. (2009). ¿Puede México ser Colombia? Violencia, narcotráfico y Estado. *Nueva Sociedad*, (220), 84-96.
- Fuentes, A. (2014). Autodefensa y justicia en los márgenes del Estado. *Clivajes Revista de Ciencias Sociales*, (2), 51-65.
- García, M. (4 de abril de 2015). En Michoacán van 225 exfuncionarios detenidos ligados al narco. *Excelsior*. Recuperado de <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/04/04/1017133>
- Garretón, M. (2002). La transformación de la acción colectiva en América Latina. *Revista Cepal*, (76), 7-24.
- García, M. (12 de marzo de 2014). Hipólito Mora es detenido en Michoacán; lo acusan de homicidio. *Excelsior*. Recuperado de <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/03/11/948191>
- La Redacción (30 de julio de 2013). Ligan a gobernador interino de Michoacán con los Templarios. *Revista Proceso*. Recuperado de <https://www.proceso.com.mx/348801/ligan-a-gobernador-interino-de-michoacan-con-los-templarios>
- Maldonado, S. (2012). Drogas, violencia y militarización en el México rural: el caso de Michoacán. *Revista Mexicana de Sociología*, 74(1), 5-39.
- Maldonado, S. (2013). Negociando la violencia, enfrentando el crimen. La construcción del orden bajo el narcotráfico. En N. Arteaga (Coord.), *Violencia en México. Actores, procesos y discursos* (pp. 97-126). Madrid: Catarata.
- Milenio Digital (11 de marzo, 2014). Va Fuerza Ciudadana por función de policía municipal. *Milenio*. Recuperado de http://www.milenio.com/policia/Fuerza_Ciudadana_en_Michoacan-Policias_Rurales-policia_de_elite_0_356364526.html
- Nateras, M. (2012). *Construcción de la ciudadanía y participación de los jóvenes: de la Universidad Autónoma del Estado de México*. México D.F., México: UAEM-Miguel Ángel Porrúa.
- Nateras, M. (2017). Autodefensas en México: fenómeno mediático y reacción social. En R. Martínez (Ed.), *Comunicación política en seguridad y defensa. España y América Latina* (pp. 195-212). Barcelona: Centre for International Affairs (CIDOB).

- Olmos, J. (2014). Las autodefensas, divididas y cooptadas. *Revista Proceso*, (1959), 10-17.
- Paramio, L. (2005). Teorías de la decisión racional y de la acción colectiva. *Sociológica*, 19 (57), 13-34.
- Ravelo, R. (2011). *El narco en México. Historia e historias de una guerra*. México: Grijalbo.
- Retamozo, M. (2009). Orden social, subjetividad y acción colectiva. Notas para el estudio de los movimientos sociales. *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, (16), 95-123.
- Rivera, J. (2014) *Crimen organizado y autodefensas en México: el caso de Michoacán*, Bogotá, Colombia: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES).
- Sánchez, J. (7 de agosto de 2013). Familia michoacana y caballeros templarios. *Al momento noticias*. Recuperado de <http://www.almomento.mx/familia-michoacana-y-caballeros-templarios-2/>
- Valdivia, J. (2014). Autodefensas de Michoacán, en la encrucijada en *Revista Análisis Plural*, primer semestre de 2014. (pp. 183-197). Tlaquepaque, Jalisco: Iteso.

Desplazamientos en virtud del desarrollo: un estudio de caso del proyecto minero Mirador en Zamora Chinchipe, Ecuador*

Isabela Figueroa**

Recibido: 4 de abril de 2016 • Aprobado: 12 de septiembre de 2017
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a7>

RESUMEN

En 2012 el Estado ecuatoriano y la empresa minera Ecuacorriente firmaron un contrato para la fase de explotación del proyecto Mirador, dando inicio a una etapa más intensiva de operaciones y construcción de infraestructura. En virtud de este proyecto, varias familias han sido desalojadas y otras están en inminente peligro de perder sus tierras. Este artículo presenta los hallazgos de una investigación sobre las situaciones de desalojo y violación de derechos humanos generadas a raíz de la implementación del proyecto Mirador, e identifica los medios y recursos utilizados por la empresa para desalojar a los habitantes el área de influencia directa del proyecto.

Palabras clave: Minería; desalojo; derechos humanos; Ecuador.

* Este trabajo contiene parte de los resultados de las investigaciones preparatorias del informe Minería a gran escala y apropiación de tierras. Estrategias empresariales en el caso del proyecto Mirador (Quito, 2015) elaborado por la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos en Ecuador.

** Abogada (Universidade Federal de Pelotas, Brasil) con experiencia de trabajo junto a pueblos indígenas y comunidades tradicionales en diversos países de América. Magíster en Derecho Económico (Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador), en Derecho y Política de Pueblos Indígenas (University of Arizona, EEUU), y en Derecho (University of Calgary, Canadá). Doctora en Estudios Culturales Latinoamericanos (Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador). Profesora de la Facultad de Humanidades de la Universidad del Magdalena, Colombia. Correo electrónico: ifigueroa@unimagdalena.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9119-3615>

Evictions under Development: a Case Study of the Mirador Mining Project in Zamora Chinchipe, Ecuador

ABSTRACT

In 2012, Ecuadorian government and Ecuacorriente mining company signed a contract for the exploitation phase of the Mirador project, beginning a more intensive stage of operations and infrastructure construction. Under this project, several families have been evicted and others are in imminent danger of losing their land. This paper presents the findings of a research about situations of eviction and human rights violations generated as a result of the implementation of the Mirador project, and identifies means and resources used by the company to evict the inhabitants of the direct area of influence of the project.

Keywords: mining; eviction; human rights; Ecuador.

Desalojamentos em virtude do desenvolvimento: um estudo de caso do projeto mineiro Mirador em Zamora Chinchipe, Equador

RESUMO

Em 2012, o Estado equatoriano e a empresa mineradora Ecuacorriente assinaram um contrato para a fase de exploração do projeto Mirador, dando início a uma etapa mais intensiva de operações e construção de infraestrutura. Em virtude desse projeto, várias famílias foram desalojadas e outras estão em perigo iminente de perder suas terras. Este artigo apresenta as descobertas de uma pesquisa sobre as situações de desalojamento e violação de direitos humanos geradas na raiz da implementação do projeto Mirador e identifica os meios e recursos utilizados para desalojar os habitantes da área de influência direta do projeto.

Palavras-chave: desalojamento; direitos humanos; Equador; mineração.

INTRODUCCIÓN

El desplazamiento de personas en razón de la implementación de mega proyectos mineros es una situación conocida en diversos países del Sur Global. Según la organización *Internal Displacement Monitoring Centre* (IDMC), el número de desplazados en todo el mundo a causa de proyectos de desarrollo puede ser mayor que los 25 millones de personas que, se estima, están desplazadas a causa de conflictos armados (Unhcr, 2008). En 1994 el Gobierno de la India admitió que alrededor de 10 millones de personas desplazadas por minería, deforestación, hidroeléctricas y otros proyectos de desarrollo aún esperaban por una rehabilitación. En China, en 1989 el Gobierno reconoció que 7 millones de personas desplazadas por proyectos de desarrollo vivían en pobreza extrema (Bjorn, 2002, p. 16).

En Ecuador, el Gobierno se jacta de que el proyecto minero Mirador, ubicado en la provincia de Zamora Chinchipe, es un ejemplo de buenas prácticas, aunque en el campo la percepción de las personas, especialmente las que tuvieron que dejar sus tierras, sea bastante distinta. Las operaciones para la extracción del mineral aún no han sido iniciadas, pero el proyecto ya desalojó a muchas familias. Los impactos de este tipo de desplazamiento pueden incluir: la pérdida de tierra; la pérdida de trabajo; la pérdida de la casa; la marginalización, la inseguridad alimentaria, y una mayor morbilidad y mortalidad; la pérdida de acceso a la propiedad común, y la desin-

tegración social (ibíd.). Luego de muchas quejas presentadas ante las autoridades ambientales y sociales del Estado ecuatoriano, las familias afectadas acudieron a diferentes ONG para que les ayudaran a establecer y sistematizar las acciones llevadas a cabo por la empresa y el Estado y les ayudaran a identificar, si fuese el caso, las violaciones a los derechos humanos que pudieran estar dándose en la zona. A raíz de esa solicitud, la Comisión Ecuatoriana de Derechos Humanos (Cedhu) hizo una recopilación de la documentación escrita y visual que disponían las familias afectadas y las autoridades estatales, y las contrastó con entrevistas semi-estructuradas realizadas a miembros de las familias afectadas, funcionarios de la empresa y autoridades estatales para identificar el orden cronológico de las acciones y determinar la legalidad de las mismas. Interesaba saber si las acciones que llevaban al desalojo de las familias estaban enmarcadas dentro de lo que la ley establece como desalojo legítimo, o si configuraban, tal como alegaban los afectados, una estrategia maliciosa del Estado y de la empresa, para que la gente dejara sus casas, y el suelo de la concesión quedara libre para el inicio de las actividades extractivas. Para tanto, se revisaron los estándares exigidos por el derecho internacional para desalojar las personas de sus viviendas en virtud de proyectos de desarrollo.

Ecuador es signatario del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales y ha sido el primer país del mundo en ratificar su protocolo facultativo, en el 2010. Uno de los derechos

protegidos por el Pacto, y bajo el cual fueron analizadas las acciones de desalojo, es el derecho a la vivienda. El Pacto, las observaciones generales del Comité DESC sobre el derecho a la vivienda, los principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo propuestos por el Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, y las directrices establecidas por organismos financieros conforman el marco jurídico de análisis de ese estudio.

Este texto está dividido en dos partes. En la primera parte se sistematizan las obligaciones del Estado ecuatoriano que se derivan de este marco jurídico. En la segunda, se describen las acciones que fueron identificadas y documentadas durante el estudio desarrolladas por parte de Ecuacorriente para desalojar y/o desplazar a las personas que residían en el área a ser afectada por el proyecto Mirador, de modo a poder determinar la legalidad de las mismas.

1. **DESPLAZAMIENTOS EN VIRTUD DEL DESARROLLO**

1.1. **Proyectos de desarrollo y desplazamiento involuntario**

Aunque muchos de los casos de desplazamiento en el mundo son relacionados con situaciones de violencia, como el conflicto armado interno e internacional, existen casos donde los desalojos forzosos se dan a nombre del "desarrollo", como el proyecto Mirador de Ecuacorriente. La

justificativa ética que presentan los gobiernos para este tipo de desplazamiento es el interés público (que en el caso ecuatoriano es referido como "utilidad pública" tanto por la Constitución como por la ley de minería). Bajo ese lente, los efectos negativos de un proyecto de desarrollo, incluyendo los desplazamientos y/o desalojos, son percibidos como costos sociales necesarios al progreso. El problema con esta perspectiva es que, además de que esos costos sociales no sean cuantificables en cifras económicas, tampoco ningún gobierno ecuatoriano ha hecho cualquier esfuerzo en documentar y medir estas "externalidades", dando por sentado que los beneficios que traen esos tipos de proyectos son indudablemente superiores a los problemas sociales que generan.

El Comité de Derechos Económicos y Sociales (Cdesc) de las Naciones Unidas define el desalojo forzoso "como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medio apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos" (Naciones Unidas, 2001, p. 53), y se puede dar en virtud de situaciones de violencia, conflictos de tierras o proyectos de desarrollo e infraestructura. El Cdesc considera que este tipo de desalojo es incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados de respetar la integridad de los derechos humanos, a menos que se dé en circunstancias excepcionales y en total cumplimiento de los reglamentos internacionales.

Aun cuando los desalojos ocurran por acciones de agentes privados, ilegales o internacionales, es al Estado a quien cabe la responsabilidad principal de asegurar y proteger los derechos de las personas, incluyendo el derecho de no ser desplazados de sus tierras o vivienda. Según el Co-hre (2006, p. 16), "los desalojos forzosos siempre pueden atribuirse directamente a decisiones, leyes o políticas específicas de los Estados o a que estos no hayan impedido que terceros los lleven a cabo".

Para que un desalojo forzoso en virtud de un proyecto de desarrollo sea considerado legítimo según el derecho internacional debe cumplir con dos requisitos: debe estar previsto en la ley nacional, y debe ser desarrollado según los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Los *Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo* (Principios), al igual que la *Observación General (OG) N.º 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Pidesc) de las Naciones Unidas (OG N.º 7) ofrecen los lineamientos para que los Estados respeten, protejan y cumplan con los instrumentos de protección de derechos humanos en casos donde sea necesario desalojar personas o comunidades en virtud de la ejecución de proyectos de desarrollo.

Según los Principios (pár. 4), desalojos forzosos son aquellos desplazamientos coaccionados o involuntarios de personas de sus hogares, sus tierras y los recursos comunes de propiedad que ocupaban, limitando o eliminando su capacidad de residencia, "sin que se haya ofrecido o

no se tenga acceso a formas *apropiadas* de protección jurídica o de otro tipo" (énfasis añadido).

Organismos como la Corporación Financiera Internacional (CFI), el Banco Mundial (BM) y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) también desarrollaron directrices para la reubicación y reasentamiento de las personas, familias y comunidades afectadas por proyectos que son financiados con los recursos de estas instituciones. Según la OG n.º 7 del Pidesc, las directrices de esos organismos reflejan las obligaciones contenidas en el Pidesc.

El párrafo primero de la *Nota de Orientación 5 sobre Adquisición de tierras y reasentamiento involuntario* de la CFI (2012) no utiliza el término desalojo forzado, sino que ha preferido referirse al "reasentamiento involuntario", definiéndolo como el "desplazamiento físico (reubicación o pérdida de vivienda) [o el] desplazamiento económico (pérdida de bienes o de acceso a bienes que ocasiona la pérdida de fuentes de ingreso u otros medio de subsistencia)" que se da como resultado de adquisición de tierras por una empresa o las restricciones sobre el uso de la tierra relacionadas con el proyecto." Para la CFI (ibíd.), el reasentamiento es involuntario cuando las personas afectadas "no tienen derecho a negarse a la adquisición de tierras o restricciones sobre el uso de la tierra que dan como resultado el desplazamiento físico o económico", como son las expropiaciones o "restricciones temporales o permanentes sobre el uso de la tierra" (servidumbres), o los "acuer-

dos negociados en los que el comprador puede recurrir a la expropiación o imponer restricciones legales sobre el uso de la tierra si fracasan las negociaciones con el vendedor” (ibíd.).

Asimismo, la CFI (ibíd., pág. 2) considera que el reasentamiento involuntario asociado con proyectos de desarrollo frecuentemente lleva al empobrecimiento de las comunidades y familias afectadas, y que algunos de los riesgos asociados a este tipo de reasentamiento involucran la carencia de tierras, la pérdida de puestos de trabajo, la falta de vivienda, la marginación, la inseguridad alimentaria, mayor morbilidad y mortalidad, la pérdida de acceso a propiedades y servicios comunales y la desarticulación social.

El BM (2001) también ha publicado directrices de procedimiento para lo que llaman “reasentamiento involuntario” (pág. 1): “a menos que las medidas apropiadas se planifiquen y se lleven a cabo meticulosamente, los reasentamientos involuntarios pueden provocar penurias graves y prolongadas, empobrecimiento y daños al medio ambiente.” La política operacional del BM para el caso de reasentamientos involuntarios pretende atender y mitigar a esos riesgos de empobrecimiento y debe ser observada por todos los proyectos de inversión financiados por el Banco. Incluye, además, medidas necesarias para un proceso de reasentamiento, el derecho de los afectados de obtener beneficios, la planificación, ejecución y supervisión del reasentamiento, y los instrumentos de reasentamiento.

Siendo políticas de organizaciones inter-

nacionales financieras, estas normas no son de cumplimiento obligatorio en ningún país, pero pueden ser utilizadas por los Estados como directrices en la falta de normas internas que traten de manera adecuada esta cuestión. En Colombia, por ejemplo, el Ministerio de Ambiente ha utilizado las normas de la CFI y del BM como los parámetros aceptables de desalojo y reasentamiento de personas y comunidades en virtud de proyectos de desarrollo, ordenando que empresas utilicen estos estándares para dar cumplimiento a una de sus resoluciones¹.

2. LOS DESPLAZAMIENTOS EN VIRTUD DEL DESARROLLO Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Además de violar de manera directa el derecho a la vivienda, los casos más graves de este tipo de desplazamiento pueden involucrar violaciones al derecho a la vida. Algunos casos pueden involucrar violaciones a derechos como a la seguridad y la libertad personal, la integridad

¹ Las resoluciones 970 y 1525 de 2010 de este Ministerio establecieron que las empresas Drummond Ltd., C. I. Prodeco S. A., y Sociedad Colombian Natural Resources S. A. S. deberían participar en el proceso de reasentamiento poblacional de las comunidades de Plan Bonito, El Hatillo y Boquerón, afectadas sus proyectos de desarrollo. Las resoluciones también determinan que el proceso de reasentamiento debe ser realizado acatando los parámetros que para este fin han diseñado el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional. Colombia, Contraloría General de la República, Actuación Especial de Auditoría, Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible – Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). Evaluación del proceso de reasentamiento poblacional por minería del carbón en el departamento del Cesar. CGR-CDSA-No. 00663, Diciembre de 2013, pp. 29 y 30.

personal, el derecho a la no-injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios, el derecho al debido proceso, la protección judicial, el derecho a elegir su propio lugar de residencia y la libertad de expresión e información. Según el Cdesc (2001, p. 53), "los desalojos no pueden resultar en la constitución de individuos sin vivienda o vulnerables a la violación de otros derechos humanos", y por eso es necesario que los Estados garanticen los siguientes derechos a las personas que sufren un proceso de desarrollo: a) disponer de todos los recursos jurídicos apropiados; 2) que se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación a que el desalojo pueda dar lugar; 3) que se estudien, conjuntamente con los afectados todas las demás posibilidades que permitan evitar o minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza; 4) la debida indemnización en caso de ser privados de bienes personales inmuebles; 5) que cuenten con las debidas garantías procesales (consulta, notificación, información, vigilancia, entre otros), y 6) que se les proporcione una vivienda alternativa.

3. OBLIGACIONES DEL ESTADO CON RELACIÓN A LOS DESALOJOS EN VIRTUD DE UN PROYECTO DE DESARROLLO

Las obligaciones del Estado respecto a protección de derechos humanos en un proceso de desalojo forzoso están basadas en el párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC, que obliga a los Estados a utilizar *todos los medios apropiados* para promover el derecho a una vivienda adecuada. Eso im-

plica el deber de respetar, proteger y cumplir con la aplicación de los instrumentos de derechos humanos pertinentes. Esta obligación no exime terceros (especialmente la empresa responsable del proyecto, o las instituciones financieras internacionales que ofrecen asistencia económica al proyecto) de sus responsabilidades jurídicas relacionadas con el proceso de desalojo. La obligación de respetar implica que el Estado se abstendrá de desarrollar o tolerar cualquier práctica, política o medida legal que vulnere los derechos humanos. La obligación de proteger obliga al Estado a impedir violaciones de derechos provenientes de particulares, empresas u organismos financieros. La obligación de cumplir requiere que el Estado promueva y haga efectiva la realización de todos los derechos humanos por medio de la adopción de medidas legislativas, administrativas, judiciales, políticas públicas, asignación de recursos) (Naciones Unidas, 2009, p. 17).

Según el párrafo 21 de los *Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo*, el Estado debe garantizar que los desalojos se produzcan solamente en circunstancias especiales, circunstancias que requieran una plena justificación. Además, "cualquier desalojo debe: a) estar autorizado por la ley; b) llevarse a cabo de acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos; c) hacerse únicamente con el fin de promover el bienestar general; d) ser razonable y proporcional; e) estar reglamentado de tal forma que se garantice una indemnización y rehabilitación completas y justas; y f) realizarse de acuerdo

con las [...] directivas [de las Naciones Unidas]". Esta protección es aplicable a todas las personas en situación de vulnerabilidad en virtud de la amenaza de desalojo, independiente de si poseen un título de propiedad sobre su hogar o sus bienes según la legislación nacional.

3.1. *Obligaciones del Estado antes de un proceso de desalojo*

Antes de llevar a cabo un proceso de desalojo, el Estado debe asegurarse de la participación de todas las personas afectadas en un proceso que incluya, entre otros requisitos: a) un aviso apropiado a todas las personas que podrían verse afectadas de que se está considerando el desalojo; b) la difusión eficaz por las autoridades de la información correspondiente al desalojo por adelantado; c) un plazo razonable para el examen público, la formulación de comentarios y/o objeciones sobre el plan propuesto; d) oportunidades y medidas para facilitar la prestación de asesoramiento jurídico, técnico y de otro tipo a las personas afectadas sobre sus derechos y opciones; y e) la celebración de audiencias públicas que permitan a las personas afectadas y a sus defensores a impugnar la decisión de desalojo, a presentar propuestas alternativas y a formular sus exigencias y prioridades de desarrollo (Naciones Unidas, 2007, pág. 37).

3.2. *Obligaciones del Estado durante el proceso de desalojo*

Durante el proceso de desalojo, el Estado debe garantizar la presencia obligatoria

de funcionarios gubernamentales o sus representantes durante los desalojos (ibíd., pág. 45), y también debe permitir el acceso de observadores neutrales para garantizar la transparencia y el cumplimiento de los principios internacionales de derechos humanos (ibíd., pág. 46). El Estado también debe ofrecer garantías para que los desalojos no se realicen de forma que violen la dignidad y los derechos humanos a la vida y a la seguridad de las personas afectadas².

3.3. *Las obligaciones del Estado después de los desalojos*

Inmediatamente después de los desalojos, el Estado debe proveer a todas las personas una indemnización justa y un alojamiento alternativo suficiente. También debe garantizar que las personas o grupos desalojados tengan acceso seguro a: a) alimentos esenciales, agua potable

² Cualquier uso legal de la fuerza debe respetar los principios de la necesidad y la proporcionalidad, al igual que los "Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" (Naciones Unidas, 1990) y un código de conducta nacional o local adecuada a las normas internacionales de derechos humanos (Naciones Unidas, 2007). Los desalojos no deben ser ejecutados por la noche, durante festivales o fiestas religiosas, antes de elecciones o antes de exámenes de las escuelas (ibíd.). El Estado debe garantizar que nadie sea objeto de ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia, o privado arbitrariamente de sus bienes o posesiones a consecuencia de la demolición, el incendio intencionado u otras formas de destrucción deliberada, negligencia o cualquier forma de castigo colectivo. Los bienes y las posesiones abandonados involuntariamente deben ser protegidos de la destrucción y la apropiación, la ocupación o su uso arbitrario e ilegal (ibíd.). Las autoridades y sus agentes no pueden obligar a las personas desalojadas destruir sus propias viviendas u otras construcciones (ibíd.).

y saneamiento; b) alojamiento básico y vivienda; c) vestimenta apropiada; d) servicios médicos esenciales; e) fuentes de sustento; f) pienso para los animales y acceso a los recursos comunes de propiedad de los que dependían anteriormente, y g) educación para los niños e instalaciones para el cuidado de los niños (ibíd.).

3.4. *Obligaciones del Estado de vigilar, evaluar y dar seguimiento*

El Estado debe supervisar activamente y llevar a cabo evaluaciones cuantitativas y cualitativas para determinar el número, tipo y las consecuencias a largo plazo de los desalojos que se producen en su jurisdicción y territorio bajo control eficaz (ibíd.). Asimismo, el Estado debe encargar a un órgano nacional independiente, como una institución nacional de derechos humanos, la vigilancia y la investigación de los desalojos forzosos y el cumplimiento de los *Principios* y otros instrumentos del derecho internacional de protección de los derechos humanos (ibíd.).

4. *EL PROYECTO MINERO MIRADOR DE ECUACORRIENTE Y LAS ESTRATEGIAS EMPRESARIALES DE DESALOJO*

4.1. *La empresa Ecuacorriente*

Ecuacorriente, creada en Ecuador en 1999, es una de las 4 subsidiarias de la empresa transnacional Corriente Resources Inc. Las otras son Explorcobres S. A.; Hidrocruz S. A.; y PuertoCobre S. A. Corriente Resources fue creada en la

provincia de Colombia Británica-Canadá en 1983³. A partir de 2003 Corriente Resources concentró sus actividades en la exploración de concesiones mineras en lo que denomina "Cinturón de Cobre de Corriente" en el sur del Ecuador, con énfasis en los proyectos Mirador y Panantza-San Carlos. En mayo de 2010, comprobadas las expectativas que la empresa tenía respecto a los yacimientos de la zona, un consorcio entre las empresas chinas Tongling Nonferrous Metals y China Rainwails (el consorcio CCC-Tongguan Investment Co. Ltd., con sede en Vancouver) adquirió el 96.9% del total de acciones de Corriente Resources⁴. Si mientras tenía capital canadiense Corriente Resources se presentaba como una "empresa responsable", a partir de que pasó a ser administrada por capital chino, prescindió de esta presentación.

³ Inicialmente era una empresa minera junior: empresas dedicada exclusivamente a la exploración de concesiones para determinar si el contexto geológico, político y económico es favorable a determinado proyecto y, en caso positivo, adquirir la propiedad de títulos mineros para luego venderlos a una empresa mayor que tenga condiciones económicas de explotar la mina. Las empresas junior deben tener habilidad para movilizar capitales de riesgo, es decir, hacer un proyecto lo suficientemente atractivo para un inversionista externo. Esta dinámica de "división de trabajo" y relaciones entre las empresas mineras junior y mayor se debe a que la minería sea, en esencia, "una actividad especulativa, pues no se sabe el tamaño exacto de un yacimiento antes de excavar" (Sacher y Acosta, 2012, p. 31). Según Sacher y Acosta (ibíd.), "pocas junior logran descubrir yacimientos rentables. En promedio, por cada 1.000 proyectos de exploración emprendidos, solo uno encuentra un yacimiento rentable."

⁴ Corriente Resources Inc. (2010) CRCC-Tongguan Investment (Canada) Co., Ltd. Acquires approximately 96,9% of Corriente Resources Inc. Recuperado de <http://www.corriente.com/news/news.php>, último acceso el 15 de octubre de 2014.

4.2. *El proyecto Mirador de la empresa Ecuacorriente*

En marzo de 2012, el Gobierno ecuatoriano firmó con la empresa Ecuacorriente un contrato para la explotación minera del proyecto Mirador, el primer contrato de explotación minera a grande escala en la historia del país. El Mirador es un proyecto de extracción de cobre a cielo abierto ubicado en el cantón El Pangui, parroquia Tundayme de la provincia de Zamora Chinchipe⁵. El Gobierno ecuatoriano lo ha identificado como uno de los cinco proyectos metálicos estratégicos para el desarrollo del país (Senplades, 2013, p. 371), y estima que la inversión devenida por este proyecto sea de unos 1830 millones de dólares a título de desarrollo de la mina y otros 6910 millones de dólares a título de gastos operativos (Sacher y Acosta, 2012, p. 67).

A partir de la firma del Contrato de Explotación, la empresa adquirió el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de concesión⁶. Con vigencia extendible de 25 años⁷, el contrato también confiere a

⁵ La parroquia de Tundayme junto con las parroquias de Pachicutza, el Guisme y El Pangui conforman el Cantón El Pangui de la provincia de Zamora Chinchipe.

⁶ Contrato de Explotación entre el Estado ecuatoriano y Ecuacorriente (2012), Cláusula 2.2.4, Anexo 6.

⁷ *Ibíd.*, Cláusulas 6.1 "Este Contrato tiene un plazo de duración de veinte y cinco (25) años contados a partir de la Fecha Efectiva; el mismo que podrá ser extendido según lo establecido en esta cláusula o por acuerdo de las Partes de acuerdo a la Legislación Aplicable y este Contrato" y 6.2 "Toda

Ecuacorriente la potestad de construir e instalar toda la infraestructura necesaria para el desarrollo de operaciones e instalaciones⁸.

El área para la ejecución de las operaciones mineras abarca 2895 hectáreas⁹, pero la empresa también puede utilizar un área de "actividades relacionadas" que puede llegar a constituir hasta 2815 hectáreas¹⁰, y un "área de protección" de

vez que el Proyecto Minero, de conformidad con el Estudio de Factibilidad y el Plan General de Trabajo e Inversiones acordado por las Partes, requiere de un plazo aproximado de 30 años para la ejecución, y en vista de que este plazo excede el plazo legal de la Concesión Minera, el Estado garantiza, de conformidad con esta cláusula y la Legislación Aplicable, la renovación de la Concesión Minera por el periodo adicional requerido para la ejecución del Proyecto Minero de acuerdo con el Estudio de Factibilidad y Plan General de Trabajo e inversiones, y consecuentemente el plazo del presente Contrato quedará automáticamente extendido por el mismo período adicional".

⁸ *Ibíd.*, cláusula 9.1.8, Anexo 6. "Construir e instalar plantas de beneficio, fundición y refinación, depósitos de acumulación de residuos, edificios, campamentos, ductos, plantas de bombeo y fuerza motriz, cañerías, talleres, líneas de transmisión de energía eléctrica, planta de generación de hidroeléctrica, sistemas de autogestión de energía eléctrica, estanques, sistemas de comunicación, caminos, líneas férreas y demás sistemas de transporte local, canales muelles, puertos marítimos y fluviales, y otros medios de embarque, y realizar actividades necesarias para el desarrollo de sus operaciones e instalaciones."

⁹ *Ibíd.*, cláusula 4.5.4.

¹⁰ *Ibíd.*, Anexo 6, cláusula 4.5.5, "Área de actividades relacionadas: Es el ámbito espacial necesario fuera del Área de Contrato en el cual se encuentra ubicada la infraestructura civil (campamentos, bodegas, polvorines), relaveras, escombreras, plantas de beneficio, plantas de energía y otras cuya grafi-

510 hectáreas¹¹. Es decir, que en total, el área que el contrato establece para que Ecuacorriente desarrolle el proyecto Mirador es de 6220 ha, lo que genera un conflicto respecto al límite de áreas abarcadas por un título minero, que es de 5.000 ha¹².

cación consta en el Anexo A, u otras representativas, relacionadas directamente con la ejecución de las actividades mineras objeto del Contrato, incluyendo las Áreas de Protección. Al ser un área relacionada con la ejecución de este Contrato, sin que se requiere estar ubicada dentro de concesión minera, tanto esta área como todo lo que en ella se encuentra, gozan de la protección por parte del Estado conforme a la Legislación Aplicable y este Contrato, pudiendo el Concesionario Minero solicitar la constitución de las servidumbres y amparo administrativo que sean necesarios. Durante la vigencia del presente Contrato y sus renovaciones, el Ministerio Sectorial no otorgará concesiones sobre esta Área.-" [énfasis añadido]

¹¹ *Ibíd.*, Anexo 6, cláusula 4.5.6, Área de Protección: "Es el ámbito espacial parte del Área de Actividades relacionadas, cuya graficación consta en el Anexo A, la cual sirve para proteger y garantizar al Proyecto Minero de cualquier tipo de perturbación que impida su normal ejecución; así como garantizar la seguridad de las personas alrededor del Proyecto y de las operaciones. La propiedad de estas áreas puede pertenecer al propio Concesionario Minero, al Estado, a áreas especiales, bosques protectores, comunidades, poblados y a terceros en general. La extensión de esta área no se halla sujeta a límites. Al ser un área necesaria para le ejecución de este Contrato goza de la protección por parte del Estado conforme a la Legislación Aplicable y este Contrato, pudiendo el Concesionario Minero solicitar la constitución de las servidumbres y acciones de amparo administrativo que sean necesarios. [énfasis añadido]

¹² Es de notarse que el artículo 39 de la Ley de Minería establece que "Ningún concesionario minero podrá tener uno o más títulos que en su conjunto sumen un área superior a cinco mil hectáreas mineras a partir de la etapa de explotación. No obstante lo anterior, el reglamento general de esta ley establecerá los criterios técnicos para el establecimiento de áreas de protección para los proyectos mineros en etapa de explotación."

5. LAS ESTRATEGIAS DE DESALOJO DE ECUACORRIENTE

Según la información ofrecida por Ecuacorriente en su Plan de Manejo Ambiental para la etapa de explotación avanzada (2009), las poblaciones consideradas dentro del área de influencia directa¹³ de este proyecto eran el Valle del Quimi en la parroquia Bomboiza, cantón Gualaquiza; Tundayme, San Marcos, El Quimi, la comunidad de Churuwia en la parroquia Tundayme, cantón El Pangui; las poblaciones de Chuchumbletza, comunidad de Paquntza y población de Santa Cruz en la parroquia El Guisme, cantón El Pangui, y la cabecera cantonal de El Pangui (Ecuacorriente S. A., 2006, p. 6). El área de influencia indirecta¹⁴ comprendería las comunidades de Paquntza y Santa Cruz en la parroquia El Guisme, cantón El Pangui; la cabecera cantonal de El Pangui; y la población de Gualaquiza (*Ibíd.*). Todas estas comunidades, ubicadas en las provincias de Zamora Chinchipe y Morona Santiago.

Cuando entregó al Gobierno su Plan de Manejo 2009, Ecuacorriente no determinó cuáles de estas poblaciones eran campesinas o indígenas, ni tampoco presentó ninguna información específica sobre la vulnerabilidad de la población indígena afectada y los posibles efectos adversos

¹³ Según Ecuacorriente, el área de influencia directa "corresponde a todos los sitios poblados que se encuentran en el entorno más cercano a las obras o actividades del proyecto, la mayor o menor afectación está definida por la cercanía física a las instalaciones" (Ecuacorriente S. A., 2006, p. 6)

¹⁴ Ecuacorriente no detalló el criterio utilizado para definir un "área de influencia indirecta" para el componente social.

que el Proyecto Mirador pueda acarrear. Sobre la posibilidad de que el proyecto Mirador pudiese afectar a poblaciones indígenas, Ecuacorriente se restringió a presentar una única referencia a la población indígena shuar en una tabla que indicaba la "sensibilidad sociocultural" el área, indicando que "la influencia de factores externos debido a la presencia del proyecto incrementará el potencial de pérdida de identidad de los grupos étnicos en la zona" (ibíd.). Ecuacorriente también mencionó en el Plan de Manejo 2009 la existencia de dos centros shuar adicionales en el área de influencia del proyecto, sin determinar si estos se encontraban en el área de influencia directa o indirecta, aun cuando presentaba información sensible sobre los riesgos sociales que podrían afectar el normal desempeño del proyecto (ibíd., p. 7). Llama la atención que el Ministerio de Ambiente hubiese aprobado un Plan de Manejo que contenía información tan escasa sobre las comunidades indígenas afectadas.

En 2009, al ser indagado sobre la posibilidad de que el proyecto Mirador afectara territorios indígenas, el entonces presidente de Corriente Resources en Ecuador, Ian Harris, expresó que la empresa había tenido problemas en determinar las áreas que eran territorios indígenas debido a que no existía un mapa disponible ni información oficial respecto a las áreas definidas como territorios ancestrales¹⁵. El Sr. Harris agregó que existían comunidades shuar cercanas al proyecto, pero que, según su entendimiento, las conce-

siones no se sobreponían a ninguna tierra ancestral¹⁶, información que no solo contradecía los escasos estudios de la empresa sobre el tema, sino que transparentaba el desinterés de los altos mandos de la empresa respecto al futuro de las comunidades indígenas que pudiese estar afectadas por el proyecto.

5.1. *Procesos masivos de compra venta de tierras*

Ecuacorriente presentó al Ministerio de Ambiente un "programa de negociación y uso de la tierra" como parte de su Plan de Manejo, aprobado por la Subsecretaría de Minas¹⁶ en junio del 2006. En este programa, la empresa garantizó que el proceso de negociación de tierras se daría de manera "transparente, ajustado a la realidad de la zona, tanto económica, en cuanto a precios, como cultural, en cuanto a su significado, buscando generar acuerdos con todos los propietarios de los terrenos requeridos por el proyecto" (Ecuacorriente S. A., 2006, p. 242). La empresa también se comprometió a, entre otros, "un proceso de negociación transparente y el acuerdo de un precio y/o compensación justos" y "hacer transparente la información de cada una de las negociaciones de tierras con colonos con el fin de mantener un equilibrio racional en los precios y condiciones de venta" (ibíd., pp. 239-242).

En este "programa de negociación y uso de la tierra", Ecuacorriente se dispuso a comprar tierras indígenas asegurando que el proceso de negociación seguiría los li-

¹⁵ Entrevista con Ian Harris, Presidente de Ecuacorriente, 09 de noviembre del 2009.

¹⁶ Ibíd.

neamientos de la Corporación Financiera Internacional para evitar la fragmentación de la comunidad, manteniendo "la comunidad unida y se negociará un plan de desarrollo que, respetando sus costumbres, permita mejorar sustancialmente su calidad de vida[.]" (ibíd.), añadiendo que "en el caso de terrenos de propiedad individual de nativos Shuar, siempre se considerarán los efectos no solamente individuales sino comunitarios, para establecer los términos de negociación" (ibíd.).

Según información de la propia empresa, hasta el primer semestre de 2014, Ecuacorriente habría comprado más de 4000 hectáreas de tierras en la zona y estimaba necesitar la utilización de unas 2043 hectáreas adicionales para el desarrollo de la etapa de exploración del proyecto minero¹⁷.

5.2. *Las negociaciones de tierras de Ecuacorriente*

En 2009 la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (Cedhu) en Ecuador tuvo acceso a un expediente del proceso de negociación de tierras en el marco del Proyecto Mirador, que fue presentado por un exfuncionario de Ecuacorriente al Ministerio de Energía y Minas (actual Ministerio de Recursos Naturales No-Renovables). En esta documentación el autor alegó que mientras se encontraba en la fase de exploración, la empresa realizó la compra de tierras mediante un testafarro, "quien compraba a su nombre y luego las transfería a la empresa con una ganancia

sustancial, práctica cuestionable y perjudicial para los antiguos propietarios, que recibieron precios irrisorios por sus propiedades" (Viteri, 2010, p. 18).

El exfuncionario también expuso que las negociaciones habían sido realizadas de manera individual con los propietarios, "acordando con cada uno un precio diferente según el grado de dificultad encontrado en la negociación" (ibíd., p. 19). Según el exfuncionario, las negociaciones de tierras en el municipio de El Pangui fueron "involuntarias e inducidas por las necesidades de la empresa para la implementación de su proyecto minero", y que en muchos casos los precios ofrecidos no alcanzaban el valor catastral de USD 1000 por hectárea establecido por el Gobierno Municipal (ibíd., p. 20)¹⁸.

Además de este expediente el Estado ha recibido diversas denuncias sobre irregularidades en el proceso de compra de tierras, pero con excepción de las investigaciones llevadas a cabo por la contraloría, muy poco o nada ha hecho

¹⁸ Según el ex funcionario: "las negociaciones finalmente se legalizaron como una transacción de compra venta, sin embargo fueron involuntarias e inducidas por las necesidades de la empresa para la implementación de su proyecto minero; el avalúo establecido por el Gobierno Municipal de El Pangui en el año 2006 para el sector de Tundayme, estaba fijado en US\$1.000,00 por hectárea, sin embargo, en muchos casos se negoció por precios sustancialmente menores, que no llegaron siquiera a ese precio base del avalúo municipal y, en otros casos, a precios sustancialmente mayores, lo que provocó un escalamiento de precios, fluctuando en un lapso de pocos meses, entre US\$ 400,00 y superiores a US\$ 3.000,00, en el mismo sector y para propiedades de características similares."

¹⁷ Demandas de servidumbre presentada por Ecuacorriente ante la Agencia de Regulación y Control Minero (Arcom) en junio de 2014.

para vigilar la empresa y hacer cumplir los planes aprobados.

5.3. *Denuncias de irregularidades en los procesos de compra venta de tierras al Estado*

El proceso de compra-venta de tierras por parte de Ecuacorriente está marcado por una serie de irregularidades, versiones contradictorias, falta de transparencia y participación de la población local. Las familias han indicado a miembros de la Cedhu que la empresa compró tierras del actual alcalde de Panguí por el precio de 20 mil dólares la hectárea, mientras que en otros casos ha pagado mil dólares por hectárea, alegando que el precio catastral de las tierras es de 400 a 600 dólares por hectárea (Cedhu, 2014).

En julio de 2008, un habitante de la parroquia Tundayme envió una carta al Presidente de la República exponiendo que Ecuacorriente habría adquirido 3971 hectáreas de tierras en el área del Proyecto Mirador al precio de un promedio de US\$ 290 por hectárea¹⁹. En razón de esta denuncia, el Ministerio de Ambiente solicitó al vicepresidente de la empresa que atendiera las demandas del habitante y que además "trata[ra] de evitar enfrentamientos de tipo social."²⁰ Pese a esta solicitud, la empresa no tomó ninguna medida para responder sólidamente las preocupaciones de los habi-

tantes del área de influencia directa del proyecto Mirador, y los conflictos seguían en creciente.

Un año después, en octubre de 2009, Ecuacorriente envió una carta a este habitante donde reiteraba su decisión de empezar con un proceso de preparación para que negociaciones futuras culminaran en "acuerdos definitivos sobre plazos y valores"²¹, aunque advirtiendo que cualquier negociación futura se daría después de que el Gobierno y la empresa suscribieran un Contrato que garantizara las inversiones de la empresa. Esta información fue reiterada un mes después por la empresa Consensos, contratada por Ecuacorriente para resolver los conflictos de tierras con los habitantes locales. En noviembre de 2009 Consensos se dirigió por una carta a otro habitante local para manifestar que "las condiciones aún no están dadas para poder continuar las negociaciones que [fueron iniciadas] en 2007"²². Según Consensos, era necesario esperar por la promulgación del Reglamento de la nueva Ley Minera, y la suscripción del Contrato de Explotación con el Gobierno Nacional para que pudiera, luego de "analizar las condiciones del mercado internacional del cobre y de los mercados financieros internacionales" reiniciar los procesos de negociación de tierras²³.

¹⁹ Carta enviada por Félix Sánchez al Presidente de la República, 16 de Julio del 2008 (Viteri, 2010, p. 45).

²⁰ Carta de la Ministra del Ambiente al señor Ian Harris, Vicepresidente de Ecuacorriente, 23 de junio de 2009. Oficio Ministerial No. 0897-2009-SCA-MAE (ibíd., p. 52).

²¹ Carta de Alejandro Herrera, Gerente de Desarrollo Sustentable de Ecuacorriente al señor Félix Antonio Sánchez, 01 de octubre de 2009, (ibíd., p. 56).

²² Carta enviada por Jorge H. Zalles, Presidente de la empresa Consensos, (ibíd., p. 48).

²³ Ibíd.

Nada de eso contribuyó al ambiente de confianza que la empresa se comprometió con el Gobierno a sostener con los habitantes locales. Entre agosto y septiembre de 2009, un equipo de la organización *Collaborative Learning Projects* (CLP)²⁴ visitó las instalaciones de Ecuacorriente con el fin de "apoyar a los administradores de la empresa a comprender mejor los impactos de las operaciones corporativas sobre las poblaciones y sociedades locales"²⁵. En este informe, el equipo de CLP informó a Ecuacorriente que la comunidad afectada por los proyectos de la empresa percibía que las acciones de la empresa favorecían a ciertos grupos en detrimento de otros; que la empresa trabajaba con personas y grupos que carecían de representatividad legítima; que la empresa se enfocaba en individuos que tenían tierras o capacidad para ofrecer algo a la empresa; que ofrecía información minera principalmente a las personas que estaban a favor de la mina, y que la empresa presentaba información

solo sobre impactos positivos y empleaba a personas disruptivas²⁶.

Asimismo, en marzo de 2010 la Unidad de Diálogo y Gestión de Conflictos Socio Ambientales de la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana de Zamora Chinchipe encontró que en la zona del proyecto Mirador "la empresa minera ha levantado demasiada expectativa dentro de las comunidades de influencia del proyecto por comprometerse a realizar obras básicas dentro de las comunidades y que hasta la fecha no han podido cumplir, aludiendo que el Gobierno es quien desde ahora va realizar las obras dentro de las comunidades de influencia del proyecto".²⁷

Luego de reunirse diversas veces con funcionarios de los Ministerios de Ambiente y de Minas sin que ninguno de ellos haya tomado acciones efectivas en el sentido de investigar las denuncias relacionadas con la compra venta de tierras por parte de Ecuacorriente, en junio de 2010 la Ceddhu, conjuntamente con la organización ambientalista Acción Ecológica, presentaron diversos documentos relacionado con este proceso de compraventa a la Contraloría General del Estado, solicitando la intervención de esta institución en las acciones relacionadas con las concesiones de la empresa Ecuacorriente en el país.

A partir de ello, en 2012 la Contraloría General del Estado encontró que el proceso

²⁴ Proyecto de la organización sin fines de lucro Collaborative Learning Projects, <<http://www.cdainc.com/cdawww/default.php>>. En palabras del equipo que estuvo en Ecuador: "El Corporate Engagement Project (CEP) (Proyecto de Incorporación Corporativa) es un esfuerzo colaborativo que involucra corporaciones multinacionales que operan en áreas de tensión socio- política, inestabilidad o conflicto. Su propósito es ayudar a gerentes corporativos a entender de mejor manera los impactos de operaciones corporativas en personas locales y sociedades. Desde este entendimiento y análisis, el CEP ayuda a las empresas para desarrollar enfoques prácticos de gestión hacia retos locales y asegurar que éstas establezcan relaciones productivas y positivas con las comunidades locales". Bardouille, D. y Vallejo, P. "Reporte de Visita al Campo." Ecuacorriente SA Copper Mining. Cambridge, MA: CDA Collaborative Learning Projects, 2009, p. 1.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*, p. 2.

²⁷ Ecuador, Contraloría General del Estado, Dirección de Auditoría de Proyectos y gestión Ambiental, DIAOA-0027-2012, Informe General, p. 64.

de compra de tierras de Ecuacorriente en la zona del proyecto Mirador tuvo inicio en 2003, pero en aquella época ello se daba por medio de "comisionistas" quienes pagaban hasta 600 dólares por hectárea, alegando que las tierras compradas servirían para actividades agrícolas. En 2006, cuando los finqueros que vendieron sus tierras a estos "comisionistas" descubrieron que se trataba de tierras para servicio de la actividad minera, empezaron a quejarse a los supuestos compradores y se generó una serie de conflictos locales. En 2007 Ecuacorriente contrató una empresa para mediar los conflictos, acordando "bonificaciones" o "compensaciones" para los antiguos dueños de las tierras²⁸. Según datos levantados por la Contraloría, en 2009, el representante de 49 de los finqueros que vendieron tierras a Ecuacorriente denunció al Ministerio de Ambiente, entre otras cosas, que "la empresa se aprovechó de la ingenuidad e ignorancia de la gente muy vulnerable que sometida a engaños, presiones psicológicas, prepotencia, testaferrismo, vendimos nuestras tierras en forma legal, pero no legítima [.]"²⁹.

Cuando fueron indagados por miembros del equipo de Cedhu sobre las acciones que estaría tomando el Ministerio del Ambiente para vigilar las acciones de la empresa y certificarse de que estas están acordes con los planes aprobados y con los estándares de derechos humanos, sus funcionarios manifestaron que el Ministerio daría inicio a un diálogo con

Ecuacorriente con el objeto de nivelar los precios de las tierras compradas por la empresa³⁰. Sin embargo, hasta la fecha de publicación de este informe tal diálogo no ha sido iniciado.

Por otro lado, la respuesta que el Ministerio del Ambiente ofreció a la Contraloría respecto a cómo se solucionarían los conflictos sobre tierras entre los habitantes locales y la empresa minera fue la de que "la resolución de conflictos de tierra no es de competencia de esta cartera... sino del [hoy extinto] INDA, por lo cual este reclamo debe dirigirse a esta institución"³¹.

Ante la falta de opciones, varios de los finqueros han propuesto dejar sus tierras a cambio de una reubicación (misma cantidad de terreno en un área de características similares), pero la empresa no ha aceptado su pedido y ninguna familia ha sido reubicada en esos términos. En 2016 los habitantes de la zona han declarado a la CEDHU que cuando Ecuacorriente no logra el consentimiento del titular de la tierra a su oferta unilateral y discrecional de compra, la empresa se vale de medidas de acoso tales como la construcción de trochas en los terrenos, o mediciones de áreas *in situ* que a veces vienen acompañadas de amenazas tales como "si ustedes no venden sus tierras el Estado las quitará".

²⁸ *Ibíd.*, p. 62.

²⁹ *Ibíd.*, p. 63.

³⁰ Entrevista a Guido Mosquera Martínez (Ministro del Ambiente (E)), Lorena Tapia (Coordinadora General del Programa de Reparación Ambiental y Social), Carlos Vinión (Director de Planificación), y Cesar Castro (Subsecretario de Calidad Ambiental), Ministerio del Ambiente en Quito, noviembre 2009.

³¹ Ecuador, Ministerio de Ambiente, Oficio 09876-2009-SCA-MAE de 23 de mayo de 2011.

La Cedhu ha tenido acceso a un documento de la oficina jurídica de uno de los abogados de Ecuacorriente, el cual resume las propuestas de la empresa para la compra de los terrenos de la zona, ofreciendo entre 400 y 700 dólares por hectárea e indicando que en caso de que los finqueros no acepten la oferta, la empresa "denunciaría al Estado las situaciones irregulares para llegarse a la verdad de los hechos y pedir la reversión de tierras al Estado"³², refiriéndose a supuestas irregularidades en la posesión de algunos de los finqueros cuyas tierras la empresa quiere comprar. El abogado, además, expresa en el documento que el rechazo de la oferta haría con que la empresa prosiguiera de manera inmediata "con los trámites judiciales y no judiciales, con las consecuencias pertinentes"³³.

Las familias que finalmente no accedieron a las propuestas de la empresa, o que exigían que a cambio de sus tierras recibieran otras del mismo tamaño, deben ahora enfrentar demandas de servidumbre, como expondré más adelante.

5.4. Ordenamiento urbano ajustado a las necesidades de la empresa

Al haber adquirido más de 4000 hectáreas de tierra en la parroquia, Ecuacorriente influye de manera directa en cualquier ordenamiento territorial que la Junta Parroquial rural en conjunto con el Mu-

nicipio y la Prefectura pudieran elaborar. Ecuacorriente, por ejemplo, a cambio de los desplazamientos que sufren los afectados por el Proyecto Mirador, ofreció un terreno de cuatro hectáreas en la cabecera parroquial de Tundayme, para que los habitantes de esta zona "hagan lo que quieran con el terreno"³⁴. El Gobierno central no ha intervenido de ninguna manera para conocer si el terreno ofrecido por Ecuacorriente es apropiado, o si la empresa está actuando articuladamente con las autoridades locales.

De hecho, en 2006 Ecuacorriente elaboró una propuesta para el reordenamiento urbano y reorganización de equipamientos de la parroquia de Tundayme (Ecuacorriente S. A., 2006). Según el análisis realizado por la empresa en su EIA de 2006, en esta parroquia existían 236 parcelas de tierras de las cuales 48 estaban habitadas. En el Plan de Reordenamiento, la empresa propuso reubicar algunas viviendas con el fin de habilitar la vía principal al proyecto Mirador, construir una vía alterna para el transporte pesado al margen de la ribera del río Quimi y establecer un área de protección entre el río y dicha vía.

Pese a que la Municipalidad de El Pangui ya contaba con su propio estudio de reordenamiento para la parroquia de Tundayme, Ecuacorriente considera que aquél "no se ajusta[ba] a la nueva realidad, ya que [la parroquia] se ve afectada directamente con la presencia de la empresa. . . , que a su vez cambia las condiciones de

³² Abogado Nayo Vivanco Criollo, Propuesta por parte de funcionarios de ECSA según agenda de trabajo realizada en varias sesiones con abogados, asistentes y administrativos del estudio jurídico "Jaramillo Vivanco y Asociados Cía Ltda", s/f

³³ *Ibid.*

³⁴ Entrevista al Dr. Juan Javier Trejo, abogado contratado por Ecuacorriente para la compra de tierras. Realizada el 10 de noviembre de 2009. Quito.

crecimiento anteriormente planteado” (ibíd., p. 87). Así, la empresa propuso diseñar y planificar el plan de reordenamiento de Tundayme de acuerdo con las necesidades del Proyecto Mirador.

Eso significa que, en lugar de que el crecimiento y reordenamiento de la parroquia atiende a su naturaleza de área rural y a los proyectos de vida y actividades tradicionales de los pobladores locales (agricultura, ganadería), Tundayme fue rediseñada para suplir los trabajos, provisión de bienes y servicios que directa o indirectamente requiera el Proyecto Mirador (centro de salud, escuela y colegio, seguridad policial, hoteles, ferreterías, cabinas telefónicas, papelerías, restaurantes, entre otros.) Todo eso sin que se haya escuchado la voz de la población local.

5.5. *Desplazamiento total de una comunidad*

Durante el primer proceso de licencia ambiental en 2006, la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas recomendó a Ecuacorriente reubicar uno de los depósitos de relaves³⁵ del sector de Santa Cruz hacia el área donde estaba ubicado la comunidad del barrio San Marcos. Con esta orientación, Ecuacorriente decidió desalojar a los habitantes de la zona.

San Marcos, centro poblado que estaba ubicado en la parroquia de Tundayme, fue

³⁵ Una playa de relaves consiste en la construcción de un dique o muro de contención que recibe y contiene el agua utilizada en el proceso de flotación por el cual se separa el concentrado de cobre del resto de la roca triturada. En esta infraestructura se sedimentarán los sólidos finos y se recupera el agua para ser reutilizada en la planta de beneficio.

creado en 1983. Hasta 2006, 19 familias convivían allá. Polibio Arévalo, finquero de la zona, donó una hectárea para los habitantes del poblado con el fin de que construyeran instalaciones de uso comunal. Mediante mingas, los comuneros levantaron una iglesia, una escuela, una cancha de fútbol, un parque recreativo, calles y conexión de agua entubada. El Municipio de Pangui reconoció la donación de esta área comunal, incluyéndola en los destinos del presupuesto participativo municipal.

El 16 de mayo de 2006, Ecuacorriente compró al señor Arévalo toda su propiedad de 82 hectáreas. El señor Arévalo exigió de la empresa el compromiso de mantener una hectárea del terreno destinado a la reubicación del área³⁶, pero hasta la fecha la empresa no ha dispuesto de este espacio ni mucho menos empezado con los trabajos de construcción de los espacios comunes tales como escuela, iglesia o áreas de recreación.

Hasta 2015 existían 9 lotes que no habían sido vendidos en San Marcos, y una persona permanecía habitando el barrio, usando una casa que, pese a estar en su posesión, fue incluida en la escritura de compraventa entre el Sr. Arévalo y la empresa. En julio de 2014 la empresa presentó una solicitud de inspección judicial al Juez de la Unidad Multicompetente del Municipio de Yantzatta, Zamora Chinchipe, para constatar que esta persona “se

³⁶ Ecuador, Notaría Primera del Pangui, Declaración juramentada del Ángel Polibio Arévalo Pacheco, 15 de julio de 2014.

encuentra usurpando... casa y terreno"³⁷ de Ecuacorriente. En diciembre de 2015 alrededor de 300 miembros de la policía ecuatoriana con el apoyo de guardias privados de la empresa procedieron al desalojo de 10 familias en San Marcos³⁸.

Como se expondrá con mayor detalle más adelante, la legislación ecuatoriana define la actividad minería como de "utilidad pública", lo que significa que el Estado o su concesionario pueden recurrir a la expropiación de tierras o a la constitución de servidumbres involuntarias de las tierras necesarias para cualquiera de las actividades de un proyecto minero. La consecuencia de cualquiera de estas medidas es el desalojo de sus propietarios o poseedores. Así, todas las tierras afectadas por una concesión minera están en inminencia de ser declaradas de utilidad pública y, por ende, sujetas a procesos de expropiación o de servidumbre. En esta misma línea, si la empresa decide comprar las tierras afectadas por la concesión, los dueños de la tierra no tienen la libertad de escoger quedarse o no con sus terrenos, puesto que en caso que no los vendan, subyace la amenaza de expropiación o servidumbre. Por esta razón es que estos tipos de desalojos son denominados "involuntarios", es decir, en

caso de no aceptar el desalojo, las personas no tienen asegurado su derecho a quedarse en el terreno.

Fue en este contexto que Ecuacorriente emprendió su plan de compra de tierras en el barrio San Marcos. Este plan no fue concebido de manera a contemplar la reubicación de las familias afectadas, sino que se dio de forma individual con cada finquero, como si se tratara de contratos de compra venta de tierras en contextos comunes, es decir, cuando las personas de hecho tienen la opción de vender o no su tierra. Como Ecuacorriente mismo ha indicado en su Estudio de Impacto Ambiental de 2010, la negociación de las propiedades en San Marcos "fue individual con cada propietario, estableciendo el precio de la tierra o la compensación que [la empresa] daría por la compra de la propiedad" (Ecuacorriente S. A., 2010, 8.3). El proceso de desalojo del San Marcos se dio por medio de la compra de las tierras de los finqueros, por un precio libremente considerado por la empresa, sin que los propietarios recibieran compensación económica por alguna otra pérdida adicional, como las actividades laborales o económicas a las que se dedicaban.

5.6. *Desplazamiento de familias indígenas*

Ecuacorriente ha sido imprecisa al describir los posibles impactos del proyecto Mirador en tierras indígenas. De hecho, la empresa no ha logrado identificar cuál es la parte del territorio shuar que está titulada y la que todavía está por titular y de qué manera el proyecto Mirador las afectará. En el Estudio de Impacto Ambiental

³⁷ Ecuacorriente, Pedido de Inspección Judicial presentado por Ecuacorriente a la Unidad Judicial Multicompetente de Yantzatza, 26 de julio de 2014.

³⁸ CEDHU, (2015) Minera Ecuacorriente continua desalojando a comuneros de Tundaymi", Quito, Ecuador, recuperado de http://cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=421:minera-ecuacorriente-continua-desalojando-a-comuneros-de-tundaymi&catid=1:noticiasprincipales&Itemid=10

de 2010 para la fase de explotación, la empresa indica que los centros Etsa y Churuvia, identificados por la empresa como ubicados en el área de influencia directa, cuentan con tierras tituladas y que estas suman 7783 km² (ibíd., 8.3.8.7.2). Ecuacorriente no presentó ningún tipo de análisis sobre si el área titulada correspondía a la totalidad del territorio shuar afectado o no, ni tampoco determinó la presencia de tierras indígenas tituladas o por titular en el área de influencia indirecta.

Por otro lado, y pese a las garantías constitucionales que prohíben la enajenación de tierras indígenas y la remoción de los pueblos indígenas de sus territorios, en el 2006 Ecuacorriente ya planificaba la remoción de familias indígenas de sus tierras tradicionales. En 2009 uno de los abogados de Ecuacorriente afirmó que la empresa asesoraba a los habitantes locales a formalizar sus títulos para que pudieran negociar con la empresa. Añadió que esta asesoría se extendía a las familias shuar, quienes debían titular sus tierras de manera individual, dado que los territorios no habían sido reconocidos formalmente (ibíd.). Asimismo, indígenas de la nacionalidad shuar indican que la empresa se ha apoderado de tierras tradicionales por medio de procesos de compra venta, llegando incluso, según testimonios ofrecido a los miembros de la Cedhu, a quemar la casa de una anciana shuar, quien no ha desistido de recuperar su terreno (Cedhu, 2014).

El 28 de junio de 2014 el Centro Shuar Ijisam, al considerar que la empresa Ecuacorriente "ha acaparado tierras de

manera ilegal e ilegítima en la parroquia de Tundayme desde el año 2000 en adelante", decidió "retomar la posesión legítima sobre el territorio ancestral shuar en la zona de San Marcos y de la zona de Tundayme".³⁹

Además de los conflictos relacionados con las tierras y territorios indígenas, es de notar que hasta la fecha no ha existido ningún proceso de consulta libre, previa e informada con los indígenas afectados por el proyecto minero. La ausencia del Estado en la zona, la falta de la implementación de un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas y las denuncias que vienen siendo hechas por las comunidades indígenas de la zona indican la existencia de serios conflictos socioambientales que están siendo desatendidos por el Estado y que podrían exacerbarse de manera infortunada, como ya ha ocurrido en el pasado. En 2004 el Cdesc de las Naciones Unidas manifestó su preocupación al Estado ecuatoriano por que "pese a las garantías constitucionales del derecho a la población indígena a poseer bienes en régimen comunal, el Estado Parte no proporciona a esa población una protección efectiva contra el desalojo forzoso en sus tierras ancestrales" (Naciones Unidas, 2004, párr. 26).

5.7. Demandas de servidumbres

Además de las más de 4000 hectáreas de tierras que Ecuacorriente compró en la zona del proyecto Mirador, la empresa

³⁹ Centro Shuar Ijisam, (2014) Sentencia Shuar sobre la posesión ancestral y efectiva del territorio en San Marcos y en Tundayme.

estima que necesita utilizar más 2043 hectáreas para el desarrollo de la etapa de exploración del proyecto minero⁴⁰. Dado el rechazo por parte de muchas familias que habitan la zona de vender sus tierras a la empresa, la empresa interpuso por lo menos 47 demandas de servidumbre sobre la totalidad de esos predios ante la Agencia de Regulación y Control Minero (Arcom). En los documentos de solicitud de servidumbre la empresa alega que ha intentado comprar las tierras con base en el valor de avalúo catastral, lo que no debe servir como referencia de valor comercial del inmueble. La empresa también alega que los finqueros piden precios irreales, aunque no presenta pruebas de ello.

En marzo de 2014, a solicitud del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda realizó un análisis metodológico para determinar los precios comerciales de las propiedades afectadas por el proyecto minero estratégico Mirador y encontró que estos precios oscilan entre USD 2013,60 y 3443,26 la hectárea (Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, 2014), es decir, mucho más de lo que la empresa ha estado ofreciendo a los finqueros, que es entre 400 y 700 dólares la hectárea⁴¹, y bastante superior al prome-

dio de US\$ 290 que pagó por el hectárea en la primera etapa del plan de compra de tierras.

Las demandas de servidumbre aún no han sido resueltas, ni tampoco el Ministerio del Ambiente ha conformado una comisión mediadora con el fin de terminar el conflicto socioambiental emanado de las negociaciones de tierras entre la empresa y los finqueros, tal como le ha recomendado la Contraloría General del Estado (2012, p. 68).

5.8. Denuncias en contra de finqueros

Además de enfrentarse con las demandas de servidumbre, algunas personas que decidieron no vender sus tierras también sufren el acoso de la empresa, que ha interpuesto denuncias criminales ante la Fiscalía local, por "actos ilícitos y abusivos" como el que se describe.

El 16 de mayo de 2014 Ecuacorriente presentó una denuncia a la Fiscalía General del Ecuador por "un delito de acción pública" en contra de diversos habitantes de la zona de influencia directa del proyecto Mirador alegando que el 9 de mayo de este mismo año estas personas desarrollaron una serie de actos ilícitos en contra de los bienes de la empresa, y que de forma abusiva un grupo de habitantes locales se asociaron ilícitamente para "atentar contra el patrimonio" de Ecuacorriente. Entre estos actos ilícitos listan el "botar la cerca construida por la empresa y también a destruir los letreros" y que además "increparon en forma

⁴⁰ Demandas de servidumbre presentada por Ecuacorriente ante la Arcom en junio de 2014.

⁴¹ Abogado Nayo Vivanco Criollo, Propuesta por parte de funcionarios de ECSA según agenda de trabajo realizada en varias sesiones con abogados, asistentes y administrativos del estudio jurídico "Jaramillo Vivanco y Asociados Cía Ltda", s/f

grosera con insultos y amenazas”⁴² a funcionarios de Ecuacorriente. Otras personas también han sido denunciadas ante la oficina local de la Fiscalía por hechos similares.

CONCLUSIONES

Sacher y Acosta (2012) se han preguntado sobre la posibilidad de que el Ecuador evite las consecuencias socioambientales nefastas que son asociadas por la minería a gran escala y han concluido ser casi imposible que el país realice la “minería bien hecha” promovida por los sucesivos gobiernos del país. Entre los obstáculos que encuentran a este propósito está la dificultad de controlar las acciones de las empresas transnacionales, que en todo el planeta son acusadas de múltiples abusos en materia de crímenes económicos, contaminación a grande escala y violaciones de derechos humanos. Los autores concluyen sobre eso que no es posible explotar los yacimientos del subsuelo y al mismo tiempo respetar los principios del buen vivir, dado que “históricamente la actividad minera, particularmente la megaminería, es contraria a la convivencia comunitaria, la armonía con la naturaleza, el consenso, la igualdad social, la reciprocidad, la solidaridad, la justicia, la paz” (ibíd., p. 117).

Los resultados de esa investigación indican que el problema es también jurídico.

Megaproyectos mineros traen megaproblemas socioambientales y el Ecuador no tiene condiciones técnicas o voluntad para prevenir, vigilar y, cuando sea el caso, castigar. El desplazamiento es uno de esos problemas.

La única manera de que un desalojo y reasentamiento de las personas, familias y comunidades afectadas por un proyecto de desarrollo se lleve a cabo de forma legal es cuando se dan “únicamente en circunstancias excepcionales y de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional relativo a los derechos humanos y del derecho humanitario” (ibíd.). Esas circunstancias no fueron identificadas por el Estado, el cual ni siquiera se tomó el trabajo de hacer un acompañamiento apropiado al proyecto, revisando los impactos sociales del ingreso de la minera en la zona.

Un ejemplo contundente de esa falta de acompañamiento es que Ecuacorriente se abstuvo de cumplir con cada uno de los principios que estableció en su propio Programa de compra de tierras aprobado por el Ministerio de Ambiente. Aun así, la empresa nunca recibió cualquier tipo de punición o multa por tal incumplimiento. Por otro lado, las políticas de reasentamiento involuntario de la CFI orientan a las empresas a dar preferencia a la reubicación de las familias, desplazándolas hacia otras propiedades en iguales o mejores condiciones que las originales, procedimiento que Ecuacorriente ha rechazado sin que ello le trajera consecuencias jurídicas.

⁴² Ecuador, Fiscalía General del Estado (2014) Fiscalía Provincial de Zamora Chinchipe, Indagación Previa N° 19060181405001, 16/-5/2014.

Las políticas de la CFI⁴³, al igual que las del BM⁴⁴ y especialmente los Principios de las Naciones Unidas indican que el precio justo a ser pagado por las tierras involucradas en un proceso de desalojo debe tener como referencia el precio del mercado o "tierras equivalentes en calidad, dimensiones y valor, o mejores"⁴⁵.

⁴³ Corporación Financiera Internacional. Nota de Orientación 5. Adquisición de tierras y reasentamiento involuntario, Iro de enero de 2012., N.º 8. La compensación por la tierra y demás bienes debe calcularse al valor de mercado más los costos de la transacción relacionados con la reposición de los bienes. En la práctica, quienes sufren impactos sociales y económicos negativos como resultado de la adquisición de tierras para un proyecto y/o de restricciones al uso de la tierra pueden comprender personas que invocan reclamos o derechos legalmente reconocidos sobre la tierra; aquellos con reclamos consuetudinarios respecto de la tierra y quienes que no tienen reclamos legalmente reconocidos, además de los usuarios de recursos naturales estacionales, tales como quienes se dedican al pastoreo, a la pesca, a la caza y recolección, que pueden tener relaciones económicas interdependientes con las comunidades ubicadas dentro de la zona del proyecto. La potencial variedad de personas que reclaman derechos sobre la tierra y su uso torna difícil y complejo el cálculo del costo total de reposición en las situaciones antes mencionadas.

⁴⁴ Banco Mundial. Manual de Operaciones. Políticas Operacionales OP 4.12. Diciembre de 2001, pág. 12, El pago de una indemnización en efectivo por los activos perdidos puede ser apropiado en los casos en que a) los medios de subsistencia dependan de la tierra pero las tierras tomadas para el proyecto representen una pequeña fracción del activo afectado y la parte restante sea económicamente viable; b) existan mercados activos de tierras, vivienda y mano de obra utilizados por las personas desplazadas y haya tierras y viviendas en cantidad suficiente, o c) los medios de subsistencia no dependan de la tierra. El nivel de las indemnizaciones en efectivo deberá ser suficiente para cubrir el costo total de reposición de las tierras y demás activos perdidos en los mercados locales.

⁴⁵ Naciones Unidas. Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, Anexo I del Informe del Relator

Asimismo, todas las personas desalojadas "independientemente de si poseen un título de propiedad" tienen "derecho a una indemnización por la pérdida, el rescate y el transporte de sus bienes afectados, en particular la vivienda inicial y las tierras perdidas o dañadas en el proceso"⁴⁶. Nada de eso ha sido observado en el caso de los desalojos en el área de influencia del proyecto Mirador.

Ecuacorriente no hizo transparente la información relacionada a los precios pagados por cada tierra, ni mucho menos involucró a las personas afectadas en un plan de desalojo y reubicación. Algunos de los finqueros del área de influencia directa del proyecto Mirador, sin contar con ningún tipo de información del gobierno,

Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, A/HRC/4/18, pág. 60. Cuando el desalojo es inevitable y necesario para la promoción del bienestar general, el Estado debe proporcionar o garantizar una indemnización justa e imparcial por cualesquiera de las pérdidas de bienes personales, inmobiliarios o de otro tipo, en particular los derechos y los intereses relacionados con la propiedad. Debe proporcionarse indemnización por cualquier daño económicamente evaluable, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, como, por ejemplo: pérdida de vida o de un miembro; daños físicos o mentales; oportunidades perdidas, en particular de empleo, educación y prestaciones sociales; daños materiales y pérdida de ingresos, en particular la pérdida de las posibilidades de obtener ingresos; daño moral; y los gastos necesarios para la asistencia letrada o de expertos, medicamentos y servicios médicos, y servicios psicológicos y sociales. La indemnización en efectivo en circunstancia alguna debe sustituir la indemnización real en forma de tierras o recursos comunes de propiedad. Cuando a la persona desalojada se le hayan retirado tierras, hay que indemnizarla con tierras equivalentes en calidad, dimensiones y valor, o mejores.

⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 61.

y temiendo quedarse sin nada, prefirieron aceptar los ofrecimientos de la empresa. Otros, sin embargo, decidieron quedarse hasta que la empresa o el Estado propusieran un acuerdo más equitativo, o la justa reubicación. Estas personas ahora se enfrentan con demandas de servidumbre y, algunas de ellas, también sufren el acoso de la empresa, que ha interpuesto denuncias criminales ante la Fiscalía local. Es decir, que de toda la documentación que se ha analizado, el aparato judicial sólo ha traído como resultados la criminalización de las personas que se resisten a salir de la zona.

Asimismo, las familias que vendieron sus tierras recibieron precios que no corresponden al mercado local, y quienes no tenían título de propiedad fueron dejados sin el amparo de una vivienda adecuada. Asimismo, algunas familias indígenas fueron desplazadas de sus tierras y ahora se encuentran sin un recurso efectivo para la reintegración a sus territorios originales. Ecuacorriente no realizó un estudio comprehensivo sobre los pueblos indígenas afectados por el proyecto Mirador y la situación de sus tierras ancestrales. De manera opuesta a las diversas recomendaciones de los organismos de las Naciones Unidas, Ecuacorriente desarrolla el proyecto Mirador, que afecta directamente a estos pueblos, sin que el Estado haya realizado un proceso de consulta. Estas consideraciones ciertamente facilitaron con que algunas tierras indígenas hayan sido tituladas individualmente antes de pasar a ser de propiedad de la empresa.

Las denuncias presentadas por ECSA ante la fiscalía en contra de las personas que no han vendido sus tierras y que protestan por el desempeño de la empresa en la zona vulneran su libertad de tratos degradantes y su libertad de circulación, vulneran sus libertades de expresión y libre circulación, puesto que la asimetría de recursos jurídicos y económicos entre la empresa y los finqueros generalmente se refleja en los resultados de las demandas legales. Este tipo de acciones pueden tener por objetivo amedrentar y ocasionar una crisis económica en los afectados, ya que estos se ven obligados a cubrir costos legales ante denuncias que en este caso concreto parecen ser infundadas o fútiles. El miedo que generan las acciones de la empresa generalmente obstruye las libertades de expresión y circulación de los afectados, quienes pueden dejar de manifestarse por la protección de sus derechos y tener restringido su circulación en la zona.

Particularmente preocupante es la ausencia del Estado. Al haber flexibilizado la legislación nacional para permitir el ingreso de la minería a gran escala, el Gobierno ecuatoriano ha hecho muy pocos esfuerzos por regular de manera adecuada la protección de los derechos de las personas afectadas por esos proyectos, y eso incluye la falta de legislación que regule procesos de desalojos en virtud de proyectos de desarrollo, y la consulta previa, libre e informada con los pueblos indígenas. Es muy poca la capacidad jurídico-institucional del Estado ecuatoriano para proteger los derechos de las personas ante megaproyectos mineros.

Ello finalmente pone en duda la noción de interés social con la cual la ley reviste la actividad minera.

REFERENCIAS

- Banco Mundial. (2001). *Manual de operaciones. Políticas operacionales* OP 4.12. Recuperado 27 de diciembre, 2014, de <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP412Spanish.pdf>
- Bardouille, D. y Vallejo, P. (2009). *Proyecto de incorporación corporativa. Reporte de visita al campo*. Collaborative Learning Projects. Recuperado 07 de septiembre, 2015, de: <http://cdacollaborative.org/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/Reporte-de-Visita-al-Campo.pdf>
- CEDHU. (2010). *La minería a grande escala en Ecuador y violaciones a derechos humanos: el caso Corriente Resources*. Quito, Ecuador: CEDHU.
- CEDHU. (2014). *Informe de resultados de la misión de observación de la situación de derechos humanos de la población de Tundayme afectada por el proyecto Mirador-Provincia de Zamora Chinchipe*. Documento de trabajo. Quito, Ecuador: CEDHU.
- Centro Shuar Ijiam. *Sentencia Shuar sobre la posesión ancestral y efectiva del territorio en San Marcos y en Tundayme*. Ecuador, 28 de junio de 2014.
- Cohre (2006) *Desalojos en América Latina: los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú*. Porto Alegre, Brasil: COHRE.
- Colombia. Contraloría General de la República (2013) *Actuación Especial de Auditoría, Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible – Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). Evaluación del proceso de reasentamiento poblacional por minería del carbón en el departamento del Cesar*. CGR-CDSA-N.º 00663.
- Corporación Financiera Internacional. (2012). *Nota de Orientación 5. Adquisición de tierras y reasentamiento involuntario*. Recuperado 14 de febrero, 2014, de: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/4adace804dd83633a-88ca87a9dd66321/GN5_Spanish_2012.pdf?MOD=AJPERES
- Corriente Resources Inc. (2010). *CRCC-Tongguan Investment (Canada) Co., Ltd. Acquires approximately 96,9% of Corriente Resources Inc*. Recuperado 14 de febrero, 2014, de: <http://www.corriente.com/media/PDFs/news/2010/20100804-CRIPressRelease.pdf>
- Ecuacorriente S.A. (2006) *Estudio de Impacto Ambiental Ampliatorio Proyecto Mirador Ecuacorriente S. A.* Quito, Ecuador: Ecuacorriente.
- Ecuacorriente. S.A. (26 de julio, 2014). *Pedido de Inspección Judicial presentado por Ecuacorriente a la Unidad Judicial Multicompetente de Yantzatza*. Ecuador.
- Ecuador. Contraloría General del Estado. Dirección de Auditoría de Proyectos y Gestión Ambiental, DIAOA-0027-2012. (2011) *Informe General a la gestión de los Ministerios del Ambiente, de Recursos Naturales No Renovables y otras instituciones relacionadas con los proyectos mineros Mirador y Panantza-San Carlos de las provincias de Zamora Chinchipe y Morona Santiago; y al análisis de las responsabilidades sobre los daños ambientales producidos en el sitio Kenkuim (Conguime) del Cantón Paquisha, Provincia de Zampora Chinchipe, por actividades mineras desarrolladas en forma ilegal por el periodo comprendido entre el 2 de enero de 2005 y el 27 de abril de 2011*.
- Ecuador (2008) *Constitución de la República del Ecuador*.
- Ecuador. Fiscalía Provincial de Zamora Chinchipe. (16 de mayo, 2014) *Indagación Previa N.º 19060181405001*.
- Ecuador. *Ley de Minería* (2009).
- Ecuador. Ministerio del Ambiente. (26 de agosto, 2010). *Resolución No. 346 de 26 de agosto de 2010*.
- Ecuador. Ministerio de Recursos Naturales No Renovables (2012) *Resolución No. 001-2012*.
- Ecuador. Ministerio de Ambiente. (23 de mayo, 2011). *Oficio 09876-2009-SCA-MAE*.

- Ecuador. Notaría Primera de Panguí. (15 de julio, 2014). *Declaración juramentada del Ángel Polibio Arévalo Pacheco*.
- Naciones Unidas. (2009). *Derechos Humanos, proyectos de desarrollo y desalojos. Una guía práctica*. México, Coalición Internacional para el Hábitat América Latina (HIC-AL) y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH).
- Naciones Unidas. (2004). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Examen de los informes presentados por los Estados Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ecuador*. 32.º período de sesiones. E/C.12/1/Add.100. Recuperado, 15 de mayo, 2012 de: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4s-lQ6QSmIBEDzFEovLCuWzVCXkRUT2pE-FOZi2eiY172G%2BxjyU9AKJYleeKt9D1t5m-PkY%2BB1Gk3qAFLXtY16N4pEXplrJN6PtX-QUf5OVxgsSasb0qZuWiAekAJouSq2N>
- Naciones Unidas. (2012). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe de Ecuador, aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su cuadragésimo noveno período de sesiones (14 al 30 de noviembre de 2012)*. E/C12/ECU/CO/3. 30 de noviembre de 2012. Recuperado el 05 de agosto, 2013, de: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.ECU.CO.3_sp.pdf
- Naciones Unidas. (2007). Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. A/HRC/4/18. Recuperado el 19 de abril, 2013, de: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Guidelines_sp.pdf
- Naciones Unidas. (2001). Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos. HRI/GEN/1/Rev.5. Recuperado el 09 de abril, 2013, de: http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_sp.doc
- Pettersson, B. (2012, enero). Development-induced displacement: internal affair or international human rights issue? *Forced Migration Review*, 1(12), 11-19. Recuperado el 06 de junio, 2013, de <http://www.fmreview.org/development-induced-displacement/pettersson.html>
- Sacher W. y Acosta, A. (2012). *La minería a gran escala en Ecuador. Análisis y datos estadísticos sobre la minería industrial en Ecuador*. Quito, Ecuador: Abya Yala.
- Unhcr. (2008). IDP Key Resources for Camp Coordination and Camp Management, Protection, and Emergency Shelter. Recuperado el 18 de abril, 2016, de <http://idpkeyresources.infocollections.org/en/cl/CL3.4.4/clmd,50.html>
- Viteri Díaz, P. (2010). *Expediente Negociación de Tierras Proyecto Mirador*. Gualaquiza (documento interno) Cedhu: Ecuador.

*La cirugía estética como relación de consumo**

Rafaela Ester Sayas Contreras**
Juan Sebastián Mercado Verbel***

Recibido: 29 de junio de 2016 • Aprobado: 30 de octubre de 2017
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a8>

RESUMEN

La sociedad capitalista determina la creación de necesidades expresadas en el acceso a nuevos bienes y servicios que distan del consumo de subsistencia, lo que promueve la compra de productos simbólicos que proporcionan experiencias que despliegan satisfactores distintos al consumo racional. La proliferación de la cirugía plástica merece un análisis especial, pues en el año 2016, Colombia fue el tercer país latinoamericano –solo precedido por Brasil y México, respectivamente– donde más se realizaron procedimientos estéticos quirúrgicos, al punto de promoverse como un destino para el “turismo de bisturí” de forma institucional. Este artículo pretende caracterizar a la cirugía estética como producto de consumo, en el marco de una interpretación conforme al principio pro consumidor, con las consecuencias jurídicas de tal postura. Para ello, se analizará la relación jurídica surgida entre el cirujano estético y su paciente, para luego verificar si esta se enmarca dentro del estatuto del consumidor, y por último se identificarán las consecuencias prácticas de incluir las obligaciones de este contrato dentro del derecho del consumidor, y así dilucidar la responsabilidad médica en virtud de daños causados a un paciente por este tipo de procedimientos.

Palabras clave: Cirugía estética, responsabilidad médica, relación de consumo, obligaciones de medio, obligaciones de resultado.

* Informe de avance de la investigación realizada en el marco del programa Colciencias *Fortalecimiento de las capacidades regionales y locales de los consumidores: promoción de las competencias establecidas en el nuevo Estatuto del consumidor*, Proyecto Cartagena. 2015-2016.

** Abogada de la Universidad de Cartagena (Colombia). Especialización en Derecho Financiero del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (Colombia). Especialización en Conciliación y Resolución de Conflictos de la Universidad de Cartagena (Colombia). Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctora en Sociología de la Universidad de Belgrano (Buenos Aires, Argentina). Docente de la Universidad de Cartagena y de la Maestría en Derecho de la Universidad de Medellín. Directora del grupo de investigación Conflicto y Sociedad, categoría A de Colciencias (Colombia). Correo electrónico: rafaelaester@gmail.com. Perfil Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9342-3907>

*** Abogado de la Universidad de Cartagena (Colombia). Semillerista del grupo de investigación Conflicto y Sociedad, categoría A de Colciencias (Colombia). Correo electrónico: jmercado@unicartagena.edu.co. Perfil Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4809-3480>

Cosmetic Surgery as a Consuming Relationship

ABSTRACT

Capitalist society determines the creation of needs expressed in the access to new goods and services that are far from subsistence consumption, which promotes the purchase of symbolic products providing experiences that deploy satisfaction other than rational consumption. The proliferation of plastic surgery deserves a special analysis, since in 2016, Colombia was the third Latin American country —only preceded by Brazil and Mexico, respectively— where more cosmetic surgical procedures were performed, to the point of being promoted as a destination for “scalpel tourism” in an institutional manner. This paper aims to characterize cosmetic surgery as a consuming product, within the framework of an interpretation in accordance with the pro-consumer’s principle, with the legal consequences of such a position. To this end, the legal relationship between the cosmetic surgeon and his or her patient will be analyzed, in order to verify whether this is within the framework of the consumer’s status, and finally, the practical consequences of including the obligations of this contract within the consumer’s law will be identified, in order to elucidate the medical responsibility for damages caused to a patient by this type of procedure.

Keywords: Cosmetic surgery; medical responsibility; consumption ratio; environmental obligations; performance obligations.

A cirurgia estética como relação de consumo

RESUMO

A sociedade capitalista determina a criação de necessidades expressas no acesso a novos bens e serviços que se distanciam do consumo de subsistência, o que promove a compra de produtos simbólicos que proporcionam experiências que desdobram satisfatores diferentes ao consumo racional. A proliferação da cirurgia plástica merece uma análise especial, já que, no ano de 2016, a Colômbia foi o terceiro país latino-americano —precedido apenas pelo Brasil e pelo México, respectivamente— onde mais se realizou procedimentos estéticos cirúrgicos, a ponto de promover-se como um destino para o “turismo do bisturi” de forma institucional. Este artigo pretende caracterizar a cirurgia estética como produto de consumo, no âmbito de uma interpretação conforme o princípio pro consumidor, com as consequências jurídicas de tal postura. Para isso, a relação jurídica que surge entre o cirurgião estético e seu paciente será analisada para depois verificar se esta se encaixa no estatuto do consumidor; por último, serão identificadas as consequências práticas de incluir as obrigações desse contrato dentro do direito do consumidor e, assim, elucidar a responsabilidade médica em virtude dos danos causados a um paciente por esse tipo de procedimento.

Palavras-chave: Cirurgia estética; obrigações de meio; obrigações de resultado; relação de consumo; responsabilidade médica.

INTRODUCCIÓN

Colombia es el noveno país en donde más se realizaron procedimientos estéticos quirúrgicos en el año 2016, con un total de 288.443 según las cifras de la Sociedad Internacional de Cirugía Plástica Estética (ISAPS, por sus siglas en inglés). Un análisis dogmático de la figura contractual utilizada para este tipo de relaciones es pertinente para comprender qué obligaciones tienen, tanto médico como paciente, cuando pactan practicar este tipo de procedimientos en la medida que la cantidad de servicios médico-estéticos demandados en Colombia es altísima.

A pesar de que el mercado ha banalizado esta clase de procedimientos, en algunos de los casos se juega la salud y calidad de vida de los pacientes. Debido a esto, este trabajo pretende que los servicios médicos estéticos sean analizados desde la categoría conceptual "relación de consumo", que fungirá como dispositivo de análisis de una realidad social que implica el ofrecimiento de estos servicios, para así determinar el contenido de las obligaciones de las partes, beneficiándose la más débil en la relación contractual.

Como marco fáctico de la situación, se advirtió que Colombia, en el contexto de los países latinoamericanos, es el tercer país en donde más se realizan procedimientos quirúrgicos-estéticos solo superado por Brasil y México, e inclusive desde el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se promueve la prestación de este tipo de servicios como oportunidad de negocio en Colombia (Proexport, 2013).

En ese orden de ideas, los servicios médicos son ofrecidos desde parámetros de mercado que buscan crear una necesidad en el consumidor a través de técnicas de mercadeo que desbordan la relación clásica médico paciente. Así las cosas, "la práctica de la cirugía estética se inscribe desde un sistema general de mercado impulsado por la globalización y el capitalismo" (Herrera, 2012, p. 9).

El tratamiento jurídico dado en el país a estas relaciones jurídicas por jueces e instituciones complica la situación, pues las interpretaciones no son unívocas; en ocasiones se trata a los servicios médicos estéticos desde parámetros de consumo, y otras veces como una relación ordinaria civil, lo cual genera falta de certeza en el marco obligacional, particularmente para los pacientes, quienes son la parte débil de esa relación, por las asimetrías que comporta el acceso al conocimiento técnico.

La Corte Suprema de Justicia se ha manifestado sobre el particular, específicamente a los servicios de salud, y dijo que la relación entre las instituciones prestadoras de salud y los pacientes es de consumo, en la medida que,

[E]s incuestionable que la contratación masiva afectó, igualmente, la prestación del servicio de salud y produjo notables modificaciones en la relación médico paciente hasta entonces existente, que de índole individual y personalizada pasó a ser no solamente extensa, sino también compleja en cuanto está a cargo de organi-

zaciones con carácter empresarial (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de julio de 2010. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena).

En ese orden de ideas, estableció que la prestación de servicios médicos se enmarca dentro de una relación de consumo, y los jueces deben interpretarlos según el principio *pro consumatore*; inclusive trajo a colación las directrices de Naciones Unidas sobre Consumo, plasmadas en la Resolución 39/248 que sugirió una política enérgica para la protección a los consumidores y usuarios en el marco de la prestación de servicios hospitalarios.

Dicha afirmación reforzó la postura de la responsabilidad en el ofrecimiento de los servicios de salud, la cual no solo concierne al acto médico en sentido estricto, sino a la responsabilidad de variados tipo de servicios que pueden abarcar asistencia sanitaria, paramédica, y servicios de hospitalización, entre otros.

La sentencia citada es una decisión relacionada con la responsabilidad médica antes de la expedición del Nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480/2011), por lo cual el marco normativo y el contexto interpretativo eran diferentes, pese a que se reconocía la asimetría contractual de los pacientes-consumidores.

Por otro lado, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) rindió un concepto, en virtud de una consulta ciudadana relacionada con la aplicación del Estatuto del Consumidor a una clínica de cirugías

plásticas, en el cual recalcó el carácter supletivo de la Ley 1480 de 2011, es decir, que ha de aplicarse en ausencia de regímenes especiales. Sobre el particular sostuvo que, "para el caso de las clínicas estéticas no se cuenta con disposiciones especiales en relación con los derechos de los consumidores, por lo cual resulta aplicable de manera principal la Ley 1480 de 2011" (SIC, 2013).

Los negocios jurídicos relativos a los procedimientos médico-estéticos se encuadran en un tipo de relación especial que desborda las relaciones contractuales clásicas con el médico cirujano. Esta situación implica un redimensionamiento de las obligaciones contraídas, y en ese mismo sentido, las respuestas del ordenamiento jurídico cuando no se dan los resultados estéticos esperados.

Para efectos de este trabajo, se entiende como relación de consumo aquella estimulada por el mercado que se traba entre un fabricante o proveedor de un producto (bien o servicio) y una persona natural o jurídica para la satisfacción de una necesidad propia (no comercial). La ley colombiana no definió qué es una relación de consumo, pero sí estableció quién es un consumidor o usuario en el numeral 3.º del artículo 5 del estatuto pertinente, de esta forma:

Toda persona, natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza, para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o do-

méstica y empresarial, cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.

Cabe rescatar de esta definición que la calidad de "destinatario final" hace referencia a que el beneficiario adquiera el bien o servicio para la satisfacción de una necesidad propia y no con fines comerciales.

Las legislaciones de Brasil, Uruguay y Argentina incluyen expresamente en la definición de consumidor a la relación de consumo; inclusive la de Argentina alude a los consumidores en los mismos términos de la legislación colombiana, pero adicionalmente menciona en el párrafo 1.º que,

Se considera así mismo consumidor o usuario a quién, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (L.24.240/2008).

Por ello, es relevante tomar en consideración el ofrecimiento de bienes y servicios de manera intencionada, para estimular la demanda desde los parámetros de economía de mercado y resaltar al consumidor como el más frágil de la cadena de consumo. En el mismo sentido lo expresa Villalba (2009), aludiendo a que "la relación de consumo es un vínculo jurídico obligatorio de carácter especial propio de las relaciones económicas capitalistas de la

vida moderna, que se puede configurar en la fases precontractual, contractual o extracontractual, y que además rompe con los esquemas tradicionales del derecho privado" (p. 92).

El escenario jurídico y las herramientas normativas disponibles no siempre ofrecen soluciones unívocas, lo que evidencia que los consumidores de servicios médicos estéticos podrán estar desprotegidos frente a ciertas prácticas de los agentes del mercado. Por ello, para determinar los alcances y limitaciones de la figura, se plantea la siguiente pregunta: ¿De qué manera el ofrecimiento de servicios de cirugía médica estética podría ser caracterizado como relación de consumo? En esa medida ¿Cuáles serían los efectos prácticos de la misma? Responder estos cuestionamientos permitirá lograr el cometido de esta investigación, el cual es clarificar el contenido obligacional de la relación del cirujano estético con su paciente y los efectos de las mismas para cada una de las partes contractuales.

METODOLOGÍA

La investigación se desarrolla desde los parámetros de la investigación cualitativa, jurídico-dogmática, descriptiva, con fundamento en la recopilación y análisis de información secundaria. Para tales efectos, se procedió al relevamiento, clasificación y análisis de información condensada en normas, sentencias de la Corte Suprema de Justicia y textos especializados. Se utilizó como dispositivo de análisis la categoría transversal de "relación de consumo", con lo cual

se exploraron alternativas hermenéuticas distintas a las existentes en el tema en cuestión.

Así las cosas, este trabajo se ha dividido de la siguiente manera: en primer lugar se analizará la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos y de servicios médicos estéticos; luego, en este contexto, la postura de la Corte Suprema de justicia en torno a la responsabilidad médica, para luego proceder a la caracterización de la cirugía estética como relación de consumo y de esa manera determinar los alcances jurídicos e interpretativos de esa postura, brindando posibles soluciones en el derecho colombiano a las problemáticas derivadas de este tipo de relaciones desde la perspectiva de protección al consumidor.

1. **EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS Y EL DE SERVICIOS MÉDICOS ESTÉTICOS**

En Colombia, la atención en salud se entiende como un servicio público cuya prestación está organizada y reglamentada por el Estado, según lo establecido en el artículo 49 de la Constitución Política. Por tanto, la prestación de este servicio como regla general tiene una regulación estricta, cuyo incumplimiento tiene consecuencias de carácter sancionatorio.

A pesar de lo anterior, el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSS) no es incompatible con el ofrecimiento de servicios médicos particulares de los profesionales en el ejercicio de esta profesión

liberal. Este aspecto se resalta, porque la prestación de servicios médico-estéticos no se encuentra plenamente regulada en las normas de orden público, sino que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de los contratantes. Precisamente, es esta la que determina el contenido obligacional del contrato médico, lo que tiene implicaciones diversas en el contenido del convenio y especialmente en la naturaleza de las obligaciones emanadas del mismo.

Por lo antedicho, en este acápite se analizarán los elementos del contrato médico de manera general, y de manera particular, del contrato de medicina estética, pues, el objeto contractual del último implica una obligación de embellecimiento con el paciente-consumidor, mientras que en la relación tradicional "el objeto de la obligación asumida por el galeno son las prestaciones de conductas profesionales tendientes a la curación; la obligación del paciente es el pago de estos servicios" (Lorenzetti, 1997, p. 317). De ello se desprende que las obligaciones de una y otra relación no pueden tener consecuencias homogéneas y se hace necesaria la determinación del caso concreto analizado.

En ese orden de ideas, es menester clarificar la relación que existe entre cirugía plástica y cirugía estética, la cual es de género a especie, siendo la cirugía estética una especie dentro de la categoría de la cirugía plástica. Existen dos clases: (i) la cirugía reparadora que persigue corregir defectos congénitos o adquiridos, como por ejemplo las malformaciones al nacer o las quemaduras y grandes cicatrices; y (ii)

la cirugía estética que tiene como único objetivo embellecer al paciente (Jaramillo, 2011, p. 374).

En el ordenamiento jurídico vigente en Colombia (Ley 100 de 1993 y los decretos 1570 de 1993, 1485 y 1486 de 1994; Ley 23 de 1981) existen varias formas o tipologías de crear vínculos obligacionales entre un médico y un paciente según si se hace dentro del sistema de salud o como contrato independiente. A continuación, se expone brevemente el tipo de relaciones contractuales que surgen de la relación del paciente con su médico, las cuales se expresan en relaciones directas o relaciones indirectas (intermediarios del sistema de salud).

En la primera de ellas –las directas– el médico y su paciente, por sus propios medios, entablan una relación contractual sin intermediarios. Las obligaciones que nacen del vínculo devienen únicamente de lo que las partes establezcan en el marco de la confianza que el paciente deposita en el galeno, por su prestancia social o la publicidad a la cual haya tenido acceso, consecuencia de la difusión que el prestador hiciera de los servicios ofertados, como, por ejemplo, el ofrecimiento de servicios médicos por parte de especialistas que prestan un servicio muy concreto (nefrólogos, psiquiatras, neurólogos, etc.); empero, con la aparición de las empresas de medicina pre-pagada la relación directa médico-paciente se ha reducido y los pacientes (usuarios) se han acogido a los servicios ofertados por los portafolios de este tipo de empresas.

En este tipo de contratos, la responsabilidad de la prestación del servicio, recae única y exclusivamente en el médico, puesto que el paciente acudió directamente a él en virtud de su idoneidad y es quien tiene la responsabilidad directa de la ejecución del contrato. Sin embargo, las normas relativas a la calidad, seguridad e higiene en la prestación del servicio son las contenidas en el SGSSS, pero el contenido prestacional (objeto del contrato) se enmarca en el derecho privado y las reglas de la *lex artis ad hoc*. Los negocios jurídicos voluntariamente celebrados entre el médico y el paciente se encuentran expresamente autorizados por el numeral primero del artículo 5 de la Ley 23 de 1981, relacionado con la "*decisión voluntaria y espontánea de ambas partes*" que traba la relación médico-paciente.

En cuanto a las segundas –las indirectas– se configuran con intermediarios o actores de Sistema de Salud, como las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y las instituciones de medicina pre-pagada. Así las cosas, la relación médico asistencial, por regla general, se desarrolla en el marco de la regulación que para el efecto expide el Ministerio del ramo, con fundamento en la Ley Estatutaria de Salud. Los entes intermediarios principales son las EPS, personas jurídicas que se encargan del registro de los afiliados (cotizantes y beneficiarios) y del recaudo del dinero por concepto de aportes al sistema. En este contexto, los profesionales del servicio de salud son contratados directamente por las EPS o por las IPS, y prestan el servicio al paciente, pero únicamente en virtud

de la relación entre este y la EPS. Por lo tanto, en esta modalidad, el vínculo del médico con el paciente no es libre y quien garantiza las condiciones de la prestación es la EPS, mientras que el médico es un ejecutor de las obligaciones contraídas por la entidad prestadora.

Por otro lado, la elección de una institución de medicina pre-pagada, implica para el paciente, una cobertura adicional con mayores estándares de calidad que los planes obligatorios de salud brindados por las EPS. Estos servicios se venden a los usuarios del sistema, en el marco de una relación contractual privada, cuyo parámetro delimitador es la autonomía de la voluntad. Estos contratos son de adhesión, pues cada prestador ofrece un portafolio de servicios y el usuario decide si acogerse o no a las condiciones ofrecidas. La Corte Constitucional indicó al respecto que:

En relación a los elementos y características del contrato de medicina prepagada, en sentencia T-650 de agosto 17 de 2007 M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se estableció que "reúne las características de ser bilateral, oneroso, aleatorio, principal, consensual y de ejecución sucesiva en los términos del Código Civil y surge al mundo jurídico como un contrato de adhesión, según el cual las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las

cuales la otra expresa su aceptación y adherencia o su rechazo absoluto".[...] estos contratos se rigen por las normas de derecho privado, toda vez que el acuerdo de voluntades genera derechos y obligaciones para las partes, y en ese sentido, cada contratante debe cumplir con todo lo establecido [...] (Corte Constitucional, Sentencia T-661 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

Siendo más específicos y ubicándonos en el contexto planteado para este trabajo, es relevante considerar la relación directa médico-paciente, debido a que los servicios de cirugía estética son ofrecidos por fuera del SGSSS y es el paciente quien acude directamente al galeno para que le preste el servicio. Sin embargo, cabría preguntarse, si el ofrecimiento de servicios médicos estéticos desde parámetros empresariales desborda la dinámica de la relación médico paciente civil y desemboca en una relación de consumo. Así las cosas, hay que determinar si este tipo de servicios deben ser analizados, bien desde los parámetros de la contratación civil en un marco de autonomía de la voluntad o desde la lógica del mercado, aspecto que implicaría una protección reforzada del paciente consumidor. Para ser más precisos, el contrato de cirugía estética, atendiendo el contexto normativo colombiano, es considerado un contrato más, que debe cumplir los requisitos de existencia y de validez de cualquier otro negocio jurídico y que según su naturaleza se puede clasificar como:

- a. Consensual: puesto que se perfecciona con el acuerdo de las partes de

celebrarlo, es decir, cuando el paciente escoge al galeno que considera idóneo para que practique el procedimiento quirúrgico *embellecedor* que cree necesario, el profesional ofrece un precio para el servicio y el paciente acepta, se perfecciona el pacto.

- b. Bilateral: las partes tienen obligaciones correlativas, el médico debe cumplir con todo lo establecido por la *lex artis ad hoc* para el procedimiento quirúrgico que se pactó, el paciente debe pagar los honorarios y tanto médico como paciente se comprometen a llevar a cabo lo requerido en el posoperatorio, así como las demás obligaciones convenidas en el negocio jurídico particular.
- c. Conmutativo: las prestaciones del negocio jurídico se encuentran plenamente establecidas *ab initio* de la relación contractual y entre ellas existe un parámetro de equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe; no existe ningún riesgo inherente a la estructura jurídica del contrato (Castillo Freyre y Céspedes Susuki, s. f.), pues los honorarios y el procedimiento quirúrgico a realizar se pactaron desde el comienzo. Quienes consideran que el contrato médico es aleatorio olvidan que "... la prestación a la que se obliga el galeno consiste en una obligación de hacer, poniendo sus conocimientos, medios y diligencia a fin de procurar la curación" (Lorenzetti, 1997); por tanto, no es la curación *per se* el objeto del contrato, que es en sí misma aleatoria, sino que el médico cumple con los procedimientos establecidos

para la práctica de la respectiva cirugía acordada o *lex artis ad hoc*. Esta característica se hará relevante a la hora de examinar la categoría dogmática de las obligaciones de medio y de resultado, las cuales serán determinantes para el análisis de la responsabilidad por daños causados en cumplimiento del objeto contractual.

- d. Oneroso: en el caso de la cirugía plástica estética, se pactan unos honorarios como contraprestación directa al servicio *embellecedor* ejecutado por el galeno en virtud del contrato de prestación de servicios.
- e. Profesional: una de las partes –el cirujano estético– posee un conocimiento experto, un exceso de información respecto a su contraparte, de lo que surge una relación asimétrica, en donde una parte se encuentra a merced de la otra, pues no puede discutir los términos precisos de la prestación; esto porque al ser lego en la materia médica, se ve obligado a aceptar las condiciones de prestación que el médico ofrece; por ello, y en virtud de ser Colombia un Estado *social de derecho*, el sistema jurídico debe llevar a cabo acciones positivas para nivelar la relación.

2. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En Colombia, la responsabilidad médica tiene una línea jurisprudencial que data de inicios del XX, así como una decan-

tada doctrina cuyo basamento se ancla en la prueba de la culpa del galeno, que está a cargo del demandante (Jaramillo, 2010, p. 395).

Ahora bien, para establecer un orden en este acápite, se efectuará un breve análisis de los pronunciamientos de la Corte, relativos a la posición de la Corporación en torno de la responsabilidad médica y "médica estética", para luego analizar alternativas garantistas que ofrece el ordenamiento jurídico en desarrollo de disposiciones constitucionales, de la mano de interpretaciones más actuales en el marco de las normas de protección al consumidor.

Si bien desde la década de los años 40, la Corte determinó que la imputabilidad en los casos de responsabilidad médica debía analizarse según el régimen subjetivo, en algunas oportunidades la Corte predicó la responsabilidad médica con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil, por tratarse de actividades peligrosas y analizó la responsabilidad conforme a la presunción de culpa, (14 de octubre de 1959 -G. J. N.º 2217, pp. 759 y ss.; Sentencia del 14 de marzo de 1942).

A pesar de la excepción anterior, es casi invariable la tesis que considera que la responsabilidad médica se maneja desde la perspectiva de la culpa probada, porque si bien comporta riesgos, estos son inferiores a las consecuencias de la no prestación del servicio y persigue fines importantes para la sociedad; de igual manera aceptar este supuesto haría impracticable el ejercicio la medicina.

Empero, a partir del análisis de las obligaciones de medio y de resultado concluyó que: "Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos" (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de enero de 2001, M. P. José Fernando Ramírez Gómez).

En menester señalar que en la relación del médico con su paciente, la obligación prestacional del médico es de medio y para acreditar su responsabilidad es necesario tener certeza de la culpa y que esta sea grave como regla general, de tal forma fue expuesto en la sentencia de 05 de marzo de 1940 de la Corte Suprema de Justicia, (G. J. N.º 1953, p. 119, citado por Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de agosto de 2013, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda).

Si bien, el parámetro obligacional antedicho aplica generalmente a la responsabilidad médica, según la jurisprudencia, cada contrato de prestación de servicios médicos debe ser individualmente examinado para poder determinar la responsabilidad del galeno, porque "es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa" (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de enero de 2001, M. P. José Fernando Ramírez Gómez).

Quiere decir lo anterior que debe valorarse el acuerdo al que llegaron las partes

contratantes para poder establecer el criterio de imputabilidad de responsabilidad aplicable en cada caso, lo cual tiene implicaciones serias, porque en un caso y en el otro –obligaciones de medio y de resultado– se altera la carga de la prueba respecto al elemento de la culpa. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia considera que las partes están en absoluta libertad de establecer si la obligación del médico es de medio o de resultado, pues no existe ninguna restricción al respecto, por lo que concluyó que:

[E]n desarrollo del principio de autonomía privada pueden presentarse casos, valga precisar, no solamente en el campo de la cirugía plástica con fines estéticos o de embellecimiento, en los que el médico, por decisión propia y consciente, adquiera el compromiso de lograr u obtener un resultado específico, esto es, que se obligue para con el paciente a la consecución de un fin determinado, supuesto en el que, como es obvio entenderlo, la obligación a su cargo se tipifica como de resultado (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 05 de noviembre de 2013, M. P. Arturo Solarte Rodríguez).

En lo atinente a la cirugía estética, la sola intervención no implica que las obligaciones del galeno sean de resultado, sino que esto dependerá de la autonomía de la voluntad, lo cual explicó la Corte Suprema así:

Para el caso de la cirugía plástica con fines meramente estéticos, por lo tanto, puede darse el caso

de que el médico se obligue a practicar la correspondiente intervención sin prometer o garantizar el resultado querido por el paciente o para el que ella, en teoría, está prevista; o de que el profesional, por el contrario, sí garantice o asegure la consecución de ese objetivo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 05 de noviembre de 2013, M. P. Arturo Solarte Rodríguez).

En este orden de ideas, la sola intervención del cirujano estético no permite inferir –según lo plantea la Corte– que la obligación pactada sea de resultado, orientada a alcanzar un objetivo específico. Quiere decir ello que, aun tratándose de cirugía estética, cobra relevancia el consentimiento vertido en el contrato, que al final determina el contorno de las obligaciones asumidas por el galeno, porque la naturaleza de la obligación es negociable, según lo expuesto por el alto tribunal.

La postura de la Corte corresponde con la de su homóloga española, la cual desde la sentencia del 29 de junio de 2007 (RJ 2007 \ 3871) excluyó a la medicina de la categoría de las obligaciones de resultado, incluso cuando el procedimiento realizado es de carácter embellecedor, porque los médicos actúan sobre personas lo que implica que hay un elemento de aleatoriedad aun cuando el paciente no posee problemas de salud previos (Montalvo, 2013), inclusive algunos magistrados de esa Corte manifestaron que la noción de que las obligaciones de los médicos estéticos son de resultado *ha pasado a la historia* (Kvitko, 2011, p. 16).

La tesis que plantea este artículo alude a que la posición de la Corte es riesgosa para los pacientes-consumidores, en la medida que da absoluta libertad a las partes para determinar la naturaleza de las obligaciones (medio o resultado) sin tomar en consideración la debilidad contractual del paciente que requiere los servicios estéticos, frente al profesional que maneja la información y los aspectos técnicos de los procedimientos quirúrgicos. Esta circunstancia, necesariamente, incide en los aspectos procesales, relacionados con la carga de la prueba de la culpa del galeno, la cual siempre estaría en cabeza del demandante, en caso de un daño acaecido con la intervención médica contratada.

Esta libertad contractual para determinar el contenido del contrato, en supuesta igualdad de condiciones –postura que no se comparte– contrasta con el ofrecimiento de servicios médicos atendiendo los parámetros del mercado y la posibilidad real del cirujano en influir para que la obligación sea de medio, a pesar de que el paciente busque un resultado específico orientado hacia el embellecimiento. Así las cosas, debe buscarse una solución normativa o interpretativa, más favorable para el paciente consumidor, atendiendo a que en clave de relación de consumo, es el contratante débil, cuya posición en el momento de la realización del contrato respectivo es de total asimetría. En consideración a ello, para casos como estos, deben existir restricciones a la autonomía de la voluntad, relacionados con los acuerdos especiales de las partes, orientados a consentir pactos o cláusulas

desfavorables al paciente-consumidor que refuercen justamente esta asimetría y que puedan incidir en la naturaleza jurídica de las obligaciones contratadas y su correlato en la carga de la prueba.

3. LA CIRUGÍA ESTÉTICA EN COLOMBIA COMO PRODUCTO DE CONSUMO

En este acápite se demostrará que las cirugías estéticas deben ser consideradas como producto de consumo. Como punto de partida ha de tenerse en cuenta el auge en la práctica de las cirugías estéticas, cuyo fin no es curativo. De hecho, los consumidores de este tipo de servicios buscan un determinado estándar de belleza creado por el mercado, patrón que en hombres y mujeres puede ser incorporado a través de la cirugía estética bajo la promesa inclusive de alcanzar un mejor nivel de vida en un asociacionismo conveniente con discursos mediáticos relativos a las formas del cuerpo; por ello sostiene Herrera (2012) que:

[E]n la cirugía estética se entrelazan el cuerpo biológico –el individuo– y el cuerpo social –sociedad–, por lo tanto, se moldea o se re-construye el cuerpo biológico a partir de las demandas del cuerpo social.

La cirugía estética está redefiniendo la forma cómo debe lucir el cuerpo del hombre y de la mujer. Apoyado por las publicidades y los medios de comunicación se crea un ideal de belleza difícil de alcanzar. De este modo, se promociona a la cirugía estética como la solución para, por una parte, mejorar el aspecto

del cuerpo y, por otra, mejorar el bienestar personal (Herrera, 2012, p. 9).

Entonces, ¿por qué tendría que caracterizarse la cirugía estética como relación de consumo? Esta es una respuesta que debe ser analizada con detenimiento, en el sentir de Herrera (2012) porque "a partir del siglo XX, comienza la mercantilización del cuerpo, en donde este se convierte en un objeto más de consumo. Dentro de la gama de productos que existen para embellecer el cuerpo se encuentra la cirugía estética que se ha convertido en otro bien de consumo" (p. 23).

A pesar de lo anterior, la decisión aludida en la sentencia de 5 de noviembre de 2013, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez, concluyó que en la práctica de procedimientos médicos estéticos prima la autonomía de la voluntad para delimitar el alcance y contenido de las obligaciones del galeno, de tal suerte que las obligaciones, inclusive en la cirugía médica estética, pueden ser de medio o de resultado conforme lo acuerden las partes. El asunto objeto de pronunciamiento era relativo a una controversia entre una paciente y su cirujano estético, por las consecuencias de un "lifting facial" o "rejuvenecimiento".

En esta decisión la Corte estimó que es carga del demandante acreditar que el médico se obligó a un resultado específico, y en su ausencia se reputa que la obligación contraída por el profesional es solo de medio; por lo tanto, le correspon-

de a la demandante la carga de probar los elementos fundantes de la responsabilidad, y al médico cirujano solo la prueba de la diligencia y cuidado según la *lex artis ad hoc*.

La decisión en comento posee aclaración de voto del magistrado Ariel Salazar Ramírez, quien afirma que la cirugía plástica lleva ínsita una obligación de resultado, al tener en cuenta los avances de la medicina y el saber experto, que demandan del cirujano estético una prestación específica y no los cuidados solícitos de forma indeterminada (relación regular); tal opinión por su relevancia se transcribe literalmente:

La vida, la salud, la integridad física y moral, no son simples mercancías sino bienes personalísimos sumamente preciados que gozan de protección constitucional y civil, y por ello los médicos no pueden tratar a sus pacientes de manera irresponsable o sin comprometerse a obtener el resultado previsto por los estándares del oficio, ni siquiera en el caso de que manifiesten expresamente que no garantizan el producto de su labor; sobre todo cuando la reputación del galeno no precede a su eficacia, como ocurría en épocas pretéritas, sino que su prestigio se tasa actualmente por los aciertos que obtiene en cada caso que atiende, los cuales son medidos con rigor por el cliente, por la comunidad científica y por la sociedad en general (Aclaración de voto, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 5 de noviembre de 2013).

En concordancia con la anterior opinión, se considera que la relación del cirujano estético con su paciente no se desarrolla bajo parámetros indefinidos en la prestación; tal es el compromiso del médico con el resultado, que en ocasiones la tecnología posibilita simular el resultado probable de la cirugía (Jaramillo, 2011, p.380). Además, no resulta coherente con la realidad que una persona se someta a un procedimiento quirúrgico estético, sin que se le garantice el resultado *embellecedor* pactado; de hecho los fines cosméticos son la causa que determina el consentimiento del paciente.

En consecuencia, se debe determinar si es de la naturaleza del pacto médico estético el hecho de que la obligación del médico sea de medio o de resultado. La posición que se sustenta es que en este tipo de negocios jurídicos, por naturaleza, las obligaciones son de resultado. De hecho, cobra especial significación la información clara, oportuna y suficiente suministrada por el galeno, puesto que esta determina el consentimiento del paciente contratante en torno a ciertas expectativas cosméticas. Luego, es medular en la prestación de estos servicios el resultado al que se comprometió el galeno, pues, cada cuerpo reacciona de formas distintas a las intervenciones quirúrgicas y será obligación del médico determinar qué resultados se pueden obtener de un procedimiento para cada persona, en lugar de permitir que de manera indeterminada el médico solo se comprometa a la realización del procedimiento. Las anteriores proposiciones determinan el marco de las consecuencias que se estima provienen

de considerar la cirugía estética como una relación de consumo.

En el mismo orden de ideas, al remitirnos al Estatuto del Consumidor, el numeral 3.º del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, considera que, consumidor es "toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica"; así las cosas, el paciente es una persona natural que satisface una necesidad privada y propia. Se estima, además, que es una relación de consumo: porque el acceso al servicio está delimitado por relaciones de mercado, los cirujanos estéticos ofrecen sus servicios a través de medios publicitarios, se prescinde en las pautas de las consecuencias médicas adversas de los procedimientos y se aducen únicamente los beneficios de los mismos. No es exacto establecer que los cirujanos estéticos ofertan sus servicios dentro de los parámetros generales de la medicina pues siempre los centros de atención, más que instituciones de salud, se perciben como "*spas*" y se ofertan servicios de belleza distintos a los procedimientos médicos, por lo que los tratamientos estéticos son escindibles respecto a la mayoría de servicios médicos.

Existen opiniones en la doctrina que consideran que la prestación de servicios médicos de ninguna manera puede ser objeto de las obligaciones de los consu-

midores (Forero, 2014, p. 88); sin embargo, tal comparación se limita el Sistema General de Seguridad Social en Salud y como ya se vio las cirugías estéticas no se practican en este contexto, sino en el de la relación privada del médico con su paciente, y las demás disertaciones no cuentan con un soporte argumentativo que permita darles mérito a esas conclusiones.

Por su parte, Tamayo (2013) sostiene que los servicios médicos quedan bajo la regulación del Estatuto de Consumidor, aun cuando no sea de su gusto este tipo de soluciones; sin embargo, considera que ante la falta de claridad relativa al tema, se debió “haber consagrado para ellos un régimen probatorio especial, claro y apropiado” (p. 19). Sobre el particular el mismo autor plantea que “en materia médica hay muchas obligaciones que son de medio, y muchas otras que son de resultado, pero sin que se trate de soluciones pacíficas” (p.18).

Además, en el Decreto 3466 de 1982, que regulaba las relaciones de consumo, se excluyó de su marco de aplicación a las profesiones liberales de forma expresa en el artículo 45, mientras que la Ley 1480 de 2011 no tiene norma equivalente, lo cual muestra un interés tácito del legislador de no excluir del resorte de la norma de consumo a las profesiones liberales –como la medicina–.

Por otro lado, las obligaciones de medio también pueden ser objeto de protección por el Estatuto de Consumidor (artículo 7 L. 1480/2011), por lo que una exclusión de

plano, aun si se tiene como presupuesto que la obligación del médico-estético es de medio, no encuentra asidero normativo (Giraldo, 2013).

Es preciso señalar que la normativa de protección al consumidor se erigió con el fin de que se restaure la simetría en la relación jurídica del consumidor con su proveedor (del bien o el servicio). La debilidad del consumidor se justifica porque el mercado crea la necesidad de la demanda a través de procesos económicos organizados en subsistemas empresariales, inclusive como *clústeres* de negocios, desde los cuales se ofrecen bienes y servicios de manera habitual, además existe una cadena de productores y proveedores que poseen mayor información sobre los bienes y servicios ofrecidos (Iturraspe y Lorenzetti, 1993, p. 54). A ello ha de agregarse el conocimiento técnico del profesional, que supera con creces el conocimiento del paciente-consumidor.

En este orden de ideas, el Estatuto del Consumidor es aplicable en la responsabilidad médica inclusive cuando la obligación es de medio. Sin embargo, como se verá, la determinación de la naturaleza de la obligación –de medio o resultado– en la cirugía estética no puede estar al arbitrio de las partes (tomando en consideración la debilidad de una de ellas), porque la implicación directa sería la modificación de la carga de la prueba en la medida que por pactos especiales (art.1604, inciso final) podría modificarse el régimen general de la prueba de la culpa.

4. LA CIRUGÍA ESTÉTICA EN COLOMBIA Y SUS EFECTOS EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN DE CONSUMO

Luego de haber analizado el marco normativo y teórico en el cual se enmarca la pregunta problema y de haber dado argumentos que permiten caracterizar la cirugía estética como relación de consumo, como último punto se examinarán los efectos y alcances de esta postura.

Como se comentó con anterioridad, la Corte se inclina por permitir la libertad contractual entre cirujano estético y paciente, pues considera tácitamente que el paciente contrata en pie de igualdad con aquel; por ello tiene la libertad de negociar los términos de la intervención, fijando los límites y el alcance del acto médico de común acuerdo con el cirujano, definiendo inclusive si las obligaciones son de medio o de resultado (deberes primarios).

Esa tesis no posee un cuerpo argumentativo fuerte, en primera medida, porque la naturaleza de una obligación no se altera según la intención de las partes, sino que la naturaleza jurídica de la misma determina su carácter; para el caso en comentario ayuda el contexto de celebración del contrato de cirugía estética y los fines que se persiguen. Luego, el contenido prestacional necesariamente es mediado por la naturaleza jurídica de la obligación a cargo del acreedor y es esta la que es de medio o de resultado. En esa línea argumental lo señaló el magistrado Ariel Salazar, en la aclaración de voto de la sentencia antes comentada, en los siguientes términos:

La naturaleza de la prestación, que coincide con el fin que se propusieron las partes al contratar, no es entonces una cuestión accesorio que sólo "en algunos eventos particulares" determine la clase de obligación de que se trata, sino que es un atributo o elemento inherente de éstas: es lo primario y decisivo que llena de contenido y significación la relación obligatoria y precisa el carácter típico de la misma; y, como tal, constituye el presupuesto esencial para su interpretación, como lo manda la normal... Las anteriores reflexiones, aplicadas al *sub lite*, conllevan a aceptar que más allá de lo que las partes hayan estipulado 'de modo expreso', es la naturaleza misma de la obligación, según los estándares o usos de la actividad que es objeto del convenio, lo que permitirá dirimir la disputa central de si la obligación es de medios o de resultados (Aclaración de voto, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 5 de noviembre de 2013).

Ahora bien, el efecto práctico de un pacto o acuerdo que modifique el carácter de una obligación es el de invertir la carga de la prueba en la relación contractual y obligar al acreedor (paciente) a demostrar la culpa del deudor (el cirujano). Sin embargo, las modificaciones en la carga de la prueba que sean en desmedro del deudor se pueden encuadrar en la categoría de *cláusulas abusivas*, según lo dispuesto en el numeral 3.º del artículo 43 del Estatuto del Consumidor.

Por lo tanto, si se tiene que la relación entre el cirujano estético y su paciente es

de consumo, la consecuencia del cambio de la naturaleza de la obligación y, por ende, de la carga de la prueba tendría como sanción para la cláusula pactada, su ineficacia de pleno derecho; empero, "no se afectará la totalidad del contrato, en la medida que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces" (art.44 L. 1480/2011).

Es decir, la libertad contractual esgrimida por la Corte Suprema de Justicia para modificar la naturaleza de las obligaciones en los contratos de cirugía estética no es tal, si se tiene como presupuesto que este tipo de relaciones son de consumo y como ya se explicó, no existe norma que permita arribar a una conclusión distinta porque *cuando la ley no distingue, no le es dado al intérprete distinguir*.

Así las cosas, si la naturaleza jurídica de la obligación es de resultado, no pueden las partes pactarlas como de medio; empero, en el caso contrario sí procedería, porque la limitante existe cuando la modificación de la carga de la prueba es en desmedro del consumidor y en este último caso sería favorable a él.

Por otro lado, para definir el contenido prestacional como de *resultado*, debe acudir a los antecedentes, para lo cual se deben tener en cuenta las citas médicas previas, que en muchas de las ocasiones consisten en animaciones digitales de los resultados estimados (Jaramillo, 2011), o fotografías con las respectivas marcas trazadas por el cirujano estético en el cuerpo del paciente. Así las cosas, resulta extraño que luego de una consulta en

donde precisamente se consintió sobre la base de los resultados cosméticos, una vez verificado el procedimiento estético, el galeno alegue que este solo se había comprometido a prestar los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, precisamente porque la intención del paciente fue determinada por los resultados y por ello consintió. De hecho sostiene la Corte que si las obligaciones "son de resultado, por así haberse pactado expresamente, habrá cumplimiento cuando el acreedor obtiene las expectativas creadas"¹. No puede entonces con posterioridad aducir el cirujano que solo es responsable por el cumplimiento de la *lex artis* y que en consecuencia la frustración del resultado no es su responsabilidad, más cuando el mismo comprometió su responsabilidad profesional apoyado en simulaciones digitales.

Cabe entonces señalar la relevancia de la obligación de información contenida en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, en lo relativo a los términos de la intervención y el resultado esperado de la misma. Porque como lo sostiene la aclaración de voto de la sentencia de 5 de noviembre de 2013, "los estándares de esa clase de intervenciones muestran que la persona, estando bien de salud, persigue un embellecimiento corporal". Por lo tanto, el que esta relación sea de consumo conlleva que la obligación de información del galeno respecto al contenido de la prestación es mucho más específica.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 24 de mayo de 2017, M. P. Luis Armando Toloza Villabona.

De igual manera, el derecho a la información no se limita a una advertencia general de peligro, sino que el médico, en orden de cumplir con el requisito del consentimiento informado, debe en cada caso señalar los riesgos específicos de cada procedimiento, como ha sido expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia². En consecuencia, en los casos de procedimientos médico-estéticos, debería incluir la posibilidad real de la obtención del resultado pactado con el procedimiento estético, por la expectativa que genera para el paciente y ser el motivo por el que brindó su consentimiento. “De esa manera, si el galeno fija un objetivo específico, cual ocurre con intervenciones estéticas, esto es, en un cuerpo sano, sin desconocer su grado de aleatoriedad, así sea mínimo o exiguo, se entiende que todo lo tiene bajo su control y por ello cumplirá pagando la prestación prometida”³.

En el caso de resultados que no se pueden obtener debido a condiciones del cuerpo del paciente, si tal condición no fue advertida en el momento de pedirse el consentimiento informado y esa imposibilidad era conocida por el facultativo o por lo menos debía serlo por su conocimiento experto, las consecuencias adversas de la misma le son imputables. La omisión del deber de informar y obtener el consentimiento informado –sostiene la Corte– hace responsable al galeno, no solo por la conculcación de la dignidad humana,

sino por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales por las intervenciones no autorizadas ni consentidas.

Si bien la obligación de informar no ha sido estudiada por la jurisprudencia con relación a la cirugía estética, esta deviene de una interpretación armónica de la naturaleza de la obligación del galeno y el deber de informar de los proveedores de productos de consumo; lo que sí ha dicho la jurisprudencia es que la omisión de alguna de las obligaciones respecto a la historia médica –en este caso, el anexo *consentimiento informado*– acarrea para el facultativo consecuencias jurídicas, de hecho,

[L]a obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales[...].su elaboración [la de la historia clínica] en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en

² Sentencia de 30 de agosto de 2011, M. P. William Namén Vargas.

³ Así lo sostiene la Corte en la aludida Sentencia de mayo de 2017.

especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de agosto de 2011, M. P. William Namen Vargas).

No es entonces gratuito que se circunscriba la relación cirujano estético-paciente al régimen del consumidor. El paciente debe tener claridad respecto del procedimiento estético, para que pueda tomar su decisión de manera libre e informada. Lo anterior redundaría en mayor seguridad jurídica al momento de presentarse conflictos, pues los elementos del contenido de la prestación se encuentran delimitados por el consentimiento informado; entonces el paciente conocería el alcance específico del procedimiento, y el médico, el parámetro para la valoración de su responsabilidad. Así las cosas, prometer un resultado imposible y no haber cumplido el deber de informar no lo releva del pago de la indemnización por el incumplimiento del deber legal.

Como se ha venido planteando, las soluciones en la materia no son pacíficas, pero urgen propuestas normativas e interpretativas que garanticen la salud de los usuarios de este tipo de procedimientos. Sin embargo, es factible que el paciente se vea afectado porque: (i) el procedimiento produce un daño o, (ii) no se obtiene el resultado deseado. En el primer caso, se aplica el régimen de la prestación de un servicio médico estético defectuoso; en tales eventos el defecto del servicio o eventualmente de un bien, aunado a la prueba del daño, como consecuencia de

ese producto defectuoso (nexo causal), hace nacer "en cabeza del productor o expendedor la responsabilidad por producto defectuoso" (Giraldo, 2013, p. 29), prescindiéndose del elemento culpa, e invirtiendo la carga de la prueba hacia el médico, quien deberá probar la causa extraña, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 1480 de 2011. En el segundo, podría pedirse el cumplimiento de la garantía legal, es decir, el paciente está facultado para solicitar la prestación del servicio en las condiciones pactadas (calidad, seguridad e idoneidad) o a la devolución del dinero según lo establecido en el numeral 3 del artículo 11 del Estatuto del Consumidor.

Por último, la aplicabilidad del Decreto 735 de 2013 "*Por el cual se reglamenta la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7 y siguientes de la Ley 1480 de 2011*" alude en gran medida a la garantía sobre bienes y no en la prestación de servicios, facultando al consumidor a escoger entre la repetición del servicio o la devolución del dinero (artículo 16), lo cual es una consecuencia obvia del incumplimiento obligacional de la prestación de servicios y se encuentra contemplado expresamente en el Estatuto del Consumidor.

CONCLUSIONES

La sociedad capitalista promueve disímiles formas de consumo de bienes y servicios que desbordaron las tradicionales teorías economicistas del consumo racional. Una de estas novedades está representada en el consumo de cirugías

plásticas para la satisfacción de los consumidores de la industria de la salud.

Hoy es posible caracterizar la cirugía estética como relación de consumo, pues el paciente-consumidor es destinatario final del servicio orientado a la satisfacción de una necesidad propia, circunstancia que implica una postura distinta de la tradicional, en la cual el ejercicio de la medicina implicaba el consentimiento del médico y del paciente, expresado en el marco de un contrato bilateral, consensual, oneroso, y conmutativo, configurando una obligación de medios por parte del galeno, lo que tenía como consecuencia que la responsabilidad debía ser examinada bajo los parámetros de la responsabilidad subjetiva, según el régimen común del Código Civil, excepto que el galeno se obligara a un resultado específico de manera expresa. En estos casos particulares la obligación se tornaba de resultado, lo que invertía la carga de la prueba.

La Ley 1480 de 2011, cuerpo normativo que desarrolla el art. 78 Constitucional y actualiza el régimen de protección de los consumidores, determina el alcance de las obligaciones que se desprenden del contrato de servicios médicos estéticos entre particulares considerando los siguientes argumentos:

La Corte en diversas oportunidades ha reconocido la asimetría contractual del consumidor como consecuencia de la libertad de empresa y la masificación de los servicios médicos estéticos ofertados, aspecto que exige respuestas concretas del derecho, pues la relación del cirujano

estético con su paciente se ve necesariamente mediada por la dinámica del mercado. Por otra parte, la norma no excluyó taxativamente el ejercicio de las profesiones liberales como sí lo hacía el Decreto 3466 de 1982, pudiendo ser aplicado dicho estatuto al ejercicio de la medicina. Por otra parte, el conocimiento del cirujano es experto, lo que introduce un desequilibrio contractual frente al paciente, por el manejo técnico del procedimiento e información relacionada con el mismo, que puede determinar el consentimiento para la firma del acuerdo, en condiciones desfavorables para el paciente. Así las cosas, de dicha consideración se pueden desprender las siguientes consecuencias: si no hay conformidad con la prestación del servicio, es posible exigir la garantía legal, para la prestación a satisfacción del servicio contratado o la devolución del dinero. Sin embargo, si una vez verificado el procedimiento, se concretó un daño, es factible iniciar una acción ordinaria, correspondiéndole al galeno exonerarse, si prueba la existencia de una causa extraña y, por último, como una consecuencia importante de la asimetría contractual, la posibilidad de tener como ineficaces, las cláusulas contractuales modificatorias de la responsabilidad del cirujano, cuando de los antecedentes y del consentimiento informado puede desprenderse que la naturaleza de la obligación del galeno y el contenido prestacional de la misma se refiere a una obligación de resultado.

REFERENCIAS

Castillo, M., y Céspedes, E. (s. f.). *Características del contrato médico*, consultado el 20 de junio de 2016 recuperado de <http://www.>

- castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/caracteristicas_de_contrato_medico.pdf
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1480 de 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones"*.
- Constitución Política de Colombia. (2016). Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-661 de 22 de septiembre de 2009*. M. P. de 2009: Nilson Pinilla Pinilla
- Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 30 de enero de 2001*. M. P. José Fernando Ramírez Gómez.
- Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 22 de julio de 2010*. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de 30 de agosto de 2011*. M. P. William Namen Vargas.
- Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 05 de noviembre de 2013*. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.
- Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 30 de agosto de 2013*. M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.
- Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 24 de mayo de 2017*. M. P. Luis Armando Toloza Villabona.
- Giraldo, L. F. (2013). Responsabilidad civil por la prestación del servicio médico, a la luz de la nueva regulación de protección al consumidor. *Criterio Jurídico*, Cali, Colombia 13 (1) 211-246.
- Herrera, C. P. (2012). *Cuerpos en re-construcción: el consumo de cirugía estética en la ciudad de Ambato*. Sede Quito, Ecuador: Flacso.
- International Society of Aesthetic Plastic Surgery (Isaps). (2017). *The International study on aesthetic/cosmetic procedures performed in 2016*, consultado el 2 de noviembre de 2017 recuperado de <https://www.isaps.org/wp-content/uploads/2017/10/GlobalStatistics2016-1.pdf>
- Iturraspe, J. M., y Lorenzetti, R. L. (1993). *Defensa del consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jaramillo, C. I. (2010). *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Jaramillo, C. I. (2011). *Responsabilidad Civil Médica: la relación médico-paciente*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana.
- Kvitko, L. A. (2011). La responsabilidad médica en cirugía estética. ¿Obligación de medios o de resultados? Antecedentes. *Jurisprudencia Argentina y Española. Cambio radical en la doctrina y el criterio jurisprudencial español. Medicina Legal de Costa Rica*, 28(1), 7-24.
- Lorenzetti, R. L. (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Editores.
- Montalvo, P. (2013). Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 200(8), 196-208.
- Pérez Forero, A. C. (2014). El Estatuto del Consumidor y la prestación de servicios de salud. *Prolegómenos*, 17(34), 78-95.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 735 de abril de 2013, "Por el cual se reglamenta la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7.º y siguientes de la Ley 1480 de 2011.
- Proexport Colombia. (2013). *Oportunidades del sector salud en Colombia*, consultado el 02 de marzo de 2016 recuperado de http://www.procolombia.co/sites/default/files/sector_salud_en_colombia_2013-10-08.pdf
- República de Argentina. *Ley 26.361 Modificatoria de la Ley N.º 24.240*.
- Superintendencia de Industria y Comercio(SIC). *Concepto 13-101665-00001-0000-00 de 2013*.
- Tamayo, J. (2013). *La responsabilidad civil en el nuevo estatuto del consumidor*. Bogotá, Colombia: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Villalba, J. C. (2009). Aspectos introductorios al derecho del consumo. *Prolegómenos*, 12(24), 77-95.

*La intervención de víctimas en el proceso penal y su influencia en el proceso de duelo: diálogo entre derecho y psicoanálisis**

Giovanna Silva Segalla**
Pablo Slavin***
María Virginia Filomena Cremasco****

Recibido: 4 de diciembre de 2016 • Aprobado: 24 de octubre de 2017
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a9>

RESUMEN

El presente artículo se propone reflexionar, a partir de aportes del psicoanálisis, sobre ciertos efectos del creciente papel otorgado a la víctima en el proceso penal, reconocido por varios autores como una tendencia de las reformas legislativas procesales latinoamericanas. Sin perjuicio de reconocer la existencia de otros aspectos problemáticos, el objeto será reflexionar sobre la situación de los familiares de quienes sufrieran una muerte violenta, que deciden asumir el rol de acusadores privados en el proceso penal y las consecuencias que esa intervención puede tener en su proceso de duelo. Desde la concepción de que el conocimiento jurídico resulta limitado para entender los efectos de las soluciones legales, en tanto el derecho actúa en la vida social e individual de sus destinatarios, se acudirá a la contribución que al respecto puede brindar el psicoanálisis. Con esos insumos, se propondrán ciertos lineamientos que se estiman útiles para el diseño de una normativa e institucionalidad de acompañamiento a la víctima, que reduzca los posibles efectos nocivos que su acogimiento en el proceso penal puede tener en su proceso de duelo.

Palabras clave: Proceso penal latinoamericano; rol de la víctima; querellante; duelo; psicoanálisis.

* El presente artículo surge de un trabajo conjunto entre la psicóloga Giovanna Silva Segalla, a partir de sus investigaciones sobre duelo materno llevadas adelante en el marco de la Maestría en Psicología Clínica desarrollada en la Universidade Federal do Paraná (Brasil), con financiamiento de la Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes); y el abogado Pablo Slavin, quien aborda el estudio de la intervención de la víctima en el proceso penal en la preparación de su trabajo final para la Especialización en Derecho Procesal Penal cursada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina).

** Psicóloga de la Universidade Federal do Paraná (Brasil). Magíster en Psicología Clínica de la misma Universidad. Se dedica a la investigación del fenómeno del duelo en general, y en particular del duelo materno y temas conexos, como investigadora independiente en Buenos Aires, Argentina. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2892-2691> Correo electrónico: gj_segalla@hotmail.com

*** Abogado de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Actualmente se encuentra cursando la Especialización en Derecho Procesal Penal y el Doctorado en Derecho en la misma institución. Aborda el estudio de temas vinculados tanto al derecho procesal penal como al derecho ambiental. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8495-0318> Correo electrónico: pabloslavin@hotmail.com

**** Psicóloga de la Universidade de São Paulo. Magíster en Psicología de la Educación y Doctora en Ciencias Médicas de la Universidade de Campinas (Brasil). Posdoctorado en el Centre d'Etudes en Psychopathologie et Psychanalyse de la Université Denis Diderot (Francia). Profesora Asociada II del Departamento y de la Maestría en Psicología de la Universidade Federal do Paraná (Brasil). Aborda el estudio de la clínica del duelo, drogadicciones y clínica *borderline*. Correo electrónico: mavicremasco@hotmail.com

The Intervention of Victims in the Criminal Process and its Influence on the Mourning Process: Dialogue between Law and Psychoanalysis

ABSTRACT

This paper aims to reflect, on the basis of contributions from psychoanalysis, on certain effects of the growing role given to the victim in criminal proceedings, recognized by several authors as a trend in Latin American procedural law reforms. Without prejudice to acknowledging the existence of other problematic aspects, the aim will be to reflect on the situation of the relatives of those who suffer a violent death, who decide to assume the role of private accusers in the criminal process and the consequences that this intervention may have on their mourning process. From the conception that legal knowledge is limited in understanding the effects of legal solutions, insofar as the law acts on the social and individual life of its addressees, the contribution that psychoanalysis can make in this regard will be drawn upon. With these inputs, certain guidelines will be proposed that are considered useful for the design of a policy and institutional framework to accompany the victim, which will reduce the possible harmful effects that their placement in criminal proceedings may have on their mourning process.

Keywords: Latin American criminal prosecution; role of the victim; complainant; grief; psychoanalysis.

A intervenção de vítimas no processo penal e sua influência no processo de luto: diálogo entre direito e psicanálise

RESUMO

O presente artigo se propõe a refletir, a partir de contribuições da psicanálise, sobre certos efeitos do crescente papel outorgado à vítima no processo penal, reconhecido por vários autores como uma tendência das reformas legislativas processuais latino-americanas. Sem prejuízo de reconhecer a existência de outros aspectos problemáticos, o objetivo será refletir sobre a situação dos familiares das pessoas que sofreram uma morte violenta que decidem assumir o papel de acusadores privados no processo penal e as consequências que essa intervenção pode ter em seu processo de luto. Uma vez que a concepção de que o conhecimento jurídico é limitado para entender os efeitos das soluções legais, enquanto o direito atua na vida social e individual de seus destinatários, recorreremos à contribuição que a psicanálise pode oferecer sobre o tema. Com esse material, serão propostos certos alinhamentos que são considerados úteis para a criação de uma legislação e institucionalidade de acompanhamento à vítima que reduza os possíveis efeitos nocivos que o acolhimento no processo penal pode ter em seu processo de luto.

Palavras-chave: Demandante; luto; papel da vítima; processo penal latino-americano; psicanálise.

INTRODUCCIÓN

A los fines de abordar el análisis de ciertos aspectos problemáticos de la participación de la víctima en el proceso penal, se parte de una doble toma de posición.

En primer lugar, se concibe que el derecho detenta un verdadero potencial para ser utilizado como herramienta de transformación social. Las instituciones jurídicas no son asépticas, y pretender utilizarlas como tales no implica otra cosa que aceptar el mantenimiento del *statu quo*.

Por otro lado, y como condicionamiento de esa primera premisa, se resalta que esa herramienta se aplica a realidades individuales y sociales cuyo funcionamiento ha sido estudiado en profundidad por las más variadas disciplinas científicas, que han arribado a conclusiones que no pueden ser desconocidas por el jurista, pues no pertenecen al plano normativo sino al fáctico. Así como es evidente que el derecho no podría pretender regir de forma válida en contradicción con las normas de la física o de la matemática, tampoco puede hacerlo con desconocimiento de los postulados de disciplinas tales como la sociología, la economía o la psicología. De hacerlo, se corre el riesgo de que los efectos buscados nunca sean alcanzados o –peor aún– se contribuya a alcanzar los efectos opuestos.

Bajo esa perspectiva se aborda el estudio de la participación de la víctima en el proceso penal, con particular atención en la situación de las personas que han perdido un ser querido como consecuencia

del delito que resulta objeto del proceso. Es por ello que el trabajo se organiza en dos momentos.

En un primer momento, y a partir de un estudio de la doctrina jurídica, se contextualizará la ampliación de los derechos de la víctima en el proceso de reforma procesal penal latinoamericano y la implementación de sistemas acusatorios, vinculándola a la tradición que concibe al delito como un conflicto antes que como una desobediencia a la autoridad. Se plantearán, en función de ello, tres "efectos colaterales", potencialmente nocivos, que esa ampliación de derechos podría generar. Se enfocará el análisis en particular en uno de ellos, que es el de la posible incidencia que la participación procesal de la persona en duelo podría tener en la elaboración de este último.

Para comprender de forma adecuada este punto, en el segundo momento del trabajo se acudirá a lecturas psicoanalíticas a fin de ensayar una explicación sobre el proceso de duelo y cómo, tras la pérdida, el sujeto se organiza psíquicamente frente a la ausencia del sujeto fallecido. Se abordará la noción de "duelo suspendido", es decir, un duelo que no se inicia hasta que una decisión jurídica sea proferida. El trabajo de duelo, en esos casos, puede comprometerse debido al hecho de que el sujeto invierte toda su energía psíquica en el proceso penal, de forma tal que inviabiliza su entrada en el proceso de elaboración de la pérdida. Como disparador de estas reflexiones, para este segmento de la investigación se utilizará como insumo el relato voluntario de una madre en

duelo participante de un grupo de apoyo a sujetos en duelo denominado "Amigos Solidários na Dor do Luto", que tiene lugar toda semana en las dependencias de la Universidad Federal del Paraná, en Brasil. La entrevista ocurrió en el Centro de Psicología Aplicada (CPA) de la UFPR y siguió los procedimientos éticos establecidos por el Comité de Ética de la UFPR, como así también se aplicó el término de Consentimiento Libre y Esclarecido (TCLE) y se aseguró el resguardo de la identidad de la paciente.

Como conclusión, se procurará poner en diálogo esos insumos teóricos jurídicos y psicoanalíticos, a fin de proponer ciertos lineamientos que se estiman útiles para que las normas e instituciones de acompañamiento a la víctima logren reducir los posibles efectos nocivos que su acogimiento en el proceso penal puede tener en su proceso de elaboración del duelo.

1. **LA (RE)APARICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL Y SUS EFECTOS COLATERALES**

Desde hace ya más de dos décadas, los países de América Latina han mostrado una evolución hacia nuevos regímenes procesales penales. Ese proceso se encuentra marcado por el abandono de los sistemas inquisitivos y su reemplazo por otros con distinto grado de acercamiento al sistema acusatorio (Binder, 2014). Sin embargo, abarca también otras transformaciones que pueden catalogarse de conexas o afines a ese núcleo.

La aprobación de un nuevo Código Procesal Penal de la Nación, destinado a

ser aplicado en los casos sometidos a la jurisdicción nacional y federal de la República Argentina, resulta una clara muestra de aquella tendencia, máxime cuando en ese país el Estado Nacional ha sido mucho más renuente y conservador que las Provincias a la hora de emprender transformaciones procesales penales¹.

El proceso de reforma es, como se señaló, una constante en la región. Inclusive, en las escasas excepciones de países resistentes al abandono de un sistema anacrónico, las voces críticas resultan cada vez más contundentes.

Las profundas alteraciones normativas e institucionales implican un giro copernicano en diversas prácticas de los operadores judiciales que dan vida al proceso penal, o por lo menos aspiran a ello. Una verdadera distinción entre la función jurisdiccional y la función acusadora, la desformalización de la investigación, la

¹ Debe tenerse presente que en la Argentina, por su normativa y tradición constitucional, el dictado de normas procesales resulta una competencia legislativa provincial. Por tal motivo, el Código Procesal Penal de la Nación sólo resulta aplicable a los delitos de competencia federal y a gran parte de aquellos cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hasta tanto se cierre el demorado proceso de transferencia de competencias exigido por la Constitución Nacional desde su reforma de 1994. En ese contexto, las normas nacionales siempre han mostrado una notoria obsolescencia respecto a las provinciales. Baste como muestra de ello que sólo en 1991 se logró introducir el llamado sistema mixto o inquisitivo reformado, sustancialmente idéntico al adoptado en Francia en el siglo XIX y al que las provincias llevaban cinco décadas aplicando. Hasta entonces, y durante más de cien años, rigió en el ámbito federal un sistema netamente inquisitivo, de trámite escrito y sustanciado ante un único juez encargado de investigar y sentenciar.

posibilidad de aplicar criterios de oportunidad y la oralidad radical son solo algunas de las características novedosas que se han introducido en muchos países. Al mismo tiempo, esa transformación implica verdaderos desafíos para organizaciones y actores cuyas prácticas no han terminado de divorciarse de una tradición inquisitiva demasiado arraigada en la cultura latinoamericana, que Binder (2014) ha sintetizado en el concepto de "*ideología del trámite*".

Entre las trascendentes novedades que trae aparejado este proceso regional, existe una que parece acaparar la atención no solo de la opinión pública, sino también de diversos autores, y que resulta objeto de análisis en el presente trabajo: la reivindicación del papel de la víctima en el proceso penal². Este sujeto, por siglos olvidado y apartado del proceso penal inquisitivo, al punto de ser considerado hasta un obstáculo para la concreción de los fines del proceso, adquiere renovado protagonismo en el paso hacia modelos acusatorios que han emprendido los Estados latinoamericanos (Bovino, 1998).

La simultánea reaparición de la víctima en el proceso y la adopción del sistema acusatorio formal no es una simple casualidad, sino que responde a una clara afinidad entre ambos fenómenos. Ello así, toda vez que el rol de la víctima se vincula de modo ínsito con la diferencia genética que existe entre el modelo inquisitivo y el

acusatorio. Binder (2008) resalta la existencia de distintas tradiciones que operan en el sistema penal y analiza aquellas que considera que poseen mayor fuerza. Entre ellas, destaca que existe una tradición que considera al delito como una desobediencia, y otra –opuesta– que lo considera como un conflicto.

El modelo inquisitivo, como consecuencia de su preocupación fundamental por detectar la "verdad real" de las desobediencias a la ley, asigna a la víctima un rol que no pasa –en el mejor de los casos– de denunciante y/o testigo. Esto es, la concibe como una proveedora privilegiada de información en vistas a aquel objetivo, con nulo poder de decisión en el devenir del proceso. Desde esta perspectiva, el delito, en cuanto violación de una norma jurídica, es considerado una realidad que sólo atañe al Estado y a la persona que ha desconocido su autoridad.

El modelo acusatorio, en cambio, renuncia al imposible objetivo de alcanzar una verdad única y pone el foco en la resolución del conflicto que subyace a toda infracción penal. En tanto la víctima es parte esencial, protagonista de ese conflicto, el sistema estima como posible y conveniente otorgarle un papel preponderante en el proceso y mayor incidencia sobre su devenir.

En ese marco, se tiende a otorgar a la víctima una posición considerablemente fortalecida en comparación con su rol tradicional (Ambos y Woischnik, 2000). El poder que se le reconoce, que puede leerse como una derivación del derecho

² Langer (2007) califica la participación de la víctima en el proceso penal como parte de "*una serie de reformas procesales penales latinoamericanas (...) que no encuentran paralelos en Estados Unidos o Europa*" (p. 54).

humano a la "tutela judicial efectiva", tal como lo ha reconocido parte de la doctrina y la más alta jurisprudencia (Cafferata Nores, 2000; Corte IDH, 2003), puede, sin embargo, dar lugar a una serie de riesgos que no deben ser ignorados al legislar sus manifestaciones y al dotarlas de institucionalidad para ponerlas en práctica.

En primer lugar, muchos sistemas han previsto la actuación de la víctima como querrelante, con potestad de actuar de modo coadyuvante o subsidiario (según el sistema adoptado) al acusador público, titular de la acción penal. Ello implica, quíerose o no, un aumento de las posibilidades de persecución penal contra el acusado de un delito. Debe observarse que en general las legislaciones no han optado por aumentar el catálogo de delitos de acción privada (solución que inhibiría al fiscal de intervenir en determinados conflictos al dejar todo el desarrollo de la acción en cabeza de quien se reputa víctima), sino que han reforzado el rol de la víctima sin ningún desmedro al papel que juega el Ministerio Público cuando decide ejercer la acción penal (Maier, 2007). La lógica consecuencia de ello es que el imputado ha visto aún más agravada su situación frente al poder punitivo del Estado, pues allí donde el Ministerio Público se muestra impotente (por escasez de recursos) o desinteresado (por razones de política criminal) en la persecución del ilícito, el ordenamiento hoy permite que la víctima la impulse por sí misma.

Se produce con ello una verdadera paradoja, no exenta de contradicciones. El proceso penal, concebido desde el ilumi-

nismo como una garantía del imputado, que pretende brindar contenido y eficacia a las garantías del derecho penal material, es llamado ahora a satisfacer otro derecho (el de la víctima a la "tutela judicial efectiva") al que su estructura y principios no responden. Este es el motivo por el que distintos autores han advertido sobre el riesgo de que arraigadas garantías (como la prescripción, la cosa juzgada o la prohibición de la múltiple persecución) se vean vulneradas en función de las derivaciones de esta nueva perspectiva. Este primer riesgo, el de caer en un "neopunitivismo" a partir del acogimiento de la víctima en el proceso (Maier, 2007), podría ser evitado (o al menos disminuido) mediante el aumento del catálogo de delitos de acción privada, pero sobre todo exigiéndole al querrelante el mismo estándar que el Ministerio Público debe superar para alcanzar las distintas instancias procesales y –en su caso– llegar a una condena. En este sentido, eximirlo de la etapa de control de la acusación, permitiéndole arribar de forma directa al juicio, como se ha establecido en alguna legislación (Franceschetti y Gamba, 2014) o permitirle un mayor acceso al recurso en perjuicio del acusado resultan soluciones cuanto menos criticables.

En segundo lugar, se impone pensar estrategias tendentes a evitar que la incorporación o extensión del instituto de la querrela se convierta en un engranaje más de un sistema esencialmente potenciador de desigualdades, que de este modo contribuya a profundizar aún más la exclusión social y la selectividad penal. Zaffaroni, Slokar y Alagia (2005) han

destacado que a la par de la selectividad criminalizante existe también una selectividad victimizante. El sistema punitivo escoge o etiqueta como delincuentes a personas provenientes de estratos sociales bajos; mismo sector social del que provienen –en general– quienes resultan sus víctimas.

Ahora bien, gran parte de esas víctimas resultan invisibilizadas por el sistema, toda vez que por diferentes motivos (formales, económicos, de desconfianza, etc.) no acceden a denunciar los hechos que las afectaron, por lo que la investigación penal no es puesta en movimiento. Es difícil suponer, entonces, que esas mismas víctimas tendrán un verdadero acceso a la posibilidad de constituirse como querellantes, designar un abogado particular y acompañar todo un largo y demandante proceso, a fines de lograr su "tutela judicial efectiva". Ello será una verdadera ficción, al menos si la ley se limita a regular el instituto jurídico como una potestad formal o abstracta. La previsible consecuencia será la constitución como querellantes de víctimas provenientes de sectores sociales más favorecidos, mientras aquellas que siempre fueron "olvidadas" por el sistema lo serán en cada vez mayor medida.

Para evitarlo, será necesario regular un mecanismo tendente a facilitar el acceso a la justicia de los grupos sociales vulnerados y que acompañe a las víctimas en su periplo procesal con base en el respeto de su decisión y autonomía. Para ello se debe brindar asesoramiento jurídico no solo gratuito, sino también comprometi-

do, con formación específica y adecuado despliegue territorial. Asumen especial interés en este punto las experiencias de asistencia y acompañamiento jurídico de quienes fueron víctimas de violencia institucional, tarea que en muchos casos ha sido emprendida –dada la especificidad del delito– por la propia defensa pública, solución que no se ha visto exenta de críticas.

Por último, debe destacarse un tercer riesgo, sobre el que se procura colocar el foco en el presente trabajo. Este riesgo se vincula a un grupo específico de delitos, que en este artículo se catalogan como "muerte violenta" a los fines de abarcar cualquier hipótesis delictiva que comprenda el fallecimiento de una persona, con prescindencia de las particularidades que presente la tipificación de tales conductas en cada sistema penal específico.

Desde el punto de vista jurídico, la peculiaridad de estos casos es que, ante la obvia ausencia del titular del bien jurídico vulnerado, la ley procesal suele legitimar para actuar como querellantes a un grupo cercano al mismo. Si bien la solución depende de cada legislación, las personas legitimadas en general resultan aquellas más cercanas al fallecido, lo que comprende a sus familiares directos (ascendientes, descendientes, hermanos), su cónyuge, su concubino, etc. Estas personas podrán, en el marco de la ley procesal aplicable y según las alternativas disponibles, ingresar al proceso penal como querellantes, acompañándolo hasta su resolución definitiva.

Ahora bien, no puede desconocerse que esas personas cercanas al fallecido, y que legitimadas por la ley deciden (o no) intervenir en el proceso penal según las alternativas posibles pasan al mismo tiempo por otro proceso, no judicial sino psicológico: el de elaboración del luto por la pérdida de su ser querido.

En este punto, los operadores jurídicos deben tener siempre presente que las soluciones legales adoptadas tendrán una incidencia directa en la vida de la "*persona de carne y hueso*" (al decir de Maier, 2007) que se encuentra detrás de las abstracciones jurídicas. Ello exige reconocer las limitaciones de su discurso y de su campo del saber para conocer las implicancias de su accionar

En ese sentido, para estudiar y comprender los efectos que la intervención procesal puede tener sobre la elaboración del luto, a los fines de evitar o reducir posibles efectos negativos que puedan traducirse en una nueva victimización, se propone acudir a un abordaje psicoanalítico para el tratamiento de este "tercer riesgo", a modo de permitir un diálogo transdisciplinario que provea de insumos para la construcción de soluciones jurídicas.

2. UN ABORDAJE PSICOANALÍTICO

Como se explicó, la ausencia de víctima directa, en consecuencia a una muerte violenta, promueve la elección del familiar como su sustituto a lo largo del proceso penal. Tal elección da voz al sujeto en duelo, una voz garantizada y estimulada por la ley. El recurso al habla puede ser com-

prendido a partir de su sesgo terapéutico, dado que es mediante la palabra que el sufrimiento subyacente a la pérdida de un ente querido puede ser vocalizado y escuchado. Para Berlinck (2008), el sufrimiento trae en sí una desmesura, un exceso que aprisiona al sujeto en una posición pasiva ante la experiencia de dolor. Mediante el habla, es posible que el *pathos*, al ser oído por alguien que se inclina ante el sufrimiento puesto en palabra, pueda en fin transformarse en experiencia. De este modo, el acto de conceder voz al sujeto en duelo, en un contexto que privilegia la dimensión psicopatológica del sujeto, deja espacio para que el familiar no solo hable, sino sea escuchado por alguien.

Aunque el proceso penal ofrezca la posibilidad de que el habla del sujeto en duelo sea puesta en posición de destaque, se constata que en algunos casos, el involucramiento familiar en el proceso penal puede impactar en el trabajo de elaboración del duelo que se impone al sujeto. Freud (1917) define el duelo como una reacción a la pérdida de una persona amada o de una abstracción que haga sus veces. Tras la pérdida, el sujeto en duelo puede experimentar un doloroso desaliento, la pérdida de la capacidad de elegir un nuevo objeto de amor y la recusa en involucrarse en actividades que no estén relacionadas con la memoria del fallecido. Suannes (2011) comenta que el trabajo de duelo consiste en un proceso por medio del cual "el sujeto desenreda y recoge, hilo por hilo y en la medida de lo posible, la libido que lo enlazaba al objeto que no existe más" (p. 81, traducción libre). Este recogimiento de la libido señala el aspecto doloroso del

proceso de duelo. Toda libido que antaño se dirigía al objeto perdido debe conducirse a otros objetos y es justamente tal reorientación la que se constituye como el aspecto doloroso del duelo.

Freud (1917), con maestría, utiliza la palabra "trabajo" para definir el recorrido que el sujeto atraviesa después de perder a alguien amado, dado que es con un arduo esfuerzo que el sujeto puede separarse del objeto perdido e invertir nuevamente en el mundo exterior. Sin embargo, el involucramiento del sujeto en duelo en el proceso penal puede constituirse como un obstáculo a su entrada en el proceso de elaboración de la pérdida. Teniendo en cuenta el aspecto económico del duelo, se considera que en algunos casos la participación en el proceso penal hace inviable el proceso de reorientación de libido para otros objetos que no se refieren al familiar muerto

De este modo, se define tal obstaculización del trabajo de duelo como "*duelo suspendido*", es decir, un duelo estancado ante la nueva dirección libidinal exclusiva para el proceso penal. Congelado a la imagen del muerto, el familiar concentra sus esfuerzos en actuar como su defensor legal, no despegándose del objeto perdido, condición crucial para que el sujeto elabore psíquicamente la pérdida. Como lo señala Rivera (2012), la sola desaparición del objeto no hace que el sujeto se separe de él. Es necesario que una tarea dolorosa y lenta se ponga en marcha a fin de que el sujeto pueda desligarse del objeto, condición que puede inviabilizarse en el contexto penal, dado que el sujeto

en duelo se ata de modo desesperado a la figura del objeto perdido, pues necesita invertir en el proceso y, además, luchar para que la decisión jurídica le sea favorable.

Freitas y Michel (2014), al especificar las vicisitudes del duelo de la madre, indican que el compromiso en procesos relacionados al hijo muerto señalan que lo que ocurre es un nuevo modo de relacionarse con este, en el cual la madre realiza diversas actividades como forma de garantizar su vínculo con él. Según los autores, este tipo de compromiso puede constituirse como un factor positivo de enfrentamiento para madres en duelo, puesto que establece una nueva manera de relacionarse con el objeto ausente. Sin embargo, si el involucramiento en actividades y proyectos relacionados puede permitir la resignificación del lugar ocupado por el familiar fallecido, el compromiso con el proceso penal puede estar imbuido de expectativas sin garantías de realización.

El sujeto en duelo ya ha condenado al imputado en su psiquismo; a lo que aspira es a que tal condena sea ratificada por el sistema judicial. Así, se compromete con el proceso con un objetivo límpido: es necesario que la condena sea lo suficientemente justa como para que su existencia le confiera algún tipo de sentido a la experiencia dolorosa del duelo. Como quien espera una solución alentadora, los familiares depositan en el proceso penal esperanzas de que una sentencia justa sirva a los propósitos de una restitución, a la espera de que la sentencia traiga el ansiado alivio.

Para ejemplificar los casos en los cuales el proceso penal se transforma en el depositario de la libido antes investida en el objeto perdido, se utilizará –con meros fines ilustrativos– el relato de María (nombre ficticio), una madre que ha perdido a su hijo, víctima de un asesinato.

El hijo de María, el menor entre cuatro hermanos, tenía diecisiete años cuando fue tomado como rehén durante varios días, para luego ser asesinado por sus secuestradores. Su familia intentó negociar el pago de un rescate, pero después de diversos desacuerdos, el adolescente fue ultimado por uno de sus secuestradores. María cuenta que después de la muerte del hijo dedicó su tiempo exclusivamente a buscar la condena del asesino. En sus palabras:

La muerte de uno de ellos, principalmente en mi caso que fue muy violenta, fue un secuestro y asesinato, deja una marca de dolor, desesperación y odio. Así que convives con dos sensaciones: el dolor de la pérdida, el dolor del duelo en sí mismo y el odio, el dolor que el odio provoca. Porque son sensaciones distintas y muy fuertes, muy cercanas (...). Pero ese odio, esa búsqueda por el asesino... Yo andaba con un arma en la mano, para que tengas una idea. Yo andaba con un arma en la mano por la calle a ver si encontraba al asesino para matarlo ahí mismo.

Sobre su involucramiento en el proceso penal, María relata que después de ocho años los asesinos fueron condenados. Al

oír la sentencia proferida por el juez, María miró hacia la puerta, a la espera de que su hijo apareciera allí, ya que la sentencia había sido finalmente decretada y su hijo podría, de manera fantasmagórica, ser visto de nuevo. Cuenta que al darse cuenta de que su hijo no estaría allí, pudo en fin comprender que ninguna decisión judicial podría restaurarle la vida por completo. Nasio (1996) comenta que el dolor del duelo se debe al hecho de que lo que duele no es perder el ser amado, sino seguir amándolo más que nunca, aun sabiéndolo perdido sin remedio. La constatación de la irreversibilidad de la pérdida se ocasiona mediante el test de realidad, que, como Freud (1917) apunta, ratifica que el objeto perdido no podrá ser reconquistado. Así, de acuerdo con la versión freudiana, el camino para la elaboración del duelo se construye junto a la realidad, en la cual es mediante el test de verificación de la ausencia del objeto perdido como se puede invertir en otros objetos que no son el objeto muerto. Lo que se plantea en algunos casos es la imposibilidad de concretización del test de realidad, puesto que el familiar sujeto en duelo se une a la idea de que el sujeto no murió por completo y su muerte solo ocurrirá después de una sentencia judicial que le sea favorable.

El caso de María ilustra sobre cómo la constatación de la realidad de la pérdida puede darse solo después de la sentencia judicial. Durante todo el proceso penal, que puede extenderse por muchos años, la inversión dirigida al objeto perdido y retirado debido a su muerte puede localizarse en el propio proceso penal. En este

“duelo suspendido”, el sujeto espera una sentencia, como si el proceso de elaboración del duelo solo pudiera iniciarse después del veredicto judicial.

Según Silva (2011), es necesario pronunciar interiormente la muerte de lo que se fue. Este proceso de elaboración, en el cual el sujeto entierra de modo simbólico el ente perdido, demanda un tiempo necesario para que el sujeto en duelo pueda elaborar su dolor, conferirle un significado y construir otro vínculo con el muerto amado, dándole lugar en su psiquismo. No obstante, si el trabajo de duelo presupone un tiempo para que el sujeto derrame sus lágrimas y se reordene psíquicamente, tal tiempo se somete al tiempo cronológico intrínseco a todos los procesos judiciales. Así, no es extraño encontrar sujetos en duelo que, días después de la muerte del familiar, ya se encuentran ocupados con papeles, documentos y acciones judiciales, pues es necesario tomar medidas inmediatas a fin de que la sentencia judicial salga tan rápido como sea posible.

El dolor del duelo, fuerte y pungente, trae consigo diversos aspectos relativos a aquel que se fue. Es necesario recordar al muerto, puesto que el trabajo de duelo es un proceso activo que demanda recordar para olvidar, superinvertir en una imagen para que así suceda el desligamiento de la libido (Nasio, 1996; Silva, 2011). Los hilos que ataban al sujeto con el objeto perdido fueron tejidos por componentes psíquicos que sustentaban el lazo entre la dupla, como la identificación con él y los aspectos ambivalentes inherentes a

las relaciones humanas. Así, elaborar el duelo revela la importancia de que el sujeto traiga a la narrativa los elementos que singularizaban su relación con el muerto, como los sentimientos de culpa, ira, identificaciones, tristeza y auto-recriminaciones. Todos estos aspectos apuntan a la especificidad del fenómeno del duelo y reafirman la importancia de una escucha cualificada por parte del psicólogo.

CONCLUSIONES

No se trata en este espacio de cuestionar o poner en duda los profundos fundamentos constitucionales y convencionales que sustentan la incorporación de la víctima al proceso penal. Tampoco se trata de pasar por alto el poder democratizador que esta transformación puede tener sobre la administración de justicia penal, al igual que otras reformas que se están aplicando o discutiendo en la región. Lo que se propugna es crear mecanismos de contención que eviten que la tutela jurídica efectiva de la víctima vaya en desmedro de su propia salud mental.

Una separación neta entre los dos procesos que la persona atraviesa (el jurídico penal, por un lado, y el psicológico de duelo, por otro) solo tiene sentido como una abstracción jurídica. La experiencia del sujeto que los protagoniza no realiza esas distinciones. Por ello, para lograr aquel objetivo, es necesario que la persona en duelo no sea vista solo desde la posición jurídica que asume en el proceso sino desde una perspectiva integral que comprenda las especificidades de su vivencia.

En ese sentido, se destaca la relevancia de una escucha profesional para el familiar en duelo, dado que es en el contexto terapéutico donde el sujeto puede narrar su historia, su vínculo con el ente querido y las especificidades que pautaban esta relación. Además, es importante que el profesional interviniente esté capacitado para actuar en cuestiones referentes al duelo, pues es inevitable afirmar que el tabú de la muerte está presente en la sociedad y no escapa a los psicólogos. Así, en el ámbito terapéutico, el profesional debe estar dirigido a las vicisitudes pertinentes al proceso de duelo, con conocimiento de que no existe un tiempo específico para su elaboración y que tampoco se debe patologizar el sufrimiento subyacente a la pérdida. En los casos en los cuales hay un involucramiento del familiar en el proceso penal, es de suma importancia que tal intervención sea acompañada por un tratamiento terapéutico coherente con las particularidades de los procesos que atraviesa.

Tampoco debe perderse de vista que el duelo por muerte violenta posee especificidades que lo distinguen del provocado por otros tipos de muerte. De acuerdo con Kurogi y Cremasco (2015), el aspecto súbito e imprevisible de la muerte violenta puede desencadenar experiencias traumáticas en el sujeto en duelo, puesto que no hubo preparación para lo ocurrido, como la habría, por ejemplo, en casos de muerte por enfermedad. Otro aspecto singular del duelo por muerte violenta se refiere al hecho de que el odio dirigido a quien se responsabiliza por la muerte puede impulsar al familiar a movilizarse

para condenarlo, transformando esta movilización en un objetivo de vida. En los casos en que la condena no ocurre o no está de acuerdo con los deseos del querellante, el manejo terapéutico del psicólogo puede evitar que la sentencia judicial sea desestabilizadora para él³.

El tratamiento terapéutico de querellantes en duelo permite que el sujeto hable de la singularidad de su pérdida y de las razones que sustentan su deseo de continuar su intervención en el proceso penal. El acompañamiento terapéutico adecuado puede proporcionar al sujeto la posibilidad de dar nuevos sentidos a su pérdida, viabilizando de igual modo que el paciente, tras la constatación de la irreversibilidad de la muerte, pueda hablar sobre sus expectativas en relación al proceso penal y, de ese modo, elaborar posibles frustraciones resultantes de este. El psicólogo puede auxiliar al sujeto en duelo a hacer frente a cuestiones relativas al proceso penal, al ofrecer un espacio de habla para contenidos específicos del duelo por muerte violenta, como el odio al reo, el sentimiento de injusticia y la movilización por la condena.

³ Los actores del sistema no deben perder de vista que el proceso es en esencia un ámbito de garantía para el imputado. En el mismo adquieren virtualidad ciertas reglas o principios (estado de inocencia, in dubio pro reo, prohibición de la persecución penal múltiple, admisibilidad de la prueba, proporcionalidad de la pena) que pueden atentar contra las expectativas del familiar doliente. De este modo, el deber del profesional del derecho de informar a su representado las reglas del proceso, de un modo claro y adecuado a sus circunstancias personales, debe de alguna forma verse complementado por el trabajo del psicólogo que lo acompañe a lo largo del proceso.

El protagonismo del familiar de la víctima en el proceso penal no se restringe solo al ámbito jurídico, sino que se extiende más allá de este, lo que genera consecuencias psíquicas en él. De ello se deriva la importancia de una red de apoyo que contemple un soporte psicológico coherente con las demandas y la subjetividad del sujeto en duelo. Como afirman Gutiérrez de Piñeres Botero, Coronel y Pérez (2009) "así mismo puede ayudar la creación de una oficina de atención a víctimas, que cuente con personal especializado y sensible al sufrimiento y a las necesidades de las víctimas, con políticas claras y que privilegia el trabajo en red" (p. 55).

Para Albertin (2006), la excesiva lentitud del proceso judicial puede interferir con el proceso de recuperación de la víctima, toda vez que el proceso puede extenderse por años, tiempo en el que el querellante es llamado para declarar y revivir la muerte de su ser querido repetidas veces. En ese tiempo entre el inicio del proceso judicial y su conclusión tras la sentencia dictada por el juez, es fundamental que el querellante sea acompañado por un psicólogo que entienda las especificidades de su posición.

De este modo, la erección de la víctima como protagonista del proceso judicial no se alienará de las consecuencias psicológicas que ello puede causar, sino que las llevará en consideración con el objetivo de que el redescubrimiento de la víctima en el proceso sea algo positivo tanto para el proceso en sí como para la salud mental del querellante en cuestión.

Se estima que estos lineamientos deben ser tenidos en cuenta a la hora de estructurar los centros de atención a la víctima u organismos equivalentes, existentes o a crearse. Se propone que en el ámbito de esas instituciones existan dispositivos terapéuticos gratuitos y específicos para acoger a familiares de víctimas de muerte violenta, sobre todo cuando deciden actuar como querellantes. Dichos dispositivos deberán contar con una adecuada coordinación con el resto de los actores que intervienen en el proceso penal, como así también con el sistema de salud, y partir de un abordaje interdisciplinario, con un rol activo de psicólogos clínicos con formación específica en el tema del duelo, capacitados para abordar contenidos relativos al dolor de la pérdida.

En sentido similar a lo expuesto hasta aquí, cabe citar las palabras de Carlos Beristain, quien enseña que:

El proceso tiene que ser reparador para la víctima. El proceso de testimoniar puede contribuir a asimilar el dolor, a dar sentido, a reconstruir los pedacitos que nunca se habían podido juntar en muchos casos. Una dimensión no solo jurídica sino más psicosocial de la perspectiva de la víctima, es importante para que se genere un proceso personal, familiar o colectivo alrededor de esa demanda judicial (Beristain, 2008, p. 27).

REFERENCIAS

- Albertin, P. (2006). Psicología de la victimización criminal. En M. A. Soria y D. Sáiz (Eds.), *Psicología criminal* (pp. 245-274). Madrid, España: Pearson.

- Ambos, K. y Woischnik, J. (2000). Las reformas procesales penales en América Latina. En J. B. J. Maier, K. Ambos, y J. Woischnik. (Coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina* (pp. 835-896). Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Berlinck, M. T. (2008). *O que é Psicopatologia Fundamental*. São Paulo: Escuta.
- Beristain, C. M. (2008). Las reparaciones a las víctimas en el sistema interamericano de derechos humanos. En Abuelas de Plaza de Mayo (Ed.), *El papel del sistema de justicia frente a violaciones masivas de los derechos humanos. Problemas actuales* (pp. 23-38). Buenos Aires, Argentina: Abuelas de Plaza de Mayo.
- Binder, A. M. (2014). *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Bovino, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.
- Cafferata Nores, J. I. (2006). *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf
- Franceschetti, G. y Gamba, S. (2014). *El querellante. La reivindicación de la víctima en el proceso penal*. Rosario, Argentina: Nova Tesis.
- Freitas, J. L. y Michel, L. H. (2014). A maior dor do mundo: o luto materno em uma perspectiva fenomenológica. *Psicologia em Estudo*, 19(2), 273-283. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/pe/v19n2/10.pdf>
- Freud, S. (1917). Luto e Melancolia. *Obras completas de Sigmund Freud*. São Paulo, Brasil: Cia das Letras
- Gutiérrez, C. P. B., Coronel, E. y Pérez, C. A. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit*, 15(1), 49-58. Recuperado de http://revistaliberabit.com/es/revistas/RLE_15_1_revision-teorica-del-concepto-de-victimizacion-secundaria.pdf
- Kurogi, L. T. y Cremasco, M. V. F. (2015). O luto materno. En: J. L. Freitas y V. F. Cremasco M. (Eds). *Mães em luto: a dor e suas repercussões existenciais e psicanalíticas*, (pp. 91-120). Curitiba, Brasil: Juruá.
- Langer, M. (2007). *Revolución en el proceso penal latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia*. Recuperado de <http://inecip.org/documentos/revolucion-en-el-proceso-penal-latinoamericano-difusion-de-ideas-legales-desde-la-periferia/>
- Maier, J. B. J. (2007). *Una tarde con la víctima. Apuntes*. En Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Ed.), *1era. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia* (pp. 64-75). Recuperado de <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00005/00009237.Pdf>
- Nasio, J. D. (1996). *O livro da dor e do amor*. Río de Janeiro, Brasil: Jorge Zahar
- Rivera, T. (2012). Luto e melancolia, de Freud, Sigmund. *Novos Estudos-Cebrap* pp. 231-237. Recuperado de http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000300016
- Silva, P. J. C. (2011). Lembrar para esquecer: a memória da dor no luto e na consolação. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, 14(4), 711-720. Recuperado de http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142011000400010
- Suannes, C. A. M. (2011). *A sombra da mãe: psicanálise e vara de família*. São Paulo, Brasil: Casa do Psicólogo.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2005). *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

*Eficacia de los mecanismos jurídicos para la protección de los derechos de las comunidades negras vulnerados por la actividad minera: el caso del municipio de Río Quito, Chocó**

Escolástica del Rosario Mosquera Caro**
Lisneider Hinestroza Cuesta***

Recibido: 30 de agosto de 2016 • Aprobado: 27 de septiembre de 2017
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a10>

RESUMEN

El marco jurídico colombiano permite el desarrollo de la actividad minera en territorios de comunidades negras como es el caso del municipio de Río Quito situado en el departamento del Chocó. En este artículo se presenta una investigación de carácter descriptivo sobre la vulneración de los derechos de las comunidades negras por la actividad minera en el municipio de Río Quito, las cuales por mandato constitucional cuentan con diversos mecanismos jurídicos que le permiten la protección de sus derechos como la acción popular, la acción de grupo y la acción de tutela de forma excepcional. En el 2008 el ejercicio de la actividad minera realizada de forma ilegal en Río Quito generó la contaminación de las aguas con tóxicos como mercurio, aceite combustible para motores y aceites lubricantes, colocando en alto riesgo la existencia de sus habitantes, al afectar con ello la salud, la vida y el entorno cultural.

Palabras clave: Comunidades negras; derechos colectivos fundamentales; grupos étnicos; actividad minera.

* Artículo científico producto del proyecto de investigación titulado *Estudio jurídico para la selección de instrumentos legales que protejan y restablezcan los derechos colectivos vulnerados por la extracción de minerales en el municipio de Río Quito en el departamento del Chocó*. Grupo de investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente de la Universidad Tecnológica de Chocó "Diego Luis Córdoba". Financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia Tecnología e Innovación (Colciencias) y la Gobernación del Chocó a través de la Fundación para la Educación y el Desarrollo Social (FES), mediante el Programa Jóvenes Investigadores-Modalidad tradicional. Convocatoria para la formación de capital humano de alto nivel para el departamento del Chocó N.º 694. Avances de la investigación se presentaron en la ponencia oral *La acción de tutela como mecanismo transitorio de protección de derechos colectivos vulnerados por la extracción ilícita de minerales en el municipio de Río Quito, Chocó*, en el marco del VI Congreso Internacional de Derecho "Democracia y Conflictos Sociales en América Latina", realizado en la ciudad de Manizales (Colombia) del 12 al 14 de agosto de 2015.

** Abogada de la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba". Joven Investigadora del grupo de investigación Derecho Sociedad y Medio Ambiente en la Universidad Tecnológica del Chocó (Colombia). Correo electrónico: rosario-91-sagrado@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5889-0013>

*** Abogada de la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba" (Colombia). Magíster en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Líder del grupo de investigación Derecho Sociedad y Medio Ambiente en la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba" (Colombia). Docente asistente en Comisión de Estudio de la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba" (Colombia). Correo electrónico: lisneider@yahoo.es. Orcid: orcid.org/0000-0003-3580-1716

Effectiveness of legal mechanisms to protect the rights of black communities harmed by mining activities in the municipality of Río Quito-Chocó

ABSTRACT

Colombia's legal framework allows the development of mining activities in territories of black communities such as the municipality of Río Quito located in the department of Chocó. This article presents a descriptive investigation about the violation of the rights of the black communities by the mining activity in the municipality of Río Quito, which by constitutional mandate has various legal mechanisms that allow the protection of their rights as popular action, group action and tutela action exceptionally. In 2008, the mining activity carried out illegally in Río Quito generated water pollution with toxic substances such as mercury, motor oil and lubricating oils, putting the existence of its inhabitants at high risk, thereby affecting health, life and the cultural environment.

Keywords: Black communities, fundamental collective rights, ethnic groups, mining activity.

Eficácia dos mecanismos jurídicos para a proteção dos direitos das comunidades negras vulnerabilizadas pela atividade mineira: o caso do município de Río Quito, Chocó

RESUMO

O contexto jurídico colombiano permite o desenvolvimento da atividade mineira em territórios de comunidades negras, como é o caso do município de Río Quito, situado no estado de Chocó. Neste artigo, apresenta-se uma pesquisa de caráter descritivo sobre a violação dos direitos das comunidades negras por causa da atividade mineira no município de Río Quito. Tais comunidades contam, por mandato constitucional, com diversos mecanismos jurídicos que permitem a proteção de seus direitos, como a ação popular, a ação de grupo e a ação de tutela de forma excepcional. Em 2008, o exercício da atividade mineira realizada de forma ilegal em Río Quito gerou a contaminação das águas com tóxicos como mercúrio, óleo combustível para motores e óleos lubrificantes, o que colocou a existência de seus habitantes em alto risco ao afetar com isso a saúde, a vida e o entorno cultural.

Palavras-chave: Atividade mineira; comunidades negras; direitos coletivos fundamentais; grupos étnicos

INTRODUCCIÓN

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a través del informe "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", exhorta a las actividades extractivas implementadas en los territorios ocupados históricamente por los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, áreas que albergan una gran cantidad de recursos naturales y reconoce la importancia que tales emprendimientos pueden tener para la prosperidad y el desarrollo económico de los países de América. Sin embargo, el desarrollo económico de los Estados miembros no puede realizarse en detrimento de sus obligaciones fundamentales de respetar y garantizar derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

En tal sentido, la Constitución Política de 1991 apunta a un modelo de desarrollo sostenible, en el que la actividad productiva debe guiarse por los principios de conservación, restauración y sustitución; por lo tanto, el Estado colombiano permite el aprovechamiento de los recursos naturales, siempre y cuando con ello no se cause perjuicios en términos de salubridad individual o social, como tampoco daño o deterioro que atente contra la diversidad e integridad del ambiente (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-154).

De igual forma, la actividad minera en Colombia se encuentra consagrada en

el Código de Minas, Ley 685 de 2001, la cual define la minería como el conjunto de actividades que relacionan el descubrimiento, exploración y explotación de yacimientos minerales; que son la acumulación natural de sustancia mineral o fósil, utilizable como materia prima o como fuente de energía, que se encuentra en el subsuelo o en la superficie terrestre y cuyo volumen es tal que puede ser explotado con fines económicos.

De acuerdo con el informe preventivo sobre los alcances de la minería ilegal en Colombia, presentado por la Procuraduría General de la Nación, lo que se pretende con esta actividad minera en el país, es lograr un equilibrio armónico entre desarrollo económico y gasto de la oferta ambiental, siempre y cuando se garantice la protección de los derechos colectivos. Por ende, el Estado colombiano cuenta con instrumentos legales que posibilitan la protección de los derechos colectivos vulnerados por el ejercicio de la minería ilegal (Procuraduría General de la Nación, 2011).

Así las cosas, la actividad minera es la principal fuente de economía del departamento del Chocó ubicado en la región pacífica de Colombia, donde la extracción se concentra especialmente en la explotación de metales preciosos como el oro, de la cual depende para el sustento familiar buena parte de la población de manera directa e indirecta. De esta forma, las políticas, planes de desarrollo y formas de vida de los habitantes están profundamente marcadas por dicha actividad (Moya, 2016).

Sin embargo, teniendo en cuenta lo expuesto por la Contraloría General del Departamento del Chocó en el Informe anual del estado de los recursos naturales y del medio ambiente en el departamento del Chocó, esta actividad es realizada generalmente de forma ilegal en más de 17 municipios del departamento, generando destrucción de suelos, contaminación de fuentes hídricas, pérdida de la biodiversidad y desarraigo de las comunidades asentadas en el territorio, lo que conlleva a una situación alarmante de degradación ambiental, producto de la omisión por parte de autoridades competentes encargadas de ejercer el control y vigilancia por la extracción de minerales en el territorio chochoano (Contraloría General del Departamento del Chocó, 2012).

En este sentido, la minería es una de las actividades económicas responsable de la vulneración de derechos colectivos en territorios de comunidades negras, como es el caso del municipio de Río Quito, situado en el departamento del Chocó, (Alcaldía de Río Quito, 2002), donde la extracción de minerales es realizada generalmente de forma ilegal, lo que imposibilita la implementación de planes de manejo que consideren medidas de prevención, mitigación y corrección de la degradación ambiental (Contraloría General del Departamento del Chocó, 2012).

Evidentemente, es claro que el Estado colombiano ha previsto los instrumentos especiales para la defensa de los derechos colectivos, fundamentalmente la acción popular, consagrada en la Constitución Política de 1991 y regulada por la Ley

472 de 1998; esta se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible; por otro lado, se encuentran las acciones de grupo, establecidas en el artículo 88 de la Constitución de Colombia, la acción de cumplimiento y excepcionalmente la acción de tutela; esta última se ejerce particularmente cuando existe conexidad directa entre la violación de derechos colectivos y la vulneración de derechos fundamentales, como es el caso, del derecho a la vida y a la salud (Mesa, 2010).

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, cabe preguntarse: ¿Cuáles son los derechos colectivos vulnerados a las comunidades negras del municipio de Río Quito por la extracción de minerales en relación con la eficacia de los mecanismos jurídicos empleados para la protección de estos derechos? En ese orden de ideas, para responder a esta pregunta, se abordan aspectos relevantes como son: 1) El municipio de Río Quito, un espacio de convivencia entre la ocupación ancestral y la minería ilegal; 2) Análisis del marco normativo para el aprovechamiento, exploración y explotación de minerales en territorios de grupos étnicos en Colombia; 3) Procesos que se han adelantado sobre aprovechamiento, exploración o explotación ilícita de recursos minerales en el municipio de Río Quito durante el período comprendido entre el 2010-2014; 4) Títulos mineros otorgados en el municipio de Río Quito durante el período comprendido entre el 2010-2014; 5) Derechos colectivos

vulnerados a las comunidades negras del municipio de Río Quito por la extracción de minerales y 6) Conclusiones.

Para adelantar esta investigación se recurrió al método descriptivo (Ruiz, 2007), y la investigación se desarrolló en tres etapas: 1) la revisión bibliográfica relacionada con la normativa que regula los derechos colectivos en Colombia y de igual forma, la normativa que regula el desarrollo de la actividad minera; 2) la recolección de información, en esta fase se presentaron peticiones de información a entidades que tienen algún tipo de función frente al otorgamiento de títulos mineros, permisos ambientales, inspección, vigilancia y control, como son: Agencia Nacional de Minería (oficio radicado N.º 20159120001331) del 9 de junio de 2015, Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó (Codechocó) (oficio radicado N.º 2015-2-1547) del 9 de junio de 2015, Alcaldía Municipal de Río Quito (oficio enviado el 14 de diciembre de 2015), Defensoría del Pueblo (oficio radicado N.º 6013-513) del 16 de junio de 2015, la Fiscalía Quinta Promiscua Seccional Quibdó-Chocó, Procuraduría Judicial para asuntos Ambientales (oficio radicado N.º 20150210001972) del 3 de junio de 2015, al Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (Incode) (oficio radicado N.º 00203) del 25 de mayo de 2015 y a los Consejos Comunitarios de San Isidro, Villa Conto y Paimadó (oficios enviados el 19 de junio de 2015); De igual forma, se realizaron entrevistas semiestructuradas a los representantes legales de estos 3 Consejos, (L. Romaña, comunicación personal, 4 de diciembre de 2015),

(V. Chaverra, comunicación personal, 14 de diciembre de 2015) y (N. Cabrera, comunicación personal, 26 de noviembre de 2015); y por último 3) el análisis y la consolidación de la información.

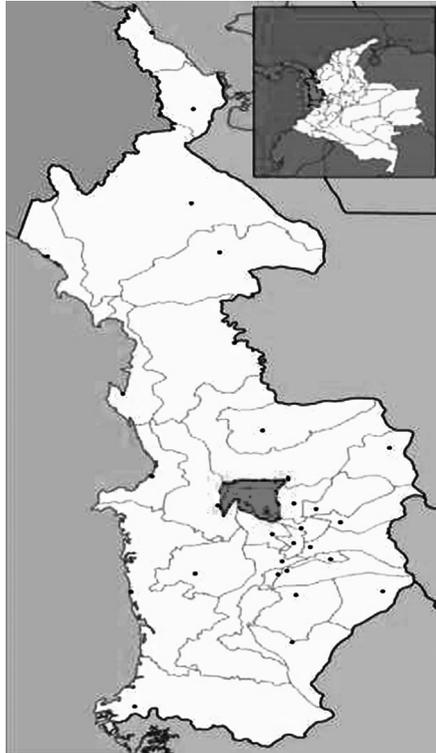
1. **EL MUNICIPIO DE RÍO QUITO, UN ESPACIO DE CONVIVENCIA ENTRE LA OCUPACIÓN ANCESTRAL Y LA MINERÍA ILEGAL**

El municipio de Río Quito se encuentra localizado a los 5°25' de latitud norte y 76°40' de longitud este, respecto al meridiano de Greenwich, con una altura promedio de 45 metros sobre el nivel del mar; limita por el norte con el municipio de Quibdó; por el sur, con el municipio del Cantón de San Pablo y Cértegui; por el oriente, con el municipio de Atrato, y por el occidente, con el municipio del Alto Baudó (Alcaldía de Río Quito, 2002) tal y como se encuentra referenciado el grafico N.º 1.

Este municipio tiene una extensión de 70 kilómetros cuadrados, de los cuales 60.966 m² corresponden a las comunidades negras y 9034 a los resguardos indígenas, con una temperatura promedio que oscila entre 26° y 27 °C (Alcaldía de Río Quito, 2002).

Fue creado mediante Ordenanza 004 del 25 de abril de 1999. Río Quito se caracteriza por poseer grandes cantidades de selvas vírgenes en las que abundan especies silvestres como la guagua (*agouti paca*), tatabro (*pecari tajacu*) y armadillo (*dasyus nove*). De igual forma, Río Quito goza de una gran variedad de especies de árboles madereros como abarco (*cariniana pyriformis*),

Gráfico N.º 1. Localización geográfica del municipio de Río Quito respecto al departamento del Chocó y Colombia



Fuente: Alcaldía de Río Quito, 2002

lirio (iris germánica), cedro (*cedrela odorata*) y diferentes peces de aguas dulce. La minería, la agricultura, la pesca y la explotación maderera son las principales fuentes de ocupación de sus habitantes (Alcaldía Municipal de Río Quito, 2015).

Asimismo, posee recursos naturales que potencian el desarrollo en el lugar, como es el caso del sector minero, que comprende la existencia de metales preciosos como el oro y el platino, los cuales se encuentran diseminados en las vertientes de los ríos, pero la falta de control y vigilancia por parte de las autoridades

competentes propicia una extracción y aprovechamiento no racional de los minerales, generando pérdida de la biodiversidad en el territorio (Alcaldía de Río Quito, 2012). Por otro lado, el municipio de Río Quito fue catalogado como el pueblo más pobre de Colombia según lo expuesto por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) en el 2005, en el que los habitantes viven con el 98% de sus necesidades básicas insatisfechas (Cuevas, 2015).

Este municipio se encuentra dividido en 8 corregimientos y 4 resguardos indígenas.

Tabla 1. Relación de corregimientos y resguardos indígenas ubicados en el municipio de Río Quito-Chocó

<i>Corregimientos</i>	<i>Resguardos indígenas</i>
Paimadó (Cabecera municipal)	Miasa de Partadó
Tuadó	Pato y Gengadó
San Isidro	San José Amia Pato
La Soledad	Lomitas de Curundo
Villa Conto	
Boca de Apartadó	
Chiguarandó Alto	
La Punta Antadó	

Fuente: Alcaldía de Río Quito, 2002

En cuanto al desarrollo de la actividad minera en el municipio de Río Quito, esta se ha venido realizado de forma ilegal en los últimos años, por lo que se han presentado diversas quejas por parte de sus habitantes respecto a los severos impactos ambientales que se causan sobre los recursos naturales y del ambiente, razón por la cual, el acalde ordenó, por medio del Decreto 027 de 2008, suspender la explotación minera ilícita que se realiza con dragas de succión o dragones y cualquier tipo de maquinaria pesada en jurisdicción del municipio (Alcaldía Municipal de Río Quito, 2008), donde la extracción de oro ilegal representa un 98,3% y el 1,7% corresponde a la minería artesanal¹ (El Espectador, 2016).

¹ La Corte Constitucional considera que la que minería artesanal consiste en la explotación de depósitos minerales a pequeña escala, en la que se utilizan métodos manuales transmitidos de generación en generación o con ayuda de equipos muy sencillos, por lo general elaborados por los mismos mineros, para la extracción de los metales. Esta es la clase de minería conocida como minería

El líder comunitario Venancio Chaverra explica que antes de la minería mecanizada el río era cristalino, saludable, de aguas claras, y que las poblaciones se dedicaban a la pesca, a la agricultura y a la minería artesanal y de estas actividades emanaba la subsistencia y la vida cultural. Añade que el señor Mosquera (chocoano, minero del bajo Cauca) y sus socios extranjeros descubrieron el potencial minero del río Quito en 1997; a partir de entonces comenzó un proceso de minería masiva y las dragas poblaron el río en busca de oro. Recuerda que la explotación inició en el Cantón de San Pablo. Hoy la mayoría de minería mecanizada o de succión se realiza en río Quito y en Cantón de San Pablo, desplazando toda actividad agrícola y pesquera. Sostiene que la situación es caótica porque lo poco que se logra pescar está contaminado

de subsistencia, que realizan las comunidades étnicas y los campesinos desde hace siglos (Corte Constitucional, 2016, Sentencia T-622).

con mercurio y la gente de la región no compra ni consume pescado del río por temor a enfermarse. También denuncia la extinción de peces como la "Boquiancha y el veringo" (Corte Constitucional, 2016, Sentencia T-622).

Asimismo, en el 2008 la explotación minera ilegal de metales preciosos en Río Quito generó la contaminación de las aguas con tóxicos como mercurio, aceite combustible para motores y aceites lubricantes, lo que puso en alto riesgo la existencia de los habitantes del lugar, al afectar con ello la salud, la vida y el entorno cultural (Alcaldía Municipal de Río Quito, 2008).

En ese sentido, teniendo en cuenta un estudio realizado por la Universidad de Cartagena, buena parte de la población del municipio de Río Quito se encuentra contaminada por el uso del mercurio, lo que afecta gravemente la salud de sus habitantes, quienes no cuentan con los centros médicos adecuados para atender satisfactoriamente las diferentes enfermedades que se presentan por el desarrollo de la minería ilegal, motivo por el cual, deben trasladarse a otras ciudades del país para recibir la atención médica pertinente (Hernández, 2016).

Por otro lado, los trabajos de explotación minera se realizan sin que haya control por parte de la autoridad competente, y han dejado efectos irreversibles, ocasionando alteraciones radicales del paisaje, destrucción del suelo y del bosque natural, destrucción de cultivos de pancoger, pérdida del ecosistema etiológico por

efecto del mercurio² utilizado y erosión de las orillas (Contraloría General de la Republica, 2014).

De igual modo, la Defensoría del Pueblo, en respuesta a oficio radicado N.º 6013-513 del 16 de junio de 2015, manifestó que la actividad minera en el municipio de Río Quito se está desarrollando de forma clandestina violando el derecho a la consulta previa; además, el uso desafortunado de insumos químicos como el cianuro y el mercurio³ ha generado graves conflictos

² El mercurio es un metal que se caracteriza por ser líquido inodoro a temperatura ambiente y se volatiliza fácilmente. En la región de América Latina y el Caribe (ALC) se ha utilizado principalmente para la extracción de oro y plata desde la antigüedad. Una vez que el mercurio ingresa al ambiente como contaminante, es sumamente nocivo. Los daños a la salud humana incluyen alteraciones permanentes en el sistema nervioso, y en particular al sistema nervioso en desarrollo. Debido a ello, y al hecho de que el mercurio puede ser transferido de una madre a su hijo durante el embarazo, los bebés, niños y mujeres embarazadas, son considerados las poblaciones más vulnerables (Centro Coordinador Convenio Basilea & Centro Regional Convenio de Estocolmo para América Latina y el Caribe, 2014).

³ En cuanto al uso del mercurio, se considera que Colombia es el país con más contaminación por mercurio en América. De acuerdo con estudios de la Organización Mercury Watch en el 2016, se calcula que el país emite 180 toneladas anuales de mercurio en la extracción artesanal de oro, lo que constituye un importante riesgo para la protección ambiental y la salud humana de sus habitantes. Por tanto, el estado ha expedido la Ley 1658 de 2013 destinada a regular el uso, la comercialización, el manejo, el transporte, el almacenamiento, la disposición final y la liberación al ambiente del mercurio en las actividades industriales. Esta Ley establece un plazo de 5 años para erradicar el uso del mercurio en el sector minero. Sin embargo, hasta el momento existe una gran debilidad institucional para controlar el uso del mercurio en la explotación del oro, en zonas como el departamento del Chocó, debido a que las Corporaciones Autónomas Regionales no realizan

socio-ambientales y una altísima degradación de los ecosistemas (Defensoría del Pueblo, 2015).

Al respecto, el Alcalde de Rio Quito expresa que, aunque ha tomado las medidas necesarias para suspender el desarrollo de la actividad minera que se realiza de forma ilegal en su municipio, dicha actividad continúa causando grandes daños a la población, por lo tanto, considera que para lograr un control efectivo de la minería ilegal en el municipio de Rio Quito, se requiere de la intervención del Estado nacional colombiano a largo plazo (Hernández, 2016).

2. ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO PARA EL APROVECHAMIENTO, EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE MINERALES EN TERRITORIOS DE GRUPOS ÉTNICOS EN COLOMBIA

Desde la perspectiva del Sistema Interamericano, los Estados miembros tienen la obligación esencial de implementar un marco normativo adecuado para la protección de los derechos humanos frente a actividades extractivas, de explotación y desarrollo en territorios de comunidades indígenas y afrodescendientes. Esta obligación incluye el deber de prevenir violaciones a los derechos humanos, el cual exige la identificación previa y el seguimiento adecuado de los impactos que generaría determinado plan o proyecto en los derechos humanos de las poblaciones afectadas por el mismo, tanto antes de la

los monitoreos correspondientes para establecer las concentraciones de mercurio en el agua (Rojas y Montes, 2016).

autorización u otorgamiento de permisos, como durante la implementación del proyecto. Igualmente, la Comisión se refiere al deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia contra la población en zonas afectadas por actividades extractivas, de explotación y desarrollo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Ahora bien, en Colombia la actividad minera se encuentra regulada por la Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, este Código tiene como objeto, teniendo en cuenta lo estipulado en su artículo 1, fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada, así como también, estimular estas actividades con el propósito de satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos, en aras a que su aprovechamiento se realice de forma armónica, teniendo en cuenta los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, generando de esta forma un desarrollo sostenible.

Igualmente, consagra en su artículo 14 que únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado, e inscrito en el Registro Minero Nacional. Por otro lado, consagra en su artículo 160 que el aprovechamiento ilícito de recursos mineros consiste en el beneficio, comercio o adquisición a cualquier título, de minerales

extraídos de áreas no amparadas por un título minero.

Por consiguiente, los alcaldes efectuarán el decomiso provisional de los minerales que se transporten o comercien y que no se hallen amparados por factura o constancia de las minas de donde provengan. Así, si se comprobare la procedencia ilícita de los minerales se pondrán, además, a disposición de la autoridad penal que conozca de los hechos. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a la minería de barequeo⁴ teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 161.

Por último, es importante resaltar que la responsabilidad de denunciar los hechos constitutivos de la actividad minera realizada de forma ilícita recaen sobre cualquier persona que tenga conocimiento del aprovechamiento, exploración o explotación ilícita de minerales, quien deberá dar aviso al alcalde del lugar y este, previa comprobación de la situación denunciada, procederá al decomiso de los minerales extraídos y, por consiguiente, deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad minera, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes, tal como lo estipula la ley citada en su artículo 164.

⁴ El artículo 155 de la Ley 685 de 2001 consagra al barequeo como la actividad popular de los habitantes de terrenos aluviales actuales, que consiste en el lavado de arenas por medios manuales sin ninguna ayuda de maquinaria o medios mecánicos y con el objeto de separar y recoger metales preciosos contenidos en dichas arenas (Congreso de la Republica, 2001).

Por otra parte, teniendo en cuenta lo expuesto en el informe preventivo sobre los alcances de la minería ilegal en Colombia, presentado por la Procuraduría General de la Nación. La licencia ambiental es el control estatal por excelencia sobre los recursos naturales renovables, y frente a las explotaciones mineras advierte, que para su solicitud debe anexarse el respectivo título minero, por lo cual, la autoridad no podría otorgar una licencia ambiental para una explotación de minería ilegal, lo que no quiere decir que estas queden exentas y fuera del alcance de la discrecionalidad de la ley, pues les permite a las autoridades ambientales la posibilidad de utilizar mecanismos de control accesorios o sustitutos como son los planes de manejo ambiental⁵. Sin embargo, el plan de manejo ambiental es un control posterior a la ejecución de los proyectos y no previo como lo es la licencia ambiental (Procuraduría General de la Nación, 2011).

Del análisis normativo, se puede inferir que las normas establecidas por el Estado colombiano para el aprovechamiento, exploración y explotación de minerales en territorios de grupos étnicos no cumplen a cabalidad con los reglamentos estipulados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la obligación de prevenir y realizar el seguimiento adecuado de los impactos que puede genera un proyecto en los derechos humanos de una población, ya que permite la utilización de mecanismos sustitutos, como un plan de manejo ambiental cuando no se cumple con el requisito del

⁵ Ver artículo 4 del Decreto 2820 de 2010 (República de Colombia, 2010).

título minero para la obtención de la licencia ambiental; por tanto, no se realiza un control previo como lo hace la licencia ambiental, sino que, por el contrario se estaría realizando un control posterior al desarrollo del proyecto, lo que propicia la vulneración de derechos.

3. PROCESOS PENALES QUE SE HAN ADELANTADO POR EL APROVECHAMIENTO, EXPLORACIÓN O EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE RECURSOS MINERALES EN EL MUNICIPIO DE RÍO QUITO ENTRE LOS AÑOS 2010-2014

La investigación arrojó que se han adelantado en el despacho de la Fiscalía Octava Seccional Quibdó, desde el año 2010 a 2014, ocho (8) procesos sobre daño en los recursos naturales, cuatro (4) procesos sobre explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales. Vale la pena resaltar que actualmente de los 12 procesos que se encuentran activos en etapa de indagación, no existen condenados por estos hechos, en virtud a que no se encuentran plenamente identificados e individualizados los responsables (Fiscalía Octava Seccional Quibdó-Chocó, 2015). (Ver tabla 3).

Tras labores de inteligencia lideradas por la Unidad contra Minería y el Terrorismo de la Policía Nacional, Ejército Nacional, Fuerza Aérea, Armada Nacional, y con acompañamiento de Fiscalía General y Procuraduría Judicial, Ambiental y Agraria, en Río Quito (Chocó) se hallaron 25 dragones (estructuras flotantes de dos pisos) utilizados por bandas criminales y un mismo número de maquinaria pesa-

da como retroexcavadora con el que se practicaba minería ilegal. En la operación participaron más de 100 uniformados especializados, quienes llegaron a los campamentos mineros ubicados en Paimadó-Río Quito en más de 10 helicópteros. En este operativo no se realizaron capturas; sin embargo, de acuerdo con las cifras del MinAmbiente, en el 2016 se realizaron más de 6200 capturas por delitos ambientales en todo el país (El Tiempo, 2017).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo estipulado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo" los Estados miembros tienen el deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia contra la población en zonas afectadas por actividades extractivas, de explotación y desarrollo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015). Así, todos los procesos penales que se han adelantado por el aprovechamiento, exploración o explotación ilícita de recursos minerales en el municipio de Río Quito en los últimos años representan el esfuerzo por parte del Estado colombiano para cumplir dicha obligación.

4. TÍTULOS MINEROS OTORGADOS EN EL MUNICIPIO DE RÍO QUITO ENTRE EL 2010-2014

El gráfico N.º 4, muestra que se encuentran ocho (8) títulos mineros (contratos de concesión) en estado vigente de ejecución en el municipio de Río Quito.

Tabla 2. Relación de procesos que se han adelantado en la Fiscalía Octava Seccional Quibdó, sobre aprovechamiento, exploración o explotación ilícita de recursos minerales.

N.º	Número del proceso	Delito	Estado del proceso
1	270016001100201401288	Daño en los recursos naturales artículo 331 C. P.	Indagación
2	270016001100201303397	Daño en los recursos naturales artículo 331 C. P.	Indagación
3	270016001100201302469	Daño en los recursos naturales artículo 331 C. P.	Indagación
4	270016001100201303410	Daño en los recursos naturales artículo 331 C. P.	Indagación
5	270016001100201402439	Explotación ilícita de yacimiento minero artículo 338 C. P.	Indagación
6	270016001100201303408	Daño en los recursos naturales artículo 331 C. P.	Indagación
7	270016001100201401294	Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales artículo 338 C. P.	Indagación
8	270016001100201102633	Daño en los recursos naturales artículo 331 C. P.	Indagación
9	270016001100201101035	Aprovechamiento Ilícito De Los Recursos Naturales artículo 328 C. P.	Indagación
10	270016001100201101651	Daño en los recursos naturales artículo 331 C. P.	Indagación
11	270016001100201101492	Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales artículo 338 C. P.	Indagación
12	270016001100201402587	Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales artículo 338 C. P.	Indagación
13	270016001100201402527	Daño en los recursos naturales artículo 331 C. P.	Indagación

Fuente: Fiscalía Octava Seccional Quibdó, Chocó. Respuesta al derecho de petición radicado N.º 20150210001972, 2015

Por otro lado, en la tabla 4 se evidencia que se encuentran diez (10) solicitudes de legalización, de las cuales, seis (6) están vigentes y cuatro (4) se encuentran archivadas.

Por último, respecto a la licencia de exploración, se encontró que existen dos, las cuales han sido rechazadas (Agencia Nacional de Minería, 2015).

En relación con los permisos ambientales otorgados para la explotación de minera-

les en Río Quito, la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó (Codechocó), en respuesta a oficio con radicado N.º 2015-2-1547 del 9 de junio de 2015, informó que en el municipio de Río Quito no se ha otorgado ningún permiso para la explotación de minerales, como tampoco autorización ambiental a empresas multinacionales; de igual forma, estableció que hasta el momento se han iniciado 21 procesos sancionatorios contra la minería ilegal en la cuenca de Río Quito (Codechocó, 2015).

Tabla 3. Relación de los títulos mineros (Contratos de Concesión) que se encuentran en el municipio de Río Quito

N.º	Fecha de radicación	Estado del expediente	Titular
1	02/06/2010	Vigente en ejecución	Consejo comunitario de Paimadó.
2	13/02/2012	Vigente en ejecución	Proyecto Coco Hondo S. A. S.
3	13/02/2012	Vigente en ejecución	Proyecto Coco Hondo S. A. S.
4	13/02/2012	Vigente en ejecución	Proyecto Coco Hondo S. A. S.
5	13/02/2012	Vigente en ejecución	Proyecto Coco Hondo S. A. S.
6	24/02/2012	Vigente en ejecución	Proyecto Coco Hondo S. A. S.
7	24/02/2012	Vigente en ejecución	Proyecto Coco Hondo S. A. S.
8	10/05/2013	Vigente en ejecución	Proyecto Coco Hondo S. A. S.

Fuente: Agencia Nacional de Minería. Respuesta a derecho de petición. Radicado N.º 20159120001331, 2015

Tabla 4. Relación de las solicitudes de legalización que se encuentran en el municipio de Río Quito, Chocó (Colombia).

N.º	Fecha de radicación	Estado de la solicitud	Titulares
1	20/03/2013	Vigente	(8180013268) Consejo Comunitario de Paimadó.
2	21/03/2013	Vigente	(8180013268) Consejo Comunitario de Paimadó.
3	10/05/2013	Vigente	(8180013268) Consejo Comunitario de Paimadó.
4	10/05/2013	Vigente	(8180013268) Consejo Comunitario de Paimadó.
5	10/05/2013	Vigente	(8180013268) Consejo Comunitario de Paimadó.
6	24/09/2004	Vigente	(8180013268) Consejo Comunitario de Paimadó.
7	27/09/2004	Archivada	(8180013268) Consejo Comunitario de Paimadó.
8	13/01/2011	Archivada	(8180013268) Consejo Comunitario de Paimadó.
9	17/01/2011	Archivada	(8180013268) Consejo Comunitario de Paimadó.
10	28/01/2011	Archivada	(8180013268) Consejo Comunitario de Paimadó.

Fuente: Agencia Nacional de Minería. Respuesta derecho de petición. Radicado N.º 20159120001331, 2015

Tabla 5. Relación de las licencias de exploración que se encuentran en el municipio de Río Quito (Chocó, Colombia).

N.º	Fecha de radicación	Estado del expediente	Titulares
1	28/12/1993	Rechazado	Roboam Jaramillo
2	15/06/1993	Rechazado	Víctor Emilio Mosquera

Fuente: Agencia Nacional de Minería. Respuesta derecho de petición. Radicado N.º 20159120001331, 2015

En cuanto a los entables mineros ubicados en el municipio objeto de estudio, la Alcaldía Municipal, en respuesta a oficio radicado el 14 de diciembre de 2015, dio a conocer que se encuentran aproximadamente 35 entables mineros, de los cuales no poseen información en lo que tiene que ver con su ubicación, propietarios y equipo de trabajo, ya que esta información es suministrada a los consejos comunitarios de cada comunidad; además, estos cambian de sitio con mucha frecuencia, en ocasiones no permanecen ni un mes en el mismo lugar (Alcaldía de Río Quito, 2016).

CONSEJOS COMUNITARIOS UBICADOS EN EL MUNICIPIO DE RÍO QUITO

La investigación arrojó que en el municipio de Río Quito se encuentran ubicados 3 consejos comunitarios: San Isidro, Paimadó y Villa Conto.

Teniendo en cuenta el análisis de la información recolectada, respecto de las entrevistas realizadas a los líderes de los consejos comunitarios de San Isidro, Villa Conto y Paimadó del municipio de Río Quito, la investigación arrojó que el

conocimiento que estos poseen respecto de las normas que regulan la actividad minera en Colombia no es suficiente comparado con el nivel de responsabilidad que deberían asumir por la magnitud de las funciones asignadas como máximos administradores de los territorios titulados en los términos de la Ley 70 del 93 y el Decreto 1745 de 1995. Al respecto, el representante legal del Consejo Comunitario de Paimadó fue el único que especificó conocer la Ley 685 de 2001 "Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones" (L. Romaña, comunicación personal, 4 de diciembre de 2015, V. Chaverra, comunicación personal, 14 de diciembre de 2015, y N. Cabrera, comunicación personal, 26 de noviembre de 2015).

Estas comunidades contemplan en su reglamento interno el desarrollo de la actividad minera de forma artesanal; además, pretenden realizar una actividad minera tradicional, de barequeo, que no afecte el medio ambiente a gran escala. En eso coincidieron los representantes legales de los Consejos Comunitarios de San Isidro y Villa Conto.

Tabla 6. Relación de Consejos Comunitarios ubicados en el municipio de Río Quito (Chocó, Colombia)

Consejo Comunitario	Resolución	Área	Familia
San Isidro	0157 de 09 de febrero de 1998	12851-6400	206
Villa Conto	0160 de 09 de febrero de 1998	29026-1319	330
Paimadó	2724 de 27 de diciembre de 2001	17264-2898	316

Fuente: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder).
Respuesta a derecho de petición radicado N.º 00203, 2016

En cuanto al representante del Consejo Comunitario de Paimadó, este aclaró que anteriormente se estaba realizando en su comunidad la minería de forma artesanal, pero actualmente tienen contrato de concesión desde el 2009 (Minería semi-mecanizada)⁶⁶, lo cual coincide con la respuesta que emitió la Agencia Nacional Minera respecto a los títulos mineros (Contratos de Concesión) que se encuentran en el municipio de Río Quito, donde se puede apreciar con claridad, que los miembros de este Consejo Comunitario pretenden desarrollar la minería a gran escala, como se ilustra en la gráfica N.º 4.

Igualmente, los miembros de los consejos comunitarios realizan acciones frente al desarrollo de esta actividad, tales como: ejercer seguimiento, elaborar informes periódicos y ejercer control y vigilancia; para ello cuentan con una organización, la cual, en el caso del Consejo Comunitario de San Isidro, es el Comité de Delimitación de Área Minera; de otro lado, el Consejo Comunitario de Paimadó cuenta con la Junta Directiva para realizar esta labor; para ello se reúnen entre 1 y 3 meses aproximadamente o en cualquier momento, siempre y cuando la situación lo amerite, o se presente la necesidad. Sin embargo, los miembros del Consejo

Comunitario de Villa Conto no poseen un comité u organización, lo que puede generar un inconveniente a la hora de adelantar, de forma eficaz, las acciones frente al desarrollo de la actividad minera en su territorio.

5. DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS A LAS COMUNIDADES NEGRAS DEL MUNICIPIO DE RÍO QUITO POR LA EXTRACCIÓN DE MINERALES

La Defensoría del Pueblo, en respuesta a oficio radicado N.º 6013-513 del 16 de junio de 2015, ha puesto en conocimiento de las autoridades competentes de ejercer control y vigilancia, el alto riesgo de contaminación ambiental al que se exponen los habitantes del municipio de Río Quito⁷⁷ por el ejercicio de la actividad minera ilegal, que vulnera derechos fundamentales y derechos colectivos, como el derecho a la vida (artículo 11 de la C. P.), a la salud (artículo 49 de la C. P.) y el derecho a gozar de un ambiente sano (artículo 79 de la C. P.).

Por consiguiente, en el 2011 el Consejo Comunitario de Paimadó instauró la

⁶⁶ La minería semi-mecanizada se considera como una suerte de "modernización o tecnificación" de la minería artesanal, en la cual se incluyen adaptaciones de pequeños equipos como motobombas, elevadores hidráulicos y pequeñas dragas de succión que mejoran las condiciones de trabajo y rendimiento en la remoción de material aluvial. Este tipo de minería permite a los trabajadores realizar sus labores en un menor tiempo y con mayor eficacia (Corte Constitucional, 2016, Sentencia T-622).

⁷⁷ Grueso, Coordinadora de la Oficina de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para asuntos étnicos, señala que las condiciones de contaminación del río han contribuido a la baja tasa de reproducción de peces y, con el tiempo, a su desaparición. Agrega que también han realizado seguimiento a las afectaciones de salud causadas por los vertimientos de grandes cantidades de mercurio en el agua del río para lograr la separación del oro de la arena y las rocas, y que una vez separado, lo queman a cielo abierto produciendo vapores que generan más contaminación y afectaciones cutáneas en los miembros de las comunidades y en las zonas de los Consejos Comunitarios de Cocomopoca y Cocomocia (Corte Constitucional, 2016, Sentencia T-622).

acción popular que denunciaba la violación de los derechos colectivos al medio ambiente sano (artículo 79 de la C. P.), al equilibrio ecológico (artículo 4, numeral c de la Ley 472 de 1998) y a la seguridad y salubridad pública (artículo 4, numeral g de la Ley 472 de 1998) de esa y otras comunidades de Río Quito. Justamente, en la Sentencia del 19 de noviembre de 2015, radicación N.º 25000-23-24-000-2011-00655-01, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca reconoció que las actividades de explotación minera ilegal sobre la cuenca del río Quito han degradado el medio ambiente, afectado negativamente la pesca y la agricultura que realizan las comunidades negras y puesto en alto riesgo la salud de quienes habitan a orillas de este importante cuerpo hídrico del Chocó. Toda esta situación es a raíz de la inacción de las instituciones del Estado del orden local y nacional.

Para atender la situación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de la Sentencia del 19 de noviembre de 2015, radicación N.º 25000-23-24-000-2011-00655-0, ordenó a Codechocó y al municipio de Río Quito que realicen e implementen, en los próximos seis meses, un proyecto integral y detallado que atienda la crisis ambiental. Dicho plan deberá ser revisado y aprobado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por lo que se espera que la autoridad nacional, como las autoridades locales, respondan con celeridad y rigor a la sentencia y actúen diligentemente para comenzar a solucionar la crisis ambiental en la región (Tierra Digna, 2015a).

De otro lado, la Corte Constitucional en Sentencia T-622 de 2016, realizó una visita al municipio de Río Quito con el objetivo de constatar los daños causados por la minería ilegal al medio ambiente y a la salud de los habitantes del lugar; esto es considerado un gran avance puesto que es la primera vez que la Corte Constitucional envía a funcionarios a realizar una inspección a este municipio, lo que muestra el interés del Estado de una u otra forma para darle solución a la problemática que viven estas personas; sin embargo, teniendo en cuenta lo expresado por González, abogada de Tierra Digna, el reto que debe afrontar la Corte Constitucional es enorme, puesto que no es solo un asunto minero, sino también es un serio problema de seguridad alimentaria, de salud, de derechos étnicos y de amenazas a líderes comunitarios, por ende, la Corte debe ordenar la creación de un plan para que progresivamente se desmonte esa minería que amenaza los territorios colectivos (Silva, 2016).

Así las cosas, en marzo del 2016, se llevó a cabo una operación militar en el municipio de Río Quito entre los sectores de San Isidro y Cascajudo, en contra de la explotación ilegal de yacimientos mineros de oro, en la que se destruyeron tres máquinas excavadoras y tres dragas. En esta participó la Infantería de Marina, el Eje Temático de Protección de los Recursos Naturales de Fiscalías Nacionales y la Policía Nacional del Departamento del Chocó. Con esta acción se busca contribuir a la protección del medio ambiente y debilitar las finanzas de los grupos armados al margen de la ley, teniendo en cuenta lo

expuesto por la Brigada Contra la Minería Ilegal del Ejército Nacional (El Espectador, 2016). Sin embargo, es importante lograr también una protección de los derechos colectivos fundamentales de las personas que viven en este municipio, los cuales se están viendo afectados gravemente por el desarrollo de la minería ilegal.

En cuanto a la vulneración del derecho al medio ambiente sano en Río Quito, la Corte Constitucional constató que a lo largo del recorrido por el río Quito (afluente del Atrato), que incluyó los sectores de Quibdó, Soledad, Guayabalito, Loma de Barranca, San Isidro, Bocas de Paimadó, Lomas Pueblo Nuevo, río Pató, Villa Conto y Paimadó, la actividad desplegada por las máquinas usadas en minería (dragas, dragones y retroexcavadoras) está afectando seriamente el medio ambiente y las comunidades vecinas. En particular, se advierte desviación y grave deterioro del cauce del río por bancos de arena, brazos y entradas artificiales. En las mismas se advierte presencia permanente de dragas y dragones. De igual forma, registra la destrucción de la capa vegetal, destrucción de riberas, desviación de cauces, taponamiento de afluentes, remoción de tierra (arena y rocas), construcción de islas artificiales con retroexcavadoras (bancos de arena) que luego de la explotación quedan abandonadas. No hay evidencia del desarrollo de actividades de pesca o agricultura (Corte Constitucional, 2016, Sentencia T-622).

Ahora bien, en lo que respecta a la eficacia de las acciones populares interpuestas por miembros del municipio de Río Quito, estas pueden surtir efectos positivos para

la defensa de los territorios y derechos colectivos; sin embargo, por los plazos que se toman los jueces para decidir y por el trámite que exige este tipo de demandas, las acciones populares poco a poco han perdido la efectividad para atender el nivel de los problemas de contaminación que afronta Colombia, debido a que cuando diseñaron estas acciones los problemas ambientales no eran tan urgentes, masivos y estructurales como lo son actualmente en el departamento del Chocó. Por ende, surge la necesidad por parte del Estado colombiano de revisar los mecanismos que se seleccionan para evaluar si estos resultan eficaces ante las amenazas (Tierra Digna, 2015b).

En ese orden de ideas, a pesar de los operativos realizados en años anteriores, dragas gigantescas de dos pisos, siguen deformando la rivera del Río Quito, en el departamento del Chocó. La maquinaria evaluada en unos 40 mil millones de pesos es usada en la minería ilegal, cuyos propietarios son brasileros expulsados de su país. Esta denuncia la realizó el senador Antonio Navarro Wolf, quien sobrevoló el Río Quito, encontrando un grave daño ambiental que contaría con la anuencia de los pobladores de la región. El congresista aseguró que mal contadas hay entre 50 y 60 dragas, evaluadas en unos 50 millones de pesos cada una. Por otro lado, recientemente, el Ministerio de Medio Ambiente, radicó un Proyecto de Ley para que Colombia ratifique el convenio internacional de Minamata como se le conoce al movimiento internacional de prohibición del uso de mercurio en la minería (Penagos, 2016).

Así las cosas, el Estado se suscribió al Convenio de Minamata sobre Mercurio y su implementación en la región de América Latina y el Caribe, lo que representa la culminación de un esfuerzo conjunto de la comunidad internacional por enfrentar una problemática global que nos afecta a todos, pero muy particularmente a ciertos países de la región de América Latina y el Caribe. En ese sentido, el Gobierno colombiano está comprometido con la pronta entrada en vigor de este tratado internacional y su proceso de ratificación (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017).

CONCLUSIONES

La actividad minera ilegal que se desarrolla en el municipio de Río Quito no solo ha generado graves daños al medio ambiente y pérdida de los ecosistemas, sino también la vulneración de derechos tanto colectivos como fundamentales de las comunidades negras que lo habitan, las cuales han instaurado las diferentes acciones que establece el Estado colombiano para la protección de estos derechos, como la acción popular y de grupo, que se encuentran consagradas en la Constitución Política de 1991 y en la Ley 472 de 1998; de igual forma, han interpuesto acciones de tutela, para proteger sus derechos colectivos fundamentales, como el derecho a la consulta previa; sin embargo, estos mecanismos jurídicos han resultado poco eficaces para salvaguardar los derechos de estas comunidades.

Por otro lado, la falta de control y vigilancia por parte de las autoridades com-

petentes en el municipio de Río Quito propicia el desarrollo de la minería de forma ilícita, lo que genera un alto grado de degradación ambiental que, sumado al uso del mercurio, provoca graves problemas de salud en la población y pérdida de los ecosistemas.

Por consiguiente, se requiere de la implementación de planes de manejo ambiental por parte de las autoridades competentes para controlar y erradicar el desarrollo de la actividad minera ilegal, que afecta el crecimiento económico del municipio y la salud de sus habitantes.

De igual forma, la suscripción del Convenio de Minamata sobre Mercurio y su implementación en la región de América Latina y el Caribe por parte de Colombia, como también la visita realizada por la Corte Constitucional al municipio de Río Quito se consideran avances significativos que reflejan el interés del Estado de implementar políticas que prohíban el uso del mercurio en la actividad minera.

REFERENCIAS

- Alcaldía Municipal de Río Quito, (2008). *Decreto 027 de 2008. Por medio del cual se suspende el aprovechamiento ilícito de recursos mineros en la Jurisdicción del Municipio del Río Quito-Chocó.*
- Alcaldía Municipal de Río Quito. (2008). *Decreto 038 de 2008. Por medio del cual se modifica el Decreto 035 del 19 de agosto de 2008, mediante el cual se declaró la calamidad pública en el Municipio de Río Quito Chocó, por contaminación de aguas, sedimentación y erosión.* Río Quito.
- Alcaldía de Río Quito. (2002). *Plan de ordenamiento territorial.* Recuperado el 10 de

- marzo de 2015 de <http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/rioquitochocoet2005-2016.pdf>
- Agencia Nacional de Minería. (2015). *Títulos mineros que se han otorgado en el Municipio de Río Quito y estado en el que se encuentran, durante el periodo comprendido entre el 2010-2014*. Quibdó, Colombia: Punto de Atención Quibdó-ANM
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-154 de 2013*. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T-622 de 2016*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Colombia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Informe Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Recuperado el 20 de octubre de 2017 de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>
- Centro Coordinador Convenio Basilea y Centro Regional Convenio de Estocolmo para América Latina y el Caribe. (2014). *El Convenio de Minamata sobre el Mercurio y su implementación en la región de América Latina y el Caribe*. Recuperado el 24 de octubre de 2017 de http://www.mercuryconvention.org/Portals/11/documents/publications/informe_Minamata_LAC_ES_FINAL.pdf
- Congreso de la Republica de Colombia. (2001). *Ley 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*. Colombia.
- Contraloría General del Departamento del Chocó. (2012) *Informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente departamento del Chocó 2012*. Recuperado el 3 de julio de 2015 de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>
- Contraloría General del Departamento del Chocó. (2014) *Informe de auditoría con enfoque regular Municipio de Río Quito*. p. 32. Recuperado el 1 de julio de 2015 de <http://contraloria-choco.gov.co/sites/default/files/documentos/Informe%20Auditoria%20Definitivo%20Rio%20Quito.pdf>
- Cuevas, A. (2015). Río Quito, la vida fragmentada por la minería. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/files/especiales/rioquito6/index.html>
- Fiscalía Octava Seccional Quibdó-Choco. (2015). *Procesos que se adelantan por aprovechamiento, exploración o explotación ilícita de recursos minerales en el municipio de Río Quito durante el periodo comprendido entre el 2010-2014*. Quibdó, Colombia.
- Henaó, J. y González, A. (2016). La minería en el Chocó. En A. Moya (Ed). *Minería y desarrollo Tomo IV: medio ambiente y desarrollo sostenible*. 1ra ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, S. (05 de julio de 2016). Pobladores en Chocó, con mercurio de la minería en la sangre. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/mineria-ilegal-en-el-choco/16637446>
- Medellín. (23 de febrero de 2017). Operativo a minería ilegal en Chocó evidenció grave daño ambiental. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/colombia/medellin/operativo-a-mineria-ilegal-en-choco-evidencio-grave-dano-ambiental-61350>
- Mesa, G. (2010). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad*. (2a ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2017). *Convenio de Minamata*. Bogotá, Colombia: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Recuperado de <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/560-plantilla->

- asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-47
- Penagos, A. (2016). *La minería ilegal 'carcome' al Río Quito, en el Chocó*. Prensa Senado. Bogotá, Colombia: Senado. Recuperado de <http://www.senado.gov.co/mision/item/25944-la-mineria-ilegal-%E2%80%98carcome%E2%80%99-al-rio-quito-en-el-choco>
- Presidencia de la Republica de Colombia. (2010). *Decreto 2820 de 2010. Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales*. Bogotá, Colombia.
- Procuraduría General de la Nación. (2011). Informe preventivo sobre minería ilegal en Colombia. Recuperado el 17 de agosto de 2015 de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>
- Redacción Nacional. (14 de marzo de 2016). Duro golpe a la minería ilegal en el municipio de Río Quito, Chocó. El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/duro-golpe-mineria-ilegal-el-municipio-de-rio-quito-cho-articulo-622174>
- Ruiz, R. (2006). *Historia y evolución del pensamiento científico*. Culiacán, México. Recuperado el 8 de septiembre de 2015 de <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007a/257/7.1.htm>
- Silva, S. (5 de febrero de 2016). Así fue la visita de la Corte Constitucional al municipio más pobre de Colombia. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/asi-fue-visita-de-corte-constitucional-al-municipio-mas-articulo-614824>
- Tierra Digna. (2015a). *Sentencia reconoce la inacción del estado en la degradación ambiental de Río Quito*. Bogotá, Colombia: Tierra Digna. Recuperado de <http://tierradigna.org/2015/12/10/sentencia-reconoce-la-inaccion-del-estado-en-la-degradacion-ambiental-de-rio-quito-choco/>
- Tierra Digna. (2015b). *Sentencia de Río Quito, una gota de esperanza para las comunidades y los ríos del Chocó*. Bogotá, Colombia: Tierra Digna. Recuperado de https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2015/12/sentencia-de-rc3ado-quito_-crc3b3nica.pdf

*Funciones de la ideología en la hermenéutica constitucional. Una mirada desde la filosofía de Paul Ricoeur**

Andrés Felipe Zuluaga Jaramillo**

Santiago de Jesús Zuluaga Vanegas***

Recibido: 4 de diciembre de 2017 • Aprobado: 12 de marzo de 2018

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a11>

RESUMEN

El presente texto tiene como fin aclarar el papel de la ideología en la hermenéutica constitucional a partir de la filosofía de Paul Ricoeur. Con base en el filósofo francés se puede comprender que la ideología tiene tres niveles diferentes los cuales llevan a tres funciones, a saber: integración, legitimación y distorsión, las cuales, como se verá, pueden ser llevadas al plano de la interpretación de la Constitución. Para poder mostrar esos usos de la ideología en la hermenéutica constitucional se describirán varios aspectos de la misma, para luego, en un nivel hermenéutico filosófico, proponer la manera en que funciona la ideología en la interpretación de la Constitución.

Palabras clave: Ideología; hermenéutica constitucional; Ricoeur; Constitución.

* El presente artículo es producto del proyecto de investigación en curso llamado Identidad narrativa, lo judicial y casos trágicos: "Las Euménides" de Esquilo. Un acercamiento desde la filosofía de Ricoeur, el cual se encuentra inscrito en el Banco de Proyectos Institucional de la Universidad de Medellín, y se desarrolla en el marco del Doctorado en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia).

** Abogado de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín (Colombia). Doctorando en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Profesor de tiempo completo, Coordinador de la Unidad de organización curricular de Humanidades de la Facultad de Derecho, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la misma Facultad, de la Universidad de Medellín (Colombia). ORCID: 0000-0002-1601-5325. Correo electrónico: afzuluaga@udem.edu.co

*** Egresado no titulado del programa de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín (Colombia). ORCID: 0000-0001-6228-6743. Correo electrónico: santiagozuluaga.v@gmail.com

Functions of Ideology in Constitutional Hermeneutics. A Look from Paul Ricoeur's Philosophy

ABSTRACT

This paper aims to clarify the role of ideology in constitutional hermeneutics based on Paul Ricoeur's philosophy. Based on the French philosopher, it can be understood that ideology has three different levels which lead to three functions, namely: integration, legitimation and distortion, which, as will be seen, can be taken to the level of the interpretation of the Constitution. In order to show these uses of ideology in constitutional hermeneutics, various aspects of it will be described, and then, on a philosophical hermeneutical level, the way in which ideology works in the interpretation of the Constitution will be proposed.

Keywords: Ideology; Constitutional hermeneutics; Ricoeur; Constitution; Constitution.

Funções da ideologia na hermenêutica constitucional. Um olhar a partir da filosofia de Paul Ricoeur

RESUMO

O presente texto tem como objetivo esclarecer o papel da ideologia na hermenêutica constitucional a partir da filosofia de Paul Ricoeur. Com base no filósofo francês, é possível compreender que a ideologia tem três níveis diferentes que levam a três funções, a saber: integração, legitimação e distorção, as quais, como se verá, podem ser levadas ao plano da interpretação da Constituição. Para poder mostrar esses usos da ideologia na hermenêutica constitucional, serão descritos vários aspectos desta para, posteriormente, em um nível hermenêutico filosófico, propor a maneira em que a ideologia na interpretação da Constituição funciona.

Palavras-chave: Constituição; hermenêutica constitucional; ideologia; Ricoeur.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es diferenciar cuál es el papel de la ideología en la hermenéutica de la Constitución. El punto de partida es que la ideología no funciona de una sola manera al momento de determinar el sentido de las disposiciones normativas de la Constitución; esto, porque el concepto de ideología no remite a un único significado. Para poder realizar la distinción que se pretende el texto se divide en dos partes: la primera de ellas aborda el tema de la interpretación constitucional con el propósito de mostrar qué se entiende por hermenéutica constitucional, cuáles son los fenómenos que llevan a interpretar la Constitución, quiénes están llamados a interpretarla, las posturas originalista y del constitucionalismo viviente, y por último los temores frente a la hermenéutica constitucional.

En la segunda parte, se aborda el concepto de ideología desde la óptica del filósofo francés Paul Ricoeur para aclarar los tres niveles de la ideología, y a partir de allí mostrar cómo se relacionan con la interpretación constitucional. De este modo, se aclarará que la presencia de la ideología al momento de interpretar la Constitución no es ni buena ni mala por sí misma; más bien se mostrará que esta puede funcionar de tres maneras distintas, (i) integrando (ii) legitimando, o (iii) distorsionando. Diferenciar cada uno de esos tres usos en las interpretaciones constitucionales realizadas en casos concretos es la clave para saber cuál fue el uso de la misma y si este se compadece con lo que debe

ser la interpretación constitucional en un Estado constitucional y democrático de derecho.

La metodología utilizada para la realización de este artículo es la hermenéutica filosófica de Paul Ricoeur. La hermenéutica filosófica del autor francés, entre otros aspectos, establece que "el decir del hermeneuta es un re-decir, que reactiva el decir del texto" (Ricoeur, 2004, p. 147). En otras palabras, la hermenéutica filosófica de Ricoeur invita a indagar en el texto para encontrar significados que no están expresamente allí, los cuales permiten actualizar la obra.

Además, la hermenéutica filosófica del filósofo francés tiene en cuenta que "el problema hermenéutico se plantea ante todo dentro de los límites de la exégesis, es decir, en el marco de una disciplina que se propone comprender un texto, comprenderlo a partir de su intención" (Ricoeur, 2008a, p. 9), lo cual invita a ponerse en el sentido del texto, pero no para repetirlo; sino para salvar la distancia frente al texto, apropiárselo, resignificarlo, lo cual permite comprenderse mejor, comprender mejor al otro y a las instituciones.

Con base en lo anterior se abordarán los textos en los cuales Ricoeur aborda el tema de la ideología y especialmente la obra "Ideología y utopía", es decir, se busca reactivar sus significados a luz de la hermenéutica constitucional, para comprender mejor cómo funciona la ideología en la interpretación de la Constitución.

1. **CONSTITUCIÓN Y HERMENÉUTICA JURÍDICA**

En esta primera parte se realizará un acercamiento al concepto de Constitución para establecer un lenguaje común con el lector, para luego abordar la interpretación constitucional y por último se señalarán algunos temores frente a la interpretación de la Constitución, siendo el más importante el de la ideología.

Aproximación a un concepto de Constitución

La Constitución puede ser conceptualizada desde varios puntos de vista; para efectos de este artículo, se acudirá a dos posturas representativas las cuales describen la Constitución desde perspectivas diversas, a saber (i) la normativista y (ii) la sociológica.

i) Teoría normativista. La Constitución política puede ser vista como un producto normativo con funciones meramente jurídicas ligadas a la validez de las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, la Constitución desempeña un papel crucial ya que "Se crea así una cadena en la cual la validez de las normas que la componen deriva de la norma jerárquica superior, según vamos ascendiendo en la pirámide, hasta llegar a la Constitución, que es la norma jurídica positiva de jerarquía más alta" (Robles, 2012, p. 257). Por lo anterior, se podría afirmar que para quienes sostienen dicha postura la función de la Constitución política es meramente irradiadora de validez para las demás normas de inferior

rango que conforman el ordenamiento jurídico.

ii) Teoría sociológica. Esta teoría también es denominada como constitucionalismo viviente. Aquí se cuestiona si la función normativa es la única función de la Constitución. Para esta postura no basta con ver la Constitución como una simple "acción referida a una especie de ley y ésta, como todo cuerpo normativo, ordena, prohíbe o permite" (Arteaga, 2005, p. 62). Para esta teoría enfocar la Constitución como un mero producto normativo es desacertado, ya que también puede ser vista como aquel texto integrador de todo un pueblo a través de su historia; en este sentido Háberle ha expresado que "La Constitución no es solo un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo Cultural, instrumento de representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas" (Háberle, 2002, p. 72).

Con base en lo anterior, se puede establecer que la Constitución puede ser vista como un mecanismo de auto representación de la identidad de una nación, puesto que todos los pueblos a través de su historia van forjando una identidad la cual se refleja en el texto constitucional. Esta identidad se construye con base en una memoria colectiva, pues las costumbres, creencias, luchas y acontecimientos más relevantes sirven de base para la construcción del imaginario social y como mecanismo de

integración de cada comunidad. Es así como la Constitución política debería ser el reflejo de los pilares fundacionales de cada pueblo y un instrumento integrador y legitimador de cada comunidad; en últimas, debería ser aquella "estructura simbólica de la memoria social" (Ricoeur, 2004, p. 354).

A partir de las dos posturas mencionadas cabe preguntarse: ¿Cuál es entonces la función de la Constitución? Ambas teorías se basan en puntos cruciales que no pueden ser desconocidos; no se trata de escoger entre blanco y negro, sino de buscar el punto de compatibilidad entre las dos posturas; no se puede desconocer que la Constitución es la norma suprema que irradia de validez todo el ordenamiento jurídico ni que la Constitución emana del constituyente¹ primario que es el pueblo y es ahí donde el texto constitucional debe ser visto como un mecanismo de integración el cual sirve como medio de auto representación y como reflejo de la herencia cultural de cada comunidad. En suma, la Constitución es un texto viviente, integrador, plagado de sentidos extrajurídicos que tiene carácter de norma jurídica suprema y delimitadora del ordenamiento jurídico.

1.2 *Hermenéutica constitucional*

Para abordar el tema de la interpretación constitucional primero se delimitará qué

se entenderá por hermenéutica en este artículo. Es de recordar que el sentido clásico de la expresión hermenéutica es el "arte de interpretar textos" (Grondin, 2008, p. 16), por lo cual, como lo expresa Grondin (2008), su función era meramente auxiliar, es decir, se acudía a la hermenéutica cuando el intérprete "se enfrentaba a pasajes ambiguos (ambigua) o chocantes" (p. 17); por ello la hermenéutica clásica era principalmente normativa, pues proponía reglas o cánones para la interpretación. Es de anotar que el filósofo canadiense que se comenta menciona que la teología, la filología y el derecho han utilizado la hermenéutica en un sentido clásico (Grondin, 2008, p. 16).

Con base en lo anterior, no sorprende que autores, como Savigny, hayan hablado de cánones de interpretación, los cuales remiten directamente a la función normativa de la hermenéutica clásica; como se sabe, para este autor "los primordiales métodos interpretativos son el gramatical, el lógico, el sistemático e histórico" (Burgoa, 2005, p. 229), los cuales permiten determinar el significado de aquellos pasajes oscuros o ambiguos. Según Asís Roig (2008), "Todos los ordenamientos jurídicos cuentan con criterios de este tipo cuya tradición se remonta a los propios orígenes de la idea del derecho" (p. 213). Es de anotar que en el caso del ordenamiento jurídico colombiano se verifica la tesis mencionada, pues el artículo 27 del Código Civil preceptúa que: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una

¹ Sobre el tema puede consultarse Bocanument, Restrepo y Rojas (2015) los cuales abordan los Tipos y modalidades de participación en el proceso político constituyente de 1990-1991 en el Estado de Colombia.

expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu”.

De este artículo se desprende cómo la hermenéutica jurídica es algo meramente auxiliar, que su uso se da ante pasajes ambiguos y se imponen reglas para realizar la interpretación. Ahora bien, en la actualidad el concepto de interpretación jurídica se ha deslizado de esa función meramente auxiliar, aunque guarda ciertos rasgos como los preceptos interpretativos.

Es de anotar que la palabra hermenéutica también puede remitir a un significado diferente del clásico ya que puede ser vista como una rama de la filosofía (hermenéutica filosófica) que busca, a través de reflexiones metodológicas, la pretensión de verdad o partir de reflexiones que lleven a una filosofía de la existencia como lo planteaba Heidegger; así, “la hermenéutica en principio nada tiene que ver con los textos, sino con la existencia misma” (Grondin, 2008, p. 19). Para esta forma de pensar la filosofía, es la existencia misma del hombre la que se vuelve hermenéutica.

Aclaradas esas formas de verla se delimitará el sentido del término “interpretación” a una esfera netamente jurídica. Por lo anterior, se partirá de dos definiciones que se contraponen y al mismo tiempo se complementan según la primera: “Interpretar denota una operación intelectual consistente en determinar el alcance, extensión, el sentido o el significado de cualquier norma jurídica” (Burgoa, 2005, p. 227). Esta definición del profesor Burgoa

Orihuela se restringe a un concepto de interpretación denominado por Guastini como *juez fiel a la ley*; la segunda definición establece que “la interpretación se presenta no como “averiguación”, sino como valoración, elección, y decisión” (Guastini, 1997, p. 121). Para esta forma de definir la interpretación la misma no se reduce a una mera operación intelectual y normativa encaminada a determinar el significado de algún pasaje oscuro, sino que incluye elementos valorativos.

Por la importancia que tiene para este artículo la manera en que funciona la hermenéutica se cita *in extenso* a Guastini para quien las funciones de la interpretación se pueden configurar de dos modos diversos:

Desde el punto de vista del *juez fiel a la ley*, la interpretación se presenta como una actividad de conocimiento: interpretar es “averiguar” el “verdadero” significado de las leyes y/o la “verdadera” intención del legislador. Los problemas de interpretación, a su vez, se presentan como fuentes o motivos de duda en torno al significado de la ley o a la intención del legislador. Desde el punto de vista del “hombre malo” –o, más sencillamente, del abogado o, incluso, del juez ligado no a la ley sino a su propia orientación política– la interpretación se presenta no como “averiguación”, sino como valoración, elección, y decisión: interpretar es individualizar los diversos posibles significados de un texto, valorar cada uno los posibles resultados prácticos, y escoger el más oportuno en vista a un fin preestablecido. (Guastini, 1997, p. 121)

Es de resaltar la expresión de un juez ligado "a su propia orientación política" el cual valora y escoge algún significado con base en esa orientación política, esto muestra la presencia tácita de la ideología al momento de definir la interpretación.

A modo de síntesis, se propone entender como hermenéutica jurídica una actividad intelectual encaminada a determinar el sentido y alcance de los textos jurídicos en un plano de valoración, elección y decisión.

Es de anotar que entre la hermenéutica jurídica en general y la constitucional la diferencia no es cualitativa; la diferencia se encuentra en cuanto al objeto de la interpretación, y la importancia del mismo. El objeto de la interpretación constitucional es la Constitución, y este es punto de partida para determinar el significado de todo el ordenamiento jurídico; no en vano se ha expresado que

La Constitución crea y determina el sistema jurídico; de su carácter supremo se sigue que es el sistema de significaciones jurídicas del cual se derivan los significados de las demás normas del sistema. En virtud de su posición dentro de un esquema de organización jerárquico predomina sobre el resto del orden jurídico, y por lo mismo se configura como su elemento fundamental de interpretación. Es el marco interpretativo de referencia. (Huerta, 2008, p. 313)

1.2.1. *Fenómenos que llevan a interpretar la Constitución*

Básicamente hay dos fenómenos que llevan a interpretar la Constitución: (i) el lingüístico, donde la textura abierta del lenguaje juega un papel preponderante, y es el intérprete quien debe determinar el sentido del texto constitucional, y (ii) el cultural el cual sitúa la interpretación de la Constitución en el complejo proceso evolutivo de las sociedades.

COMO FENÓMENO LINGÜÍSTICO

Una de las razones que llevan al porqué de la interpretación radica en el papel jugado por el lenguaje. El lenguaje usado en la cotidianidad suele ser llamado natural, el cual no siempre exige unos usos técnicos; el derecho se construye con base en ese lenguaje natural y se separa gradualmente de este al establecer un lenguaje técnico. El lenguaje técnico jurídico aspira a ser claro y coherente en aras de garantizar una mayor confianza en el momento de la aplicación de las disposiciones normativas; ahora bien esto no significa que este tipo de lenguaje tecnificado sea esquivo a problemas semánticos, sintácticos y pragmáticos. Son problemas lingüísticos la ambigüedad² y la vaguedad³.

² La ambigüedad debe ser estudiada en sus tres acepciones: 1) La ambigüedad semántica, 2) La ambigüedad sintáctica 3.) La ambigüedad Pragmática (Guastini, 1997).

³ "La vaguedad es, entonces una propiedad de la referencia de los predicados. Un predicado es vago siempre que la pregunta "¿A qué cosa se refiere?" admita una respuesta dudosa" (Guastini, 1997, p. 124).

Ahora bien, la particularidad del texto constitucional es que utiliza términos del lenguaje natural y del técnico jurídico, los cuales adolecen de problemas de textura abierta, sumándose que al estar presentes en la Constitución adquieren una fuerte carga axiológica, política, emotiva e ideológica, por lo cual el determinar el sentido de palabras como 'vida', presentes en el texto constitucional, parte del fenómeno lingüístico, pero lo desborda.

COMO FENÓMENO CULTURAL

Partir de la idea de que la Constitución de cada pueblo no evoluciona con sus generaciones significaría decir que dicho texto es estático en el tiempo, convirtiéndose así (metafóricamente hablando) en letras muertas, que no estarían acordes con los cambios sociales, lo cual podría generar una disociación entre la realidad social y lo plasmado en el texto constitucional; por este motivo es necesario preguntarse "hasta qué punto resulta indispensable una interpretación constitucional evolutiva, que permita dotar al texto de un sentido de realidad y de contemporaneidad que logre evitar su natural desgaste" (Carbonell, 2012, p. 349).

Los cambios culturales en una sociedad invitan a actualizar el sentido de las disposiciones constitucionales a través de la interpretación constitucional para que la misma sea acorde con la realidad social de cada generación; esto no significa abandonar las raíces que dieron origen a la Constitución de cada pueblo, sino que es más bien un mecanismo por

el cual el texto político se va acoplando a las realidades sociales y culturales de cada comunidad.

Lo anterior resulta de vital importancia para aquellas palabras cargadas de contenido ideológico, pues es menester que el intérprete constitucional reconozca la diversidad cultural de cada generación; es por esto que *Strauss*, (como se citó en Carbonell, 2012, p. 349) establece: "Una constitución viviente, es una constitución que evoluciona, que cambia con el paso del tiempo y que se adapta a las nuevas circunstancias, pese a que no es formalmente modificada mediante el proceso constitucional".

1.2.2. ¿Quiénes están llamados a interpretar la Constitución?

Hablar acerca de quién está legitimado para realizar el acto interpretativo de la Constitución conduce inmediatamente adoptar dos sentidos, uno amplio y uno restrictivo:

- (i) En sentido amplio la interpretación constitucional no debe estar en cabeza de unos pocos sino de todos los individuos y órganos que conforman el Estado. Háberle ha expresado que "en los procesos relacionados con la interpretación constitucional toman parte potencialmente todos los órganos estatales, todos los ciudadanos y todos los grupos. ¡No existe ningún número clausus de los intérpretes constitucionales!" (Haberle, 2002, p. 112). En otras palabras, todos los sujetos son intérpretes directos o

indirectos de la Constitución, pues la misma va más allá de ser un mero fenómeno jurídico y se inserta en la realidad de una determinada comunidad, tornándose la Constitución en algo vivo en medio de las sociedades abiertas.

- (ii) En sentido restringido, se establece que el intérprete legítimo de la Constitución debe ser un órgano del Estado, a saber el Tribunal Constitucional; para esta posición "La tarea del Tribunal constitucional incluye resolver conflictos de carácter constitucional, como la revisión de la actuación del poder Legislativo, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos" (Higton, 2010, p. 108). Es de anotar que en los Estados en los cuales existe el control difuso⁴ o mixto, la interpretación de la Constitución recae sobre varios órganos competentes para realizarla. Se ha expresado que en el sistema difuso

[...] el juez tiene el deber de realizar una interpretación para llegar a un juicio con respecto a la constitucionalidad de la norma. La decisión del juez ordinario es tan legítima como la decisión de supremo Tribunal, ya que tanto el juez ordinario como el supremo Tribunal, tiene legitimidad constitucional para tratar de la cuestión de constitucionalidad. (Higton, 2010, p. 111)

Desde el punto de vista de intérpretes constitucionales restringidos, el problema de las interpretaciones abiertas radica esencialmente en la legitimidad que tienen los sujetos, pues desde la perspectiva jurídica estas interpretaciones de la Constitución no tienen fuerza vinculante, por lo cual no obligan a las autoridades públicas ni a los particulares.

1.2.3. *Posturas frente a la interpretación constitucional: originalista o constitucionalismo viviente*

La interpretación constitucional puede verse desde dos grandes frentes: la postura originalista o la del constitucionalismo viviente, bandos que tienen origen en el derecho anglosajón, y específicamente en las altas cortes norteamericanas. El inicio de este debate surge por la problemática que tienen los textos constitucionales de adecuarse a la realidad social de cada generación, y el asunto es aún más complejo cuando el medio de reforma constitucional no termina siendo muchas veces el adecuado para mantener al texto Constitucional acorde con la realidad social.

⁴ Los dos modelos institucionales primarios del derecho occidental presentan diferencias sustanciales en cuanto al órgano en cargado de ejercer el control de constitucionalidad. A) Por un lado está el esquema de revisión judicial o *judicial review*, por el cual se deja en manos de los jueces que integran el Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Este sistema denominado difuso confiere a todos los jueces la tarea de control. O sea que todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad. B) Por otro lado, se presenta el sistema concentrado del modelo europeo que centraliza el ejercicio del control constitucional en un único órgano, que no forma parte del Poder Judicial, está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional (Higton, 2010).

i) Judicial restrain o postura originalista. Los defensores de esta postura aducen "Que una constitución pueda sufrir cambios por vías interpretativas, sin ser formalmente enmendada, genera enormes riesgos. La constitución viviente, dicen quienes discrepan, permiten que su texto sea manipulable" (Carbonell, 2012, p. 350). Los partidarios de esta postura proponen que la interpretación constitucional sea de carácter restrictivo. Para Guastini (2010) esta postura "favorece entonces la interpretación literal y/u originalista y/o conservadora" (p. 64), puesto que pretenden que la interpretación constitucional se enmarque en alguna de estas tres hipótesis: (i) respeto del sentido literal del texto constitucional (*plain meaning*); (ii) respeto de la intención original del constituyente (*the original intent*) o (iii) respeto de los precedentes consolidados.

La postura originalista pretende evitar la manipulación del texto constitucional por parte de los intérpretes constitucionales, lo cual supone mantener la ideología de otra época en la sociedad actual, y evita que otras ideologías cambien el significado del texto constitucional, como si los individuos y las sociedades debieran acomodarse a la ideología de la Constitución.

ii) Activismo judicial o constitucionalismo viviente. Esta doctrina encuentra sus bases en la armonía que debe existir entre las normas del texto constitucional y la realidad social; es por esto que se plantea una interpre-

tación evolutiva, la cual pueda dotar a la Constitución de nuevos significados acordes con la realidad a la cual se encuentra dirigida. Para los defensores del constitucionalismo viviente el texto constitucional debe responder a las necesidades de la sociedad a la cual se dirige. Guastini (2010) aduce que este bando "favorece la "libre creación" del derecho constitucional por parte de los jueces, con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, que los jueces solo pueden identificar mediante sus sentimientos de justicia" (p. 65). Las consecuencias de esta postura son tres: (i) se abandona el sentido literal, (ii) se favorece la interpretación evolutiva, y (iii) posibilita la construcción de normas jurídicas implícitas.

De allí se desprende que ellos depositan una alta confianza en los jueces, porque en ellos recae la ardua tarea de materializar el sentimiento de justicia⁵. Acá es la Constitución la que debe moldearse a los cambios sociales, lo cual puede suponer interpretar la Constitución con base en una ideología que no era la originaria, pero que lentamente va modificando el sentido del texto constitucional.

⁵ La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Puede verse en Rawls (1995).

1.2.4. *Temores frente la interpretación constitucional*

La adaptación de la Constitución política a la realidad social trae consigo ciertos temores los cuales hacen que la adecuación por vías interpretativas del texto constitucional sea vista con recelo; en este apartado se esbozará el temor más arraigado que hay en este tema el cual radica en que el carácter dogmático e ideológico del intérprete legítimo pueda afectar la fijación de sentido de la Constitución.

La ideología es vista como un temor constante⁶ ya que es considerada como aquel mecanismo que trata de deformar o distorsionar una imagen clara que se tiene sobre algún concepto. Es por esto que la ideología es vista desde una categoría de distorsión y disimulo, que solo sirve para legitimar o imponer una forma de poder, y cuando se habla de interpretación, y más del texto constitucional, este temor se hace más fuerte.

No se puede negar que el intérprete a la hora de enfrentarse con el texto normativo trae consigo una serie de dogmas, que su mismo grupo social le ha forjado; por esto su interpretación puede estar condicionada ya que "Toda construcción dogmática condiciona la interpretación, bien sea sugiriendo una decisión interpretativa determinada que se prefiere sobre las demás, bien excluyendo ciertas decisiones interpretativas

de otras formas posibles" (Guastini, 2008, p. 33). Por este motivo los escépticos de la interpretación constitucional cuestionan la preponderancia del intérprete, ya que argumentan que el aumento de discrecionalidad judicial puede ser desbordado lo cual podría generar que el juez sea quien a partir de sus interpretaciones distorsione o deforme el texto constitucional y sea quien legitime a un grupo (con tintes autoritarios) en ascenso y pueda deslegitimar y atacar al poder legítimamente constituido.

Así bien, se podría entonces decir que el término ideología parece que hiciera referencia, no a sistemas de creencias, sino a asuntos relativos al poder, como lo argumenta *Terry Eagleton*. Parece que este término solo se pudiese ver como aquel fenómeno que legitima a un grupo o clase social dominante; es así como al estudiar el concepto de ideología, *John B. Thompson* (como se citó en *Terry Eagleton*, 1997), aduce: "[...] estudiar las formas en que el significado (o la significación) sirve para sustentar relaciones de dominio"; es ahí donde se puede observar cómo gira el temor de la interpretación constitucional a un efecto de legitimación del poder.

Siguiendo con la línea anterior *Eagleton* muestra cómo este temor ideológico-legitimador se va edificando en seis peldaños:

Un poder dominante se puede legitimar por sí mismo promocionando creencias y valores afines a él; naturalizando y universalizando tales creencias para hacerlas evidentes y aparente-

⁶ La ideología es entonces asimilada pura y simplemente a un engaño social o, lo que es más grave, a una ilusión protectora de nuestro estatus social, con todos los privilegios y las injusticias que esto incluye. Puede verse en: Ricoeur (2004).

mente inevitables; denigrando ideas que puedan desafiarlo; excluyendo formas contrarias de pensamiento, quizá por una lógica tácita pero sistemática; y oscureciendo la realidad social de modo conveniente así misma. (Eagleton, 1997, p. 24)

Los escépticos de la interpretación constitucional podrían encontrar gran fuerza en estos seis pilares ya que, como se ha visto, podría ser el juez un sujeto condicionado por unos dogmas prestablecidos que lo llevasen a tratar de deformar el texto constitucional a través de sus interpretaciones.

Pero antes de tomar una postura frente a este temor, es necesario abordar los tres niveles de la ideología planteados por el filósofo *Paul Ricoeur* y de este modo esclarecer cómo funciona la ideología al momento de la interpretación constitucional.

2. LA IDEOLOGÍA EN PAUL RICOEUR

El filósofo francés se ha ocupado varias veces del concepto de ideología. Acá se recuperarán algunas de sus reflexiones para extraer algunas consecuencias para la hermenéutica constitucional. El punto de partida de este texto es que no se puede simplemente oponer hermenéutica filosófica y crítica de las ideologías. Ricoeur expresa: "la crítica de las ideologías es el rodeo necesario que debe hacer la autocomprensión, para que pueda formarse por la cosa del texto y no por los prejuicios del lector" (2004, p.

110). Así como Ricoeur no oponía estos dos aspectos se mostrará cómo pueden conciliarse la hermenéutica constitucional y el uso de la ideología en la misma; con esto se podrá comprender mejor lo que acontece cuando se interpreta la Constitución por parte de los tribunales constitucionales.

En este apartado se responderá a la pregunta: ¿Cuál es la función de la ideología en la hermenéutica constitucional con base en Ricoeur? Para hacerlo se debe aclarar que el concepto de ideología en Ricoeur no es unívoco, más bien es un concepto que se eslabona en tres niveles los cuales, a su vez, indican tres formas de uso de la ideología; a partir de esos tres niveles se mostrará su presencia en la interpretación de la Constitución.

2.1 Nivel 1: integración

Según Ricoeur "el fenómeno ideológico... está ligado a la necesidad que tiene un grupo social de darse una imagen de sí mismo, de representarse, en el sentido teatral de la palabra, de ponerse en juego y en escena" (2004, p. 282). De esta cita debe hacerse énfasis en la necesidad; la ideología según esto no es un aspecto accesorio o contingente en los grupos sociales; la ideología funciona entonces movilizando, justificando, motivando acciones y proyectando la acción de un determinado grupo social. En otras palabras, en este nivel la ideología permite integrar, cohesionar, construir vínculos en un determinado grupo social, genera identidad, consistencia y permanencia, en últimas, genera una imagen estable y

perdurable del grupo social, y "esta imagen estable y perdurable expresa el nivel más profundo del fenómeno ideológico" (Ricoeur, 2004, p. 355).

Ese carácter dinámico de la ideología como integración viene reforzado por su carácter codificado, es decir, simplifica y esquematiza una serie de ideas que se convierten en el patrimonio común de los miembros del grupo, y al ser así establecen un marco dóxico para la interpretación de sí mismo, del otro y del mundo. Así el "código interpretativo de una ideología es algo en lo cual los hombres habitan y piensan, más que una concepción que ellos ponen ante sí" (Ricoeur, 2004, p. 284); la ideología como integración se torna operatoria en la medida que moviliza significados y sentidos en el grupo social, y hace que los sujetos hagan ciertas interpretaciones del mundo que los mantienen ligados al grupo social. Desde la ideología del grupo social se ve el mundo, se habita y se piensa; esto ratifica el carácter necesario de la ideología.

Es de precisar que en este primer nivel la ideología no tiene aún una connotación peyorativa, es un aspecto indispensable para cualquier grupo social, una imagen de sí a través de la cual se interpreta el mundo. A partir de esto se puede retornar al plano jurídico para afirmar que la Constitución política tiene un carácter ideológico, ya que si "la política es el terreno en que las imágenes básicas de un grupo suministran en definitiva reglas para ejercer el poder" (Ricoeur, 2008b, p. 280), la Constitución es el texto en el cual

ese terreno adquiere un lugar delimitado, y reposan esas imágenes del grupo social. En este punto la Constitución en los Estados sociales y democráticos de derecho funciona ideológicamente para integrar a un pueblo. En otras palabras, en la Constitución reposa parte del imaginario social, la manera en que una sociedad se ve a sí misma y también de la imagen que se aspira a tener, imagen en cuanto muestra lo que es (como un retrato), pero también en cuanto proyecta algo que aún no se es, que está ausente. Así la Constitución es la imagen de aquello que está presente y es la evocación de lo ausente en la sociedad, pero es una ausencia que busca ser presencia para así continuar integrando el grupo social.

¿La interpretación de la Constitución puede ser ajena a la ideología como integración? Se estima que no, porque el texto constitucional es producto de una ideología en su nivel de integración la cual responde a la imagen que de sí tiene el grupo social. Ahora bien, si el texto constitucional es producto de una imagen y su interpretación es realizada por un Tribunal Constitucional cuyos miembros fueron modelados por ese grupo social que, se reitera, le dio un código interpretativo, entonces en este primer nivel la ideología es usada en la interpretación constitucional, y si esta manera de la ideología no es peyorativa, entonces la presencia de la misma en la interpretación constitucional tampoco lo es. Ross expresa que "el juez no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural" (1977, p. 96) y como tal las decisiones que debe

tomar se encuentran permeadas por "presuposiciones tácitas en la forma de credo y prejuicios, aspiraciones, *standards* y valoraciones, que existen en la tradición de cultura que rodea por igual al legislador y al juez." (1977, p. 96). Todo esto indica que la ideología, y su correlativo reflejo en la Constitución va formando un sentido de justicia el cual es tenido en cuenta de manera implícita al momento de atribuir significado a las diversas disposiciones normativas del texto constitucional.

Es de anotar que en el plano de las directivas de interpretación constitucional se ha propuesto el criterio de eficacia integradora el cual busca conservar la integración del Estado o la unidad política; así se "exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad" (Hesse, 2011, p. 69). En los términos utilizados en este artículo, esto viene a decir que al momento de interpretar la Constitución debe intentar preservarse la imagen proyectada en la Constitución para mantener la integración del grupo; en otras palabras, se busca mantener el vínculo social generado por la Constitución a través de la interpretación de la misma.

Otro aspecto a resaltar en la ideología como integración es lo que se ha llamado sentimiento constitucional, Loewenstein (1982) expresa que este

[...] se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos

los antagonismos y tensiones existentes político-partidistas, económico-sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden jurídico obligatorio, justamente la Constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad. (p. 200)

Se relievan las expresiones 'conciencia de la comunidad' e 'integra a detentadores y destinatarios'; estas dos ideas verifican como la Constitución va más allá de ser un mero texto normativo, y cómo en él confluye una ideología que permite ir más allá de contradicciones sociales e integrar a la comunidad en torno a unos mínimos supuestos ideológicos que se tornan en lazo de unión en el cual los hombres habitan. Loewenstein expresa que ese sentimiento constitucional se puede reforzar por medio de la educación y el buen manejo del simbolismo nacional; así la Constitución y sus supuestos ideológicos se van inculcando en las nuevas generaciones logrando mantener integrada a la comunidad en torno a una ideología reflejada en el texto constitucional.

Por ello no sorprende que algunos autores expresen que para interpretar la Constitución debe haber una "sensibilidad del juez constitucional" (Carmona, 2005, p. 294), sensibilidad hacia los diversos aspectos fundamentales de la Constitución los cuales obviamente involucran aspectos ideológicos. En este sentido también se ha dicho que se requiere "una particular 'sensibilidad', que le permita captar la

esencia, penetrar en la entraña misma y comprender la orientación de las disposiciones fundamentales” (Carpizo y Fix-Zamudio, 2005, p. 398)⁷, orientación que viene delineada por un fondo ideológico que integra la comunidad y que deber ser respetado y mantenido por el intérprete constitucional.

2.2 Nivel 2: legitimación

En todo grupo social se generan relaciones de poder, y algunos de los actores pretenden erigirse en autoridad frente a otros, dominar a otros, pero los miembros de un grupo obedecen a aquella autoridad que se torna legítima, y es en la legitimidad donde se encuentra de nuevo a la ideología, porque “Allí donde hay una reivindicación de legitimidad, se recurre a la retórica del discurso público con una finalidad de persuasión” (Ricoeur, 2004, p. 353). La ideología entonces genera la creencia en la legitimidad de aquel o aquellos que ejercen el poder; la ideología persuade de que esto debe ser así; la ideología le presta una voz a la autoridad para que ella cree la imagen de su legitimidad.

Ricoeur expresa que “la fuerza bruta no triunfa sin un ejercicio de persuasión confiado a sofistas públicos” (Ricoeur, 2004, p. 352). Estos, con base en la ideología, refuerzan las normas y el simbolismo

social, y generan todo un marco interpretativo frente a unas determinadas formas de ejercicio del poder, haciendo ver que estas son las legítimas. Uno puede no haber leído el *Contrato social*, de Rousseau, pero conoce la expresión, y la ha oído usar ininidad de veces en la justificación de la democracia.

El filósofo francés admite el poder simbólico de “un texto, el de un enunciado, para ser persuasivo, engendrar la creencia” (Ricoeur, 2008c, p. 90). Para el tema objeto de estudio la Constitución es un texto con un alto grado de poder simbólico el cual produce la creencia de que aquellos que ejercen el poder con base en las normas allí establecidas son autoridades legítimas. En las sociedades occidentales la legitimación se engendra desde la Constitución y sus procedimientos democráticos. Siguiendo a Weber en este punto en las sociedades en las cuales el texto constitucional es fuente de legitimidad estamos en presencia de una legitimidad “de carácter *racional*: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad” (2005, p. 172).

En este orden de ideas, la ideología se encuentra presente en la Constitución ya que la misma es producto de unas fuerzas políticas que dan lugar a ella, y que se legitiman a través de la Constitución la cual refleja la ideología de ese poder político; así “aun aquellos regímenes políticos que se basan en el simple hecho de la fuerza se sienten obligados a colgar de sus bayonetas una bandera ideológica”

⁷ En este mismo sentido se ha dicho que “Ha determinado la necesidad de que los jueces constitucionales estén dotados de una *sensibilidad política y social* que les permita descubrir en las disposiciones fundamentales, los principios y valores de una comunidad política en un momento determinado” (Fix-Zamudio, 2005, p. 564).

(Loewenstein, 1982, p. 32), con la cual buscan revestirse de legitimación. No en vano se encuentra en la Constitución una serie de normas acerca de la manera de elección de las personas que integran los órganos del poder público.

Aceptar la presencia de la ideología en su segunda función en la Constitución lleva necesariamente a establecer que la interpretación constitucional también hace uso de la misma, ya que lo que le sucede al objeto de interpretación permea la actividad de interpretar; esto nos permite comprender que la función de los tribunales de salvaguardar la Constitución es proteger una determinada forma de legitimación del poder político; por ello la interpretación de la Constitución está condicionada a respetar y reforzar esa legitimidad.

En lo que Loewenstein llama límites inmanentes a la reforma constitucional se encuentra una manifestación de la ideología en su función legitimadora; estos límites a la reforma "se producen por la inmunidad de que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos, inmanentes o inherentes a una Constitución" (1982, p. 192), y esta inmunidad debe ser controlada por los tribunales constitucionales evitando reformas constitucionales que vayan en contravía de las cláusulas intangibles. De este modo, la interpretación de la Constitución conlleva atribuirle significado a esos valores ideológicos fundamentales para luego hacer un contraste con la reforma y determinar la compatibilidad o no de la misma con esos aspectos

inherentes a la Constitución. Esos valores ideológicos fundamentales son la base de la legitimación del sistema jurídico político y, por ende, deben ser defendidos a través de una interpretación constitucional que parta de la ideología en su segunda función.

2.3. Nivel 3: la ideología como distorsión o disimulo

Ricoeur expresa que esta función de distorsión, disimulo o deformación por inversión de la ideología es la conceptualizada por Marx. Como se sabe la ideología vista desde esta perspectiva es aquella que se torna como función negativa y es objeto de crítica. Como lo expresa el filósofo francés las dos funciones anteriores de la ideología son positivas, y esta última es la manifestación patológica.

¿Qué es aquello que deviene deformado por inversión? Es la realidad; la ideología hace ver únicamente la imagen, desarraigándola de la vida. De este modo, "La ideología constituye el procedimiento general mediante el cual el proceso de la vida real, la praxis, es falsificado por la representación imaginaria que los hombres se hacen de él" (Ricoeur, 2004, p. 351). La ideología vista desde esta tercera función lleva la imagen hacia el exceso; de una ideología que cohesionaba un grupo social y legitimaba una forma de poder, se pasa a una en la cual prevalece la imagen por la imagen misma, y esto hace que la vida real sea mirada con una imagen falsa o, en otras palabras, no es la realidad la que genera las imágenes: es la ideología distorsionadora la base para aproximarse a la realidad.

En este sentido puede citarse a Debord quien expresa que en la sociedad del espectáculo "los hechos ideológicos nunca han sido simples quimeras, sino una conciencia deformada de las realidades, y como tales, factores reales que ejercían a su vez una acción deformante" (2008, p. 212); de este modo la ideología en la sociedad descrita por este autor francés tiene un papel deformador de la realidad, en la cual es la imagen producto del espectáculo una de las bases para producir la alienación.

Por otra parte, desde la óptica marxista "la ideología impregna todas las actividades del hombre comprendiendo entre ellas la práctica económica y la práctica política" (Harnecker, 1970, 69). Con base en esto se puede afirmar que la Constitución se encuentra permeada por la ideología de la clase dominante, y por la estructura económica. Es de tener en cuenta que el texto constitucional pertenece a la superestructura, y permite perpetuar la dominación de una clase social por otra; lo interesante es ver cómo la ideología que es un "conocimiento necesariamente deformado y falseado" (Harnecker, 1970, p. 78) que sirve de asidero a la Constitución tiene un doble uso: "Se ejerce sobre la conciencia de los explotados para hacerles aceptar como natural su condición de explotados; se ejerce sobre los miembros de la clase dominante para permitirles ejercer como natural su explotación y dominación" (Harnecker, 1970, p. 72). Para la perspectiva en la cual se aborda el presente tema, se debe rescatar entonces que, si el texto constitucional es producto de una ideología deformadora, necesariamente

la interpretación, que se realiza acerca del mismo por los diversos funcionarios que sirven al Estado como agente de explotación, es una manera de perpetuar la dominación de la clase social dominante, es decir, una interpretación que conserva la distorsión. En otras palabras, desde este punto de vista es evidente que una Constitución participa de la función de la ideología, al ser el producto de una clase social dominante que impone el texto y lo hace pasar como los intereses de todo un pueblo para obtener legitimidad a través del disimulo. Así, la interpretación de un texto deformador es, de suyo, deformada, y, por ende, será patológica.

Lo anterior es acertado desde la óptica marxista, y no se pretende ni refutar ni aceptar de plano el marxismo; lo que se quiere mostrar es cómo por fuera del marxismo la ideología como deformación se encuentra presente; se puede pensar en un texto constitucional en el cual están presentes las dos primeras funciones, es decir, es ideológicamente integrador y legitimador, pero en el cual su interpretación puede devenir distorsionadora. Aquí cabe preguntarse: ¿Una interpretación constitucional en la cual esté presente esta función disimuladora puede llevar a mutar el texto constitucional? La respuesta debe ser afirmativa, porque el texto constitucional cobra sentido por medio de los significados otorgados por sus intérpretes autorizados, y si estos le dan un significado diferente para imponer una determinada ideología estarían generando una imagen deformada del texto constitucional. Por ello se suscribe la siguiente idea:

La mutación constitucional no tiene cabida en la Teoría de la Constitución como categoría alternativa a la reforma, aun con limitaciones, sino como mera descripción de un fenómeno siempre patológico que se produce cuando la reformulación semántica de normas constitucionales desborda los criterios y cánones de la interpretación constitucional y, sin embargo, la jurisdicción constitucional permite su consolidación actuando ella misma como poder constituyente o plegándose, por acción u omisión, ante dinámicas «constituyentes» que discurren al margen del procedimiento de reforma. (Rollnert, 2014, p. 152)

Aunque el autor no habla expresamente de la ideología la expresión de "fenómeno siempre patológico" tiene resonancias con la función de la ideología como distorsión o disimulo, pues la misma también es patológica. La mutación constitucional, en el sentido negativo que acá se menciona, es en últimas el reflejo de una ideología presente en la jurisdicción constitucional la cual la lleva de un modo u otro a asumir un poder constituyente otorgando significados distintos con base en una reformulación semántica basada en una ideología de fondo que distorsiona a aquella que dio pie a la Constitución y sirvió de base para legitimar e integrar. Ahora bien, es de relieves que la mutación de la Constitución es patológica cuando ella da una imagen de una continuidad constitucional cuando en el fondo está ocultando una ideología que se está imponiendo por parte de los intérpretes constitucionales.

Por otra parte, la función de distorsión puede presentarse de varias maneras:

- (i) cuando un Tribunal constitucional tiene estrechas relaciones con el órgano ejecutivo, donde las interpretaciones ya no buscan tanto la legitimación del sistema, sino dar una apariencia de constitucionalidad a las actuaciones del otro órgano. Acá cabe mencionar que según "el enfoque 'actor estratégico', que considera a los jueces como actores políticos ambiciosos que emiten fallos guiados por las oportunidades y limitaciones del sistema político dentro del cual operan" Kapiszewski, 2006, p. 7), si para ellos es más conveniente hacer prevalecer una ideología deformadora para alcanzar sus intereses, lo harán. A modo de ejemplo,

En su estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema, argentina y chilena, desde la década del cuarenta a la década del noventa, Scribner (2004) establece que la predisposición de los jueces a cuestionar las decisiones adoptadas por la autoridad presidencial dependió en gran medida de la relación que los ministros tenían con el presidente (en términos de haber sido designados por él o no), y de la probabilidad de que los jueces pudieran enfrentar mayorías coherentes o represalias políticas. (Kapiszewski, 2006, p. 7)

- (ii) cuando la ideología de los intérpretes de manera velada se pone por encima del texto constitucional, distorsionando los significados del mismo para

hacer prevalecer ciertas posiciones ideológicas, se hace pasar por interpretación jurídica una deformación, es decir, sobre lo que debería ser se coloca una imagen falsa. Se ha dicho que

[...] los jueces siempre 'niegan' en el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos. Esto es, afirman expresamente que el resultado [...] fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. (Kennedy, 2010, p. 36)

Y aunque no se puede probar que los jueces 'siempre' nieguen el uso de la ideología, es claro que existe la posibilidad de que ellos otorguen significado a los textos constitucionales con base en alguna ideología diferente a la del texto constitucional, logrando que otra ideología vaya deformando la ideología integradora y legitimadora de base.

CONCLUSIONES

La presencia de la ideología en la interpretación de la Constitución es inevitable. Por lo cual, es importante distinguir las diversas formas de funcionar de la ideología, pues a partir de esta distinción se puede comprender de una manera acertada qué hacen los intérpretes del texto constitucional a partir de la ideología. En este orden de ideas, el presente artículo es una invitación a distinguir las funciones de la ideología en la interpretación de la Constitución y a la realización de

investigaciones en las cuales se estudien sentencias de los diversos tribunales constitucionales y se determine de qué manera se está utilizando la ideología, para fortalecer la democracia.

Definir hermenéutica constitucional no es una operación ideológicamente neutra; establecer si es solo determinar sentido o incluir la actividad de valoración por parte del intérprete constitucional muestra la imagen que se tiene de la actividad del intérprete y de los resultados esperados de la interpretación.

Aceptar que los fenómenos culturales llevan a interpretar el texto constitucional conlleva admitir que la Constitución está permeada por la ideología, pues los significados otorgados al texto constitucional dependen de los contextos ideológicos que lentamente se van sedimentando en los miembros de una comunidad. Además, adoptar el sentido amplio, frente a los intérpretes constitucionales, es un intento por incluir diversas visiones ideológicas provenientes de la ciudadanía y de diversos grupos en la interpretación de la Constitución, haciendo de ella un texto lleno de ecos ideológicos no capturados por uno o varios intérpretes legítimos.

Escoger la postura originalista de la interpretación constitucional es ser ideológicamente conservador, y busca mantener unos determinados valores a lo largo del tiempo, sometiendo a los individuos a la ideología original de la Constitución. Por otra parte, elegir la postura del activismo judicial implica una mirada sociológica en la cual se busca actualizar el texto

constitucional, corriendo el riesgo de borrar tradiciones históricas, y de derivar en posturas ideológicas amañadas ya que mucho depende del 'sentimiento de justicia'.

Temer por sí misma a la ideología en la interpretación constitucional resulta de desconocer los diferentes usos que puede tener la ideología en una sociedad y, por ende, los usos que puede tener en la interpretación constitucional. Con base en Ricoeur se concluye que la ideología en la hermenéutica constitucional puede funcionar integrando, legitimando o distorsionando. Por ello quienes ejercen la interpretación constitucional, independiente que sea en sentido amplio o restringido, deben velar por el correcto uso de la ideología en la interpretación de la Constitución; en un Estado social constitucional y democrático de derecho la ideología en la hermenéutica constitucional debe mantenerse en unos grados óptimos de realización, es decir, que integre a la comunidad y no la divida, que legitime el ejercicio de poder democrático y que excluya en la medida de lo posible la distorsión o disimulo para no continuar generándole imágenes distorsionadas a la sociedad civil.

REFERENCIAS

- Arteaga, E. (2005). La interpretación constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor (Ed.), *Interpretación constitucional Tomo I* (pp. 61-120). México D. F., México: Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa.
- Asís, R. (2008). Sobre la interpretación de la constitución. En Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (Ed.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral* (pp. 211-230). México D. F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Bocanument, M., Restrepo, O. y Rojas, M. (2015). Tipos y modalidades de participación en el proceso político constituyente de 1990-1991 en Colombia. En M. Bocanument, O. Restrepo y M. Rojas (Eds.), *Participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991* (pp. 148-245). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín, Fondo Editorial Remington y Colciencias.
- Burgoa, I. (2005). Interpretación constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor (Ed.), *Interpretación constitucional Tomo I* (pp. 227-235). México D. F., México: Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa.
- Carbonell, M. (2012). Sobre la Constitución viviente. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117), 347-357.
- Carmona, J. (2005). Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial. En E. Ferrer Mac-Gregor (Ed.), *Interpretación constitucional Tomo I* (pp. 281-319). México D. F., México: Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa.
- Carpizo, J. y Fix-Zamudio, H. (2005). Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor (Ed.), *Interpretación constitucional Tomo I* (pp. 385-438). México D. F., México: Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa.
- Debord, G. (2008). *La sociedad del espectáculo*. Buenos Aires, Argentina: La Marca Editora.
- Eagleton, T. (1997). *Ideología*. Barcelona, España: Paidós.
- Fix-Zamudio, H. (2008). Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor (Ed.), *Interpretación*

- constitucional Tomo I (pp. 521-575). México D. F., México Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa.
- Guastini, R. (1997). Problemas de interpretación. *Isonomía*, (7), 121-137.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, España: Trotta.
- Grondin, J. (2008). *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona, España: Herder.
- Háberle, P. (2002). *La Constitución como cultura*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Harnecker, M. (1970). *Los conceptos elementales del materialismo histórico*. México D. F., México: Siglo Veintiuno.
- Hesse, K. (2011). *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Higton, H. (2010). Sistemas concentrado y difuso de control de Constitucionalidad. En Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (Ed.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia una ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomo I (pp. 107-173). México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Huerta, C. (2008). Interpretación Constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (Ed.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*. (pp. 281-323). México D. F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Kapiszewski, D. (2006). La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina Post-Menem. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 7(1) 5-46.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno.
- Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución*. Barcelona, España: Ariel.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Ricoeur, P. (2004). *Del texto a la acción. Ensayos de hermenéutica II*. (Trad). Pablo Corona. México D. F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Ricoeur, P. (2008a). *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Ricoeur, P. (2008b). *Ideología y utopía*. (Trad). Alcira Bixio. Barcelona, España: Gedisa.
- Ricoeur, P. (2008c). *Lo justo 2*. Madrid, España: Trotta.
- Robles, G. (2012). El pensamiento jurídico de Hans Kelsen: una lectura crítica de la teoría pura del derecho. En A. Botero Bernal (Ed.), *Filosofía del Derecho* (pp. 223-285). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Rollnert, G. (2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (101), 125-155.
- Ross, A. (1977). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Weber, M. (2005). *Economía y sociedad*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.

RECOMENDACIONES PARA LOS AUTORES

Quienes envíen artículos con destino a publicación en cualquiera de las revistas de la Universidad de Medellín deben acompañar el artículo con la constancia de que es inédito, de su autoría y que no ha sido propuesto para publicación en ningún otro medio, simultáneamente. Además, ceden sus derechos patrimoniales a la Institución y la autorizan a divulgar tales artículos por cualquier medio, impreso o electrónico, incluida la Internet.

Las personas interesadas en presentar un artículo para publicación en la revista Opinión Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín deberán enviar el artículo en medio magnético, al correo de la revista opinionjuridica@udem.edu.co, o por medio del sistema **Open Journal System (OJS)** que se encuentra en el siguiente enlace <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/index>.

La revista publica artículos de investigación, originales e inéditos, que no estén sometidos a otro medio de publicación simultáneamente, relacionados con las especialidades del derecho y disciplinas conexas:

- Derecho administrativo,
- Derecho ambiental,
- Derecho civil,
- Derecho comercial,
- Derecho constitucional y derechos humanos,
- Derecho de familia,
- Derecho internacional público y privado,
- Derecho internacional humanitario,
- Derecho laboral y de la seguridad social,
- Derecho penal y criminología,
- Derecho procesal,
- Derecho tributario, económico e interpretación económica del derecho,
- Derecho y políticas públicas,

- Clínica jurídica y enseñanza del derecho,
- Filosofía y teoría general del derecho,
- Historia del derecho e instituciones jurídicas
- Clínica jurídica y enseñanza del derecho,
- Filosofía y teoría general del derecho, o
- Historia del derecho e instituciones jurídicas.

Los artículos deben presentarse teniendo en cuenta los siguientes requisitos de forma:

1. Formato Word, tamaño carta, margen de 3 en los 4 lados, Arial 12, interlineado de espacio y medio, espaciado anterior y posterior de 0 puntos, un espacio entre cada párrafo, sin sangría a la izquierda el inicio de cada párrafo y la extensión total del archivo debe ser de máximo 32 páginas.
2. El título no debe superar los dos renglones preferiblemente, ser llamativo al lector e ilustrar de manera clara lo que en el artículo se desarrollará. No son atractivos los títulos que lleven las palabras "aproximación", "acercamiento", "preliminar", y similares; tampoco los que se refieran a un lugar geográfico específico. Lo que se recomienda en estos casos es hacer la delimitación en la introducción.
3. El título debe llevar un llamado (pie de página con un asterisco) para especificar si el artículo proviene de un proyecto de investigación que se encuentra en curso o finalizado, título del proyecto, institución que lo financió, calidad en la cual participó el autor en dicho proyecto. En caso de no provenir de un proyecto de investigación se debe especificar que deriva de la actividad académica o investigativa, según sea el caso, del autor en el área específica de su actuación, con la finalidad de mostrar la trayectoria del autor en relación con el tema que aborda en el escrito.
4. Después del título se escribe(n) el(los) autor(es) sin estar precedido de "por". Debe haber un llamado (nota el pie con dos asteriscos para el primer autor, tres asteriscos para el segundo autor, y así sucesivamente) en el cual se debe especificar su formación, desde el pregrado hasta el último título de posgrado obtenido o que adelanta, institución a la cual pertenece, área de actuación, correo electrónico de contacto (preferiblemente el institucional, o este y uno personal si lo quiere el autor). No se recomiendan más de cuatro autores.

5. El resumen es un solo párrafo de 15 líneas máximo, en donde debe quedar: el tema del artículo, cómo se aborda y el principal hallazgo. No lleva citas.
6. Palabras clave. Hacen referencia a las temáticas que se abordan por el escrito que serán indexadas en los motores de búsqueda de las plataformas virtuales en las cuales la revista se encuentra indexada. Tenga en cuenta que las palabras clave pueden ser varias palabras al mismo tiempo; por ejemplo, "justicia transicional" es una sola palabra clave. Las palabras clave deben estar separadas por punto y coma.
7. La introducción no debe superar las 3 páginas. En ella debe hacerse presentación del contexto (algo así como planteamiento del problema), quedar claro el propósito del artículo (algo así como el objetivo general del escrito), la metodología empleada y los pasos que realizó para encontrar lo que el texto presenta y la estructura del artículo. Ninguna de estas partes lleva subtítulo; debe ser una redacción seguida y en ese orden. En caso de que la metodología sea conocida, no es necesaria la explicación de la misma; bastará con enunciarla.
8. En la parte inferior de las tablas o gráficos debe señalarse la fuente. Si son elaboración propia debe decirse: "Fuente: elaboración propia".
9. Numerar los subtítulos. La introducción y la lista de referencias no llevan nomenclador.
10. Debe haber un acápite de conclusiones en donde se observe la respuesta a la pregunta y que el objetivo del escrito se alcanzó, al ser cotejado con lo dicho en la introducción del artículo.
11. La bibliografía no lleva viñetas ni clasificación. Debe ser una sola lista seguida en orden alfabético y cronológico.
12. Verificar que todo lo que está en la lista de referencias se encuentre citado en el texto y viceversa, incluyendo los pies de página. No debe faltar ni sobrar ninguna fuente en el cuerpo del escrito ni en las referencias cuando se haga el cotejo. Las normas que se siguen para las citas y para la lista de referencias son las APA.

Procedimiento de selección de artículos publicados. El editor revisará el artículo con el programa Turnitin para verificar su originalidad, y revisará el cumplimiento de los requisitos de forma expresados, una vez el artículo los cumpla lo remitirá al

Comité Editorial para el nombramiento de pares evaluadores. El sistema de revisión de los artículos que se sigue en la revista es el conocido como "doble ciego". El editor es el encargado de enviar el artículo a los pares elegidos por el Comité Editorial, analizar el concepto de este y exponerlo ante al Comité Editorial recomendando la decisión. El Comité Editorial tiene en cuenta el concepto del par y del editor para decidir: la publicación del artículo, regresarlo al autor para modificaciones o rechazo definitivo. La decisión que se tome será comunicada por el editor de la revista al autor del artículo en el menor tiempo posible, al correo electrónico reportado por el autor en el artículo enviado.

RECOMMENDATIONS TO THE AUTHORS

Those who send articles for publication in any of Universidad de Medellín's Journals should accompany the article with the proof that it is unpublished, of its authorship and that it has not been proposed for publication in any other mean, simultaneously. In addition, they assign their economic rights to the University and authorize it to disclose such articles by any means, whether electronic or printed, including the Internet.

Those interested in submitting an article for publication in the journal *Opinión Jurídica* of Universidad de Medellín Law School should send the article in magnetic format to mail opinionjuridica@udem.edu.co, or by means of the Open Journal System (OJS) which can be found in the following link <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/index>.

The Journal publish research articles, original and unpublished, that aren't submitted to other publication mean at the same time, related to law fields and related discipline:

- Administrative law,
- Environmental law,
- Civil law,
- Commercial law,
- Constitutional and Human Rights law,
- Family law,
- Public and Private International law,
- Humanitarian international law,
- Labor and social security law,
- Criminal law and criminology,
- Litigation law,
- Tax, economic law and economic interpretation of the law,
- Law and public policies,
- Legal advising office and teaching of law
- Philosophy and general theory of law, or
- Law's history and legal institutions,

The articles must be submitted taking in count the following form requirement:

1. Word format, letter size, margin 3 on the 4 sides, Arial 12, one and a half spacing, front and back spacing of 0 points, one space between each paragraph, without indentation on the left the beginning of each paragraph and the total file length must be a maximum of 32 pages..
2. The title should preferably not exceed the two lines, be appealing to the reader and clearly illustrate what will be developed in the article. Titles bearing the words "approximation", "preliminary", and the like are not attractive, neither are those referring to a specific geographical location. What is recommended in these cases is to make the delimitation in the introduction.
3. The title must be marked with an asterisk (footnote) to specify whether the article is from an ongoing or completed research project, the title of the project, the institution that funded it, quality in which the author participated in the project. In case of not coming from a research project, it should be specified what derives from the author's academic or research activity, as the case may be, in the specific area of work, in order to show the author's trajectory in relation to the subject matter addressed in the paper.
4. After the title, the author (s) are written without being preceded by "by". There must be a call (footnote with two asterisks for the first author, three asterisks for the second author, and so on) in which its formation must be specified, from the undergraduate to the last graduate degree obtained or advanced, institution to which it belongs, area of action, contact e-mail (preferably the institution, or this one and a personal one if the author wants it). No more than four authors are recommended.
5. The abstract is a single paragraph of 15 lines maximum, where it should read: the topic of the article, how it is addressed and the main finding. Does not take references.
6. Key words. They refer to the topics dealt with the writing that will be indexed in the search engines of the virtual platforms in which the magazine is indexed. Keep in mind that keywords can be several words at the same time; for example, "transitional justice" is a single keyword. Keywords must be separated by semicolons.

7. The introduction should not exceed 3 pages. It should include a presentation of the context (something as well as problem statement), the purpose of the article (something as well as the general objective of the text), the methodology used and the steps taken to find out what the text presents and the structure of the article. None of these parts is subtitled; it should be followed and in that order. If the methodology is known, it is not necessary to explain it; simply state it.
8. At the bottom of the tables or graphs the source should be noted. If they are own elaboration it should be said: "Source: own elaboration".
9. Subtitle nomenclature. The introduction and the list of references do not carry nomenclature.
10. There must be a section of conclusions in which the answer to question is observed and the objective of the writing was reached, when compared with what was said in the introduction of the article.
11. The bibliography does not carry vignettes or classification. Must be a single list followed in alphabetical and chronological order.
12. Verify that everything in the list of references is cited in the text and vice versa, including footnotes. No source in the body of the writing or in the references should be missing or left over when the comparison is made. The rules for citations and the reference list are APA.

Procedure for selecting published articles. The editor will review the manuscript with the Turnitin program to determine its originality, and once the article complies with them will submit it to the Editorial Committee for appointment as peer evaluator. The review system of the articles that is followed in the journal is known as "double-blind". The editor is in charge of sending the article to the couple chosen by the Editorial Committee, analyzing the concept of this one and presenting it before the Editorial Committee recommending the decision. The Editorial Committee takes into account the concept of the pair and the editor to decide: the publication of the article, return it to the author for modifications or final rejection. The decision will be communicated by the editor of the journal to the author of the article in the shortest possible time, to the e-mail reported by the author in the submitted article.

