

CÁTEDRA UNESCO
LA INVESTIGACIÓN Y LA GOBERNANZA
REORIENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS
SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO
Y JUSTICIA TRANSICIONAL

ISBN 978-958-710-739-5

© 2011, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2011

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ANDRÉ-JEAN ARNAUD	JUAN PABLO HINESTROSA
CASTOR M. M. BARTOLOMÉ RUIZ	CIELO MARIÑO ROJAS
DANIEL BORRILLO	DIEGO MOLANO APONTE
JOSEFA BUITRAGO DE POSADA	CARLOS IVÁN MOLINA BULLA
JORGE IVÁN CUERVO R.	ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ
JOÃO RICARDO W. DORNELLES	BETTY MONROY HENAO
INGRID DUQUE MARTÍNEZ	CLARA RAMÍREZ BARAT
JOSÉ MARÍA GÓMEZ	ANDRÉ-NOËL ROTH D.
MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA	NUBIA ESPERANZA RAMÍREZ RODRÍGUEZ
MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO	BIBIANA XIMENA SARMIENTO ÁLVAREZ
CAROLINA VÁSQUEZ PINZÓN	

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
PRÓLOGO <i>Andrè-Jean Arnaud</i>	13
I. POSIBILIDADES DE GOBERNANZA PARA HACER FRENTE AL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO EN COLOMBIA	
Comisión de la “verdad” sobre desplazamiento forzado: pueblos indígenas <i>Marcela Gutiérrez Quevedo</i>	23
Análisis del goce efectivo del derecho a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito de desplazamiento forzado (II Parte) <i>Bibiana Ximena Sarmiento Álvarez</i>	43
Gobernanza en la construcción de política pública para las niñas, los niños y los adolescentes desplazados por el conflicto armado interno <i>Cielo Mariño Rojas</i>	75
Obstáculos en la efectividad del derecho a la reparación en las mujeres en situación de desplazamiento dentro del sistema judicial <i>Ana Lucía Moncayo Albornoz</i>	101
Gobernanza y salud mental: dimisión del Estado ante la construcción de política pública en salud mental <i>Carlos Iván Molina Bulla</i>	117
La niñez: protagonista del desplazamiento forzado en Colombia <i>María Eugenia Gómez Chiquiza e Ingrid Duque Martínez</i>	133
PROPUESTAS PRESENTADAS A LA CORTE CONSTITUCIONAL EN VIRTUD DEL AUTO DE INVITACIÓN A LA REALIZACIÓN DE DOCUMENTOS ACADÉMICOS Y TÉCNICOS, EN EL MARCO DEL SEGUIMIENTO A LA SENTENCIA T-025 DE 2004 Y SUS AUTOS DE CUMPLIMIENTO	
Propuesta de política pública de justicia para las víctimas de desplazamiento forzado y herramientas de seguimiento y evaluación <i>Centro de Investigación en Política Criminal</i>	179
Indicadores de Salud Mental para la población en situación de desplazamiento forzado <i>Carlos Iván Molina Bulla</i>	215

Programa gubernamental de consultorios empresariales: una propuesta para la discusión <i>Carolina Vásquez Pinzón</i>	237
---	-----

Análisis y recomendaciones a la política pública de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento <i>María Eugenia Gómez Chiquiza e Ingrid Duque Martínez</i>	257
---	-----

II. LA COMPLEJIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL ÁREA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Crítica a la naturalización biopolítica de la violencia <i>Castor M. M. Bartolomé Ruiz</i>	271
---	-----

Los Derechos Humanos: ¿medio y/o fin de las políticas públicas? <i>André-Noël Roth D.</i>	303
--	-----

Hacia el mejoramiento de la política social en Colombia <i>Diego Molano Aponte</i>	319
---	-----

El contexto de las políticas públicas en educación con grupos en situación de desplazamiento forzado: una propuesta hacia la construcción de una pedagogía diferencial <i>Josefa Buitrago de Posada, Nubia Ramírez y Betty Monroy</i>	331
--	-----

Derechos Humanos y pensamiento crítico: por una criminología de la liberación <i>João Ricardo W. Dornelles</i>	359
---	-----

Sobre el derecho penal ambiental y la criminalidad ecológica en la Unión Europea <i>Daniel Ángel Borrillo</i>	371
--	-----

III. LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LOS RETOS DE LA REPARACIÓN

Notas sobre la justicia transicional y la política internacional de posguerra fría <i>José María Gómez</i>	401
---	-----

Justicia y verdad como formas de reparación <i>Juan Pablo Hinestrosa</i>	425
---	-----

Los estándares de reparación de la Corte Interamericana: ¿un estándar muy alto para la realidad colombiana? <i>Jorge Iván Cuervo R.</i>	451
--	-----

Hacia una interpretación expresivista del castigo en el ámbito penal internacional <i>Clara Ramírez Barat</i>	475
--	-----

APÉNDICE A. LA INCIDENCIA DE LA ACADEMIA EN LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL
DE POLÍTICAS PÚBLICAS, EN VIRTUD DE DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Concepto técnico presentado a la Honorable Corte Constitucional en virtud de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30 de 1986, artículo 20, literal a (parcial) y b.	505
---	-----

Centro de Investigación en Política Criminal

Concepto técnico presentado a la Honorable Corte Constitucional en virtud de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1257 de 2008, artículo 13, numeral 2 y artículo 19, literales a (parcial) y c y el parágrafo 2.	517
---	-----

Centro de Investigación en Política Criminal

AUTORES	527
---------	-----

Este libro es el resultado de un trabajo interdisciplinario y de un proceso de investigación orientado por criterios socio-jurídicos. Sus antecedentes, que dan muestra de la evolución del trabajo de la Cátedra UNESCO, están consignados en dos libros anteriores, a saber: *El desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los derechos humanos* (2007) y *Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos* (2009).

En esta ocasión presentamos a nuestros lectores el que hemos denominado *La investigación y la gobernanza. Reorientación de las políticas públicas sobre desplazamiento forzado y justicia transicional* (2011). Han hecho parte de esta publicación diferentes Facultades de la Universidad Externado de Colombia¹, así como nuestros miembros de la Red Unitwin: la Universidad Carlos III, la Universidad Paris X, la Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro y la y Universidade doVale do Rio dos Sinos.

El libro está dividido en tres partes más un anexo:

- I. Posibilidades de gobernanza para hacer frente al desplazamiento forzado interno en Colombia.
- II. La complejidad de las políticas públicas en el área de los derechos humanos.
- III. La justicia transicional y los retos de la reparación.

Anexo: La incidencia de la academia en la revisión constitucional de políticas públicas, en virtud de demandas de inconstitucionalidad

En la primera parte se reúnen, de un lado, diversos estudios sobre la participación de la sociedad civil en el diseño de políticas públicas para la población desplazada (acceso a la justicia, salud mental, empresa y educación), y un análisis de las mismas, a partir de un enfoque diferenciador que tiene en cuenta la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas, de la niñez desplazada y de la mujer en situación de desplazamiento.

De otro lado, se destacan las propuestas que entregó la Universidad Externado de Colombia a la Corte Constitucional en virtud del Auto de invitación a la realización de documentos académicos y técnicos, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos de cumplimiento, que pretenden constituirse en un esfuerzo propositivo y concreto para enfrentar esta problemática

¹ Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Facultad de Administración de Empresas y Facultad de Ciencias de la Educación.

así como en un modelo de seguimiento y evaluación de las políticas públicas que proponen.

En la segunda parte el lector podrá encontrar estudios filosóficos, de derechos humanos, de política social, educativa y de protección del ambiente, los cuales analizan las violencias y la vulneración del derecho a la vida, a la vida en relación y al ambiente, queriendo ilustrar la complejidad de la toma de decisiones en el escenario público.

En la tercera parte el discurso acerca de los derechos de las víctimas se concreta en cuatro artículos que enfrentan los temas de la justicia restaurativa, la justicia transicional, la verdad y la reparación.

Finalmente, en anexo, se publican dos conceptos entregados a la Corte Constitucional como muestra de la interrelación que existe entre la academia y los diferentes actores que intervienen en el escenario de las políticas públicas de un Estado democrático, que versan sobre dos demandas de inconstitucionalidad.

Agradezco a todos los participantes y en especial a nuestro Chairholder, ANDRÉ-JEAN ARNAUD, por su guía y sabiduría permanentemente demostrada, especialmente en lo relacionado con la investigación y las redes internacionales que han contribuido a esta Cátedra.

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO

Este es el tercer volumen que se dedica a los trabajos realizados en el marco de la Cátedra Unesco “Derechos Humanos y Violencia: Gobierno y Gobernanza” y de su Red Unitwin. Se ocupa, especialmente en el campo del desplazamiento forzado, del papel de los investigadores ante la violencia para lograr una gobernanza democrática, de la justicia transicional y de los problemas que surgen en la reorientación de las políticas públicas.

El primer volumen se centró en el tema del desplazamiento forzado. Allí, los autores presentaron el problema, exploraron sus causas, mostraron que violaba gravemente los derechos humanos y empezaron a reflexionar sobre la insuficiencia de las políticas públicas existentes para resolver este gravísimo problema. En el segundo volumen se describieron las políticas públicas en diversos campos, y se empezó a medir su efectividad y su eficacia. En este tercer volumen se da un paso adicional.

Si quisiéramos definir la especificidad de nuestra Cátedra Unesco y de su Red Unitwin podríamos hacerlo poniendo de relieve sus principales preocupaciones: el interés por lo “local” en un mundo globalizado, la multidisciplinariedad, el estudio de las condiciones necesarias para lograr una participación democrática, y el aporte específico de los investigadores y de la sociedad civil en la toma de decisiones a nivel gubernamental.

¿Cómo no preocuparse por trabajar en lo “local” dentro de un mundo globalizado? Nunca se había hablado tanto, a escala global, de la universalidad de los derechos humanos y de la necesidad absoluta de respetarlos en todo el planeta. Este es un efecto positivo de la globalización. No obstante, las violaciones de los derechos humanos, lejos de cesar, se multiplican, en la escala local¹. Así ocurre, en particular, con el desplazamiento forzado en Colombia y sus consecuencias sobre la vida de los pueblos indígenas², los niños³, su educación⁴, el lugar de la mujer⁵ y la salud⁶. Así ocurre también, como vimos en el segundo volumen, con

1 Por ello hablamos de la paradoja real de lo local y lo universal; incluso utilizamos el concepto “glocal” con el propósito de fortalecer los contextos y las realidades específicas, por ejemplo, la diversidad y el pluralismo jurídico y cultural de los pueblos indígenas.

2 MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO.

3 BIBIANA XIMENA SARMIENTO ÁLVAREZ, CIELO MARIÑO ROJAS, MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA e INGRID DUQUE MARTÍNEZ.

4 JOSEFA DE POSADA, NUBIA RAMÍREZ y BETTY MONROY.

5 ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ.

6 CARLOS IVÁN MOLINA BULLA.

el terrorismo en Madrid y el sufrimiento de la población después de los ataques sangrientos, y también con la violencia en Brasil, un hecho histórico y tema de numerosas investigaciones y acciones de campo.

Los investigadores reunidos en la Red Unitwin de nuestra Cátedra UNESCO son conscientes de la importancia de la dialéctica ineludible entre la teoría y la práctica. Esta dialéctica significa que, en nuestro campo, la investigación no puede avanzar sin compartir el conocimiento con la sociedad civil. En sus contribuciones a este volumen, algunos autores comparten sus prácticas de campo.

Se apoyan en las reflexiones de los especialistas; en nuestra Cátedra, cuya vocación es interdisciplinaria, los filósofos y juristas que hacen análisis interpretativos o comparativos sientan las bases de esta reflexión⁷. Luego vienen los esfuerzos para poner en práctica estas reflexiones⁸.

Pero no es fácil cumplir nuestro deseo de ofrecer a los gobiernos alternativas a sus políticas públicas, cuando estas últimas son deficientes. En un mundo donde los gobiernos ya no pueden confiar en la fuerza absoluta de sus fronteras territoriales, la elaboración y la ejecución de una política pública son cada vez más complejas, no en el sentido de complicadas, sino en el de entrelazamientos continuamente cambiantes y transformadores, entre hechos, normas, actos de poder y actuaciones relevantes en el orden del mercado⁹.

Esta complejidad aumenta con los desarrollos de la justicia transicional, que comentan varios autores¹⁰. En efecto, por una parte, la justicia transicional se refiere a la forma en que los países que salen de una guerra abordan la cuestión de las violaciones colectivas y masivas de los derechos humanos, con el propósito de no ignorar la responsabilidad por los crímenes cometidos y poner fin a esta situación de violación de los derechos¹¹. Por otra parte, la justicia transicional se basa en la convicción de que la exigencia de justicia y de reparación, sin dejar de ser fundamental, debe buscar un equilibrio con las medidas que mejor garanticen el desarrollo de la paz y de la democracia en el contexto político del Estado de Derecho, lo que puede imponer algunas limitaciones a la aplicación de la justicia y las reparaciones.

7 CASTOR M. M. BARTOLOMÉ RUIZ, JOAO RICARDO W. DORNELLES, JOSÉ MARÍA GÓMEZ, JUAN PABLO HINESTROSA, JORGE IVÁN CUERVO R. y DANIEL BORRILLO.

8 MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO, JOSEFA DE POSADA, NUBIA RAMÍREZ, BETTY MONROY, ANDRÉ-NOËL ROTH D.

9 DIEGO MOLANO APONTE, MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA e INGRID DUQUE MARTÍNEZ, JOSEFA DE POSADA, NUBIA RAMÍREZ y BETTY MONROY.

10 JOSÉ MARÍA GÓMEZ, JUAN PABLO HINESTROSA, JORGE IVÁN CUERVO R. y CLARA RAMÍREZ BARAT.

11 El caso de Colombia es muy particular pues se trata de una justicia transicional muy específica ya que el conflicto continúa.

Al final de estas investigaciones debemos lograr que los gobiernos entiendan que, hoy en día, el papel del investigador no se limita a proporcionar pistas puramente intelectuales. El resultado de la investigación es el fruto de una preocupación ligada a la práctica y a la teoría. Aunque debe tener un fundamento conceptual, no se puede limitar a consideraciones puramente teóricas. Nuestra Cátedra tiene la misión de llamar la atención sobre la importancia que el investigador atribuye no sólo a la recopilación de información, sino también a su tratamiento desde una perspectiva teórica y pragmática. Lo que podríamos llamar “inteligencia en materia de políticas públicas”, en el sentido de *inteligencia política*¹².

¿Qué es la inteligencia en materia de políticas públicas?: saber cómo reunir la información y cómo elegir la que conviene, la que es “satisfactoria” en una situación dada.

¿Información? En efecto, la era de la información sucedió a la era industrial. El volumen de información tiende a crecer a muy rápidamente. Hoy en día, los datos numéricos representan más de tres millones de veces el volumen de información contenida en todos los libros que se han escrito. Esta información es producida por miles de millones de personas, dispositivos, sensores y equipos inteligentes de todo tipo. Para seguir el ritmo actual, los sistemas deben capturar, transformar y analizar, en tiempo real, todo tipo de datos... ¡más de 60.000 veces por segundo! El reto consiste en no dejarse sobrepasar por la cantidad y la diversidad de la información.

¿Cómo funciona esta inteligencia? Todos saben qué es la inteligencia económica: proporcionar un flujo constante de análisis y hacer pronósticos sobre el mayor número posible de países e industrias claves, ayudar a los administradores a estar informados de las decisiones relacionadas con sus negocios, mediante una inteligencia confiable entregada en línea o en papel, en la búsqueda personalizada así como a través de conferencias e intercambios.

La inteligencia económica emplea todas las nuevas herramientas que evitan perder las oportunidades del mercado por no haber obtenido y procesado a tiempo la información necesaria. Por ejemplo, nuevas tecnologías tales como la *Stream Computing*¹³, hoy permiten analizar los datos en constante movimiento

12 Estas reflexiones son una continuación de las que presenté en la “Introducción” al vol. 1 de esta colección (2007), pp. 2 1 a 40.

13 *AH Technologies Inc.*, gran compañía especializada en la producción de microprocesadores de tarjetas gráficas, presentó en San Francisco, en colaboración con la Universidad de Stanford, PeakStream, Microsoft, Adobe, etc., una iniciativa llamada Stream Computing. La GPGPU proveniente de Stream Computing sale cada vez más de los laboratorios y será, sin duda, una tecnología que dará que hablar.

y correlacionarlos para transformarlos en “inteligencia”. En efecto, los gerentes deben identificar rápidamente la evolución de los mercados y los cambios en las preferencias de los consumidores, y prever de la mejor manera los comportamientos. ¿Cómo prever las tendencias principales? ¿Cómo reducir los costos y los retrasos entre una decisión y su ejecución?

El valor agregado de la tecnología de la información ayuda a los gerentes a saber exactamente qué sucedió, qué está sucediendo y qué puede suceder. Por medio de la *inteligencia* es posible identificar y analizar más rápidamente que nunca la evolución de los mercados, optimizar los sistemas e incluso organizaciones muy complejas. Estas herramientas analíticas permiten pasar radicalmente del proceso de toma de decisiones común a un proceso predictivo.

¿Y en materia de políticas públicas? No es nuevo decir que la toma de decisiones se basa en la información, pero, en poco menos de medio siglo, quienes toman decisiones en materia de políticas públicas fueron testigos de una revolución en el volumen de datos. Esto no remite a dos asuntos fundamentales: 1. La participación de quienes toman decisiones públicas en el proceso de inteligencia que se podría llamar “inteligencia en materia de políticas públicas”, y 2. El cambio radical, puesto que este enfoque de la inteligencia, del proceso de toma de decisiones, llevaría de un proceso puramente jerárquico a un proceso complejo que incluye a actores diferentes de los tomadores de decisiones tradicionales.

Hoy en día, incluso fuera de la inteligencia económica, es bastante común hablar de “inteligencia” en campos especializados cercanos a nuestra especialidad, como la inteligencia estratégica. La inteligencia en materia de políticas públicas corresponde específicamente a lo que deberían esperar los tomadores de decisiones—y, más particularmente, en materia de decisiones públicas— de los investigadores que trabajan en el campo de los estudios jurídicos y sociales.

¿Hay alguna razón para qué únicamente los estrategas militares, los grupos empresariales y las empresas encuentren en ella un medio de satisfacer una necesidad fundamental: obtener la “buena” información en el “buen” momento para poder tomar “la” buena decisión? ¿Por qué no también los gobernantes? La inteligencia no tiene que ver con un campo específico, sino con la capacidad de una organización para reunir, interpretar y aplicar la información crucial para asegurar el pleno éxito de una decisión; en suma, para que en la toma de decisiones se obtengan las soluciones más satisfactorias y acordes con el proyecto inicial de la organización que toma la decisión.

La inteligencia en materia de políticas públicas es exactamente lo que los gobernantes tienen derecho a esperar de los investigadores en el campo socio jurídico: que presenten a quienes toman decisiones (públicas o privadas) los

resultados científicos obtenidos en las actividades de investigación centradas en la recolección e interpretación de la información sobre lo que se espera de las políticas públicas, y cómo se percibe su ejecución.

Para lograr este objetivo, nuestros investigadores pueden adaptar los principios de la inteligencia económica y estratégica a la especificidad de nuestro trabajo y de nuestro campo de investigación. En esto consiste la “inteligencia en materia de políticas públicas”, a la que se podría definir como “el arte de recolectar la información y de saber elegir la que es satisfactoria en la elaboración y la reorientación de una política”, y más particularmente en lo que respecta a las políticas públicas.

Precisamente, dentro de las actividades de investigación de nuestra Cátedra y de su Red Unitwin, nos propusimos examinar la falta de eficacia o de eficiencia en la ejecución de una política pública, y analizar las razones de esa deficiencia. Nuestros investigadores entran entonces en contacto con las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones gubernamentales que trabajan en ese tema, y hacen trabajo de campo con ellas. Luego, retornando a su especialidad, se esfuerzan por re-orientar o re-elaborar la política pública defectuosa¹⁴. Una vez realizada la reorientación o reelaborada la política, debe presentar la nueva versión a quien toma decisiones. Esta es una ayuda indiscutible para los gobiernos, habituados hasta ahora a buscar informadores de su elección. Pero nosotros, investigadores, tenemos la superioridad de la distancia y de la absoluta imparcialidad del trabajo académico.

Desde el punto de vista profesional, así como en el contexto de la inteligencia económica o estratégica, ya participamos en la recolección de los recursos humanos y los medios tecnológicos empleados en el desarrollo de nuestro campo. Ya superamos la etapa de la pura racionalización de la recolección de datos y de la acumulación de la información. Tenemos en cuenta los cambios introducidos por la globalización e introdujimos el análisis de la complejidad en nuestra metodología, en relación con la producción de la decisión. Igual que con la inteligencia económica o estratégica, tratamos de conocer lo que está sucediendo más allá de nuestro entorno familiar; uno de los principales intereses de la Red Unitwin es la posible confrontación entre investigadores de diferentes países

14 A finales de 2010 la Universidad Externado de Colombia entregó a la Corte Constitucional recomendaciones de política pública en materia de justicia, restablecimiento económico, salud mental y atención a la infancia, en virtud del Auto de invitación a las universidades, centros de investigación y organizaciones especializadas para que presentaran documentos académicos y técnicos, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento.

y de culturas diferentes, con el fin de compartir la información específica a la que tienen acceso.

Aún no hemos llegado allí. Aún nos falta usar conscientemente las bases teóricas específicas de la inteligencia en materia de políticas públicas. Además, tenemos que elaborar una estrategia efectiva con respecto a la inteligencia en materia de políticas públicas; debemos integrar nuestras herramientas de investigación, la toma de conciencia, la vigilancia y la gestión del conocimiento, dentro de procesos que demuestren ser capaces de hacer útil esta información, es decir, que se puedan aplicar de manera innovadora. Inteligencia económica e inteligencia estratégica quieren decir manejar la información, protegerla y utilizarla de manera “ofensiva”. Eso es “innovar”. Esto es lo que se ha de hacer con respecto a la inteligencia en materia de políticas públicas.

Esto significa que la inteligencia en materia de políticas públicas no sólo debe ser organizar en una sistema completo e integrado de técnicas y competencias humanas, sino también que todos los participantes en el proyecto hacia el cual tiende nuestra actividad deben ser conscientes de los beneficios que les puede reportar, y estar dispuestos a aceptar el proyecto y a comprometerse en el proceso de inteligencia en materia de políticas públicas. Luego tendremos que convencer a los tomadores de decisiones, más a los públicos que a los privados, que deben interesarse en este tipo de enfoque, así como los gerentes más avanzados han entendido que les conviene beneficiarse de las contribuciones de quienes aplican los enfoques de inteligencia económica o estratégica.

Prever, ser capaz de prever y de tomar una decisión satisfactoria; esto recuerda la célebre frase de AUGUSTE COMTE: “Saber para prever – Prever para poder” . Es cierto que los tiempos han cambiado y que la complejidad ha modificado nuestros enfoques. Pero prever, anticipar y presentar a quienes toman decisiones los elementos que les permitan tomar una decisión satisfactoria es hacer un trabajo *inteligente*, es trabajar con *inteligencia* en materia de políticas públicas, es poner en práctica la *inteligencia política*, la inteligencia en materia de políticas públicas.

El futuro consiste en compartir los recursos y las competencias específicas de cada actor que participa en el proceso de toma de decisiones. Esta “participación a través de compartir” con objetivos comunes permite obtener satisfacciones no sólo con los resultados de una decisión, sino también en lo que atañe al conocimiento, al saber hacer y a los métodos, que se han de evaluar continuamente. Esta cooperación es esencial entre actores que muy a menudo se entienden mal. Hoy es absolutamente necesario poner en práctica estrategias coherentes de inteligencia en materia de políticas públicas. Ya no vivimos en la época en que el tomador de decisiones suponía, como el patrón que describió

CHARLES CHAPLIN en *Tiempos modernos*, que conocía toda la información que permitía elegir la mejor decisión entre todas las decisiones posibles. El proceso de toma de decisiones complejo ha —o debería de haber— sustituido al estilo *one best way*. Nosotros, sociólogos jurídicos, debemos promover la inteligencia en materia de políticas públicas.

Debemos insistir, entonces, en la implicación común y esencial de las competencias internas y externas (traduzco: la cooperación requerida entre la investigación científica basada en la sociedad civil y en participación con ella, por una parte y, por la otra, con aquellos que, a las riendas del gobierno, e incluso en algunas instancias no gubernamentales, tienen el poder de decisión). El tomador de decisiones necesita especialistas, expertos, consultores, y no puede elegirlos únicamente según sus deseos o inclinaciones; a menudo es inconsciente del trabajo de los investigadores que no están suficientemente cerca para tomarlos en consideración. No obstante, estos investigadores están entre los más capaces de aportarle la información, incluida la información básica, a partir de fuentes populares y en cooperación con la sociedad civil, y a la vez de ofrecerle reorientaciones de las políticas públicas. Con total libertad y sin ningún interés personal. Son los mejor equipados para ayudar al tomador de decisiones a lograr un equilibrio eficaz entre la observación y la interpretación a la luz de metodologías científicamente evaluadas y validadas.

En nuestro campo de estudio, algunos investigadores ya trabajan con este espíritu de inteligencia en materia de políticas públicas, aunque hasta ahora no se ha elaborado una teoría general para esta especialidad. La inteligencia económica y la administración del conocimiento ya se toman en cuenta, así como la inteligencia estratégica. La inteligencia en materia de políticas públicas sólo será tomada en cuenta como instrumento específico teóricamente fundamentado si desarrolla su propia metodología y se orienta a la práctica.

Nuestra Cátedra y su Red Unitwin son, repetimos, entidades en marcha permanente. Aún no hemos dado todos los resultados que se esperan de estas investigaciones. Los volúmenes posteriores presentarán más información de las experiencias de campo, las relaciones con la sociedad civil y las propuestas de reorientación de políticas públicas que hemos presentado a los gobernantes, así como de los resultados efectivos obtenidos. Eso es lo que nos encargó la Unesco, y nos esforzaremos por cumplirlo.

Para ello necesitamos el apoyo de las autoridades universitarias que acogen nuestra Cátedra y los centros locales de nuestra Red Unitwin. Les renovamos nuestros agradecimientos, no como un simple gesto de cortesía. Agradecemos en primer lugar al Dr. FERNANDO HINESTROSA, Rector de la Universidad Externado de Colombia, que ha acogido esta Cátedra y le ha dado pleno apoyo, así

como a los señores rectores y presidentes de las universidades que continúan brindándonos la confianza de todos los investigadores reunidos en la Red de esta Cátedra.

Agradecemos también a los representantes de nuestra Cátedra en cada Universidad de la Red Unitwin, JOÃO RICARDO W. DORNELLES, JOSÉ MARÍA GÓMEZ (RUC-Río de Janeiro); CASTOR M. M. BARTOLOMÉ RUIZ (Unisinos RS, Brasil); MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid), MARÍA CRISTINA DE CICCIO (Università di Camerino, Italia); VERONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS (Universidad de París X), sin olvidar a todos los investigadores que han participado.

Un agradecimiento especial a la profesora MARCELA GUTIÉRREZ, que garantiza, en la Secretaría General de la Cátedra, la responsabilidad de la investigación ligada a ella en la Universidad Externado de Colombia, haciéndose cargo de la organización de este volumen. Ella reunió en un mismo proyecto a las facultades y centros de investigación de la universidad que se interesaron en el tema de nuestra Cátedra; además, también coordina las actividades de la Cátedra en el marco de la Red Unitwin.

Por último, agradecemos a los autores de las contribuciones que aquí se reúnen, por el interés creciente en las actividades relacionadas con la Cátedra Unesco y su Red Unitwin. Los investigadores externos fueron motivados por la convocatoria lanzada con ocasión de las jornadas de nuestra Cátedra. Sepan que son siempre bienvenidos, aunque es difícil responder por razones puramente estructurales y económicas a su deseo de integrarse en nuestra Red Unitwin de universidades candidatas, cuyo número no deja de crecer. No somos menos sensibles a su interés y abiertos a la cooperación: la investigación comparativa sigue siendo uno de los objetivos perseguidos por la Unesco.

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

I

POSIBILIDADES DE GOBERNANZA PARA HACER FRENTE AL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO EN COLOMBIA

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO

*Comisión de la “verdad” sobre
desplazamiento forzado: pueblos indígenas*

Resumen. Ante la falta de acceso a la justicia y de una política pública integral frente a las víctimas del delito de desplazamiento forzado, es importante crear una vía alternativa (complementaria) que reconozca los derechos de las víctimas¹ y las dignifique² como tales. Se propone una Comisión de la Verdad³ que tenga en cuenta: i. Los antecedentes de este delito, la relación del desplazamiento con el despojo de tierras; ii. El impacto, los casos paradigmáticos y la visualización de la realidad; iii. Los actores (víctimas, Estado, sociedad civil, organizaciones locales y organizaciones internacionales); iv. Una estrategia democrática sin polarizaciones y parcializaciones, y finalmente v. La construcción de una meta de cambio institucional y social a través de la memoria histórica. La propuesta abarca todas las víctimas del desplazamiento haciendo énfasis en los pueblos indígenas.

Palabras clave. Desplazamiento forzado, victimización, derecho a la autodeterminación, enfoque diferenciador, comisión de la verdad, memoria histórica y proceso democrático.

Abstract. Given the lack of access to justice and a comprehensive public policy towards the victims of the crime of forced displacement, it is important to create an alternative (complementary) that recognizes the rights of victims and dignified as such. We propose a Truth Commission to take into account: the history of this crime, the ratio of displacement to the dispossession of land, the impact, the paradigmatic cases and visualization of reality, the actors (victims, state, civil society, local organizations and international organizations), a democratic strategy without polarization and partial and finally build a goal of institutional and social change through historical memory. The proposal centers for all victims of displacement with an emphasis on indigenous peoples.

Key words: Displacement, victimization, right to self determination, differentiation approach, truth commission, historical memory and democratical process.

INTRODUCCIÓN

En la primera parte de la investigación de la Cátedra Unesco (GUTIÉRREZ Q., 2007) se expuso que los derechos civiles y políticos de los desplazados⁴ internos

1 El concepto de víctima lo utilizo (no para justificar la institucionalización del problema del desplazamiento) para reconocer e instrumentalizar los derechos que tienen las personas o colectividades cuando han sido vulnerados.

2 Frente a las teorías *formalistas* de los derechos fundamentales considero que hay que tener en cuenta las posturas *realistas* de los derechos fundamentales con el fin de materializar el Estado social y democrático de derecho, y reivindicar la dignidad y el empoderamiento de las personas vulneradas en sus derechos. El Estado social de derecho no puede quedarse en el asistencialismo sino que le corresponde desarrollar un derecho vivo que tenga en cuenta que los tomadores de decisión deben diseñar las políticas públicas en la perspectiva de los derechos integrales.

3 Una comisión de la verdad tiene como fin no silenciar los sufrimientos de cientos de “víctimas” de la degradación humana y reivindicar la inclusión de la población desplazada en sus proyectos de vida.

4 Al interior de la población desplazada existe un alto porcentaje de mujeres, niños, niñas, poblaciones

en Colombia no se respetan cabalmente a pesar del reconocimiento normativo internacional y nacional. Por las condiciones de vida creadas en Colombia, causadas por políticas internacionales y por el conflicto armado histórico, la vida digna, la libertad y la igualdad no existen materialmente para cientos de personas desplazadas. Asimismo, con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –DESC–, y a pesar de las luchas, esfuerzos de las familias desplazadas, las sentencias y autos de la Corte Constitucional, ellas viven en condiciones paupérrimas al punto que se puede afirmar que los jóvenes, niños, niñas y grupos étnicos no han podido construir una vida digna y equilibrada.

En la segunda parte de la investigación (GUTIÉRREZ Q., 2009) se evidenció que frente al delito de Desplazamiento Forzado –DF–, la respuesta ha sido la impunidad y la negación de los derechos de las víctimas de diferentes delitos (el desplazamiento es un delito de lesa humanidad y un delito nacional contra el bien jurídico del Derecho Internacional Humanitario –DIH– y la autonomía personal). Se identificó una cifra alta de “no denunció” (*dark figure*) en donde las “víctimas” por diferentes razones⁵, no acuden a las autoridades de justicia, quedando el delito de DF en la absoluta oscuridad.

Hoy nos encontramos en una etapa de presentación de recomendaciones y formulación de interrogantes sobre la política pública de justicia. Frente a la ineficiencia del actual sistema de justicia, y a pesar de las diferentes iniciativas legislativas⁶ sobre los derechos de las víctimas (verdad, justicia y reparación), hoy

afro descendientes, indígenas, mayores adultos y discapacitados.

- 5 Entre las principales razones para no denunciar identificamos el miedo, las amenazas y la desconfianza en las instituciones de justicia.
- 6 Han existido diferentes proyectos con relación a los derechos de las víctimas pero no ha sido posible su aprobación por razones políticas, jurídicas y de presupuesto.
 - Cámara de Representantes. Proyecto 044 de 2008. Por el cual se dictan medidas de protección a las víctimas de la violencia.
 - La idea de este proyecto era “garantizar y materializar la participación real de las víctimas y construir una memoria histórica frente a todos los actores, sin discriminación de todas las víctimas y en todas las circunstancias y contextos dados. Como principio general estaba el derecho a saber, y su desarrollo a través del derecho inalienable a la verdad, el deber de recordar, las garantías y las medidas de preservación de los archivos” (no fue aprobado)
 - Senado de la República de Colombia. Proyecto 157 de 2008. Por el cual se dictan normas de protección para las víctimas de violaciones de la legislación penal, de normas internacionales de derechos humanos y de DIH, perpetradas por grupos armados al margen de la ley.
 - En 2010 empezó de nuevo la discusión con el Proyecto de Ley por el cual se dictan medidas de protección a las víctimas de la violencia. Existe en este proyecto un avance en el sentido de reconocer a las víctimas de actos del Estado; los poseedores deben demostrar la tenencia de tierras; las dudas se resuelven a favor de las víctimas; se reitera sobre la sanción a testaferreros; se reconoce la complementariedad de las indemnizaciones administrativas y judiciales. Este proyecto muestra fortalezas en todo lo relacionado con la restitución de tierras y la reparación colectiva ya que desarrolla la implementación

nos hallamos con una constante negación fáctica de los principios fundamentales de igualdad, dignidad, transparencia y memoria contra la impunidad. El registro de los procesos es deficiente, la Fiscalía General de la Nación –FGN– no está especializada en el delito de DF⁷, a la Justicia le falta capacitación y fortalecimiento, no hay enfoque diferenciador, no hay protocolos de entendimiento inter-institucional y existen amenazas a los testigos, víctimas y líderes⁸.

Al no existir en Colombia una política criminal de memoria histórica, se propone una Comisión de la verdad enfocada específicamente al desplazamiento. La propuesta de la Comisión debe cumplir con las siguientes condiciones para esclarecer los hechos (contextos y actores) en aras de preservar *la memoria*, encontrar la verdad, aplicar la justicia y lograr la reparación (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación [CNRR], 2008): a. Tener en cuenta los antecedentes históricos del desplazamiento; b. Precisar los objetivos; c. Incluir a los actores; d. Aclarar la dinámica, y e. Concretar las metas.

del programa, los criterios y la reparación integral de daños a colectivos. Sin embargo, al no haber consultado a las poblaciones indígenas, el Presidente, a través de decretos ley garantizaría y regularía los derechos de las víctimas de grupos afro descendientes e indígenas. Lo anterior, para cumplir con el derecho fundamental de la consulta previa, el cual no ha sido respetado por los desarrollos económicos discriminados. En este proyecto se insiste en la Comisión de la verdad para tierras. Algunos senadores hacen énfasis en identificar los sectores económicos y políticos que hayan financiado las estructuras ilegales y el derecho de verdad como derecho imprescriptible e inalienable. Lo anterior ha hecho que empiecen a solicitar el retiro de las comisiones de verdad.

- Es conveniente tener en cuenta el Proyecto para los excombatientes que se desmovilizaron en los acuerdos sobre la “verdad” (noviembre de 2010). Según la CCJ, el Proyecto dificulta el cumplimiento de los deberes de investigar, juzgar y sancionar, argumentando que el borrador señala que la información que surja en el marco de los acuerdos de “contribución a la verdad” no podrá en ningún caso ser utilizada como prueba judicial.
 - En 2011 encontramos el Proyecto de Cámara 107 de 2010, acumulado con el Proyecto de ley n.º 085 del 2010 y en el Senado el Proyecto de Ley n.º 213 de 2010, por el cual se dictan medidas de atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho internacional Humanitario y se dictan otras disposiciones; a la fecha (mayo de 2011) está para la discusión en la Plenaria del Senado.
- 7 A finales de 2010 la FGN creó una unidad especializada para el desplazamiento forzado y la desaparición forzada.
- 8 El CIPC (Universidad Externado de Colombia) entregó el Documento “Indicadores de resultado del goce efectivo del derecho a la justicia de la población víctima de desplazamiento forzado (2010)” a la Corte Constitucional. En materia de ajuste de políticas públicas y con un enfoque diferenciador se propusieron a la Corte los siguientes productos: 1. Herramienta de registro de los procesos, actuaciones mejoradas de la administración de justicia penal y capacitación de los funcionarios correspondientes en el manejo de dichas herramientas; 2. Nueva Unidad Nacional contra el desplazamiento forzado de la FGN; 3. Protocolos de entendimiento interinstitucional; 4. Rama judicial fortalecida, y 5. Programas de protección para víctimas, testigos y líderes mejorados.

COMISIONES DE VERDAD –CV–

Las CV buscan establecer la *verdad histórica* sobre hechos violentos, sus motivos, actores y efectos en las víctimas. Estas comisiones podrán explicar y procesar los hechos traumáticos como ejercicio indispensable para los individuos y para las sociedades.

Son organismos creados para ayudar a la sociedad, que ha enfrentado graves situaciones de violencia política o guerra interna, a *enfrentarse críticamente con su pasado* y superar las profundas crisis y traumas generados por la violencia, con el fin de evitar que tales hechos se repitan en el futuro⁹.

Sin ser propiamente una CV, PRIMO LEVI, en su *Trilogía de Auschwitz*, busca mostrar, a través de las narraciones de los sobrevivientes, la complejidad de los hechos sociales de la época nazi, su inhumanidad y el desgaste de la memoria. Resalta la importancia de contar y no olvidar pues hoy existen todavía “violencias, útiles o inútiles que están delante de nuestros ojos; serpentean en hechos aislados y privados, o como ilegalidad del Estado” (LEVI, 2005).

“Tenemos que conocer las *causas* de la violencia, identificar los elementos del conflicto, investigar los hechos más graves de violación a los derechos humanos y establecer las responsabilidades jurídicas correspondientes sin banalizarlas y repetirlas”. Es así que el Informe Sábato insistió en las CV para un “*Nunca más: nunca más las calamidades e ignominias contra el pueblo argentino por la dictadura de los 70 hasta los 80*” (SÁBATO, 1984). Ellas han ayudado a la *democratización* y a la *verdad*. Con la participación extensiva de las víctimas de violaciones de DDHH y DIH se reflejaría menos impunidad.

Las CV pueden ser parciales–regionales–nacionales para rescatar no sólo el pasado sino también para lograr la reparación de los daños individuales y colectivos en nuestra sociedad de una manera más local y específica (BARTOLOMÉ, 2009)¹⁰.

El proyecto de Ley de Víctimas en Colombia (Proyecto 107 de 2010) habla de una comisión de la verdad para tierras cuyo objeto es “establecer la verdad de la magnitud, las modalidades y los efectos de los abandonos y despojos de

9 Las comisiones de verdad en América Latina [www.derechos.org/koaga], consultada el 25 de octubre de 2010.

10 En palabras de CASTOR BARTOLOMÉ y citando el trabajo de NIETZCHE “en el sentido que el olvido puede reproducir miméticamente la violencia. En contraposición, sólo la memoria puede actuar como barrera contra la mimesis de la violencia, e impedir que se generalice como algo natural. A la memoria se llega a través de la educación y del empoderamiento cultural de las personas y de las colectividades que han sido vulnerados en sus derechos. De esta manera se lograría la meta de la reconstrucción del proyecto de las ‘víctimas’ como ciudadanos”.

tierras en los términos de la presente ley...”. Además, es importante crear una Comisión de Memoria Histórica sobre el Desplazamiento Forzado –CVDF– que tenga en cuenta (SIEDER, 2002) no sólo la vulneración de derechos sino también contribuya a aclarar los intereses económicos y políticos que propician la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado –DF– (IBÁÑEZ y LONDOÑO, 2009).

La reconstrucción de la memoria histórica en escenarios como éste cumple una triple función: de esclarecimiento de los hechos, haciendo visibles las impunidades, las complejidades activas y los silencios; de reparación en el plano simbólico al constituirse como espacio de duelo y denuncia para las víctimas; y de reconocimiento del sufrimiento social, y de afirmación de los límites éticos y morales que las colectividades deben imponer a la violencia (CNRR, 2008).

Frente a la situación de indiferencia y negación de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, una comisión de memoria histórica ayudaría a mirar retroactivamente los hechos pasados y a repararlos a través del fortalecimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas reforzando sus identidades.

Para obtener, a través de una comisión de la verdad –CV–, un resultado concreto para las víctimas y la sociedad es importante tener en cuenta el trabajo de SEN (2009) sobre desarrollo y libertad, pues es de suma importancia entender el desarrollo en perspectiva de los derechos para la población desplazada. SEN muestra el despilfarro social (“privaciones, miseria y opresión”) y las desigualdades socio-económicas de muchas comunidades (según el Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional de Colombia 34 pueblos indígenas están por desaparecer) en el mundo, y para resolver estos problemas concibe la libertad individual como un compromiso social. Se trata de un intento por entender el desarrollo como un proceso de expansión de las libertades reales¹¹ de que disfrutan los individuos.

11 “La expansión como libertad es el fin primordial y el medio principal del desarrollo. Dentro de estas libertades están las concepciones de libertades: *libertades políticas* que se refieren a las oportunidades que tienen los individuos de decidir quién los debe gobernar, con qué principios, y también la posibilidad de investigar y criticar las autoridades, la libertad de expresión política y de prensa sin censura, etc.; los *servicios económicos* se refieren a la oportunidad de los individuos de utilizar los recursos económicos para consumir, producir y realizar intercambios; *las oportunidades sociales* consisten en los sistemas de educación, sanidad, etc., que tiene la sociedad y que influyen en la libertad fundamental del individuo para vivir mejor; *las garantías de transparencia* que implican la necesidad de franqueza que pueden esperar los individuos, la libertad para interrelacionarse con la garantía de divulgación de información y claridad, y *la seguridad protectora* que es necesaria para proporcionar una red de protección social que impida que la población afectada caiga en la mayor de las miserias y, en algunos casos, incluso en la inanición y la muerte. La expansión de las oportunidades sociales contribuiría, sin duda, a facilitar el desarrollo económico y a crear circunstancias favorables, necesarias para reducir la tasa de mortalidad,

A pesar de que la Corte Constitucional ha evidenciado el problema social y económico de las poblaciones indígenas, estos pueblos continúan siendo prácticamente invisibles en lo relacionado con las políticas públicas y con los efectos sociales de las sentencias y autos de la Corte Constitucional (RODRÍGUEZ, 2010).

I. ANTECEDENTES DEL DESPLAZAMIENTO

La Comisión de Verdad sobre el Desplazamiento Forzado –CVDF– (a través de las narraciones directas, testimonios o a través de mediaciones) buscaría reconstruir la memoria de crímenes de lesa humanidad (alianzas sociales y políticas) y de delitos relacionados con el despojo de la tierra en una línea de tiempo; asimismo, el no olvido de los conflictos por las tierras, recordar el dolor causado por las corrupciones cómplices con el desplazamiento forzado y otros delitos en impunidad, y, dignificar a las víctimas.

– Es necesario reconocer la disputa de tierras¹² como un proceso histórico. La historia de Colombia muestra una distribución inequitativa de la tierra (Comisión de seguimiento de la política pública sobre desplazamiento forzado)¹³ y la concentración en las propiedades. En el siglo XX han existido conflictos creados por la titulación de terrenos baldíos, por la colonización acelerada y el desalojo de tierras por los grandes terratenientes. Las reformas agrarias han provocado la expulsión generalizada de los arrendatarios, beneficios crediticios y tributarios a favor de los terratenientes, freno de redistribución de tierras, cubrimiento insuficiente de los programas de desarrollo rural, entre otros. Para el caso de las comunidades indígenas, no sólo se trata de saber las cantidades de hectáreas asignadas a los resguardos en términos de equidad, sino también si esas extensiones territoriales son suficientes para satisfacer las necesidades materiales presentes de los indígenas y la adecuación de esas tierras en relación con el sistema productivo y cultural (UMAÑA LUNA, 1980).

para aumentar la esperanza de vida y para mejorar las capacidades productivas de los desplazados. Claro está, que la violencia se mitigaría pero se lograría en un sentido más duradero teniendo en cuenta que los hechos no se deben olvidar sino al contrario recordar y romper el círculo vicioso del silencio y de la violencia”.

12 Los conflictos de tierras adquirieron nuevos matices con la expansión del narcotráfico y la agudización del conflicto armado.

13 El documento de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, “Política de tierras para la población desplazadas (propuesta de lineamientos en el marco de las órdenes del Auto 008 de 2009)”, insiste en tener en cuenta los factores estructurales, la inequidad en los territorios, en la restitución sin condiciones, en el goce efectivo de los derechos de los propietarios, de la posesión y el patrimonio –(muebles e inmuebles), disponible en [http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52].

– Estudiar la relación existente entre el desplazamiento¹⁴, la inestabilidad de las comunidades y el despojo de tierras¹⁵, con una lógica eminentemente económica¹⁶. El abandono estatal influye en el desplazamiento forzoso. La ocupación ilegal de tierras constituye una estrategia de guerra crucial para despejar el territorio de posibles oponentes, expandir el control territorial y apropiarse de predios valiosos (IBÁÑEZ y LONDOÑO, 2009: 17). Los municipios con poca presencia institucional, con una debilidad en sus derechos de propiedad, con atractivos económicos para los grupos armados, son atacados con mayor frecuencia y provocan, por ende, la expulsión de población (IBÁÑEZ y LONDOÑO, 2009: 57). El Informe de la masacre de El Salado evidencia la incidencia en el desplazamiento. “La táctica de tierra arrasada empleada se inscribe en esta lógica paramilitar que dejó un escenario de tierra sin hombres, pero también dejó a muchos hombres sin tierra”¹⁷.

– Con relación a los pueblos indígenas, el derecho fundamental al territorio y a la consulta no se ha respetado ya que no hay precisión conceptual con relación a quiénes son las autoridades representativas de la comunidad, cuál es el procedimiento y que implica la riqueza cultural a proteger. No se precisa la dinámica de la participación ni el consenso necesario para evitar la destrucción de la vida individual y colectiva de dichos pueblos. Destrucción en el sentido de su integridad, su bienestar, de sus instituciones y de su gobierno.

14 Se evidencia el problema (WATCH, 2010) del desplazamiento que está en aumento y del asesinato de líderes. “En 2009 hubo varias denuncias de asesinatos de líderes de grupos desplazados, y la comunidad indígena Awá, en el Departamento fronterizo de Nariño, al sur el país, fue atacada en múltiples ocasiones por diversos actores armados, sufriendo varias masacres y asesinatos durante el año”.

15 Tal como lo dice la Comisión Colombiana de Juristas “el despojo ha tenido como objetivo con frecuencia acaparar la tierra para actividades relacionadas con el narcotráfico o para establecer un modelo de ‘desarrollo’ rural enfocado en la agroindustria, los monocultivos extensivos destinados a la exportación y el aprovechamiento masivo de recursos naturales”, disponible en [<http://www.coljuristas.org/index.htm>].

16 El Informe de Trujillo muestra las modalidades de despojo: conflictos entre propietarios hacendados-terratinentes; entre propietarios y buscadores de tesoros; entre hacendados del Plan del Valle del Cauca, colonos y propietarios de las zonas de ladera; coerción sin uso de figuras jurídicas; amenazas directas e indirectas; asesinato de propietarios; quema de viviendas e infraestructura; usufructo del predio sin apropiación; uso ilegal de figuras jurídicas; apropiación del predio sin transacción comercial; compraventa con sobreprecio; compraventa a bajo precio; avalúo y depreciación del predio; cambios en el uso del suelo y embargo de predios por efectos de la violencia. Disponible en [http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/Trujillo_informe.pdf].

17 En el Auto 004 de 2009, sobre comunidades étnicas, se recalca cómo la tierra es un factor subyacente a la afectación de los pueblos indígenas por el conflicto.

– Tener en cuenta el significado de la tierra¹⁸. Por ejemplo, el derecho a la tierra de las comunidades rurales está implícito dentro de otros derechos humanos recogidos en los tratados internacionales: derecho a la propiedad, a la libre determinación, a la vida cultural de las minorías étnicas y a un nivel de vida adecuado¹⁹.

– Mostrar lo que ha sido la incapacidad del Estado en la creación de infraestructura administrativa adecuada para proteger los derechos de propiedad en los conflictos violentos entre grandes terratenientes, pequeños propietarios y colonos.

– Evidenciar la corrupción en todo lo relacionado con los subsidios de tierras, adjudicaciones, proyectos productivos, etc. Es importante la transparencia en los proyectos de reforma agraria que busquen proteger y fortalecer al campesino, a los arrendatarios, aparceros, desplazados y jornaleros, y no a los latifundistas y grandes empresarios²⁰.

2. OBJETIVOS

– Apoyar la elaboración del duelo de las víctimas conocidas y de las que nunca quisieron denunciar.

18 ATI QUIGUA, concejal indígena, rescata la importancia de la madre naturaleza, del agua que tiene vida propia: los ríos tienen memoria, tarde o temprano vuelven a su cauce natural. “Colombia 2030. Vista por sus protagonistas” junio de 2009, disponible en [http://www.kas.de/wf/doc/kas_16633-1522-1-30.pdf?090622105646], consultada el 2 de febrero de 2011.

19 Las violaciones a los DDHH “generalmente subestimadas o invisibilizadas en sus impactos, amenazan no sólo el patrimonio histórico, cultural y mítico de los pueblos, sino su propia supervivencia como comunidades étnicas”. Por ejemplo un indígena arhuaco de Nabusimake (estudiante de la Universidad) entiende el concepto de territorio como la esencia de la naturaleza, teniendo en cuenta su integralidad. El ser y el saber del territorio son la energía que genera y ese territorio es el mismo de sus ancestros: es el ombligo del mundo. El bautizo en su cultura consiste en la unión de la persona con el territorio, por lo que al ser desplazada pierde esa unión. El arhuaco no entiende el desarrollo cuando los impactos ecológicos y culturales son destructivos. La imposición de megaproyectos afecta sus cerros protectores, su territorio, y deconstruye los saberes ancestrales. El representante legal de los pueblos indígenas del Chocó, el embera JORGE LUIS QUERAGAMA, afirmó: “Para nosotros, la destrucción de la naturaleza es la muerte de la misma madre naturaleza”.

20 Según UPRIMNY R. (*El Espectador*, 9 de junio de 2009) “... este despojo masivo ha agravado la iniquidad de la estructura agraria. Antes del desplazamiento de las últimas décadas Colombia ya tenía una concentración extrema de la propiedad agraria. En 1984 los grandes propietarios, que eran sólo el 5% del total, tenían el 33% de la tierra, mientras que los pequeños propietarios, que eran el 85% de todos los propietarios, ocupaban el 15% de la superficie agropecuaria. En 2003, después del desplazamiento y del despojo ocurrido hasta ese momento, la concentración aumentó significativamente. En ese año los grandes propietarios tenían ya el 63% de la tierra mientras los pequeños propietarios habían visto reducida su participación al 9%”.

– Obtener verdad, justicia y reparación de todas las víctimas como sujetos de derecho. La reparación se desarrollará en el punto de las metas de la CVDF. Para los pueblos indígenas es importante materializar la autodeterminación en el sentido de permitirles manejar sus destinos y repararlos frente a todos los efectos nefastos de la colonización creando instituciones que den vida a su autonomía (ANAYA, 2055)²¹.

– Identificar los obstáculos a la(s) verdad(es) judicial(es) frente a los hechos ya caracterizados y que llevaron a una re-victimización de las víctimas. Tener en cuenta que Colombia es un país multicultural y las construcciones se deben hacer con base en las diferentes culturas y contextos.

– Determinar el impacto²² de las violaciones en el conjunto de la sociedad (política y civil) y el accionar de la población. REICHEL lo percibe como la dinamización de la sociedad civil activa, que reclama al gobierno y a las instituciones del Estado más transparencia frente a los impactos y asunción de responsabilidades. Cuando las violaciones se han realizado a la sombra, evitando que los hechos sean conocidos y procurando no dejar huella, la democracia exige un esclarecimiento de lo sucedido.

– Responder a las aspiraciones de la ciudadanía y cambiar las prácticas de la sociedad civil “desde abajo”, así como las expectativas y comportamientos de los grupos de poder. Recordemos que las políticas de la memoria han dado poder a muchos sectores antes marginados.

– Identificar casos paradigmáticos de violación del DIH indicando los actores, reconociendo los hechos y solicitando destituciones, si hubiere lugar a ello.

– A través de los testimonios de las víctimas²³ se lograrían detalles de los casos paradigmáticos para reivindicar la humanidad de los seres afectados.

21 Según ANAYA la autodeterminación sustantiva requiere dos elementos normativos: en primer lugar, el aspecto constitutivo es la autodeterminación que requiere de un diseño institucional de las instituciones de gobierno que refleje sustancialmente el resultado de procesos guiados por la voluntad del pueblo o los pueblos gobernados. En segundo lugar, en lo que puede denominarse su aspecto continuado, la autodeterminación exige que el diseño de las instituciones políticas, independientemente de los procesos que lleven a su creación o transformación, permita a la gente vivir y desarrollarse libremente de forma permanente” (pp. 151-152)

22 En la masacre de Bahía Portete (Guajira) se rescata la importancia del acervo cultural de la propia comunidad afectada. “Las manifestaciones del mundo wayuu sobre la vida, la muerte y la guerra se rompieron con la magnitud y la manifestación de lo sucedido” (CNRR, 2010).

23 En el artículo de SIEDER “Políticas de guerra, paz y memoria en América Central”, RACHEL dice que “las víctimas, al tener la oportunidad de dar testimonio y de conmemorar la muerte de sus deudos, han fortalecido la percepción de sí mismas como individuos y comunidades sujetos de derechos” (p. 284).

– Resaltar el alto porcentaje de la cifra oscura (“no denunció”) del delito de desplazamiento: estudiar el por qué del no denunció y los resultados cuando se denuncia (satisfacción de las necesidades de las víctimas).

– Garantizar²⁴ la vida y la seguridad de las personas que conocen de los hechos y los actores del desplazamiento en las diferentes regiones. Lo que se aprecia es que frente a lo poco que se denuncia la impunidad es alta y la justicia no aclara el panorama²⁵.

– Visualizar la realidad de las poblaciones afectadas y resaltar la dinámica de la expulsión que “facilitan el control territorial, la apropiación de activos y el debilitamiento²⁶ de las redes sociales, obligando a la población a buscar refugio en otros municipios”.

– Buscar entendimiento, perdón y reconciliación.

– Documentar ante las autoridades nacionales, y ante la CIDH, el alto grado de impunidad, corrupción y deficiencias institucionales.

3. LOS ACTORES

– Recalcar la importancia del fortalecimiento del Estado y de la sociedad civil. Insistir en un Estado con obligaciones *erga omnes* de protección, de todas las personas bajo su jurisdicción, obligación ésta que crece en importancia en una situación de conflicto armado.

– Contar con la participación de las víctimas, líderes dentro de la población civil con el fin de identificar los roles que jugaban en la colectividad (CNRR, 2009). Se podría conocer por parte del Estado, por la sociedad y por los grupos en conflicto, los hechos y los estigmas relacionados con el conflicto armado.

24 En agosto de 2009 *El Espectador* destacó la cascada de amenazas contra la Corte Suprema, funcionarios judiciales y algunos congresistas que buscaban la materialización de los derechos de las víctimas y el esclarecimiento de la verdad histórica de las violencias en Colombia.

25 La comunidad indígena del Alto Naya, víctima de masacre y desplazamientos, declaran ser burlados por la justicia y advierten una gran preocupación sobre los funcionarios que promueven la impunidad y buscan ocultar la verdad [<http://www.onic.org.co/actualidad.shtml?x=36341>].

26 Corte Constitucional. Auto 004 de 2009. *Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado*. Se destaca el peligro de extinción de diferentes pueblos indígenas (30) y la permanente omisión y acción en contra de estas culturas ancestrales. Mujeres y niños, comunidades indígenas y afro descendientes están al vaivén en los sitios de recepción y en un estado de abandono total. Es lo que se conoce como la reivindicación de las memorias diferenciales. Cada uno vive de una manera diferente la victimización e inclusive la resistencia a las violencias. Tal como lo decía una indígena wayuu las carreteras afectan a las poblaciones y en sus planes de vida y en la integridad personal. Esto crea desplazamientos, y es “matarse a sí mismo” (suicidios). Lo anterior con participación y consulta de las comunidades afectadas, tal como se hizo en la comisión de la verdad de África.

“La coexistencia social y geográfica de grupos irregulares con la población de cualquier localidad ha servido a menudo de pretexto para enarbolar la criminalizante fórmula de ‘los guerrilleros de civil’” (CNRR, 2009). Recordemos que el Alto Comisionado de DH de la ONU resalta la falta de apoyo proactivo a las víctimas. Los Principios Rectores sobre DF invitan a la prevención y erradicación de un patrón concreto que devuelva la dignidad de las personas y promueva un entorno de derechos humanos.

– Luchar por la materialización de las resoluciones de la CIDH, específicamente sobre las medidas provisionales solicitadas²⁷.

– Contar con las confesiones y versiones de los victimarios directos y de las complicidades de sectores sociales e institucionales (CNRR, 2009). Para entender los hechos y contextos es fundamental conocer los protagonistas, sus cálculos, estructuras organizativas e intereses (CNRR, 2010)

– Conocer el papel de las organizaciones locales²⁸ de defensa de los derechos humanos²⁹ en el establecimiento de la verdad y de la justicia y en la constatación de las fallas estructurales de la política pública para el DF³⁰.

– Observar el papel de las organizaciones internacionales que podrían fortalecer a los grupos locales. Es importante que se termine el debate sobre el tema de indicadores (ACNUR, 2005) y se consolide la política de atención a los desplazados de manera tal que pueda levantarse el estado de cosas inconstitucional³¹.

27 Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de julio de 2004, Caso Pueblo Kankuamo de Colombia, y la Resolución sobre medidas provisionales dictadas en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, el 24 de noviembre de 2000. Esta última resolución es fundamental, ya que extendió por primera vez el beneficio de las medidas a los integrantes de un grupo de personas sujetas a un mismo riesgo, no individualizadas, pero identificables a la luz de ciertos datos objetivos que permiten precisar su identidad.

28 En Guatemala, la iglesia católica, las organizaciones locales de DDHH y la ONU fueron esenciales para que se estableciera el mandato de constituir una comisión de la verdad oficial. En Colombia existen organizaciones locales y nacionales con el fin de esclarecer la dinámica del conflicto y la incidencia en la población civil. La CODHES, la CCJ y el Colectivo AR han insistido en las fallas estructurales de la política pública frente al DF.

29 Los Nukak Maku sufren la tragedia del desplazamiento y no hay conciencia ni voluntad política del gobierno para llamar la atención sobre lo que está ocurriendo, sin contar con la gran incapacidad del Estado colombiano para proteger a los pueblos indígenas en medio del conflicto armado; consultar [<http://www.cmi.com.co/?ir=noticia¬a=36301&seccion=8>].

30 La organización Orewa ha denunciado acciones violatorias del DDHH del pueblo indígena chocono por parte de miembros del ejército [<http://www.onic.org.co/nuevo/comunicados.shtml?x=34735>].

31 En 2005 nacieron los Principios Pinheiro que representan los estándares consolidados sobre los derechos de restitución de vivienda, tierra y propiedad de los desplazados.

4. DINÁMICA

– Evidenciar cómo las diferencias ideológicas, políticas y de poder económico, pueden llevar a las sociedades a aniquilarse. Se deben tener en cuenta las experiencias internacionales (Chile, Argentina, Perú, etc.).

– Conocer el equilibrio de fuerzas en la etapa de transición. Se producen transiciones negociadas cuando existe un cierto equilibrio entre las fuerzas de oposición y las del régimen³². Evitar las parcializaciones y polarizaciones del tema. Por eso es necesario combinar los intentos oficiales y no oficiales de enfrentarse a un legado de violaciones de los derechos humanos en la lucha por la democratización.

– Tal como ya dijimos, la CVDF debe estar integrada por la sociedad civil, ser independiente y facilitar el acceso a la información y difusión del informe final. Le corresponde: a. Recoger las denuncias sobre la violación a los derechos humanos y el DIH; b. Investigar (seria, real y efectivamente) las denuncias por todos los medios al alcance, y c. Elaborar un informe de verdad y justicia en el que se sistematicen la información, las denuncias y las investigaciones realizadas, así como sus antecedentes, conclusiones y recomendaciones para un plazo determinado.

– Tener en cuenta un enfoque diferenciador con respecto a las poblaciones desplazadas (indígenas, afro colombianos, entre otros) logrando así su participación efectiva, y la protección de sus territorios sagrados³³ y del medio ambiente que los rodea.

– Hacer seguimiento al cumplimiento de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y los planes de salvaguarda de las diferentes poblaciones afectadas por el desplazamiento, por ejemplo, el Plan de salvaguarda de las comunidades indígenas.

32 ALEXANDRA BARAHONA DE BRITO, PALOMA AGUILAR FERNÁNDEZ y CARMEN GONZÁLEZ ENRÍQUEZ. “Conclusiones”, en *Políticas hacia el pasado*, Madrid, Istmo, 2002, pp. 435-450.

33 El Auto 004 de 2009 de la CC sobre pueblos indígenas desplazados muestra cómo el conflicto los está afectando colocándolos al borde de la extinción. Por esta razón es muy importante estimular la participación social en la labor de la memoria teniendo en cuenta la diversidad cultural de nuestras comunidades. El auto expone: a. Las confrontaciones que se dan en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrar activamente a las comunidades indígenas o a sus miembros, pero afectándolos directamente; b. Los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas, y a sus miembros individuales en el conflicto armado; c. Los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan los territorios tradicionales y las culturas indígenas, y d. Los procesos socioeconómicos que, sin tener relación directa con el conflicto armado, resultan exacerbados o intensificados por causa de la guerra.

5. METAS

– Divulgar y apropiar lo vivido por las diferentes víctimas. La sociedad no debe ser cómplice y permanecer callada frente a estos fenómenos.

La sociedad que produce al torturador o que permite el despliegue de su voluntad de destrucción tiene que interrogarse sobre los mecanismos, las prácticas y los discursos que han hecho posibles, e incluso a menudo justificables para algunos, los niveles de atrocidad que se revelan en el Informe de El Salado, si es que de verdad se quieren crear fronteras éticas y políticas definitivas para un “nunca más” (CNRR, 2009).

– Hacer una socialización seria sobre los diferentes casos de DF especificando las diversas regiones, a través de los medios de comunicación “alternativos” e imparciales, a fin de desestigmatizar las poblaciones desplazadas y empoderarlas integralmente. Es importante que las historias no queden relegadas a esferas privadas y; se deben implementar programas en beneficio de los individuos o comunidades más afectados, teniendo en cuenta las indicaciones de la IJIT, y con el fin de honrar las víctimas, educar a la ciudadanía, ser consientes del drama humanitario y que no se repitan las causas del desplazamiento. Las CV han privilegiado las voces, testimonios, historias orales o los relatos de las víctimas. La forma más visible en que las comisiones de la verdad pueden escuchar a las víctimas es mediante audiencias públicas.

– Consolidar prácticas conmemorativas. Liberación de estigmas y re-victimizaciones en aras de recuperar la dignidad (CNRR, 2009).

– Empoderar a las víctimas individuales y colectivas; integrarlas y no desagregarlas; organizarlas a fin de afianzar el pasado y reivindicarse con el futuro; aceptar las iniciativas ciudadanas

– Retornar en vida ya sea en el mismo territorio o en otro. El informe debe exigir la garantía de retorno o reubicación de las personas (“víctimas”) y tomar las acciones y medidas que lo garanticen poniendo en marcha planes de empleo, educación y salud.

– Tener muy presente que el delito de desplazamiento forzado interno vulnera el DIH³⁴, y que debe ser investigado y esclarecido autónomamente, y no como un hecho marginal y accesorio. En Colombia tenemos el caso emblemático de

34 Evento de agosto de 2009 en la Universidad Externado de Colombia organizado por el CICR sobre la pertinencia de los Convenios de Ginebra: se habló de los desafíos actuales por la negación del DIH por las partes en conflicto. Ni los Estados ni las partes entienden que están obligados por este Derecho. Es pertinente para preservar la vida y la dignidad y fundamentalmente la libertad de movimiento y la necesidad de preservar la unidad familiar.

la Masacre de Trujillo. Como resultado del acuerdo entre la CIDH y el Estado, surgió la Comisión de Investigación de los Sucesos Violentos de Trujillo (CNRR, 2008). Dentro de los sucesos violentos no aparece explícitamente el DF; aparece marginalmente junto a algunos hechos conexos³⁵: en el capítulo sobre la violencia se habla del miedo y del terror generados después de las masacres y cómo la población es victimizada y desplazada³⁶. En cambio, en el informe de la Masacre de El Salado existe un trabajo profundo sobre la memoria de los desplazados, de las víctimas y hasta de los victimarios. Se busca dignificar a las víctimas y evidenciar las atrocidades de los victimarios; mostrar cómo el silencio es un factor de la memoria y también que la construcción de memoria de un desplazado es compleja por su propia movilidad³⁷.

– Es importante promover un cambio institucional que entienda la dimensión del delito de DF: a. Reestructurar el Ministerio de Agricultura; b. Actualizar la información sobre los predios; c. Identificar los obstáculos institucionales, normativos y fácticos; d. Crear un sistema de justicia eficaz, imparcial, independiente, íntegro y correcto³⁸, disponiendo los recursos institucionales,

35 Frente al impacto social de las masacres y el desplazamiento, a nivel personal y económico, se muestra la afectación del tejido social: “Las dificultades que lleva consigo la recomposición de las redes sociales por la inercia del terror se ve agravada por los riesgos de disolución social que ocasiona el desplazamiento forzado masivo”. Y en lo relacionado con el número de la población y la calidad de vida dice lo siguiente. “La población disminuyó, fue mucho el desplazamiento que hubo en ese tiempo durante la masacre. Trujillo presentaba una población aproximada de 21.000 personas, y después de la masacre, un nuevo censo arrojó como resultado que Trujillo tiene 18.000 habitantes [...] Por una parte, hubo mucho desplazamiento forzado y, por otra, hubo un estancamiento, pues para nadie es un secreto que para una comunidad que ha sido afectada por una masacre, reponerse, pararse de las cenizas, empezar nuevamente a construir, a resarcir esos vínculos afectivos, reconocerse como que están en un territorio y en una sociedad donde tienen que superarse, tienen que conseguir el sustento, en medio de una guerra que no era la nuestra, que no era provocada por nosotros mismos, pues lógicamente se hace más difícil” (TRUJILLO, 2008).

36 “El silencio fue impuesto a las comunidades impidiendo en un primer momento la denuncia y el duelo. Muchas de las víctimas se desplazaron forzosamente de sus tierras o incluso tuvieron que solicitar asilo en otros países”. Con relación a los desplazamientos registrados luego de las desapariciones forzadas de la Sonora, en un diario local se afirma: “Los campesinos de la Sonora y Betulia se encuentran totalmente desconcertados y es así como la gran mayoría ha optado por abandonar sus viviendas. De cerca de cuarenta familias de estas regiones, solamente quedan seis, pues las otras han preferido trasladarse a Trujillo mientras la zozobra pasa” (Informe Trujillo, 2008).

37 “... la población desapareció con el desplazamiento forzado y nunca retornó; son memorias errantes que se han suprimido, porque se han perdido en la invisibilización del desplazamiento forzado masivo, y en tanto poblaciones pequeñas, la probabilidad de identificarlas en los focos de recepción del DF disminuyen” (Informe Trujillo, 2008).

38 Principios de Bangalore sobre la conducta judicial 2002. Es dable rescatar el principio base que es el de independencia el cual reza: “La independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia el juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como colectivocolectivos”.

humanos y financieros necesarios para llevar a cabo políticas de investigación, purga y justicia retrospectiva, y poder comprender los hechos, contextos, actores y lógicamente la reparación o la impunidad; implementar una justicia garantista de verdad (memoria), de perdón, de reconocimiento de la responsabilidad y no de negación³⁹; e. Consolidar una defensoría pública, activa y garantizadora de los derechos de la población desplazada (víctimas) en las diferentes regiones del país, pues cada región tiene dinámicas y actores diferentes; garantizarles a las víctimas la presunción de inocencia, el derecho a la alimentación y a la salud, a la libertad, a la vivienda, a la autonomía, a la identidad y al territorio⁴⁰.

– Materializar el derecho a la restitución de bienes en una amplia política de reparación; o sea, instaurar no sólo una justicia restitutiva–restaurativa sino también punitiva.

– Tener en cuenta que todo daño se repara, o se buscan los mecanismos de justicia restaurativa, con base en las necesidades de las víctimas. Frente a la reparación (CIDH) la CIJP ha manifestado que respecto de algunas acciones a favor de la población desplazada, la Asociación de Familiares de Víctimas de Trujillo –AFAVIT– denuncia cómo Justicia y Paz desconoce la existencia de acciones y medidas específicas para garantizar el retorno o reubicación de las personas que fueron objeto de desplazamiento forzado, así como el cumplimiento de lo relacionado con los planes de empleo y educación gratuita para los mismos. Es necesario restaurar los lazos sociales a través del reconocimiento de los daños, pero siempre con ciudadanos empoderados en su plan de vida.

– La reparación⁴¹ debe ser integral de acuerdo a los derechos de las víctimas y conforme a los estándares internacionales, para lo cual se deben tener en cuenta los daños morales (proyecto de vida y expectativas personales, alteraciones de las condiciones de existencia y perjuicios fisiológicos y culturales), materiales (patrimonio familiar) y sociales.

39 La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en diciembre de 2009, objetó la extradición hacia Estados Unidos del ex paramilitar CHAPARRO. Por primera vez, en este caso se hace explícito que los delitos de lesa humanidad cometidos en el territorio colombiano priman sobre los intereses estadounidenses en su batalla contra el narcotráfico. “La entidad de las masacres, secuestros, desapariciones forzadas y desplazamientos forzados, entre otros delitos graves, imprime prevalencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a la extradición (Corte Suprema de Justicia, 2009).

40 En relación con la protección de los pueblos indígenas y su territorio es importante tener en cuenta el Auto 251 de 2007 de la Corte Constitucional, en el cual se corre traslado de documentos respecto de la atención y protección de los pueblos indígenas en situación o riesgo de desplazamiento.

41 Con referencia a la reparación, la Cruz Roja Internacional dice que es importante tener en cuenta las reparaciones colectivas y las medidas simbólicas a través de las cuales se buscaría reparar a grandes grupos de población; en este sentido es fundamental la participación local, regional y del Estado (CICR, 2011).

– Dentro de la reparación simbólica, existen diferentes posibilidades: a. Elaborar distintos símbolos sobre la tragedia del DF (galerías de fotos, conversatorios, expresiones artísticas, etc.); b. Redactar memoriales públicos dinámicos, creativos y constructivos que se puedan utilizar en procesos judiciales. Apoyar las solicitudes de compensación y de sanciones legales contra los responsables; c. Proponer soluciones en lo relacionado con las reparaciones para acabar con la burocratización encontrada en muchas reconstrucciones de masacres (CNRR, 2008), y d. Pensar en otras alternativas de reparación cuando no sean viables las anteriores. Los proyectos de vida no pueden esperar indefinidamente.

RECOMENDACIONES

– Es importante reconocer la problemática y la relación histórica del despojo de tierras y el desplazamiento forzado. Para contrarrestar la victimización de diferentes poblaciones (p. ej., pueblos indígenas) es imprescindible encontrar las vías para esclarecer los hechos y lograr una memoria histórica. La propuesta, entonces, es crear una Comisión de la Verdad sobre el desplazamiento forzado en Colombia con el fin de llegar a conocer todas las variables nacionales y regionales de este delito que vulnera el Derecho Internacional Humanitario.

– Al identificar la problemática, debemos preguntarnos el por qué de la falta de voluntad política y económica para materializar el acceso a la justicia, garantizar la verdad y la no repetición de estos hechos.

– En el caso de los pueblos indígenas, debe ser prioritario que las políticas públicas de reparación hagan énfasis en el significado de las colectividades y sus derechos culturales.

– Para que tenga realidad una Comisión de la Verdad sobre el desplazamiento debe tenerse en cuenta el referente histórico de exclusión y despojo de las tierras, los objetivos y metas, los participantes y una dinámica de inclusión y respeto por la dignidad de las víctimas de ese delito contra el DIH.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUR. “Balance de la política pública de prevención, protección y atención al desplazamiento forzado en Colombia, agosto 2002-agosto 2004”, disponible en [http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=3109], consulta el 2 de diciembre de 2010.

ANAYA, A. J. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.

BARTOLOMÉ, C. “Justicia anamnética y violencia amnésica”, en A. ARNAUD, F. BARIFFI, C. BARTOLOMÉ, M. L. CALLE, M. D. CASTILLO y V. CHAMPEIL DES PLATES. “*Derechos Hu-*

- manos y violencia: gobierno y gobernanza*". *Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CIPC. *Política Pública de justicia para las víctimas de desplazamiento forzado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CNRR. *Trujillo: una gran tragedia que no cesa*, Bogotá, Planeta, 2008.
- CNRR. *La masacre de El Salado: esa guerra no era nuestra*, Bogotá, Taurus, 2009.
- CNRR. *La masacre de Bahía Portete: mujeres wayúu en la mira*, Bogotá, Taurus, 2010.
- GUTIÉRREZ Q, M. "Dificultades de las víctimas de desplazamiento forzado interno para acceder a la justicia: población indígena", en A.-J. ARNAUD, F. BARIFFI, C. BARTOLOMÉ, M. L. CALLE, M. D. CASTILLO y V. CHAMPEIL DES PLATES. *"Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza"*. *Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- GUTIÉRREZ Q, M. "Políticas públicas y globalización económica: desplazamiento forzado", en P. ACOSTA, A. J. ARNAUD, C. BARTOLOMÉ, J. BUITRAGO, E. CORTÉS y J. DORNELLES. *"Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza"*. *El desplazamiento forzado interno en Colombia un desafío a los derechos humanos*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- IBÁÑEZ LONDOÑO, A. M. *El desplazamiento forzoso en Colombia un camino sin retorno hacia la pobreza*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009.
- LEVI, P. *Trilogía de Auschwitz*, Barcelona, El Aleph, 2005.
- RODRÍGUEZ, C. *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Estudios CIJUS, 2010.
- SÁBATO, E. *Nunca más. Informe de la Comisión Nacional sobre desaparición de personas*, Buenos Aires, Eudeba, 1984.
- SALMON G., E. R. "Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional", *International Review of the Red Cross*, 2006.
- SEN, A. *Desarrollo y libertad*, Bogotá, Planeta, 2009.
- SIEDER, R. "Políticas de guerra, paz y memoria en América Central", en A. F. BARAHONA y ALEXANDRA DE BRITO. *Políticas hacia el pasado*, Madrid, Istmo, 2002.

UMAÑA LUNA, E. *Violencia en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1980.

WATCH., H. R. *Informe sobre Colombia*, Londres, 2010, disponible en [<http://www.docstoc.com/docs/23273167/Human-Rights-Watch-Informe-Colombia-2010>].

REFERENCIAS JURÍDICAS

Corte Constitucional de Colombia. Auto 004 del 26 de enero de 2009, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de la República de Colombia, 5 de julio de 2004, Caso Pueblo Kankuamo, M. ANTONIO AUGUSTO CAÑADO TRINDADE.

Corte Constitucional. Auto 251 del 24 de septiembre de 2007, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa

REFERENCIAS

CICR. (2003). *Reparaciones por violaciones del Derecho Internacional Humanitario*, disponible en [<http://www.icrc.org/web/spa/sitespao.nsf/htmlall/5w3lmm?opendocument>], consultada el 2 de febrero de 2011.

Corte Suprema de Justicia (2009). *Conceptos de libertad y justicia*, AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, disponible en [[http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/REVISTA%20No.%2027\[1\].pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/REVISTA%20No.%2027[1].pdf)], consultada el 20 de marzo de 2011.

Universidad de México UNAM (2011). *Principios de Bangalore sobre la conducta judicial 2002*, disponible en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/63/pr26.pdf>], consultada el el 20 de febrero de 2011.

BIBIANA XIMENA SARMIENTO ÁLVAREZ

*Análisis del goce efectivo del derecho a la justicia
de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito de
desplazamiento forzado (II Parte)*

Si bien tanto los adultos como los niños necesitan instituciones nacionales independientes para proteger sus derechos humanos, existen motivos adicionales para velar por que se preste especial atención al ejercicio de los derechos humanos de los niños. Estos motivos comprenden el hecho de que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a violaciones de los derechos humanos; rara vez se tienen en cuenta sus opiniones; la mayoría de los niños no tienen voto y no pueden asumir un papel significativo en el proceso político que determina la respuesta de los gobiernos ante el tema de los derechos humanos; los niños tropiezan con dificultades considerables para recurrir al sistema judicial a fin de que se protejan sus derechos o pedir reparación por las violaciones de sus derechos; y el acceso de los niños a las organizaciones que pueden proteger sus derechos en general es limitado¹.

Resumen. Una vez analizado el marco normativo que justifica la política pública de protección del derecho a la justicia de la infancia y la adolescencia desplazada, y verificado cómo en la práctica no se está cumpliendo con la obligación prevalente y especial de investigar, juzgar y castigar el desplazamiento forzado cometido en perjuicio de personas menores de 18 años², corresponde ahora establecer cuáles son las principales causas de dicho incumplimiento, así como las fortalezas existentes que se convierten en facilitadores del goce efectivo del derecho a la justicia de los niños y las niñas en situación de desplazamiento. Para ello, el presente artículo, tercero de una serie de informes, recoge las entrevistas realizadas a expertos, funcionarios de Organizaciones No Gubernamentales –ONG– y de un órgano de control.

Palabras clave. Niñez víctima del delito de desplazamiento forzado, derecho a la justicia, obstáculos y fortalezas del goce efectivo del derecho a la justicia, garantía de los Derechos Humanos de las víctimas, ONG, desplazamiento forzado.

INTRODUCCIÓN

Frente a la constatación de la no garantía del derecho prevalente a la justicia de los niños y las niñas³ víctimas del delito de desplazamiento forzado cometido en el marco del conflicto armado, que desconoce no sólo las garantías constitucionales

1 Comité de los Derechos del Niño, 2002, p. 5.

2 En dos artículos precedentes: 1. B. X. SARMIENTO. “Consideraciones previas a un análisis detallado del estado de realización efectiva del derecho a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas del delito de desplazamiento forzado”, en A. ARNAUD, F. BARIFFI, C. BARTOLOMÉ, J. BUITRAGO, M. CALLE, M. CASTILLO et al. *Las políticas públicas frente a las violaciones de los Derechos Humanos*, Cátedra Unesco Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; y 2. B. X. SARMIENTO. “Análisis del goce efectivo del derecho a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito de desplazamiento forzado, I.^a parte”, en A. ARNAUD et al. *Las políticas públicas frente a las violaciones de los Derechos Humanos*, cit.

3 La expresión: “los niños y las niñas” será reemplazada en el presente escrito por: “niños, niñas y adolescentes”, “bebés, niños, niñas y adolescentes”, “infancia y adolescencia” o, simplemente, “niñez”, para hacer siempre referencia a los sujetos de especial protección constitucional de edad comprendida entre 0 y 18 años.

de protección de los derechos de las víctimas sino también la protección especial que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce a la infancia y la adolescencia, surgieron los siguientes interrogantes: ¿cuáles son los obstáculos que les impide el goce efectivo del derecho a la justicia? y ¿cuáles las fortalezas que existen y favorecerían dicho acceso?

Para dar respuesta a estos interrogantes se propuso indagar sobre lo que ocurre verdaderamente con la ineficacia del postulado de “prevalencia del derecho a la justicia de la niñez” empleando una herramienta que permitiera comprender, desde la perspectiva de quienes participan y analizan dicho fenómeno, los obstáculos y las fortalezas de la materialización efectiva de este derecho.

De manera que, retomando, además, la afirmación del Profesor LUIS VILLAR BORDA (PETEV, 1996: 12) según la cual “el marco de todo conocimiento es la realidad social”, se optó por una postura cualitativa que indagara sobre el *por qué* y no sobre el *cómo* del fenómeno (BONILLA y RODRÍGUEZ, 1997: 70) de la impunidad del delito de desplazamiento forzado de niños y niñas. Y fue precisamente a través de “entrevistas cualitativas”⁴ que se pudo dar respuesta a las preguntas planteadas; de cara también al vacío bibliográfico que existe en la materia.

Las entrevistas se realizaron a sujetos partícipes y/o conocedores de la realidad de los Derechos Humanos, de los derechos de las víctimas, de la protección de la infancia y del desplazamiento forzado⁵, quienes, desde Organizaciones No Gubernamentales –ONG–, nacionales e internacionales, y desde un órgano de control, velaban entonces por la garantía de los Derechos Humanos de las víctimas, de la infancia y de las personas en situación de desplazamiento forzado de nuestro país⁶.

4 Cfr. B. X. SARMIENTO. “La entrevista cualitativa: elementos introductorios para su aplicación en investigaciones socio-jurídicas”, en AA.VV. *Estrategias metodológicas en la investigación socio-jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (en prensa).

5 Se trató de entrevistas individuales realizadas en las oficinas de los entrevistados durante el mes de octubre de 2007, registradas a través de grabación de audio y transcritas por la autora.

6 A estas personas –FANNY URIBE IDÁRRAGA (Gerente Programa de niños y niñas en condición de desplazamiento de la Organización Plan, Oficina de País Colombia), MARGARITA MARTÍNEZ A. (Coordinadora de proyectos de la Fundación Antonio Restrepo Barco), JUAN MANUEL BUSTILLO (Investigador sobre Desplazamiento Interno de la Comisión Colombiana de Juristas), PATRICIA LINARES PRIETO (Procuradora Delegada para la Prevención en materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos) y ZHEGER HAY HARB (Coordinadora de Atención al Desplazamiento Forzado de la Procuraduría General de la Nación)– mi más sentido agradecimiento y reconocimiento por el valioso aporte que hicieron al presente estudio. Así mismo, se aclara que las respuestas que surgieron de las entrevistas realizadas fueron dadas a título personal y no corresponden, necesariamente, a la posición de la institución de la cual hacían parte, en ese momento, los entrevistados.

Es así como a continuación se presentan los resultados de dicha indagación –enriquecidos con los extractos de las entrevistas– divididos en tres capítulos: el primero dedicado a las *reflexiones generales* que se desprenden de los resultados de las entrevistas, vistas como un todo y de cara a la problemática estudiada; el segundo destinado a los *obstáculos* que impiden que las personas menores de 18 años vean realizado su derecho a la justicia después de ser víctimas de un delito de lesa humanidad; y, finalmente, el tercero que contiene las *fortalezas* que se cree existen y, además, facilitarían eventualmente el acceso a la justicia a dichos sujetos.

¿CÓMO SE PERCIBE EL PROBLEMA DE LA IMPUNIDAD
DEL DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO COMETIDO
EN PERJUICIO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS?
OBSERVACIONES GENERALES

Uno de los resultados más importante de las entrevistas realizadas⁷ a *adultos-observadores privilegiados* tiene que ver con su conocimiento del contenido y alcance del derecho a la justicia de la infancia víctima de desplazamiento forzado, la reacción que generó el tema y la dimensión dada a la infancia y a ese derecho.

Para empezar, vale la pena resaltar, de manera muy positiva, el interés en la cuestión planteada, constatado en estos miembros de organizaciones sociales nacionales e internacionales y de un órgano de control y, especialmente, el reconocimiento de su importancia y de la trascendencia de las cuestiones relativas a la situación de la infancia en Colombia, en general.

Sí, estamos en muchas organizaciones muy preocupados por el tema de la justicia para los niños y las niñas, eh, eh, y el tema de la reparación para los niños y las niñas, ¿cómo reparamos un niño y una niña?, ¿cuáles son las pérdidas materiales e inmateriales para un niño o una niña o un joven? puede ser la muñeca que perdió, era el vínculo afectivo que tenía; ¿cómo reparamos el daño emocional tan grande que se le hace a los niños y a las niñas? (extracto de entrevista).

De la misma manera, todos coincidieron en reconocer y reiterar la titularidad del derecho a la justicia de parte de los niños y las niñas, así como su capacidad para poner en conocimiento de la justicia el delito del que fueron víctimas, siempre que se les garanticen unas condiciones mínimas y de acuerdo al momento evolutivo en el que se encuentren.

7 Empleadas como instrumentos de comprensión de la realidad social que nos ocupa.

Estos dos aspectos se resaltan muy especialmente ya que se parte de la convicción según la cual la contradicción fáctica entre reconocimiento de todos los derechos para la infancia, prevalencia de los mismos⁸, de un lado, y no realización efectiva de estos derechos, de otro, encuentra justificación en la vieja doctrina de la *situación irregular*⁹ que “vincula indisolublemente la oferta de ‘protección’ a la declaración previa de algún tipo de *incapacidad* [cursiva fuera de texto]” (GARCÍA, 1998: 58) y desconoce la condición de los niños y las niñas de “actores sociales relevantes”, utilizando la expresión de MARY BELOFF (en GARCÍA, 1998: 1).

De otra parte, se pudo constatar que en ocasiones se confunde el derecho de las víctimas de un delito a la justicia—derecho a que no haya impunidad— con temas afines como el derecho de acceso a la justicia, como herramienta de garantía de todos los derechos, o los otros derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación.

¿A la justicia en cuanto a la justicia en proceso, o a la justicia en cuanto a sus derechos, la realización de sus derechos? (extracto de entrevista).

Y con temas disímiles como el reclutamiento ilícito—que junto con el desplazamiento forzado son vulneración a la infancia en el marco del conflicto armado— y la responsabilidad penal de los adolescentes, históricamente llamada *justicia de menores*.

Otra observación está dirigida a resaltar las dificultades que a veces genera abordar el tema. Para algunos se trata de un concepto que requiere mucha elaboración “algo complejo” y difícil de entender, más aún para un niño y una niña.

“Eso es difícil”; “eso no es sencillo”; “como toda esa elaboración, no”. (extracto de entrevista).

Esta dificultad para hablar del derecho a la justicia de las víctimas de delitos graves a veces se justifica relacionándose con una toma de postura ideológica; fue así como hablar del tema llegó a ser considerado “algo comprometedor”.

8 “En efecto, según la Constitución de 1991, los niños y niñas son sujetos privilegiados y de especial protección. Según su artículo 44, los derechos de los niños y niñas son fundamentales, pues además de los mencionados en el citado artículo, por disposición del mismo, gozarán de los demás derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia, que forman parte del bloque de constitucionalidad. También se dispone, que los derechos de los niños y las niñas prevalecen sobre los derechos de los demás” (Corte Constitucional. Sentencia C-1003 de 2007).

9 Doctrina que se contrapone a la de la “protección integral”, adoptada por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por nuestra Constitución de 1991 y por el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

Yo no podría darte la respuesta porque sería bastante comprometedor. (extracto de entrevista).

Esta incomodidad también se ve reflejada en la imposibilidad de hacer críticas, de cuestionar; se encontró, por ejemplo, que en ocasiones el entrevistado optaba por recalcar los aspectos positivos, aun cuando esto implicaba no responder a la pregunta que indagaba por los obstáculos que debe enfrentar la niñez si quiere ver realizado su derecho a la justicia.

Otras observaciones que surgen del análisis del discurso de los entrevistados, muy relacionadas con lo apenas mencionado, tiene que ver, en ocasiones, con la minimización del tema o del alcance de las críticas que se pueden hacer frente al incumplimiento del Estado. Por ejemplo, ignorar algunos de los escenarios y las posibilidades existentes para garantizar el derecho a la justicia, sujetar la exigibilidad del mismo a cuestiones diversas o sustituir este derecho por otros; todo ello a través de posturas tales como:

– Desconocer la jurisdicción penal ordinaria¹⁰ y su deber de investigar las conductas penales cometidas por dentro y por fuera de conflicto armado: se limita la posibilidad de justicia a los procesos que se lleven a cabo en el marco de la Ley de Justicia y Paz¹¹. La cual solo se aplica a los desmovilizados en el marco de dicha ley.

10 Constitución Política de Colombia. Artículo 250. “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio...”.

Código Penal. Artículo 114. “*Atribuciones de la Fiscalía*. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación: 1. Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. 2. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. 3. Tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, cuando a ello hubiere lugar. 4. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas. 5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley. 6. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso. 7. Las demás que le atribuya el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

11 Ley de Justicia y Paz, Artículo 2.º. “*Ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa*. La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional. La interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en esta ley deberán realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados in-

Si lo vas a tomar estructuralmente tendrías que mirarlo de otra forma o lo ubicas en Justicia y Paz o lo ubicas en un pro... en un, en un periodo histórico.

En el marco de Justicia y Paz todavía no se puede hablar de acceso a la justicia para las víctimas, es prematuro ya que prácticamente el proceso penal no ha iniciado. (extracto de entrevista).

– Inventar justificaciones frente a la no garantía del derecho a la justicia, bien sea por la imprecisión en las cifras existentes sobre población en situación de desplazamiento: si no hay cifras precisas ¿cómo hacer justicia?

El tema, el tema de las cifras pues desafortunadamente cada cual está manejando una cifra no sólo diferente sino sustancialmente diferente ¿mm? (extracto de entrevista).

O bien sea por la ausencia de denuncia de parte de las víctimas: si las víctimas no denuncian, ¿cómo se hace justicia?

Te repito, estoy hablando en el marco de Justicia y Paz porque además yo no veo, no sé [se omite nombre] tú que digas, pero yo no veo reclamo o reivindicación de derechos en el ámbito penal, ni de los mayores ni muchísimo menos de los menores (extracto de entrevista).

– Sustituir el derecho a la justicia de las víctimas por los demás derechos y prestaciones que el Estado está llamado a garantizar: ¡no habrá justicia pero se garantizarán otros derechos!

Entonces realmente no podemos cómo parar o anclar el proceso de [ilegible], de justicia de los niños esperanzados en que vaya a haber una denuncia porque no la hay, entonces creo que hay que abordarlos más por el otro lado, por acceso a servicios, por fortalecimiento a estos derechos, por prevención y muchos elementos, más como de orden social y comunitario, porque yo no veo que la justicia... no digamos que el proceso realmente... yo soy muy pesimista como en eso pero creo que no, no (extracto de entrevista).

Las últimas consideraciones tienen que ver con la percepción acerca de la infancia y del conocimiento que los niños y las niñas tienen de sus derechos, en general, y del derecho a la justicia, en particular: algunos estiman que desconocen

ternacionales ratificados por Colombia. La incorporación de algunas disposiciones internacionales en la presente ley, no debe entenderse como la negación de otras normas internacionales que regulan esta misma materia. La reinscripción a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con amnistía, indulto o cualquier otro beneficio establecido en la Ley 782 de 2002, se regirá por lo dispuesto en dicha ley.

el carácter delictivo del desplazamiento así como su derecho a la justicia como víctimas de un delito.

Les pisotearon su dignidad. Que violaron su dignidad, son conscientes que es un hecho repudiable que no debería pasar, son conscientes que tienen derechos, no sé hasta dónde el que el desplazamiento es una delito y pueden acceder a la justicia.

Yo pienso que pues si son víctimas de la violencia, eso yo creo que sí, sí lo tienen como claro, adolescentes de pronto sí, claro los niños se resienten también mucho estos temas (extracto de entrevista).

No obstante, y esto apoyado en el vasto conocimiento que muchos de los entrevistados tienen de la infancia en situación de desplazamiento, reconocen que muchos niños y niñas son conscientes de ser víctimas de la violencia, se cuestionan frente a los hechos violentos y a las motivaciones de tal violencia y reconocen derechos tales como el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación y a la asistencia¹².

Al respecto se precisa que, aun cuando la percepción del adulto ajeno a la realidad es a veces distinta, algunos niños y niñas víctimas de desplazamiento tienen claridad de la ilegitimidad de las conductas delictivas de las que fueron víctimas y de la respuesta que se debería desprender, como reproche, por parte de la sociedad y del Estado.

No me parece justo que maten a la gente por eso. Nos quitaron la finca y nos echaron de allá porque a mi papá lo iban a matar (Marcos, 12 años)¹³.

Un muchacho de 14 años me dijo que yo podía meterme a la guerrilla y tener lo que siempre soñé. Siempre soñé ser guerrillero, o guerrero, peleador, luchador por la libertad, tener poder para que todo malo vaya a la cárcel y para dejar a toda la gente libre (Ernesto, 13 años)¹⁴.

Un desplazado es que a la gente la sacan a la fuerza de sus casas, ellos no tienen donde quedarse y se van, no sé para donde, a donde no corran peligro. Esa situación me parece injusta, no hay paz (Miguel, 11 años)¹⁵.

12 Recordemos la Primera Parte de este estudio (SARMIENTO, 2009) que ilustra, a través de las voces de niños y niñas en situación de desplazamiento, su comprensión de los derechos y del derecho a la justicia, específicamente.

13 BELLO, MANTILLA, MOSQUERA y CAMELO, 2000, p. 102.

14 *Ibid.*, p. 157.

15 *Ibid.*, p. 202.

Para entender esta situación vale la pena recordar que BELLO et al. (2000), en su estudio sobre los impactos del desplazamiento forzado en la niñez y la juventud, clasificaron en tres categorías las experiencias de esta infancia: han vivido y visto la guerra, han sido socializados para sobrevivir en la guerra, y han tenido pérdidas abruptas y significativas.

Esta vivencia puede “enriquecer” su lenguaje gracias a la reivindicación de derechos por parte de los adultos, especialmente de aquellos que hacen parte de organizaciones sociales, que “contagian”, consecuentemente, a la niñez cercana a éstos. Otra explicación del “conocimiento de los derechos” de parte de muchos niños en situación de desplazamiento fue justificada por algún entrevistado como una ganancia que deja la *urbe* a quienes llegan a ella, contraponiéndola al *pueblo* como espacio ajeno al discurso de los derechos.

¿CUÁLES SON LOS PRINCIPALES OBSTÁCULOS DEL GOCE EFECTIVO DEL DERECHO A LA JUSTICIA DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO?

Con el ánimo de responder al interrogante central de la investigación —¿cuáles son las barreras que impiden que se identifique, investigue, juzgue y sancione a los responsables de los desplazamientos forzados de niños y niñas en Colombia?— se preguntó a los entrevistados, convencidos de que su experiencia y conocimiento daría insumos suficientes para identificar dichos obstáculos.

No obstante que algunas de las respuestas y posiciones asumidas por nuestros entrevistados puedan ser controvertibles (Capítulo 1), fue de estas conversaciones dirigidas de donde surgieron las reflexiones necesarias que permitieron dar respuesta a la interrogación planteada.

Es así como a continuación se presentan los principales impedimentos a la realización efectiva del derecho a la justicia de la infancia víctima de desplazamiento en nuestro país, clasificados en categorías. Sin embargo, vale la pena aclarar que muchos de esos obstáculos bien podrían formar parte de una categoría distinta de la que se les ha asignado puesto que pueden estar interrelacionados y conectados con otros diferentes factores.

LA (IN)SEGURIDAD

Sin duda el temor fundado en razón de la seguridad o, mejor, de la inseguridad, es el principal factor identificado como barrera de acceso al derecho a la justicia de las víctimas de desplazamiento forzado. Todos los entrevistados coincidieron en señalar la grave situación de desprotección que viven las víctimas de despla-

miento forzado, en general, y los niños y las niñas, en particular. Desprotección que se materializó al permitir los graves hechos que generaron el desplazamiento, el desplazamiento mismo, y la desprotección frente a las amenazas a su vida y su seguridad personal, posteriores al desplazamiento, y muy ligadas a las reivindicaciones de derechos por parte de líderes u organizaciones de la población desplazada.

El aspecto, insisto, que influye muchísimo, pienso, es el tema de la seguridad, porque mucha gente que ha tratado de acceder a la justicia lo (*sic*) han eliminado o desaparecido, entonces, hay mucho temor en ese sentido.

Creo que nos faltan unas condiciones de seguridad y de garantía para que los niños y las niñas se animen, o sea, tenemos que tener más seguridad, eh, sobretudo también en los niveles locales regionales para que la gente se anime a denunciar (extracto de entrevista).

La inseguridad que afecta a la población en situación de desplazamiento está relacionada, según los entrevistados, con las constantes amenazas de las que son víctimas, con las muertes de líderes de población desplazada y con la presencia intimidante de algunos autores armados que no sólo impide el acceso a la justicia de las víctimas sino que también limita la actividad de muchos funcionarios que administran justicia.

Persiste la presencia de los autores causantes de desplazamiento y en consecuencia deseo de permanecer invisibles. (extracto de entrevista).

No en vano, la Corte Constitucional, el 13 de agosto de 2007, adoptó

... medidas cautelares para la protección de los derechos a la vida y a la seguridad personal de algunos líderes de la población desplazada y ciertas personas desplazadas en situación de riesgo, en el marco del proceso de seguimiento a la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004¹⁶ (Auto 200 de 2007).

En esta ocasión la Corte Constitucional, partiendo de recordar la constatación expresada en la Sentencia T-025 de 2004, según la cual “los derechos a la vida y a la seguridad personal de la población desplazada, en particular de sus líderes y representantes, eran objeto de violaciones masivas y sistemáticas”, da cuenta de las denuncias que ha recibido sobre la situación de “riesgo grave y excepcional”

16 Sobre el mismo tema consultar Corte Constitucional, Autos 054, 093 y 284 de 2008 y 009 de 2009.

para las vidas de personas que, por su condición de desplazados o, principalmente, por ser líderes o representantes de este grupo, han visto su derecho a la vida y a la seguridad personal amenazados¹⁷.

Entonces yo insisto en que diría que, son tres aspectos, uno que me parece clave, vuelvo y le repito es el tema de la seguridad mire usted que han matado muchos líderes que han tratado de tener acceso a la justicia; tan es así, es así yo lo hago también basada en una, en un auto de la Corte Constitucional reciente donde precisamente hay un auto dedicado a los líderes desplazados para, garantizar su seguridad y el acceso a la justicia; entonces si la Corte se ha pronunciado frente al tema es porque ha tenido numerosos informes y quejas que le están mostrando que ahí hay un problema (extracto de entrevista).

En relación con la seguridad, otra crítica está dirigida hacia los programas de protección que han demostrado no estar puestos al servicio de la población vulnerable y vulnerable, como es la desplazada, generando desconfianza frente a los mismos.

No sé si has visto la, eh, la campaña por televisión que nosotros tenemos ahí, a convocarla, a invitarla; nosotros con cierto temor, te lo digo, a sacar esa campaña, a que acuda al proceso por... y te digo con cierto temor porque de antemano sabemos que no hay programas de protección efectiva (extracto de entrevista).

OBSTÁCULOS INSTITUCIONALES

Un segundo grupo de dificultades tiene que ver con las falencias de las instituciones del Estado, que han impedido la denuncia, la investigación, el juzgamiento y la sanción de la conducta punible de desplazamiento forzado en perjuicio de personas menores de edad. Se hace referencia en este punto a la actuación de las tres ramas del poder público y de los órganos de control, así como a problemas estructurales mucho más complejos.

17 “Ante la Corte Constitucional ha sido denunciado por diversas fuentes —estatales, no gubernamentales e internacionales, así como por hechos notorios de público conocimiento— que los líderes y representantes de la población desplazada por la violencia en el país son objeto de persecuciones, amenazas, atentados, homicidios, torturas, retenciones, señalamientos y otros actos delictivos de comprobada ocurrencia, como parte de un patrón recurrente que se asocia a sus labores comunitarias y cívicas y ha sido implementado por grupos armados al margen de la ley. Se trata, según se acredita ante esta Corporación, de un problema sistemático, reiterativo y grave, que se manifiesta en todo el territorio nacional, que ha cobrado un número inusitado de víctimas en los últimos años, afectando tanto a los líderes y representantes en cuestión como a sus familiares y a la población desplazada en general, y que debe ser objeto de la mayor consternación y atención por parte de las autoridades en cumplimiento de su deber constitucional primario de proteger la vida de los asociados (arts. 2.º y 11 C.P.)” (Auto 200 de 2007).

En relación con lo normativo, fueron identificados como obstáculos la tardía tipificación del delito de desplazamiento forzado (Ley 589 de 2000 “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura, y se dictan otras disposiciones”); la falta de adecuación del derecho interno a los postulados contenidos en tratados internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario¹⁸ y el reconocimiento tardío de la prevalencia de los derechos de los niños.

En relación con lo último, a pesar de que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fue adoptada en 1989, sólo hasta la Constitución de 1991 dicho postulado adquiere relevancia, y se agrega, además, que sólo hasta el 2006, con la Ley 1098, son adoptados éste y los demás postulados de la Convención por la normativa interna.

Respecto al desempeño de los órganos jurisdiccionales, se mencionó la falta de investigación del delito de desplazamiento forzado demostrada en las actuaciones hasta ahora llevadas a cabo por los fiscales de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), en cuyas versiones libres no figura el desplazamiento, y cuyas actuaciones no están dirigidas a evidenciarlo. En este punto se habló del mayor interés en investigar las violaciones relacionadas con el desplazamiento, mas no el desplazamiento mismo, ignorando su carácter delictivo autónomo e independiente de las demás conductas que lo hubieren podido ocasionar.

Cuando las violaciones a derechos humanos que están asociadas también con el tema del desplazamiento llegan a conocimiento de fiscales y comienzan las investigaciones, eh, el desplazamiento no se está investigando de manera símil, se investigan con mayor prioridad las otras violaciones las masacres, homicidio, la desaparición forzada; eso influye también muchísimo (extracto de entrevista).

En el mismo sentido el informe realizado por la Comisión Colombiana de Juristas (2008) sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005 (“Por la cual se dictan

18 Además de dicha falta de adecuación, subsisten las dificultades de la universalización de los derechos fundamentales; según J. A. SALCEDO: “Las normas del Derecho internacional son relativas en un triple sentido: ‘1) su alcance varía en función de las obligaciones asumidas por los Estados; 2) la apreciación de las situaciones jurídicas en que un Estado se encuentre implicado depende, en principio, de cada Estado, ya que las posiciones jurídicas y las pretensiones contradictorias de los Estados pueden coexistir dado que el sometimiento de una controversia al arbitraje o a la justicia internacional es voluntario y depende del consentimiento de los Estados; 3) finalmente, la sanción de los hechos ilícitos internacionales raramente toma la forma de una reacción social organizada e institucionalizada, ya que, en principio, cada Estado aprecia subjetivamente su posición jurídica frente a otro Estado y, cuando estima que un determinado ilícito internacional es atribuible a este último, puede adoptar, en las condiciones regladas por el Derecho internacional, las contramedidas que considere adecuadas’ (ANSUÁTEGUI, 2007, p. 161)”.

disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”), cuyo análisis parte de la experiencia de representar a víctimas en los procesos reglamentados por dicha ley.

Se destacan de este balance las observaciones sobre las actuaciones de algunos fiscales en las versiones libres. Por ejemplo, se menciona la denuncia hecha por una víctima, de desplazamiento y otros delitos, durante la versión libre de Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, que no fue tenida en cuenta por el fiscal.

Si bien a la CCJ no le constan estos hechos, sí le consta que el Fiscal no los tuvo en cuenta durante la audiencia en que la presunta víctima los narró, ni le fueron imputados al paramilitar ni le formuló cargos por ellos¹⁹.

En cuanto a la posición del gobierno, se identificó la visión asistencialista que tiene del desplazamiento²⁰ como un obstáculo para la penalización del mismo. Se mencionó cómo, por ejemplo, en no pocas ocasiones la atención humanitaria es percibida como caridad o, peor aún, como reparación para las víctimas de desplazamiento.

Hay sectores, específicamente del gobierno, que durante mucho tiempo sostuvieron que: “ellos ya fueron reparados”, ¿por qué? “Porque les dieron el subsidio de no sé qué”; pero no, un momentico, eso es... esas son las obligaciones mínimas que tiene el Estado frente a la población desplazada con carácter prevalente y otra cosa distinta es la reparación.

Repito, los empleados públicos en muchos sectores piensan que le están haciendo un favor a la persona y no que la persona es una sujeto de derechos (extracto de entrevista).

El enfoque asistencialista del desplazamiento forzado se ve agravado cuando se trata de la infancia, ya que frente a ella no sólo el desplazamiento, sino también la misma condición de infante o adolescente, es una justificación de la asistencia que pareciera impedir su consideración desde la óptica de sujeto pleno de derechos.

Por otra parte, se cree que el asistencialismo está íntimamente relacionado con otro aspecto relevado por varios analistas del desplazamiento y es el no re-

19 Comisión Colombiana de Juristas, 2008, p. 117.

20 “Las políticas estatales reflejan un punto de vista asistencialista que no tiene en cuenta las causas del desplazamiento forzado ni las violaciones de los derechos humanos que implica, y no plantean reparación, protección ni prevención” (BUSTELO, s. f., p. 45).

conocimiento de las personas en situación de desplazamiento como víctimas de un delito.

Precisamente una de las observaciones hecha por la Oficina para Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados —ACNUR—, en su evaluación de la política pública para la atención integral al desplazamiento forzado de enero de 2004 a abril de 2007, indica los pocos avances que en el tema de reconocimiento de la condición de víctima ha tenido la política y su relación directa con la impunidad de este delito:

... dentro del SNAIPD no se presentan desarrollos sustanciales en materia de reconocimiento de la condición de víctima de la población desplazada. No hay resultados positivos en materia de investigación del delito de desplazamiento²¹.

Es así como, según algunos entrevistados, la persona en situación de desplazamiento sigue ocupando un segundo plano y, aún cuando retóricamente se les llame víctimas, en la práctica son excluidos de la justicia.

No, no realmente, eso es absolutamente invisible, no hay un acceso a la justicia, no se les considera que son como... se habla mucho de que son víctimas, ¿pero que tengan como acceso a todos esos procesos? No (extracto de entrevista).

También en relación con las posturas gubernativas frente al problema de la impunidad del desplazamiento, se mencionó la excusa frecuente que supedita la justicia a la posibilidad de cubrir grandes costos.

“Pero es que vale mucho”. Bueno, seguramente vale mucho, pero mientras eso no se ve, no vamos a lograr sentar siquiera unas mínimas bases de un proceso de paz y de reconciliación, porque es que eso no se produce porque, porque sacaron una ley que se llama así; no, no, no, no (extracto de entrevista).

Otro obstáculo del derecho a la justicia identificado fue la permisividad de los órganos de control, a quienes les corresponde una función más vigilante. Recordemos cuáles son estas funciones y su importancia para la protección de los derechos de las víctimas.

A la PNG [*Procuraduría General de la Nación*] le corresponde en primer lugar la guarda y promoción de los derechos. Esa función pasa por la defensa, protección, vigilancia y aseguramiento de la efectividad de los derechos humanos. En segundo lugar a la PNG

21 ACNUR, 2007, p. 39.

le compete la defensa del interés público y la representación de la sociedad en diversos procesos estatales²².

En relación con la actuación de las personas que componen las distintas instancias institucionales, que de una u otra manera tienen incidencia en la denuncia e investigación de los delitos, se reconoció la falta de compromiso de estos funcionarios, como otro obstáculo institucional.

También relacionado con el anterior encontramos el siguiente obstáculo, denominado desconfianza en las instituciones, el cual se ha incluido dentro de los obstáculos institucionales aun cuando bien podría hacer parte del análisis de la seguridad, ya que esta desconfianza muchas veces se justifica por “la ilegalidad que ha permeado la institucionalidad”, según algunos entrevistados. Así mismo, no se quiso incluir dentro de los llamados problemas estructurales de las instituciones para no darle ese carácter de parte de las mismas ya que se resalta que no se trata de una situación que se pueda generalizar en relación con todos los establecimientos.

El conflicto armado ha permeado muchas ramas de la institucionalidad en Colombia, no solamente digamos los ámbitos comunitarios sociales en general. (extracto de entrevista).

Aspectos que sin duda repercuten en la persecución penal de los responsables de delitos graves son algunas fallas estructurales del Estado, muy arraigadas en la caracterización del mismo y con efectos en la consideración del desplazamiento. Se trata, según los entrevistados, de los obstáculos burocráticos: la difícil tarea de demostrar la situación de desplazamiento; la ausencia del Estado en muchas partes del territorio nacional; la incapacidad para asumir un reto tan grande²³ y el incumplimiento reiterativo de sus obligaciones.

No hay con quien denunciar.

Antes de que fuera tipificado ese delito ni siquiera las autoridades cumplían con sus obligaciones que señala la Ley 387, que una era crear mecanismos para la justicia y otra era un parágrafo del artículo 15 que dice que de oficio el Ministerio Público y la Fiscalía adelantarán las investigaciones por los hechos que provocaron el desplazamiento; eso tampoco se ha hecho.

22 Procuraduría General de la Nación, 2006, p. 15.

23 Incapacidad que muchas veces sirve de justificación a los funcionarios encargados de hacer efectivo el derecho a la justicia: “yo no hice nada porque no tenía los medios”.

Quizás en la Procuraduría es un poco diferente porque tendrán conciencia del tema sino que seguramente van [ilegible] una incapacidad para hacer más (extracto de entrevista).

Las graves deficiencias que afectan la capacidad del Estado para responder al problema del desplazamiento y garantizar los derechos de quienes lo padecen, ha sido identificada por la Corte Constitucional desde la Sentencia T-025 de 2004:

En conclusión, la Corte estima que la respuesta del Estado sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada. No puede el juez de tutela solucionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia.

A estas fallas se suma otro obstáculo que, más que estructural, pareciera estar ligado al conflicto armado interno, y es la no investigación del delito de desplazamiento justificada por la conciencia de haber fallado frente a la prevención del delito. Este aspecto fue denominado por uno de los entrevistados como “sensación de corresponsabilidad”; que inhibe al Estado de investigar un hecho que estaba llamado a evitar.

Se agrega, además, la reflexión dirigida a señalar que el Estado no solo omite el deber de protección frente a la comisión de desplazamientos sino que también puede ocasionarlos, bien sea de manera legítima o ilegítima.

También la Corte Constitucional ha debido plantearse si, “en determinadas circunstancias, el desplazamiento le puede ser imputable al Estado” (Sentencia T-630 de 2007); llegando a la conclusión, en el caso en examen, por ejemplo, que el señalamiento hecho por las autoridades competentes de ser parte de un grupo armado ilegal puede causar el desplazamiento de quien es señalado.

Vistas así las cosas, la Sala de Revisión considera que las definiciones existentes sobre el vocable “desplazado interno” no pueden ser entendidas en términos tan restrictivos que excluyan, *prima facie*, cualquier acto u omisión imputables al Estado, sea ésta legítima o no y que coadyuven, en cierta manera, a la generación del mencionado fenómeno. En otras palabras, las causas del desplazamiento forzado pueden ser diversas y concurrentes, sin que, por definición, se pueda excluir el accionar estatal así sea éste, se insiste, legítimo²⁴.

24 Corte Constitucional. Sentencia T-630 de 2007.

Finalmente, se retoma la observación hecha por un entrevistado acerca de la importancia de los organismos internacionales y de cómo su actuación puede incidir de manera positiva en la garantía de los derechos de las víctimas, incluido el derecho a la justicia.

Dicha observación apunta a las limitaciones de dichos organismos para hacer énfasis en temas como el de la impunidad del delito de desplazamiento forzado²⁵. Dificultad que de ser superada permitiría una mayor insistencia e incidencia, de parte de los organismos internacionales, frente a la persecución penal del desplazamiento por parte del Estado colombiano.

Hay mucho temor a meterse con ese tema [organismos internacionales], porque eso, ¡eh! pondría de mal genio al alto gobierno, es decir, generaría una reacción desmedida desde el gobierno pero, ese tema se tiene que mover desde ahí porque [ilegible] es fundamental para la superación de [ilegible], del desplazamiento y para prevenir el desplazamiento (extracto de entrevista).

EL (DES)CONOCIMIENTO Y LA FALTA DE INFORMACIÓN

Un tercer grupo de aspectos relevantes para la realización efectiva del derecho a la justicia de los niños y las niñas tiene que ver con el conocimiento de los derechos, de los mecanismo para hacerlos efectivos, del carácter delictivo del desplazamiento y el acceso a la información acerca de las investigaciones, tanto para las organizaciones sociales como para las personas que puedan estar interesadas y los mismos órganos de control.

Se parte entonces de la premisa de lo importante que es, para el goce efectivo de este derecho, que el titular del mismo sepa que fue víctima de un delito, que tiene derecho a que se investigue y sancione al responsable y, además, que conozca los mecanismos para poner en conocimiento el hecho delictivo, los órganos ante los cuáles debe acudir y la información relevante que debe suministrar.

Según algunos entrevistados, las víctimas de desplazamiento desconocen los derechos mencionados, más en el caso de las víctimas menores de edad, hecho éste ligado directamente, según los mismos, a la falta de cultura de los derechos que predomina en nuestro país.

25 Se recuerda que la acción de estos organismos se rige por los principios de independencia, soberanía y reciprocidad entre los Estados.

Otro aspecto es el tema cultura, ¿no? No, en nuestro país no en todos los sectores hay una cultura de los derechos; tanto en la población como en los mismos empleados públicos.

Eso no es delito.

No sabe cómo o con quién [denunciar].

Creo que no es claro tampoco la ruta, ¿acceder a qué? o ¿acceder para qué?, ¿cómo le van a reparar o como se les va a... como se va a reparar el daño?, creo que eso no es claro, entonces la gente de pronto no ve como con cierta claridad eso qué beneficio les puede traer.

Al día de hoy no se conoce lo que manda la Ley 387, por ejemplo, con respecto a crear mecanismos para que el desplazado sea incluido en la justicia y en la reparación (extractos de entrevista).

Otro aspecto identificado por los entrevistados tiene que ver con el acceso a la información sobre los procesos existentes, que permite llevar a cabo un control de lo que se hace, de cómo se hace y de las buenas prácticas que se pueden repetir para garantizar a las víctimas el derecho a la justicia.

Pedíamos una información, si quieres de carácter administrativo, y eso nos costó mucho trabajo y yo creo que la información que nos dan, no porque sean malas personas, sino porque no la tienen... es muy, muy precaria, muy precaria (extracto de entrevista).

OBSTÁCULOS DE POLÍTICA PÚBLICA

La principal barrera de la garantía del derecho a la justicia de la niñez víctima de desplazamiento, que se desprende de la política pública, para superar el desplazamiento forzado tiene que ver, según algunas entrevistas, con la ausencia del criterio diferencial etario.

Sé que se ha avanzado un poco en el tema de los derechos de las víctimas, te repito, pero no sé si haya un componente especial que permita que las estadísticas que hasta ahora han venido conformando, que no son muchas: Justicia y Paz, ¡eh! se ocupe de manera singular o discriminada con el tema de niños ¿m?; si se logra, por ejemplo, que ha sido un interés con algunas colegas de la Comisión, que se introdujera ya algo en materia de género ¿m?, pero en materia de niños yo no lo recuerdo en este momento (extracto de entrevista).

LAS DIFICULTADES QUE SURGEN DEL CONFLICTO

La magnitud del conflicto armado que han debido padecer millones de colombianos y las graves violaciones de derechos fundamentales cometidas, fueron identificadas por un entrevistado como otro obstáculo para la denuncia, investigación, juzgamiento y sanción de los autores de los desplazamientos de niños y niñas. Los “altos grados de degradación del conflicto armado” aparecen, entonces, como una barrera que impide el ejercicio de este derecho.

LAS BARRERAS SOCIALES

La condición de la sociedad en general, y su actitud frente a la comisión de graves delitos y ante los sujetos pasivos de dichas infracciones, sobresale, en las entrevistas, como otro factor determinante al evaluar la garantía del derecho a la justicia de las víctimas más vulnerables del desplazamiento forzado.

Se comienza por señalar un aspecto que bien podría hacer parte de los obstáculos estructurales, pero que ha sido incluido dentro de las barreras sociales que caracterizan, en parte, a la sociedad colombiana: se trata de la inequidad social que impide que la gran mayoría de la sociedad participe en las decisiones del país, afectando, de paso y en gran medida, los intereses de los más vulnerados, en nuestro caso las víctimas.

Leo recientemente que Colombia es como el tercer país en América en inequidades, entonces sí, tenemos muchas inequidades, desigualdades en la riqueza, en el ingreso, también hemos tenido como unos procesos de desarrollo social que están un poco alejados de lo que debería ser un Estado Social de Derecho; entonces, esa cultura de qué es exactamente estar en un Estado Social de Derecho, ¿qué implica ser un Estado Social de Derecho en toda su extensión?; pienso que son unos desarrollos todavía, que si bien hemos ganado mucho, son unos desarrollos incipientes sobre todo para el grueso de la... de la población (extracto de entrevista).

Se señala, como ejemplo, el intento fallido por crear la Ley de Víctimas, cuya iniciativa legislativa, fruto del debate con organizaciones de víctimas, organismos internacionales, expertos en los diferentes temas y otras organizaciones sociales, fue archivada por solicitud de sus mismos creadores, ya que durante los debates a los que fue sometida fue modificada, a solicitud del gobierno, hasta quedar desnaturalizada.

Sin embargo, la Mesa Nacional de Víctimas, conformada por varias organizaciones sociales, analistas y defensores de los derechos humanos que acompañaron la construcción

de la propuesta liberal, no lo cree así. Tras una reunión después del debate emitieron un comunicado en el que calificaron la propuesta aprobada como “una afrenta y una burla, en la medida que desnaturaliza los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición”²⁶.

Dos aspectos adicionales, relevantes desde el punto de vista de la sociedad colombiana, son, de un lado, su indolencia e indiferencia frente a las víctimas y, de otro, su permisividad frente a las graves violaciones de Derechos Humanos y los altos grados de barbarie y de degradación del conflicto.

Es inaudito en Colombia a... a, al, alguna persona... un victimario diga que su organización ha eliminado más de 2.000 personas y, y esta noticia la, muchos sectores la ven como una noticia cualquiera y no les produce escozor.

Nos hemos un poco acostumbrado (extracto de entrevista).

LA SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO COMO IMPEDIMENTO

Se hace referencia en este punto a la llamada situación de vulnerabilidad de la población en situación de desplazamiento, identificada por la Corte Constitucional desde antes de la Sentencia T-025 de 2004.

Las consecuencias del reasentamiento son, regularmente perversas. Por ello, a fin de comprenderlas y paliarlas, científicos sociales, organismos de cooperación, entidades gubernamentales y jueces, han acogido el concepto de vulnerabilidad, con el cual se quiere significar que la población en situación de desplazamiento sufre un dramático proceso de empobrecimiento, pérdida de libertades, lesión de derechos sociales y carencia de participación política²⁷.

Las pésimas condiciones socio-económicas de la población en situación de desplazamiento, según lo constatado por algunos entrevistados, hacen que su mayor atención esté dedicada a aspectos como la vivienda, la alimentación o la educación; desplazando a un segundo plano aspectos tales como la reivindicación de justicia.

Y es todavía más grave porque, pues, los padres de una familia desplazada ¿qué priorizan?, la comida ¿sí?, enton... si se puede la escuela ¿sí?, si alcanza la comida para que lo

²⁶ PAREDES, 2008, p. 10.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-602 de 2003, p. 9.

mandemos a la escuela, pero todo lo demás que tiene que ver, eh, con eh, con ejercicio de derechos, no existe (extracto de entrevista).

Se recuerda, también, lo que los estudiosos del acceso a la justicia han identificado como *barreras económicas*,

... hacen referencia a los costos de acceder al sistema, especialmente los costos asociados al litigio, como los honorarios de abogados, las costas judiciales y el costo de oportunidad de acudir a los tribunales en horas laborales²⁸.

Se considera que la población en situación de desplazamiento que decida acceder a la justicia, superando barreras como la de la seguridad, debe enfrentarse necesariamente a estas barreras económicas²⁹, teniendo en cuenta los factores de vulnerabilidad que la aquejan³⁰.

Además, fueron identificados otros aspectos relacionados con el desplazamiento. Se trata de la urgencia misma de tal situación que hace que las personas prioricen otro tipo de actividades, como ya se dijo, y piensen a corto plazo; el deseo de ser “invisible” o de no ser identificado como “desplazado” y la falta de organización de la población desplazada.

Quieren ser invisibles, hasta cierto punto de vista, por razones de seguridad, por el... razones del temor, por muchas razones.

28 CUERVO, 2005, p. 25.

29 “Solamente el 11,8% de los ocupados [el 45,2% de las personas desplazadas en edad de trabajar incluidas en el RUPD se encuentra ocupada] percibe ingresos iguales o superiores al salario mínimo legal. Igualmente, el 49,8% de los mismos recibe ingresos incluso inferiores a un salario mínimo” (Comisión de Seguimiento a la Política sobre Desplazamiento Forzado, 2008, p. 149).

30 “Como factores de vulnerabilidad de los hogares desplazados incluidos en el RUPD se destacan, entre otros, los siguientes: su tamaño relativamente alto (5,1 personas frente a 3,9 para el conjunto de la población colombiana); la elevada presencia de hijos e hijas (54,2% frente a 41,8% para la población colombiana), y de menores y jóvenes (54,3% son menores de 20 años de edad frente a 40,3% para la población colombiana); la mayor proporción de mujeres que de hombres (54,0% frente a 41,8% para la población colombiana); la baja diferencia en la edad promedio de los jefes y sus cónyuges (40 años) en relación con la de los otros miembros del hogar (14 años); la alta proporción de jefes de hogar sin cónyuge o compañero(a) (39,2%); la significativa incidencia de embarazos durante el último año en la población femenina en edad fértil (4,3% de las mujeres entre 12 y 50 años de edad frente a 4,2 para la población colombiana femenina entre 15 y 49 años de edad), particularmente en el grupo de 18 a 24 años de edad (19,0%); la importante presencia de población perteneciente a minorías étnicas (25,1% frente a 13,8% para la población colombiana); la elevada proporción de hogares que cuentan con algún miembro que sufre de discapacidad (17,5%); la alta tasa de analfabetismo de la población mayor de 15 años (13,9% frente a 7,1% para la población colombiana), agravada por la baja escolaridad (4,0 años en promedio), y la alta tasa de dependencia económica (3,1 personas dependen de cada persona ocupada)” (Comisión de Seguimiento a la Política sobre Desplazamiento Forzado, 2008, p. 161).

En algunos casos prefieren que no sean tachados como desplazados.

La gente no está organizada para facilitar el conocimientos de sus derechos, para organizarse, para empoderarse (extracto de entrevista).

Tal como queda evidenciado en las expresiones de los entrevistados, la invisibilidad y el rechazo de la catalogación de desplazado están relacionados, de un lado, con los riesgos por razones de seguridad y, de otro, con la fuerte estigmatización a la que se han visto sometidas muchas personas en situación de desplazamiento.

La percepción que constituye el tercer aspecto, es decir la falta de organización, puede ser contrastada con otras opiniones que, en cambio, indican alta capacidad organizativa por parte de la población en situación de desplazamiento.

LAS DIFICULTADES QUE SURGEN DE LA VICTIMIZACIÓN

Las secuelas que deja el desplazamiento, y los graves hechos que lo acompañan, también fueron identificadas por algunos entrevistados como obstáculos del derecho a la justicia de los niños y las niñas afectados por esta situación. Se hace referencia al importante impacto de los hechos traumáticos que han vivido y a la resignación que existe frente a un problema gravísimo y evidente de impunidad.

Entonces yo para que me voy a poner en eso, si aparte de todo me, me van a revictimizar.

Y finalmente así no me maten yo no voy a lograr ganar nada más que gastar dinero en, en un proceso penal (extracto de entrevista).

Este segundo aspecto recuerda las llamadas *barreras de desempeño* del acceso a la justicia:

La tesis de GALANTER (1995) sobre los litigantes habituales y los litigantes esporádicos se convierte en otra barrera de acceso para las personas pobres, quienes además de no tener recursos para costearse un abogado que los represente con calidad, internalizan un sentimiento pesimista del destino de sus demandas teniendo presentes otras experiencias fallidas suyas o de conocidos en las mismas condiciones socioeconómica³¹.

31 CUERVO, 2005, p. 27.

Al respecto, también se habló de la estrecha relación existente entre la conciencia del derecho y la expectativa de verlo realizado, supeditando lo primero a lo segundo.

Muchas veces ni siquiera se plantean el problema; quizás si tuvieran más elementos, si fuera una cosa más loggable, más viable, contemplarían obtener justicia, pero mientras tanto no (extracto de entrevista).

Asimismo, relacionada con la situación de desplazamiento –aspecto tratado en el anterior acápite–, específicamente con la tendencia a pensar a corto plazo, aparece la búsqueda de un beneficio en las acciones que se emprenden, del mismo modo señalado por los entrevistados, máxime si se consideran todas las barreras que deben superar y los riesgos que deben correr si quieren buscar justicia.

Yo qué gano.

Acceder para qué.

Entonces la gente de pronto no ve como con cierta claridad eso qué beneficio les puede traer (extractos de entrevista).

LOS OBSTÁCULOS QUE SURGEN DE LA CONDICIÓN DE INFANTE O ADOLESCENTE

Todo lo enunciado hasta ahora incide de manera negativa en el goce efectivo del derecho a la justicia de la infancia. Sin embargo, fueron identificados por los entrevistados unos aspectos que tienen que ver únicamente con la menor edad de las víctimas de desplazamiento.

El exordio de las barreras que surgen por la edad está constituido por la observación dirigida a precisar cómo los obstáculos que debe enfrentar un adulto en situación de desplazamiento, para ver realizado su derecho a la justicia, aumentan y adquieren otros matices cuando se trata de un niño, una niña o un adolescente.

Se trata, en primer lugar, de lo que en la práctica sucede con el reconocimiento de los niños y las niñas como sujetos de derechos. Son:

Actitudes y tendencias colectivas que aún impiden concebir a los niños, niñas y jóvenes de Colombia como ciudadanos en pleno ejercicio de su condición de tales y actores de primera línea en el concierto de las políticas, planes y programas que les incumben ya

no en calidad de “usuarios” sino de “actores fundamentales” dotados de dignidad y profundo sentido de su historia y la sociedad que les ha correspondido vivir³².

A pesar de que el debate académico y normativo que ha promovido la adopción de los postulados de la Convención de los derechos del Niño por los ordenamientos jurídicos nacionales ha tenido, como punto cardinal, el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, falta todavía mucho para que este reconocimiento sea aceptado y materializado por los gobernantes y demás ciudadanos.

Para algunos estudiosos de los derechos fundamentales, y no se trata de una justificación, la falta de reconocimiento fáctico de dicha condición no sólo afecta a la infancia sino que también atañe a gran parte de los habitantes del planeta; en este sentido DE LUCAS:

La conclusión es que “la mayor parte de los seres humanos no han sido considerados durante mucho tiempo sujetos de derechos. Con todo, esa argumentación puede ser relativizada: en realidad el problema no es que los derechos no hayan sido atribuidos universalmente a todos los hombres, sino que la mayor parte de los seres humanos no han sido considerados como tales”³³.

No obstante, cuando hablamos de la infancia y la adolescencia cabe precisar que el viejo paradigma de la *situación irregular* —que se apoyó en la consideración de la niñez como objeto de derecho— encontró terreno fértil en la posición social que ha ocupado la infancia en la historia:

Los niños y, sin duda, más aún las niñas, se encuentran entre los que más tarde han alcanzado el reconocimiento de su condición de sujetos en la historia, entre los más sometidos a la dependencia total. Fueron ellos los menos escuchados. Por eso son las experiencias más difíciles de rescatar en el presente; pero también se decía algo parecido hace pocas décadas cuando se empezaron a escribir la historia [*sic*] de las mujeres³⁴.

Dentro de este primer grupo de obstáculos fueron mencionadas la falta de credibilidad hacia los niños y las niñas, y la subestimación de la infancia.

Los niños nunca han tenido un papel... eh, el papel que les corresponde.

32 TEJEIRO, p. 182.

33 ANSUÁTEGUI, 2007, p. 226.

34 RODRÍGUEZ y MANNARELLI, 2007, p. 15.

Porque a veces se los ve como minusválidos se los ve como “menores” y no se los ve que están en un proceso, en un ciclo de la vida, en un proceso de desarrollo y que simplemente las técnicas que se abordan con ellos para los procesos de comunicación pues deben de estar de acuerdo al ciclo vital y que prevalezca el interés superior de ellos es fundamental (extracto de entrevista).

Como contraposición, se rescata un importante pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños y las niñas, que permite ilustrar cómo la menor edad no puede ser entendida como la negación tajante de capacidades volitivas y cognitivas.

Por último, ni siquiera la edad configura un criterio puramente objetivo ya que, debido a la distinción anteriormente señalada entre capacidad legal y autonomía para tomar decisiones sanitarias, se entiende que el número de años del paciente es importante como una guía para saber cuál es el grado de madurez intelectual y emocional del menor pero no es un elemento que debe ser absolutizado. Así, es razonable suponer que es menos autónomo un infante que un adolescente, y por ende el grado de protección al libre desarrollo de la personalidad es distinto en ambos casos. En efecto, la personalidad es un proceso evolutivo de formación, de tal manera que el ser humano pasa de un estado de dependencia casi total, cuando es recién nacido, hasta la autonomía plena, al llegar a la edad adulta. El acceso a la autonomía es entonces gradual ya que ésta “es el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente”. Ese progresivo desarrollo de la personalidad y de la autonomía se encuentra en gran medida ligado a la edad de la persona, que es lo que justifica distinciones como las establecidas por el derecho romano y el propio ordenamiento civil entre infantes, impúberes y menores adultos. Por ello, la edad del paciente puede ser tomada válidamente como un indicador de su grado de autonomía, pero el número de años no es un criterio tajante, ya que menores con idéntica edad pueden sin embargo, en la práctica, evidenciar una distinta capacidad de autodeterminación, y por ende gozar de una diversa protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, esta Corte tiene bien establecido que la protección brindada por este derecho fundamental “es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad, las cuales –se supone– son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad”. Existe pues “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas³⁵.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

En segundo lugar, se hace referencia a la correlación existente entre los derechos de la infancia: a la justicia, de un lado, y a la identidad y la participación, y al principio de la exigibilidad de derechos, de otro.

Dentro del segundo grupo de obstáculos se destaca la importancia de la garantía de los derechos a la identidad³⁶ y a la participación³⁷, y del principio de exigibilidad de los derechos de la infancia y la adolescencia³⁸, como presupuestos para el goce efectivo del derecho a la justicia. Se refiere a la falta de documentación de muchos niños y niñas en situación de desplazamiento, quienes no poseen todavía su Registro Civil de Nacimiento, así como de la poca o nula participación de los mismos en las actividades en las que se puede adquirir conocimiento y en las que se buscan soluciones colectivas, junto con la no transmisión de dicho conocimiento por parte de quienes participan: generalmente los padres, las madres y, en general, los adultos.

En los procesos organizativos y de capacitación, aunque eso ha ido cambiando, lo habitual es que participe el/la cabeza de familia pero no es muy común que los jóvenes y los niños participen en esto y no es muy común que el miembro de la familia que participa en estas actividades comparta el conocimiento, las posibilidades de acción que reconoce a través de las actividades de contacto común, eso hace que no haya conocimiento del

-
- 36 Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 25. “*Derecho a la identidad*. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia”.
- 37 Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 31. “*Derecho a la participación de los niños, las niñas y los adolescentes*. Para el ejercicio de los derechos y las libertades consagradas en este Código los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a participar en las actividades que se realicen en la familia, las instituciones educativas, las asociaciones, los programas estatales, departamentales, distritales y municipales que sean de su interés. El Estado y la sociedad propiciarán la participación activa en organismos públicos o privados que tengan a cargo la protección, cuidado y educación de la infancia y la adolescencia”.
- 38 Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 11. “*Exigibilidad de los derechos*. Salvo las normas procesales sobre legitimidad en la causa para incoar las acciones judiciales o procedimientos administrativos a favor de los menores de edad, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Parágrafo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, mantendrá todas las funciones que hoy tiene (Ley 75/68 y Ley 7/79) y definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Así mismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas”.

derecho a la justicia por parte de la población desplazada del sector infantil y juvenil (extracto de entrevista).

Finalmente, la necesidad de representación legal para actuar también resulta siendo un obstáculo para el acceso a la justicia de la niñez, según algunos entrevistados.

Ellos siempre tienen que tener pues una representación, bien sea de los padres o de los que le asignen la Defensoría o Bienestar Familiar (extracto de entrevista).

Para superar tal situación, entonces, resulta fundamental el principio de la exigibilidad de los derechos de la infancia y la adolescencia, en virtud del cual el Estado debe asegurar la realización efectiva de esos derechos, en este caso garantizando el acompañamiento informado de los niños y las niñas cuando se trate de iniciar las acciones correspondientes para que se investigue y sancione a los responsables del desplazamiento del que han sido víctimas.

¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES FORTALEZAS PARA EL GOCE EFECTIVO DEL DERECHO A LA JUSTICIA DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO?

No obstante existir serias debilidades institucionales, sociales y políticas, entre otras, que dificultan la realización efectiva del derecho a la justicia de las personas víctimas de desplazamiento, en general, y de la infancia y la adolescencia víctima de desplazamiento, en particular, también se indagó acerca de las fortalezas existentes que han permitido avanzar en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la población desplazada. Se trata de pequeños aspectos que no pueden ser ignorados frente a un panorama que parecería ser totalmente desalentador.

Estos aspectos positivos se han dividido en tres categorías: social, institucional y aquella concerniente a las víctimas. Dentro del primer grupo se incluye la mayor conciencia que existe hoy en Colombia sobre el tema de la justicia y la reparación de las víctimas, gracias, en parte, al debate generado por la Ley de Justicia y Paz. Se trata, sin duda, de una realidad que ha involucrado a la sociedad en general y que además ha tenido repercusiones institucionales³⁹.

39 MARCO ROMERO. Conferencia sobre Reparación, CODHES.

Yo sí observo que hay cada vez un... una conciencia mayor en Colombia sobre el tema de la reparación y de la justicia y que se está ganando terreno; con todas las complejidades que éste tiene (extracto de entrevista).

Dentro del segundo grupo, se incluye la observación hecha por un entrevistado dirigida a resaltar los avances que desde la Procuraduría General de la Nación se vienen dando en relación con el acceso a la justicia administrativa (investigaciones disciplinarias, incidentes de desacato, etc.), y las expectativas que ha generado el Proceso de Justicia y Paz para las víctimas, desde un sentimiento de desigualdad por los beneficios otorgados a los desmovilizados.

Finalmente, pero no menos importante, se describen a continuación los avances que desde las víctimas han abierto puertas al acceso a la justicia penal. Se trata del valor demostrado por las mismas, no sólo en la reivindicación de sus derechos sino también para su propia supervivencia, y los procesos organizativos que les ha permitido ganar espacios de participación en la discusión de la política pública para el desplazamiento forzado interno y en la búsqueda de mecanismos de garantía de su derecho a la justicia.

No hay mucha conciencia de ello [del derecho a la justicia] excepto en... en algunas zonas donde hay algunos procesos organizativos de... por parte de las comunidades en situación de desplazamiento que ya han avanzado más en ese tema (extracto de entrevista).

CONCLUSIONES

Se concluye, con el presente artículo, la parte diagnóstica del estudio del derecho a la justicia de la niñez víctima del delito de desplazamiento forzado en el marco de conflicto armado⁴⁰.

Diagnóstica, por estar dedicada a la identificación y análisis del fundamento normativo y jurisprudencial del derecho, así como a la recolección de información, empírica y teórica, sobre su goce efectivo.

Se anticipa que la segunda parte, que sucederá a esta primera, estará dedicada a la formulación de la política pública de acceso a la justicia de niños, niñas y

40 Esta primera parte de la investigación está constituida por tres artículos, incluyendo el presente, a saber: "Consideraciones previas a un análisis detallado del estado de realización efectiva del derecho a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito de desplazamiento forzado" (ARNAUD, BARIFFI, BARTOLOMÉ, BUITRAGO, CALLE, CASTILLO et al., 2009), "Análisis del goce efectivo del derecho a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito de desplazamiento forzado" (I Parte) (ARNAUD et al., 2009), y "Análisis del goce efectivo del derecho a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito de desplazamiento forzado" (II Parte).

adolescentes en situación de desplazamiento y será sometida a la consideración de los tomadores de decisiones.

Muy a grandes rasgos, el colofón de lo hasta ahora desarrollado por la presente investigación es la discordancia entre los avances jurídicos en la protección de los derechos de las víctimas de violaciones a los DH y al DIH y en la protección especial de la infancia en Colombia, de un lado, y la realidad vivida por las víctimas de desplazamiento forzado de menor edad, de otro.

Esta contradicción obedece a factores asociados a la discriminación por la menor edad, al no reconocimiento de las víctimas de violaciones graves a los DH y al DIH, a la negación de la existencia de un conflicto armado en Colombia y a la incapacidad institucional del Estado para afrontar un reto de tan grandes proporciones.

Otra conclusión está dirigida a resaltar cómo, a pesar de la existencia de obstáculos desemejantes que dificultan la identificación, investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de estos graves delitos, también se pueden encontrar avances que favorecen dicha labor.

Finalmente, para afrontar, además, la actitud escéptica y pesimista de la eficacia del derecho a la justicia de la infancia víctima de desplazamiento es menester insistir en la necesidad de investigar sobre esta problemática, así como idear mecanismos que logren contrarrestar cada impedimento fáctico del ejercicio de este derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Balace de la política pública para la atención integral al desplazamiento forzado en Colombia. Enero 2004-abril 2007*, Bogotá, agosto de 2007.

ANSUÁTEGUI, F. *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 47, 2007.

ARNAUD, A.; F. BARIFFI, C. BARTOLOMÉ, J. BUITRAGO, M. CALLE, M. CASTILLO et al. *Las políticas públicas frente a las violaciones de los Derechos Humanos*, Cátedra Unesco “Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.

BELLO, M.; L. MANTILLA, C. MOSQUERA y E. CAMELO. *Relatos de la violencia. Impactos del desplazamiento forzado en la niñez y la juventud*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y Fundación Educativa Amor, 2000.

- BUSTELO, M. “Desterrados. El desplazamiento forzado en Colombia”, disponible en [<http://www.disaster-info.net/desplazados/informes/msf/informedesplazados.htm>], consultada el 27 de marzo de 2010.
- Comisión Colombiana de Juristas. *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Colombia, 2008.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. *Verificando el cumplimiento de los derechos*, Colombia, 2008.
- Comité de los Derechos del Niño. *Observación General n.º 2. El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño*. Observación general adoptada por el I Comité de los Derechos del Niño, 32.º período de sesiones, 13 a 31 de enero de 2003, CRC/GC/2002/2.
- CUERVO, J. “Lineamientos de política pública para el acceso a la justicia de personas de escasos recursos”, *Cuadernos del CIPE*, 3, junio de 2005.
- GARCÍA, E. *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- PAREDES, C. “El proyecto de Ley de Víctimas fue descuartizado”, *Semana.com*, 14 de noviembre de 2008, disponible en [<http://www.semana.com/noticias-justicia/proyecto-ley-victimas-descuartizado/117730.aspx>], consultada el 28 de marzo de 2010.
- PETEV, V. *Metodología y Ciencia Jurídica en el umbral del Siglo XXI*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2, 1996.
- Procuraduría General de la Nación. *La prevalencia de los derechos de las víctimas del delito de desplazamiento forzado*, Colombia, Autor, 2006.
- RODRÍGUEZ, P. y M. MANNARELLI (coords.). *Historia de la infancia en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SARMIENTO, B. “Análisis del goce efectivo del derecho a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito de desplazamiento forzado (I Parte), en A. ARNAUD, F. BARIFFI, C. BARTOLOMÉ, J. BUTRAGO, M. CALLE, M. CASTILLO et al. *Las políticas públicas frente a las violaciones de los Derechos Humanos*, Cátedra Unesco “Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- SARMIENTO, B. X. “La entrevista cualitativa: elementos introductorios para su aplicación en investigaciones socio-jurídicas”, en AA.VV. *Estrategias metodológicas en la investigación socio-jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (en prensa).

TEJEIRO, C. Teoría general de niñez y adolescencia, 2.^a ed., Bogotá, Universidad de Los Andes.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional. Sentencia T-602 del 23 de julio de 2003, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Corte Constitucional. Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Auto 200 del 13 de agosto de 2007, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Sentencia C-1003 del 22 de noviembre de 2007, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Auto 054 del 26 de febrero de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Auto 093 del 14 de abril de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Auto 284 del 27 de octubre de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Auto 009 del 26 de enero de 2009, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

CIELO MARIÑO ROJAS

*Gobernanza en la construcción de política pública
para las niñas, los niños y los adolescentes desplazados
por el conflicto armado interno*

Resumen. En las transformaciones políticas contemporáneas, los conceptos tradicionales de gobierno no reflejan las dinámicas que han asumido las diversas formas de hacer política que cuentan con una mayor participación de la sociedad civil en su construcción. La gobernanza no responde a una forma de organización jerárquica: parte de formas horizontales de interacción social, donde la sociedad política y la sociedad civil desempeñan diferentes funciones, en ámbitos y momentos diversos de la política pública.

En el área de la infancia desplazada por el conflicto armado se ha planteado, desde los Autos de Seguimiento de la Sentencia T-025 del 2004 de la Corte Constitucional, la necesidad de elaborar política pública de atención para esta infancia, con la participación de las organizaciones de la sociedad civil y la academia, lo que constituye un ejercicio de gobernanza.

De esta forma el artículo se propone analizar las dinámicas y características del proceso de construcción de política pública para las niñas, los niños y los adolescentes, desde la gobernanza, en particular frente a las víctimas del desplazamiento forzado interno. Se establecen los elementos para la definición de una política pública de protección para las niñas, los niños y los adolescentes en situación de desplazamiento que responda a los principios y derechos reconocidos para esta infancia, dentro de la protección integral. Se analizan los mecanismos de protección de orden administrativo, estableciendo las características de las medidas que en los procesos de este orden se imponen. Dentro de este marco se aporta en el diseño de un programa de protección para las niñas y niños víctimas de desplazamiento que se encuentren sin acompañamiento, más allá de la institucionalización.

Palabras clave. Políticas públicas, gobernanza, organizaciones de la sociedad civil, sociedad política, participación, protección integral, política de protección y atención de la infancia víctima del desplazamiento forzado interno, programas de protección, desinstitucionalización.

CONSTRUCCIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Se entiende por política pública “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”, según ALEJO VARGAS VELÁSQUEZ, quien sostiene que la toma de posición se orienta tanto por una racionalidad técnica como política (VARGAS VELÁSQUEZ, 1999: 57). La actividad puede ir dirigida a sectores relevantes de su competencia, no necesariamente problemáticos, de la misma manera que se puede definir en términos negativos como un no hacer del Estado frente a tales problemas o sectores relevantes.

Aunque no se pueden establecer momentos absolutos y un orden determinado, la literatura sobre la materia suele reconocer tres momentos centrales dentro de la política pública: diseño, ejecución y evaluación, en relación con los cuales

se ubican otros. En cada uno de estos momentos se pueden encontrar diferentes actores, públicos y privados, con características diversas de su participación, dependiendo del momento del ciclo.

Se parte de la identificación de los problemas y la elaboración de una agenda, que en relación con los actores particulares, puede constituir un momento de gran incidencia de su labor, ya que el colocar en dicha agenda los aspectos relevantes de la órbita de sus intereses, constituye una de las formas de legitimación de su existencia y actuación. “El establecimiento de prioridades es la tarea fundamental de esta fase”, como señala RODRIGO VILLAR, en la introducción del libro *Organizaciones de la sociedad civil e incidencia en políticas públicas* (VILLAR, 2003: 19). Este momento lo describe JAVIER TORRES como momento de ingreso (TORRES, 2010).

El diseño, o formulación, es el momento de elaboración de la política de acuerdo a las estrategias de garantía de los derechos que se han reconocido. Puede representar una política de Estado, que significaría todo un desarrollo de política con proyección y vocación de permanencia, que se ve establecida por las obligaciones a que a nivel internacional ha adoptado el Estado, a través de los diferentes instrumentos internacionales que lo vinculan. La versión opuesta, fraccionada y temporal, será la de una política de gobierno que responde a los intereses del gobierno de turno y que se aleja de obligaciones adquiridas internacionalmente para responder únicamente a los intereses de los grupos económicos o políticos que se encuentren en el poder.

En este momento los actores privados, como las organizaciones de la sociedad civil, pueden y deben aportar en la determinación de los contenidos de política que consideren necesarios, para el goce efectivo de los derechos en el ámbito en que se desenvuelvan. Los insumos que aporten pueden estar dados tanto desde el conocimiento académico, como desde el saber propio de los diferentes grupos sociales. Estos insumos deben ser tenidos en cuenta efectivamente, no sólo escuchados, y en tanto sean realmente incluidos en el diseño de política se materializará la participación.

La ejecución o implementación corresponde a la sociedad política, en tanto ella es la responsable de la política pública. Si en escenarios específicos la sociedad civil participa, lo hará en desarrollo de su quehacer social y no responderá políticamente por ello. El riesgo de asumir funciones que son de competencia del Estado se encuentra en legitimar la ausencia de él en dichos escenarios, descargándolo de funciones que le son propias. Ejemplo de ello, la participación tradicional de particulares en ámbitos de protección que responde a modelos tutelares frente a poblaciones históricamente vulneradas, *regentadas*, en su mayoría, por grupos religiosos.

Si bien seguimiento y evaluación no son lo mismo, de acuerdo a los diferentes enfoques que se plantean, corresponden ambos a un momento posterior al diseño e implementación que alimentan o retroalimentan el nuevo ciclo o la continuación del que se desarrolla. Tanto el seguimiento como la evaluación buscan determinar si se cumple con los cometidos propuestos y sus resultados deben ser tenidos en cuenta para realizar los ajustes necesarios a la política que se analiza.

El seguimiento se da de forma concomitante a la ejecución de la política y puede ser realizado por personas u organizaciones diferentes a los ejecutantes de la política. Como lo señalan VAITSMAN, RODRIGUES y PAES-SOUSA (2006: 27), el seguimiento se puede definir como

... el acompañamiento continuado y cotidiano [...] del desarrollo de los programas y políticas en relación con sus objetivos y metas. Se trata de una función inherente a la gestión de los programas, mediante la cual ha de poderse proveer a los gestores de programa de información sobre el mismo y auxiliarles en la adopción de medidas correctivas para mejorar su operacionalización.

Los mismos autores señalan que el concepto es ambiguo en tanto puede referirse a dos procesos diversos pero interconectados. De una parte se constituye como una actividad interna de la organización, dada, básicamente, por la generación regular de indicadores, y de otra, se refiere a

... verificaciones locales que acaban constituyendo un tipo de estudio rápido, cualitativo, a través del cual gestores, investigadores y otros agentes pueden verificar cómo se está realizando la implementación, y si está logrando los objetivos, además de comprobar qué problemas están interfiriendo en las acciones, procesos y consecución de los objetivos previstos (VAITSMAN, RODRIGUES y PAES-SOUSA, 2006: 22).

De manera que actores privados pueden igualmente realizar dicho seguimiento, analizando la política, dentro de los parámetros con los cuales se diseñó y de acuerdo a las metas que se ha propuesto.

La fase de evaluación se encontraría, teóricamente hablando, en el último momento del ciclo de política pública. Pero en tanto no existen cortes definitivos en la realización del ciclo, se plantea más como un momento metodológico, para hacer un análisis y evaluación que incluso puede tener como objeto los procesos mismos de implementación. La evaluación se ocupa de valorar los procesos y resultados de la política pública. Según VAITSMAN, RODRIGUES y PAES-SOUSA (2006: 23),

[1]la evaluación suele realizarse mediante estudios específicos que buscan analizar aspectos como relevancia, eficiencia, efectividad, resultados, impactos o la sostenibilidad de programas y políticas, según lo que se definiera en sus objetivos. Su objetivo es mejorar las actividades en marcha y suministrar información para la planificación, la programación y la toma de decisiones futuras” realizadas generalmente por instituciones externas.

Ahora bien, la evaluación se puede realizar directamente por quien ejecutó la política, en un ejercicio de autoevaluación. Tanto si se realiza por actores externos, como por la propia institución gestora, se deben tomar como marco para la evaluación los elementos constitutivos de la política pública y sus objetivos. Además, en tanto política pública, se deben tener en cuenta las obligaciones establecidas por marcos más amplios y vinculantes, en el caso de que no hubiesen sido tenidos en cuenta en su diseño.

DIEGO DORADO, Jefe de la Dirección de Evaluación de Políticas Públicas del Departamento Nacional de Planeación –DNP–, señala, en relación con la evaluación, que debe ofrecer recomendaciones rigurosas y efectivas para los tomadores de decisiones que ayuden a mejorar la gestión pública (DORADO, 2010).

GOBERNANZA

La participación ciudadana que se da en cada uno de los momentos del ciclo de política pública, describe una nueva forma de hacer política. La globalización ha dado lugar a formas de gobierno que se caracterizan por la participación, distantes de los modelos tradicionales de relaciones de poder verticales, donde desde arriba se imponían las políticas, sin consulta ni diálogo con los destinatarios. Esta nueva forma de hacer política legitima el actuar del Estado, la subordinación jerárquica queda atrás para dar lugar a la interacción entre la sociedad civil y la sociedad política. Este modelo se da tanto en la escena internacional, global, como en la nacional o local. En los ámbitos nacionales las diferentes organizaciones sociales de la sociedad civil han adquirido protagonismo en el de las políticas públicas a partir de este nuevo marco de la gobernanza.

El concepto de gobernanza como el de un nuevo modo de gestión de los asuntos públicos, donde la sociedad civil puede intervenir, pero además resulta un imperativo de su quehacer social, es recogido en la primera acepción que del término trae el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua al definirlo como

Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía (2001).

En este nuevo concepto de la gobernanza, dice CLAIRE LAUNAY (2006) se analiza el funcionamiento del Estado al igual que su interacción y relación con otros actores públicos y privados:

El sentido del concepto de gobernanza está estrechamente relacionado con los cambios acontecidos en los últimos treinta años en la escena mundial. En efecto, la globalización, los avances tecnológicos, el auge de organismos no gubernamentales y el creciente papel político de la sociedad civil han provocado una crisis del modelo tradicional del Estado. De un lado, el Estado pierde su papel rector con respecto al desarrollo de la sociedad y a la regularización de la vida pública; de otro lado, tiene que interactuar con nuevos actores públicos y privados, nacionales e internacionales (LAUNAY, 2006).

Esta nueva forma de hacer política está estrechamente ligada a un elemento central dentro de la democracia, la participación, que aseguraría la intervención de diferentes actores en la construcción de política pública. Se pretende que ello responde a un cambio en las relaciones de poder, pero solamente se trataría de una mayor participación de la sociedad civil en la política pública, sin desarticular las relaciones económicas y políticas existentes. Esta participación sirve para obtener una mayor legitimación de las políticas adoptadas, pero se puede observar una ausencia de interés político en las propuestas de los grupos de la sociedad civil, si éstas no representan los intereses de los gobiernos o grupos económicos. La consulta, aun cuando es un mecanismo específico en relación con los pueblos indígenas, resulta un ejemplo de ello, en tanto se realizan consultas formales y las decisiones no reflejan, en muchos eventos, los intereses o necesidades de los pueblos, sin embargo el uso de este mecanismo proyecta una imagen de participación que legitimaría las decisiones tomadas.

En el ámbito internacional el documento de la Unión Europea –UE–, *La gobernanza europea: un libro blanco* (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001), brinda una definición y propone unas estrategias que concretan la gobernanza en este escenario. El documento propone un concepto de gobernanza que “designa las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia”. Esta gobernanza busca “abrir el proceso de decisión política para dotarlo de unos mayores niveles de integración y responsabilidad. Un mejor uso de sus poderes debería permitir a la UE una conexión más directa con sus ciudadanos y dar lugar a unas políticas más efectivas”. Se propone, a través de la gobernanza, un diálogo más sistemático tanto al interior de la Unión, con los representantes de los organismos regionales y locales “en una fase precoz de la elaboración de las políticas”, como hacia los países por fuera de la Unión, mejorando el diálogo

con los agentes gubernamentales y no gubernamentales de otros países, en el marco de la elaboración de propuestas políticas que revistan una dimensión internacional.

En el escenario nacional se pueden analizar diferentes procesos que se han dado en torno a la gobernanza, uno de ellos, en el ámbito de los derechos de la infancia y adolescencia.

POLÍTICA PÚBLICA DE INFANCIA Y GOBERNANZA

El principio de la protección integral de la infancia enunciado en la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– y en los artículos 44 y 45 de la Constitución Política de Colombia, hasta hace poco no se traducían en una política de Estado. La política de infancia estaba constituida por programas o políticas de gobierno, sin la coherencia y continuidad necesarias. Con el Código de la Infancia y la Adolescencia –CIA–, del 8 de noviembre de 2006, se estableció que las políticas públicas de infancia y adolescencia deben ser políticas de Estado y, acorde con el marco normativo internacional, se determinó, en su artículo 7.º, que en el conjunto de políticas públicas, planes, programas y acciones se materializará la protección integral de la infancia. La ciudadanía de las niñas y los niños se hará posible por este conjunto de políticas que de forma integral aseguran cada uno de los derechos que la constituyen.

Según BARATTA (1998: 32) “todas” las medidas tomadas por “instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” tienen que ver directa o indirectamente con la infancia, superando así el límite que impone el propio artículo 3.º de la CDN. De esta manera el principio del interés superior del niño y de la niña “se convierte en el principio de la relevancia universal del interés del niño, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños”. En este sentido, señala, la protección de los derechos de la niñez no es el objeto de instituciones dedicadas a ello, sino una “estrategia general”, donde todas las instancias están involucradas; ello exige la “coordinación y sinergia de todos los actores potencialmente competentes”.

Si bien el Código de la Infancia y la Adolescencia determina que los responsables del diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas, en los ámbitos nacional, departamental y municipal, son el presidente, los gobernadores y los alcaldes, quienes deberán responder disciplinariamente por el incumplimiento, define igualmente las políticas públicas de infancia y adolescencia como el “conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de

la familia”, para garantizarles su protección integral. El nuevo marco normativo establece que a través de la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de los planes, programas, proyectos y estrategias se ejecutan las políticas. De esta manera incluye el concepto de gobernanza dentro de la definición misma de políticas públicas de infancia y adolescencia, entendida como la participación de la sociedad civil en cualquier momento del ciclo de las políticas públicas.

En la gobernanza, como forma de participación, las niñas, niños y adolescentes deben estar presentes como miembros constitutivos de la familia y en general de la sociedad, en tanto son destinatarios de las políticas y su voz debe ser escuchada y ser tenida en cuenta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Pero en relación con los niños y niñas en situación de desplazamiento, la Corte Constitucional, en su Auto 251 de 2008, señaló:

La participación de los menores de edad en situación de desplazamiento en la formulación de la política pública y la adopción de decisiones que les atañen directamente se ve dificultada por la escasa importancia que se le otorga a sus voces y opiniones; en la percepción de los menores de edad, particularmente los adolescentes, o bien no se les toma en cuenta en absoluto para la adopción de determinaciones trascendentales para sus vidas, o bien se les oye de manera formal, sin tomarlos en serio.

En el marco de la gobernanza es necesario, como se ha demandado reiteradamente por el Comité Internacional de los Derechos del Niño en diferentes informes, un sistema de información que permita hacer un seguimiento y evaluación constantes por parte de diferentes actores (2006).

La gobernanza como participación de actores privados, entre ellos, los propios niños y niñas, en los diferentes momentos de la política pública de infancia y adolescencia, es determinante frente a la efectividad de sus derechos. Como anota BARATTA (1998: 32),

... la diferencia entre lo público y lo privado no coincide necesariamente con la que existe entre sujetos públicos y privados. Las actividades de sujetos privados pueden cumplir o contribuir a cumplir funciones públicas. La participación de la sociedad civil en las políticas sociales es un momento esencial en el desarrollo de la democracia participativa y puede jugar un papel trascendente en la políticas de protección de los derechos de la infancia.

EJERCICIOS DE GOBERNANZA EN LA CONSTRUCCIÓN
Y EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA PARA LAS NIÑAS,
LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES EN SITUACIÓN
DE DESPLAZAMIENTO

Como concreción de gobernanza y en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, el Centro de Investigación en Política Criminal –CIPC– ha participado en dos ocasiones en torno a la política pública de niñas y niños en situación de desplazamiento. Los dos ejercicios se presentan frente a diferentes dimensiones y momentos del ciclo de la política pública de acceso a la justicia. Un ejercicio de gobernanza se dio en torno a la construcción de la política pública de protección dirigida a la infancia víctima de desplazamiento, y el otro, en relación con la política pública de justicia para la población víctima de desplazamiento forzado interno, donde se presentó una propuesta de esta política al igual que indicadores de resultado del goce efectivo del derecho de justicia, desde las perspectivas etaria, étnica y de género.

Los dos ejercicios se relacionan con políticas que hacen parte del conjunto de políticas públicas que de forma integral están llamadas a hacer efectivos los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes vulnerados por el desplazamiento forzado interno. De forma particular, las dos políticas garantizan el acceso a la justicia en su doble dimensión, judicial y administrativa. Las dos dimensiones de este derecho, frente a esta población, fueron analizadas en el artículo del libro de la Cátedra Unesco del año 2009 (C. MARIÑO ROJAS: 112).

En relación con la política propuesta como respuesta al Auto de la Corte Constitucional que invitaba a la realización de documentos académicos y técnicos por parte de universidades, centros de investigación y organizaciones especializadas, en el marco de los Autos de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, el CIPC presentó una propuesta de política pública de justicia para las víctimas de desplazamiento forzado interno e indicadores de resultado del goce efectivo del derecho a la justicia de esta población, donde el componente etario fue uno de los ejes centrales, como se anotó. El derecho de acceso a la justicia es aquel a través del cual la víctima puede hacer efectivo su derecho a la justicia en su sentido estricto, esto es, el derecho a que se investigue, juzgue y sancione, evitando la impunidad. Para esta propuesta, el acceso a la justicia se abordó desde los mecanismos judiciales, sólo de forma tangencial se tuvo en cuenta la dimensión administrativa.

El otro ejercicio de gobernanza, primero en orden cronológico, pero a partir del cual se esboza en este artículo la propuesta de política pública de acceso a la justicia a través de mecanismos administrativos, se origina en el Auto 251 del 6

de octubre de 2008 de la Corte Constitucional, en el marco, igualmente, de la superación del Estado de Cosas Inconstitucional –ECI– declarado en la Sentencia T-025 de 2004. En el marco del diálogo generado entre los diferentes actores privados y el gobierno se propusieron diferentes elementos para el diseño de la política pública de protección de la infancia en situación de desplazamiento que harían parte del Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado, ordenado en el Auto. El acceso a la justicia, a través de mecanismos judiciales, se proponía transversal al Programa.

Los mecanismos administrativos, que no fueron propuestos en ese momento, se centran en un programa de protección específico para las niñas y los niños sin acompañamiento, el cual debe ser parte, igualmente, del Programa. Los elementos para el diseño del acceso a la justicia, en esta dimensión administrativa, se desarrollan más adelante.

El proceso dentro del cual se dio este diálogo partió de la consideración de la Corte Constitucional acerca de la obligatoriedad de la participación de las organizaciones de población desplazada y de aquellas promotoras de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado, en el diseño e implementación de este Programa. El proceso generado a raíz de esta consideración representó una oportunidad de trabajo mancomunado para la construcción de políticas entre diferentes personas y organizaciones de la sociedad civil y de interrelación con las instancias oficiales responsables de la política general.

En la parte motiva del Auto 251 se indicaba que el Director de Acción Social debía garantizar la participación convocando a una sesión pública, para determinar la ruta a seguir en el diseño e implementación del Programa. Se ordenaba de igual forma al Director de Acción Social que debía enviar un informe detallado a la Corte Constitucional, en donde se indicara, entre otros aspectos,

... (a) cuáles organizaciones fueron involucradas en el proceso de diseño de este Programa, cómo se les invitó a participar, y cuál fue el alcance de su participación; (b) cuáles propuestas formales presentadas por estas organizaciones fueron aceptadas por Acción Social e incorporadas en el diseño del programa, cuáles fueron rechazadas, y las razones que sustentaron dicha decisión.

En la parte resolutive del Auto 251 la Corte ordenaba que el Ministro del Interior y de Justicia, la Directora del ICBF, la Ministra de Educación, el Ministro de la Protección Social, el Ministro de Defensa y el Director del Programa de Acción Integral contra las Minas Antipersona, en forma conjunta y bajo la coordinación

del Director de Acción Social, diseñaran e implementaran el Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado y se insistía en que se debía “garantizar la participación activa de las organizaciones que promueven los derechos de los niños afectados por el conflicto armado dentro del proceso de diseño” del Programa y de los proyectos piloto de prevención y atención. Dentro de ellas se encontraban: 1. Plan Internacional; 2. Save the Children; 3. Servicio Jesuita para Refugiados; 4. Coalición contra la Vinculación de Niños, Niñas y Jóvenes al Conflicto Armado; 5. Fundación Dos Mundos; 6. Consejo Noruego para Refugiados; 7. Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado; 8. Pastoral Social de la Iglesia Católica, y 9. Fundación Restrepo Barco. Se le comunicó el Auto a estas y a otras organizaciones nacionales e internacionales para garantizar la más amplia participación en el proceso de cumplimiento de las órdenes impartidas y en particular en los procesos de diseño e implementación del Programa.

La Corte indicó que también podrían incluirse otras organizaciones que promovieran los derechos de los niños, niñas y adolescentes desplazados en Colombia. Dentro de ese marco el CIPC, en desarrollo del trabajo realizado en el escenario de los derechos de la infancia y la adolescencia y, en particular, de la investigación desarrollada sobre el derecho de acceso a la justicia de las niñas y los niños víctimas del desplazamiento forzado interno en Colombia, participó en los diferentes momentos de este proceso de construcción de política pública.

Se conformó la Mesa de Seguimiento del Auto 251 con la presencia de 24 organizaciones de la sociedad civil, provenientes de organizaciones nacionales e internacionales, con representación en Colombia, que desde finales del mes de octubre de 2008 trabajaron activamente para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional, en relación con el diseño de los quince proyectos piloto y el programa general de protección. Los diferentes actores, con diversas perspectivas, se agruparon por derechos. Entre ellos, además de las ya mencionadas, se encontraban: Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, Codhes, Viva la Ciudadanía, Taller de Vida, Benposta Nación de Muchachos, Alianza por la niñez, Kid Save, Corporación Paz y Democracia, Corporación Vínculos, Defensa de los Niños Internacional –DNI–, Fundación Creciendo Unidos, Fundación para la Educación y el Desarrollo –Fedes–, Justapaz, Tierra de Hombres –Alemania– y el CIPC (Cátedra Unesco) –Universidad Externado de Colombia–. Además se contó con la participación de organizaciones del Sistema de Naciones Unidas, OACNUDH, Acnur y Unicef. La presencia de los NNAD se dio a través del trabajo que realizan en campo la mayoría de las organizaciones.

El seguimiento a las propuestas que se presentaron se llevó a cabo a través de reuniones convocadas por Acción Social, en torno al diseño, puesta en marcha y seguimiento de los proyectos piloto de prevención y atención implementados en 15 regiones del país, así como a la formulación del Programa de Protección Diferencial.

El Gobierno presentó el Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes Desplazados: “Mis Derechos Primero”, a través de un primer documento, en octubre de 2009, documento que se ajustó y presentó de nuevo a comienzos de 2010. La Mesa realizó un análisis del Programa propuesto por el Gobierno, que ofrecía una primera evaluación de su formulación y en él se señalaba que a pesar de los aportes de la Mesa, presentados a partir de lo dispuesto en el Auto 251, en relación con la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes desplazados por el conflicto armado interno, el Programa del Gobierno no los tuvo en cuenta. La Mesa de Seguimiento del Auto consideró que el diseño e implementación de la política pública del Gobierno, tanto en los doce proyectos pilotos de atención, los tres proyectos pilotos de prevención y protección, como en el Programa, no respondían a la condición de sujetos de protección constitucional prioritaria e imperativa que tienen los niños y las niñas en situación de desplazamiento, por lo que era necesario que tuviera en cuenta de manera suficiente los riesgos especiales, los problemas transversales y las áreas críticas.

A pesar de este balance donde se concluye que la sociedad política no acogió las propuestas de los diferentes actores privados en este ejercicio de gobernanza, a continuación se señalan brevemente los aportes presentados para la construcción de la propuesta en el ámbito de los mecanismos judiciales de acceso a la justicia y se proponen elementos para una política pública de protección de orden administrativo no incluidos en los aportes de la Mesa.

PROPUESTA DE POLÍTICA PÚBLICA PARA LA INFANCIA EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

En el Auto 251 de 2008 se dijo que los niños, niñas y adolescentes colombianos en situación de desplazamiento: “no son tratados de manera acorde con su estatus constitucional como sujetos de protección especial en sí mismos, titulares de derechos fundamentales prevalecientes, y merecedores de atención y protección prioritaria y diferenciada” y que sus derechos fundamentales prevalecientes “están siendo masiva y continuamente desconocidos”. En relación con la política pública de atención señaló:

... la política pública de atención a la población desplazada carece de un enfoque integral de atención diferencial a los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, que sea sensible a los riesgos especiales en el marco del conflicto armado que generan un impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre ellos, a los problemas transversales diferenciados que vulneran sus derechos fundamentales durante el desplazamiento, y a los ámbitos críticos de intensificación de dichos problemas transversales diferenciados [...] las autoridades colombianas están en la obligación constitucional e internacional de incorporar un enfoque integral diferencial de prevención y protección que responda a la realidad de los niños, niñas y adolescentes desplazados...

Frente a ello el Auto ordenó un *Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado* que debería incluir dos componentes centrales:

Prevención, que incluyera los distintos riesgos especiales¹ que causan el impacto desproporcionado del desplazamiento sobre los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento –NNAD–, como la Corte los designa.

Atención integral a los NNAD, que tuviera en cuenta los diferentes problemas transversales² diferenciados que sufren los NNAD, con debida atención a sus áreas críticas de intensificación.

-
- 1 La Corte Constitucional, en su Auto 251 señala que “los niños, niñas y adolescentes están expuestos a riesgos especiales en el marco del conflicto armado –v.g. los riesgos (i) de ser víctimas de crímenes individual y deliberadamente cometidos contra su vida e integridad personal por los actores armados, (ii) de reclutamiento forzado por los grupos armados ilegales, (iii) de ser víctimas excesivamente frecuentes de minas antipersonal y material bélico sin explotar, (iv) de ser incorporados a los comercios ilícitos que soportan a los grupos armados ilegales, (v) de ser víctimas de los alarmantes patrones de violencia sexual contra niñas y adolescentes –y también contra niños–, y (vi) de soportar las estrategias de control social de los grupos armados ilegales que operan en amplias zonas del país, las cuales llevan implícitas pautas de control que restringen y ponen en riesgo a los menores de 18 años–. Estos riesgos, a su vez, causan el desplazamiento forzado suyo, de sus familias y sus comunidades”. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 6 de octubre de 2008, Auto 251 de 2010, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
 - 2 La Corte Constitucional, en su Auto 251 establece ocho tipos de problemas transversales diferenciados: “(a) problemas graves de desprotección frente a diversos riesgos y peligros que amenazan directamente sus derechos en las esferas del maltrato; la violencia; la explotación; la trata; la mendicidad y la vida en la calle; la utilización en comercios ilícitos; el control social por los actores armados ilegales; y la presencia de pandillas y grupos delincuenciales en sus lugares de asentamiento; (b) problemas graves de hambre y desnutrición; (c) problemas graves y mayormente prevenibles en el campo de la salud, derivados tanto de los problemas de alimentación que sufren, como de sus condiciones insalubres de existencia y de la precariedad en la respuesta estatal; (d) problemas graves en el campo de la educación, principalmente en los ámbitos de cobertura y acceso, permanencia, flexibilidad y adaptabilidad del sistema; (e) problemas graves de índole psicosocial; (f) problemas graves en el campo de la recreación; (g) problemas graves en los campos de la capacidad de participación y de organización; y (h) problemas graves en el ejercicio de sus derechos como víctimas particularmente indefensas del conflicto armado y del delito”. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión, 6 de octubre de 2008, Auto 251 de 2010, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

El Auto ordenó, asimismo, el diseño y ejecución de tres proyectos piloto de prevención de tres riesgos que son causa de desplazamiento forzado: el reclutamiento forzado; las minas antipersonal y municiones sin explotar y la victimización de los NNAD, por las estrategias de control social de los grupos armados al margen de la ley. Igualmente, se ordenó el diseño y ejecución de doce proyectos piloto en el ámbito de la atención a los NNAD en doce ciudades especialmente afectadas por la violencia política.

Frente a las órdenes de la Corte Constitucional y en relación con el acceso a la justicia a través de mecanismos judiciales, se señaló la necesidad de incluirlo transversalmente en el Programa para la Protección Diferencial de los NNAD, en tanto el Auto 251 de 2008 consideraba, dentro de los ocho tipos de problemas transversales diferenciados, en relación con las niñas y niños en situación de desplazamiento, que existen “problemas graves en el ejercicio de sus derechos como víctimas particularmente indefensas del conflicto armado y del delito”, pero no ordenaba que se hiciera efectivo el derecho de acceso a la justicia en forma de mandato explícito a ser llevado a cabo en el escenario de la justicia penal. En el Auto se constataba que existen múltiples situaciones de victimización derivadas de infracciones penales, la mayoría de las cuales se refieren a delitos contra persona protegida de manera especial por el DIH, infracciones que son causa o resultado de la situación de desplazamiento. Se requiere, entonces la garantía de los mecanismos judiciales, como mecanismo de protección jurídica, para lograr la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las niñas y los niños víctimas, en tanto se trata de sujetos de protección constitucional prioritaria (C. MARIÑO ROJAS, 2009a: 120).

En relación con el acceso a la justicia, a través de mecanismos administrativos, se propone un *programa de protección para las niñas, los niños y los adolescentes no acompañados*, en situación de desplazamiento. Algunos aspectos de este programa han sido abordados tangencialmente en los anteriores artículos de la Cátedra Unesco. Aun cuando no es un elemento de los ordenados en el Auto 251 de octubre de 2008, de la Corte Constitucional, para la construcción del *Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado*, es un componente necesario frente a la política de acceso a la justicia, en relación con el sector más vulnerable dentro de esta infancia, para el cual no se ha formulado un programa de protección específico, como se ha venido insistiendo en los dos artículos precedentes. Se señalan a continuación los elementos que debe tener este programa de protección para las niñas, los niños y los adolescentes no acompañados, víctimas de desplazamiento.

ELEMENTOS PARA LA DEFINICIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA
DE PROTECCIÓN PARA LAS NIÑAS , LOS NIÑOS
Y LOS ADOLESCENTES NO ACOMPAÑADOS,
EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

La concepción que se tenga de la infancia determinará el tipo de protección que se le brinde. Dentro del paradigma de la situación irregular, tradicional en este escenario, que pervive aún en los modelos de pensamiento de algunos operadores, se ofrecían servicios y atención en clave tutelar, como medida tangencial a una situación estructural que la había generado. La política pública de protección, dentro de la protección integral, debe entenderse como política de restablecimiento de ciudadanía, a través de la restitución de los derechos que la constituyen, y se presenta cuando, aún con políticas públicas que garanticen todos sus derechos, dirigidas a toda la infancia, se da una forma de desprotección, un caso particular de vulneración de derechos.

GARCÍA MÉNDEZ, citado por BARATTA, en el artículo “Infancia y democracia” (1998: 32), ilustra la distribución de las políticas públicas de protección para la infancia, en el marco de la Convención, utilizando la forma piramidal, cuya área disminuye en dirección ascendente. En un primer nivel se encuentran las políticas sociales básicas que están llamadas a hacer efectivos los derechos sociales, entre ellos la educación y la salud y en relación con las cuales las otras políticas son residuales (BARATTA, 1998). En los otros niveles ubicamos la política de protección y la política criminal³, el orden obedece a la posición que estas dos políticas deben ocupar en el momento de su ejecución, dentro de la protección integral. De esta manera, en el segundo nivel se encontrará la política de protección, en sentido estricto, destinada a hacer efectivos los derechos de este orden, esto es, los derechos de protección frente a vulneraciones específicas de derechos de la infancia. El derecho de acceso a la justicia, a través de mecanismos administrativos, hace posible que se concreten los derechos de protección. Estos procedimientos deben observar el debido proceso de orden administrativo, que comprendería a su vez la ejecución de la medida correspondiente (medidas administrativas de restablecimiento de derechos). El Estado no estaría legitimado para aplicarlas cuando su causa ha sido la ausencia de políticas sociales, más aún si se considera que algunas de estas medidas pueden constituir limitación o privación de derechos, como se verá más adelante. Como *ultima ratio* se encuentra

3 La figura propuesta por los autores se divide en cuatro niveles: políticas sociales, políticas de ayuda social, políticas correccionales y políticas institucionales: A. BARATTA (1998).

la política criminal, por la significación que la aplicación de una política de este orden tiene frente a cualquier persona, en especial, frente a los adolescentes y que conlleva, en algunos casos, restricción o supresión de derechos. Es por ello que el Estado no estará legitimado para aplicarla si la no efectividad de los derechos sociales ha influido en la realización de la infracción penal. Esta política hace efectivo el derecho fundamental al debido proceso judicial⁴ de los adolescentes a los que se les imputa, acusa o condena por un comportamiento definido como infracción penal, tanto en el proceso, como en la ejecución de la sanción (sanciones pedagógicas, dentro de un marco de justicia restaurativa).

En la integralidad de las políticas públicas, las políticas sociales deben hacer efectivos los derechos sociales, por ello se les debe dedicar la mayoría de los recursos, ya que por su intermedio se garantizará la inserción social y la posibilidad del ejercicio de la ciudadanía de las niñas y los niños (BUSTELO y MINUJÍN, 1997: 7). Estas políticas constituyen la mejor prevención de las violaciones que dan lugar a la política de protección. Esto es fundamentalmente cierto frente a la infancia desplazada en el conflicto armado interno, ya que la población que resulta especialmente perjudicada por el conflicto es aquella más vulnerada por la ausencia de políticas sociales.

Las políticas sociales resultan ser, dentro de modelos de ciudadanía asistida, políticas asistenciales que no construyen ciudadanía, sino que perpetúan dependencias. A las políticas asistenciales se les destinan sumas ingentes, que resultan más económicas que una verdadera y necesaria política social. Así como frente a la relación política social-política penal NILS CHRISTIE señala: “se gobierna desde lo penal” (CHRISTIE, 2004: 57), se puede ilustrar la relación política social-política asistencial con la expresión: *se gobierna desde lo asistencial*, denotando así que se escapa, en este escenario, hacia este ámbito dejando de lado la garantía de los derechos fundamentales, actuando en escenarios reducidos que tienen un gran capital simbólico, a través de los cuales se envía el mensaje de que se actúa, se gobierna (C. MARIÑO ROJAS, 2009b: 80). La propuesta asistencialista asegura el mantenimiento de las condiciones dentro de las cuales se presenta.

En el marco conceptual de la ponencia al primer debate del CIA se lee:

Cada vez resulta más clara la necesidad de establecer la conexión entre la regulación normativa con las Políticas para que unas y otras puedan cumplir su misión. Cuando el proyecto de Ley señala los mínimos que se deben cumplir para garantizar los derechos,

4 Cuando la víctima acude al proceso penal, lo hace en virtud de su derecho de acceso a la justicia en el proceso penal, lo que le permitirá alcanzar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

éstos a su vez se constituyen en un referente para el diseño de las políticas y su inclusión en los planes de desarrollo en los ámbitos nacional, departamental y municipal...-

La principal política pública, dentro de la protección integral de la niñez, son las políticas sociales cuya ausencia será la causa de la mayor parte de situaciones de vulneración. Como anota BARATTA (1998: 33): “El principio central de la estrategia dirigida a implementar una protección integral de los derechos de la infancia es el de restablecer la primacía de las políticas sociales básicas, respetando la proporción entre éstas y las otras políticas públicas previstas en la Convención”; esto es, sostiene el autor, que las políticas sociales tienen una función primaria y general respecto a las restantes políticas para la infancia.

Como se anotó, las políticas sociales para la infancia y su familia son la mejor prevención en materia de protección. En los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos⁵, el Principio quinto establece:

Todas las autoridades y órganos internacionales respetarán y harán respetar las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluidos los derechos humanos y el derecho humanitario, en toda circunstancia, a fin de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas.

Serán políticas sociales, que fortalezcan a las poblaciones tradicionalmente vulneradas y expuestas al conflicto, al lado de políticas que velen por la protección especial de las niñas y los niños frente a situaciones de riesgo generadas por el conflicto armado interno, las que se deben implementar, en tanto se trata de sujetos con una protección privilegiada, que se deriva tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del DIH, como del marco constitucional y legal. Políticas públicas que protejan integralmente a la familia y la infancia evitarán el desplazamiento y el debilitamiento o ruptura de la familia, de las que se deriva la separación del niño o de la niña de sus padres o hermanos.

De esta forma se dejará reducida la intervención administrativa de la política de protección a eventos particulares de desprotección, en un momento posterior en relación con la política social que buscará el restablecimiento de los derechos vulnerados.

5 Consejo Económico y Social –Ecosoc–, ONU. Documento E/CN.1/1998/53/Add.2, del 11 de febrero de 1998, del 54 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos.

PROTECCIÓN ESPECIAL DE LA INFANCIA EN DESPLAZAMIENTO

La necesidad de proporcionar a la infancia en situación de desplazamiento una protección especial se deriva del desarrollo de la protección especial que tiene la infancia en ámbitos específicos del conflicto armado. La protección especial, en relación con toda la infancia, se enunció en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y se reconoció en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.2, donde se señala que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”; en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre que establece, en su artículo VII, que todo niño tiene derecho a “protección, cuidados y ayuda especiales”; en la Declaración de los Derechos del Niño, donde se parte de la consideración de la necesidad de protección y cuidados especiales y se establece, en su Principio 2, su protección especial; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra en su artículo 24.1, que todo niño tiene derecho a “medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10.3 que establece: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra en su artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; en el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana en relación a los DESC, donde se consagra, en su artículo 16, el mismo derecho.

La CDN establece en su Preámbulo que los niños deben: “recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, y consagra, en su artículo 3.2, que se debe “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”. Al referirse específicamente, en su artículo 20.1, a “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar” la Convención señala que “tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”, y establece entre los cuidados “la colocación en instituciones adecuadas de protección” (20.3), con unas características para su imposición que más adelante se establecerán. En su artículo 39 la Convención establece el marco de protección de la infancia víctima del conflicto armado, como el mismo artículo la define. Esta infancia tendrá derecho a su recuperación física y psicológica, y a su reintegración social. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

A más del reconocimiento de esta protección especial dentro de los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos citados, desde el DIH, el Protocolo I, adicional a los cuatro Convenios, en su artículo 77.I, consagra explícitamente el principio de protección especial de los niños en conflictos armados internacionales:

Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.

A su vez el Protocolo II, en su artículo 4.º titulado “Garantías fundamentales”, en su numeral 3 se refiere igualmente al principio de protección especial que deben recibir los niños en el conflicto armado no internacional: “Se proporcionará a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten...”.

El artículo 38 de la CIDN, norma de DIDH con contenido específico referido a los conflictos armados, establece, en su numeral 4.º el principio de la protección especial de las niñas y los niños en la guerra:

[...] 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por el conflicto armado.

Los Principios Rectores del Desplazamiento establecen que serán aplicados sin distinción alguna, incluida la edad; ni limitando, modificando o menoscabando disposiciones del DIDH, del DIH o de los derechos concedidos por el derecho interno. En relación con la infancia, el Principio 4.2 señala que

... ciertos desplazados internos, como los niños, *especialmente los menores no acompañados*, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales (cursiva fuera de texto)⁶.

6 La Corte Constitucional, en su Auto 251, frente a este principio señala: “Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, que concretan las obligaciones internacionales de Colombia en relación con las personas víctimas del desplazamiento forzado –derivadas del DIH y el DIDH– contienen una provisión general que consagra el deber de protección y atención especial de los niños, niñas y adolescentes desplazados”.

En el ámbito nacional el artículo 41.4 del CIA determina que el Estado debe asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados. Dentro de los derechos de protección se encuentran, según el artículo 20 del CIA, numeral 11, la protección contra el desplazamiento forzado, al lado de la protección contra otras situaciones de vulneración de derechos en el conflicto armado interno, como el reclutamiento, las minas antipersonal y la propia exposición al conflicto.

PROGRAMAS DE PROTECCIÓN

A continuación se describen brevemente las características que debe tener un programa de protección.

Estas características se derivan de los estándares que se dan tanto desde los diferentes instrumentos internacionales, vinculantes o no, como desde las reflexiones que la sociología aporta a la crítica de las instituciones de encierro.

Los programas de protección, que responden a una efectiva política de protección, se confunden frecuentemente con programas de atención. La política de atención debe atender de forma puntual situaciones de riesgo o de vulneración de derechos, restablecer de forma rápida sus derechos y, para evitar el carácter fraccionado con el que esta política suele presentarse, asegurar que a través de la política de protección se dé su restablecimiento y se verifique el estado de cumplimiento de los demás derechos. Para la infancia en situación de desplazamiento la atención humanitaria de emergencia es un ejemplo de atención que se debe dar de forma focalizada, rápida e integral con las demás políticas públicas.

Dentro de los mecanismos de protección jurídica, los procesos administrativos deben buscar la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de la niñez desplazada. La política de protección para esta niñez debe darse dentro de la protección integral, que a su vez debe partir de reconocer a niñas y niños como sujetos plenos de derechos, bajo los principios de dignidad y no discriminación, prevalencia de sus derechos e interés superior de la niña y el niño. El Estado debe velar porque las niñas, los niños y adolescentes en situación de desplazamiento tengan la protección y cuidados necesarios, dentro de una política de restablecimiento de los derechos que se encuentren vulnerados, de prevención, frente a aquellos que estén en riesgo de serlo; y de otorgamiento de derechos frente a aquellos que nunca se hayan hecho efectivos, tanto en el desarrollo del proceso administrativo, como durante la ejecución de la medida de protección.

Para los programas que se diseñen dentro de esta protección especial de la infancia víctima de desplazamiento, se debe hacer una distinción entre infancia

acompañada de su grupo familiar, y las niñas y niños víctimas que no se encuentran acompañados, por el alto porcentaje de infancia huérfana fruto de las dinámicas de la guerra. Para este segundo grupo, la consideración de la separación de la familia del niño o la niña debe ser fundamental en el diseño del programa de protección, de manera tal que la localización de dicha familia, biológica o aquella constituida por lazos de afecto y solidaridad, tendrá que ser su objetivo central, en el caso que sobreviva. El retorno, si las condiciones de seguridad lo permiten, será la medida complementaria al reintegro familiar, como forma de restablecimiento de derechos, de manera que debe constituir igualmente un objetivo del programa que se formule para esta población⁷.

En relación con las niñas y los niños sin acompañamiento, víctimas del delito de desplazamiento forzado interno, se debe diseñar un programa de protección con componentes definidos de acuerdo a sus necesidades. En la actualidad, con base en la situación de “abandono”, se adopta la medida de restablecimiento de derechos establecida en el numeral segundo del artículo 53 del CIA, esto es, la “ubicación” en un programa denominado “programa de atención especializada”, en tanto no se ha establecido un programa de protección específico para esta infancia, ni se ha diseñado y ejecutado un programa general de “atención especializada” para las niñas y los niños víctimas del delito de desplazamiento, como lo ordena el artículo 198 del CIA. De esa forma la finalidad del programa para niños abandonados impulsará el proceso administrativo que se le impone al niño o la niña solos que han sido víctimas de desplazamiento, buscando, en tanto se parte del abandono, una declaratoria de adoptabilidad que puede llevar a una separación definitiva de su familia de origen, a diferencia del fin que tendría un programa específico para las niñas y niños sin acompañamiento, en situación de desplazamiento, que debe ser, como se indicó, la ubicación de la familia. El abandono tipifica una situación diferente: la de una niña o un niño que han sido dejados por su familia, en tanto que la falta de acompañamiento del niño o niña en situación de desplazamiento es fruto de la violencia política que hace víctima a la familia misma.

7 En relación con el reintegro de la familia y el retorno a los lugares de origen, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* incluyen, dentro de las formas de reparación, a la restitución: “[...] 19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, *la vida familiar* y la ciudadanía, *el regreso a su lugar de residencia*, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes (cursiva fuera de texto).

LA LIBERTAD COMO PRESUPUESTO DE LOS DERECHOS

El principio central para determinar la medida a tomar con miras a lograr la protección especial que se les reconoce a estas niñas y niños, debe ser la excepcionalidad de la institucionalización, en tanto el artículo 20.3 de la CIDN indica que los Estados Parte deben garantizarle a los niños que estén privados de su medio familiar, la colocación en hogares de guarda, la adopción, o la *kafala* del derecho islámico, “o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”. De esta forma la institucionalización se considera *ultima ratio*.

Esta *colocación* o ubicación debe ser excepcional, en tanto constituye privación de la libertad. La institucionalización corresponde a la descripción que de la privación de la libertad hace la Regla 11.b. de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de la Libertad:

Por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir por su propia voluntad, por orden de autoridad judicial o administrativa u otra autoridad pública.

En efecto, EMILIO GARCÍA MÉNDEZ (1998: 145) sostiene que la institucionalización es un eufemismo “destinado a designar privaciones de libertad de carácter indeterminado”.

La transcripción de la Regla 11.b, en el CIA, la desvirtúa. El hecho de que el artículo 160 del CIA no incluya, como forma de privación de la libertad, aquella ordenada por autoridad administrativa, no significa que el internamiento por orden administrativa no se deba considerar privación de la libertad. Se debe tomar directamente la Regla para poder establecer si, dados los elementos fácticos allí descritos, una situación constituye o no privación de la libertad.

De esta manera la medida de restablecimiento de derechos establecida en el artículo 53.2. del CIA constituye privación de la libertad, según la Regla 11.b, en el caso que se dé bajo la forma de internado. En efecto, esta medida de restablecimiento de derechos puede implicar privación de la libertad y restricción o supresión de otros derechos y libertades, que resultan inherentes a dicha privación, como la libertad de comunicación o los derechos sexuales, entre otros. Igualmente, las medidas pueden implicar, en eventos diversos al que nos ocupa, separación de la familia, como vulneración al derecho fundamental de niñas y niños.

En relación con estas afectaciones de derechos, la política de protección, a través de los mecanismos administrativos, debe estar claramente establecida, con una delimitación precisa de las garantías, derechos y libertades de las niñas y niños, que a través de ella hacen efectivos sus derechos de protección, y de las facultades de los operadores del proceso administrativo. Por ello el debido proceso, señalado en el artículo 29 de la Constitución Política y 26 del CIA, para todas las actuaciones administrativas, además de las judiciales, para las niñas, los niños y los adolescentes, debe ser estrictamente respetado. Debido proceso que debe abarcar el desarrollo del proceso administrativo, como la ejecución de la medida. Por ello, las medidas para el restablecimiento de los derechos que se pueden imponer en este escenario deben estar previa y taxativamente establecidas, de acuerdo al principio de legalidad que debe regir; pero el CIA incluye, además, la posibilidad de tomar “cualquier otra que garantice la protección integral”, dejando un margen de discrecionalidad, en relación con las medidas de protección, que resulta inadmisibles en tanto podría generar la aplicación de medidas que restrinjan o limiten derechos.

La infancia tiene derecho al restablecimiento de todos los derechos, los cuales deben ser tenidos en cuenta al momento de diseñar una política de protección. Cada uno de los derechos debe ser restablecido de forma integral, por fuera de una institución, en tanto no se pueden considerar restablecidos los derechos que se otorgan de manera temporal y fraccionada.

El presupuesto necesario para el ejercicio de los derechos es la libertad. El goce efectivo de los derechos tiene que partir de ella. Una propuesta pedagógica de formación de individuos integrales, en relación con el derecho a la educación, no se entiende intramuros. Los procesos de sanación serán más rápidos y efectivos en medio de las relaciones afectivas que los promuevan. La recreación tiene que darse *in aperto*, promoviendo vínculos con otros grupos de niños y niñas. La participación, como ejercicio democrático, no se puede considerar ejercida a través de simulacros de democracia a puerta cerrada.

La interrelación en libertad brinda referentes sociales fundamentales para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y, ante todo, social, tomando los diferentes aspectos del desarrollo de la infancia que trae el artículo 27 de la CDN. La institucionalización creará identidades deterioradas, como lo anotara ERVING GOFFMAN (1968), más aún en relación con la infancia. Uno de los derechos que se piensa restablecido al interior de estas instituciones es la educación, que sirve de ejemplo de lo que se anota: una educación en internamiento, con educadores y compañeros institucionalizados, da referentes para la construcción de una identidad igualmente institucionalizada.

Por lo señalado se hace necesario que el programa busque, cuando ha sido imposible hallar a su familia, el otorgamiento al niño o a la niña de un medio familiar, dentro de un medio comunitario, de las mismas características culturales, geográficas y demográficas, entre otras, del lugar original del cual fueron desplazados. El programa debe facilitarle las condiciones para la realización de los derechos de los niños y niñas, a la familia que los acoja, no solo a través del apoyo económico sino de la activación de las redes interinstitucionales. Así se brindará a esta infancia la posibilidad del goce efectivo de todos sus derechos, de forma permanente e integral, para que puedan continuar ejerciéndolos cuando sea ubicada su familia.

El programa que se diseñe será un programa en libertad, atravesado por las diferentes perspectivas que respondan a diversidades reconocidas y protegidas legal y constitucionalmente: la propia etaria, en relación con las diferentes franjas que a su vez componen la infancia, como la primera infancia o la adolescencia; la perspectiva de género, determinante en relación con los derechos de las niñas y las adolescentes; la de diversidad, para los niños y niñas afrocolombianos o pertenecientes a los diferentes pueblos indígenas, entre otras.

Estos son elementos que se ofrecen para el diseño de una política pública de protección, desde la gobernanza, elementos que pretenden aportar en la construcción de una política pública integral y articulada que responda a los principios del interés superior del niño y de la niña y a la prevalencia de sus derechos. Esta política debe ser una política de Estado, constructora de ciudadanía, que haga posible el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, como sujetos de protección especial tanto del DIDH como del DIH, en el plano internacional, como de la Constitución y la ley, en el nacional, que contribuya a la superación de los ciclos de violencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, A. “Infancia y democracia”, en E. GARCÍA MÉNDEZ. *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá, Temis, 1998.
- BUSTELO, E. y A. MINUJÍN. *La política social esquivada*, Documento de Trabajo n.º 2, Unicef, 1997.
- CHRISTIE, N. *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Comisión de las Comunidades Europeas. *La gobernanza europea: un libro blanco*, Bruselas, 2001.

- DORADO, D. “El Departamento Nacional de Planeación y el ciclo de las políticas públicas en Colombia”, en L. C. Gobernanza (ed.). *Seminario de Análisis de Documentos 201: las políticas públicas y los derechos humanos*, Bogotá, 2010.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. *Infancia: de los derechos y de la justicia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- GOFFMAN, E. *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Turin, Einaudi, 1968.
- LAUNAY, C. *El uso del concepto de gobernanza o/y gobernabilidad en Colombia. Cómo distintos actores de la sociedad colombiana (académicos, ONG, Estado) usan y se apropian el término de gobernanza*, 7 de julio de 2006, disponible en [<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-236.html>], consultada el 21 de octubre de 2009.
- MARIÑO ROJAS, C. “Acceso a la justicia de la infancia víctima de desplazamiento forzado interno”, en AA.VV. *Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009a.
- MARIÑO ROJAS, C. “Políticas de protección dentro de las políticas públicas en el marco de la protección integral: restablecimiento de derechos para la infancia maltratada”, en AA.VV. *Mecanismos judiciales y administrativos de protección de sujetos vulnerados*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009b.
- OROZCO, J. M. “Gobernanza Forestal Bosques FLEGT/Colombia”, de Gobernabilidad vs. Gobernanza, junio de 2008, disponible en [http://www.bosquesflegt.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=5:governabilidad-vs-gobernanza&catid=6:governabilidad-vs-gobernanza&Itemid=86], consultada el 20 de octubre de 2009.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, RAE, 2001.
- TORRES, J. “Bases históricas para la reflexión sobre política pública”, en *Política pública y derechos humanos*, Bogotá, inédito, 2010.
- VAITSMAN, J., R. RODRIGUES y R. PAES-SOUSA. *El sistema de evaluación y seguimiento de políticas y programas sociales: la experiencia del Ministerio de Desarrollo Social y Lucha contra el Hambre del Brasil*, Unesco, 2006.
- VARGAS VELÁSQUEZ, A. *El Estado y las políticas públicas*, Bogotá, Almudena Editores, 1999.
- VILLAR, R. “Introducción: de la participación a la incidencia de las OSC en políticas públicas”, en C. D. ACUÑA. *Organizaciones de la sociedad civil e incidencia en políticas públicas*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2003.

ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ

*Obstáculos en la efectividad del derecho
a la reparación en las mujeres en situación
de desplazamiento dentro del sistema judicial*

Resumen. En aquellos casos en los que las mujeres rurales víctimas de desplazamiento tienen el referente de la justicia y denuncian el desplazamiento forzado como un delito independiente de los hechos de hostigamiento que lo causaron, se presentan distintos obstáculos que inciden en la efectividad del derecho a la reparación.

Dentro de dichos obstáculos encontramos: i. Los que tienen que ver con las barreras propias del derecho de acceso a la justicia —algunos de orden estructural y otros de orden económico, social, legal y cultural—, ii. Y otros también de orden estructural que se relacionan directamente con la reparación en estricto sentido dentro del sistema judicial, que inciden en la efectividad de este derecho en las mujeres víctimas del desplazamiento.

Entre estos últimos encontramos: la invisibilidad de los daños causados a las mujeres y del impacto que genera en las mismas; la falta de reconocimiento jurídico del daño desproporcionado que sufren dichas mujeres; la dificultad probatoria de los perjuicios en un proceso judicial y algunos obstáculos en torno a la reparación judicial penal: Ley 975 de 2005, los cuales inciden desfavorablemente en el proceso de reparación, tanto en la selección de las medidas, como en el modo de ejecución de las mismas, pues no se efectúan desde una perspectiva de género que considere la diferencia y sus especificaciones. Por ello, se hace necesario que las distintas recomendaciones efectuadas por la doctrina, las organizaciones no gubernamentales, algunas instituciones del Estado y, en general, por la comunidad internacional, sobre el reconocimiento de la diferencia y sus especificidades en género, se lleven a la práctica dentro del sistema judicial y se hagan efectivas por los funcionarios judiciales al momento de decidir sobre la reparación y su forma de ejecución.

Palabras clave. Reparación, mujer, desplazamiento forzado, sistema judicial.

OBSTÁCULOS EN LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA REPARACIÓN EN LAS MUJERES EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL

En aquellos casos en los que las mujeres rurales víctimas de desplazamiento tienen el referente de la justicia y denuncian el desplazamiento forzado como delito, independiente de los hechos de hostigamiento que lo causaron, se presentan distintos obstáculos que inciden en la efectividad del derecho a la reparación.

1. Resulta importante señalar que muchos de los obstáculos que afectan el derecho a la reparación en las mujeres rurales víctimas de desplazamiento forzado tienen que ver con las barreras propias del derecho de acceso a la justicia, a las que nos referimos en las primeras investigaciones de la Cátedra Unesco publicadas en el libro *Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos*¹. Estos obstáculos,

1 A. L. MONCAYO ALBORNOZ, 2009.

algunos de orden estructural como la cultura patriarcal y la continuidad del conflicto armado, y otros del orden económico, social, legal y cultural, impiden que estas mujeres sean reparadas integralmente dentro de un proceso penal.

Debemos destacar que entre las barreras de orden económico, social, legal y cultural se encuentran el miedo, el desconocimiento del código propio del sistema judicial, los costos, la falta de asesoramiento y acompañamiento en el proceso penal, la desconfianza en el sistema judicial y las trabas legales propias de la normatividad (Ley 906 de 2004 y Ley 1095 de Justicia y Paz), las cuales imposibilitan una efectiva materialización de las distintas medidas de reparación: restitución, indemnización, rehabilitación, garantías de no repetición y rehabilitación en las mujeres rurales desplazadas por la violencia (A. L. MONCAYO ALBORNOZ, 2009).

2. No obstante, existen dentro del sistema judicial otras barreras de orden estructural que impiden que las mujeres víctimas del desplazamiento sean reparadas en estricto sentido, en sus derechos vulnerados. Y es sobre éstas a las que nos referiremos a continuación:

a. Invisibilidad de los daños causados a las mujeres y del impacto que genera en las mismas

Es frecuente que el daño causado a las mujeres, y sus consecuencias, sea equiparado con el daño causado a la familia en general (BERISTAIN, 2008).

Esta dificultad se hace mayor en casos de vulneraciones diferentes a la violencia sexual contra las mujeres², ya que ésta ha sido ampliamente visibilizada por parte de organizaciones feministas y de derechos humanos, no así, por ejemplo, frente al delito de desplazamiento forzado.

Aunque el impacto de la violencia del desplazamiento forzado contra las mujeres es devastador y desproporcionado, y ha sido evidenciado en su orden por organizaciones de mujeres y de derechos humanos nacionales e internacionales, así como por instituciones del Estado³, etc., en la mayoría de ocasiones, tanto la comunidad como los operadores y funcionarios encargados de las políticas de

2 Incluso “muchas de las formas de violencia dirigidas contra la función o la capacidad reproductiva de las mujeres no han sido adecuadamente conceptualizadas en los debates sobre reparación, bien sea porque han sido excluidas o porque han sido agrupadas bajo el rótulo común de la violencia sexual, incluso si el delito no es estrictamente el mismo y los daños causados sobre la víctima tampoco” (RUBIO-MARÍN, 2010, p. 32).

3 La Corte Constitucional, en el Auto de 14 de abril de 2008, señaló los riesgos de vulnerabilidad específicos a los que están expuestas las mujeres en el contexto del conflicto armado.

atención y de justicia del Estado, no identifican ni reconocen la magnitud ni la especificidad de su daño.

Así, entonces, es usual que ante un hecho de desplazamiento forzado, los funcionarios y funcionarias que administran justicia no se detengan en la identificación del daño que sufren las mujeres respecto de las alteraciones en su rol, ni en la sobrecarga emocional, social y económica que el hecho conlleva. Sobre este último aspecto vale la pena señalar que el 43% de los hogares desplazados tienen jefatura femenina (Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, 2009: 75); información que demuestra los distintos cambios que deben afrontar las mujeres en su hogar, el incremento de la responsabilidad, y la limitación económica y cultural en la búsqueda de oportunidades.

El desplazamiento forzado lesiona en las mujeres una multiplicidad de derechos fundamentales, ocasionándoles daños, tanto materiales como inmateriales, independientes de los que se pueda causar a otros miembros de la familia y que deben ser reparados, ya sea en la instancia judicial o en la administrativa, de conformidad con los estándares internacionales de reparación⁴. De tal manera que frente a ellas se requiere un reconocimiento del daño teniendo en cuenta su individualidad, sus especificidades y diferencias, para así obtener una reparación adecuada, efectiva, rápida⁵ y proporcional a la gravedad de las lesiones y al daño sufrido, desde una perspectiva de género⁶.

b. Falta de reconocimiento jurídico del daño desproporcionado que sufren las mujeres

Recordemos que el daño⁷ es la causa de la reparación y esta es la finalidad última de la responsabilidad (Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, 2009: 73). Ahora bien, sin entrar en un análisis dogmático del daño, el ocasionado por el desplazamiento forzado a las mujeres supone la existencia de perjuicios tanto de orden material como inmaterial⁸ así:

4 “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” contenidos en el documento E/CN.4/2005/59.

5 *Ibid.* num. 11.

6 *Ibid.* num. 15.

7 Daño como elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad, pero no suficiente, el cual deberá ser probado en instancias judiciales (HENAO, 2007, p. 38).

8 Partiendo de una clasificación de daño en función de las consecuencias que genera (SESSAREGO, 2001). En el mismo sentido (HENAO, 2007, p. 192), entre otros.

i. El daño material está conformado, de una parte, por las consecuencias patrimoniales que genera la vulneración, esto es el daño emergente, en el que se incluyen los gastos en los que incurren las víctimas y sus familiares como resultado de los hechos violatorios: gastos médicos, judiciales, de asistencia jurídica⁹, etc.; y de otra, por el lucro cesante que es el ingreso que la víctima o sus familiares dejaron de percibir como consecuencia del hecho lesivo. Dicho en palabras del Juez SERGIO GARCÍA es la “expectativa cierta que se desvanece como consecuencia de la violación cometida” (GARCÍA RAMÍREZ, 1999: 339).

ii. El daño inmaterial¹⁰ contempla el daño moral, que es precisamente el dolor o sufrimiento, el cual “proviene de los efectos síquicos sufridos como consecuencia de la violación de derechos y libertades” (GARCÍA RAMÍREZ, 1999: 339); el daño fisiológico, que se presenta por la pérdida de la posibilidad de realizar las actividades placenteras de la vida, y el daño al proyecto de vida reconocido en la jurisprudencia internacional que “atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas” (GARCÍA RAMÍREZ, 1999: 343).

Así, por ejemplo, el contenido del daño al proyecto de vida debería ser considerado en la reparación de las mujeres víctimas de desplazamiento forzado interno. Ya se advirtió que este daño inmaterial hace alusión, desde la perspectiva de la libertad y temporalidad del ser humano, al daño que “compromete seria y profundamente, la libertad del sujeto a ser ‘él mismo’ y no ‘otro’, afectándolo en aquello que hemos denominado su identidad dinámica, es decir, el despliegue de su personalidad” (SESSAREGO, 2001: 26).

Este daño, que afecta sin duda las expectativas personales y profesionales del ser humano es, en palabras de SESSAREGO, “un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir, en tanto compromete de modo radical, su peculiar y única manera de ser” (2001: 28).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, sobre este tipo de daño, que el mismo

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Neira Alegrían y otros vs. Perú, Sentencia de reparaciones y costas del 19 de septiembre de 1996, párr. 12, “Perjuicios que deben ser probados en el proceso en el que pretenda su cobro”.

10 Según la Corte Suprema de Justicia, “En algunas decisiones esta especie de daño se ha incluido de manera genérica dentro del daño moral, pero no se excluye que también pueda apreciarse en sede del daño material”: Sentencia de segunda instancia 34547 del 27 de abril de 2011, M. P.: MARÍA DEL PILAR ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS. En este sentido se comparte lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al incluir dentro de los daños inmateriales, al daño al proyecto de vida.

... se asocia al concepto de realización personal¹¹, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone [...] esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto (*sic*), su cancelación o menoscabo implica la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte...

No se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable –no meramente posible– dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias actitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito¹².

Pues bien, el contenido de este daño debería también serle reconocido a las mujeres víctimas de desplazamiento forzado, independientemente de la denominación que tenga y de la naturaleza o tipología en la que se encuentre, y se debería materializar en las distintas medidas de reparación; así, un rubro autónomo para la indemnización se hace necesario. Aunque este último aspecto parece lógico no siempre ha sido percibido así; por ejemplo, la Corte, en el caso *Loaiza Tamayo*, se abstuvo de indemnizarlo. Decisión que no se comparte, por lo expresado en su momento, por el juez ROUX RENGIFO, en el sentido de que la indemnización compensatoria para María Elena Loaiza Tamayo debió reflejar el valor del daño al proyecto de vida, el cual ya se había reconocido. En el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*¹³, la Corte valoró la existencia del daño al proyecto de vida, pero al

11 En la misma Sentencia la Corte IDH, al referirse al daño al proyecto de vida, para diferenciarlo con otros, señala: “Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el ‘daño emergente’. Por lo que hace al ‘lucro cesante’, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización personal de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse, razonablemente, determinadas expectativas y acceder a ellas”: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loaiza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de reparaciones y costas del 27 de noviembre de 1998, párr. 147.

12 *Ibid.*, párr. 148-149.

13 Con posterioridad, la Corte Interamericana, en Sentencia de reparaciones del 3 de diciembre de 2001, en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, respecto del daño al proyecto de vida, señaló: “[...] 60. Es por otra parte, evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su ‘Proyecto de vida’”. En la misma sentencia la Corte

fijarlo de manera global dentro de la compensación por daños inmateriales, no fue clara respecto de la indemnización que merecía la víctima por la existencia del mismo¹⁴.

En relación con las mujeres víctimas del punible de desplazamiento forzado, delito que se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento¹⁵, resulta fundamental la identificación del daño, tanto fáctica (especificidad y diferencias, etc.) como jurídicamente, por las partes e intervinientes en el proceso y por los funcionarios que administran justicia, con el fin de obtener una reparación integral.

La identificación como individualización del daño se hace necesaria, y aunque su reconocimiento resulta esencial, no es suficiente, ya que se requiere que éste sea tenido en cuenta por el juez al momento de seleccionar las distintas medidas de reparación y la forma de ejecución de las mismas, para así materializar el derecho que tienen las mujeres víctimas a la reparación integral, con un enfoque que considere sus diferencias y sus especificidades.

fijó en equidad y de manera global el valor de las compensaciones por daño inmaterial. No obstante, en el párrafo 8o de la citada providencia, respecto al daño al proyecto de vida, la Corte señaló “que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija –así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios– en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado”.

“Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de Reparaciones del 3 de diciembre de 2001, en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, párr. 53.

14 Situación que es similar en Colombia con el daño a las “alteraciones en las condiciones de existencia”. Así, el Consejo de Estado no siempre fue claro en lo atinente al contenido del daño a las alteraciones en las condiciones de existencia: pasó de afirmar, en pronunciamiento del 19 de agosto de 1994 (C. P.: SUAREZ HERNÁNDEZ, exp. 92760) que este daño se encontraría cobijado por los reconocimientos por perjuicios morales y materiales concedidos, a señalar (en pronunciamiento del 14 de marzo de 1996, C. P.: CARRILLO BALLESTEROS, exp. 11038) que en el supuesto de que se hubiera probado el daño a las alteraciones en las condiciones de existencia, su reparación estaría envuelta dentro del monto que cubre los perjuicios morales. Esta última postura ha sido reiterada por dicha institución en otros pronunciamientos (13 de marzo de 1995. C. P. MONTES HERNÁNDEZ, exp. 9277; 3 de noviembre, C. P.: SUAREZ HERNÁNDEZ, exp. 8851). Sobre este particular señala con razón JUAN CARLOS HENAO: “Bien valdría la pena que el Consejo de Estado colombiano, en lugar de afirmar que su presencia llevaría a elevar el monto de los daños morales, procediera a acoger autónomamente el nuevo rubro del daño” (HENAO, 2007, p. 279).

15 No sólo como violación al derecho humanitario sino como delito común.

c. Dificultad probatoria de los perjuicios ante un proceso judicial

La cultura patriarcal ha permeado las actividades productivas y reproductivas de manera estructural en la sociedad, las cuales se han afianzado en mayor medida en el sector rural donde la división entre lo femenino y lo masculino se ha intensificado, y con ella, la relación entre lo privado y lo público (MONCAYO ALBORNOZ, 2007). De tal manera que la mujer rural ha asumido el campo de lo doméstico (cuidado de los hijos y del hogar), de lo privado, situación que incide negativamente al desplazarse forzosamente, pues se enfrenta abruptamente al ámbito público, que le resulta desconocido, y con él se ve obligada a realizar un cambio en su rol, transformándolo al de proveedora.

Por este y otros motivos son pocas las mujeres en situación de desplazamiento que deciden entrar al sistema judicial para ser reparadas (MONCAYO ALBORNOZ, 2009), este resulta ser un campo a todas luces desconocido para ellas, en tanto cuenta con un código propio y un sinnúmero de obstáculos en su ejercicio. Ya en las instancias judiciales, para efectos del reconocimiento de sus derechos vulnerados, se hace indispensable la prueba del daño. La prueba que exige el sistema judicial no sólo va dirigida a demostrar el hecho delictivo, sino también la calidad de víctima, la responsabilidad de los autores, el nexo causal entre el perjuicio y la conducta delictiva del postulado, y la cuantía de los perjuicios que pretende hacer valer en un juicio (GTZ, 2010: 190, 191, 192). Cargas procesales que sin duda para cualquier víctima son un vía crucis, y que se acentúan para estas mujeres que en su mayoría carecen de un capital simbólico¹⁶ que las fortalezca.

Así, en el caso de la compensación como medida de reparación, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

... para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados debe demostrarse: a) su existencia, y b) su cuantía, mientras en el de carácter moral subjetivado sólo se debe acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción¹⁷.

¹⁶ PIERRE BOURDIEU, 2000.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Segunda Instancia, proceso n.º 34571, Justicia y Paz contra Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez (Caso Mampuján y San Cayetano).

Por fortuna la Corte Suprema de Justicia ha considerado que, en situación de graves y masivas violaciones a los derechos humanos, se debe “flexibilizar el umbral probatorio”¹⁸, y así evitar la aplicación del principio de equidad, que ha sido duramente criticado¹⁹ por considerar que presenta un amplio margen de discrecionalidad. En fallo de segunda instancia dentro del procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, este tribunal manifestó la necesidad de acudir a hechos notorios, juramento estimatorio, modelos baremo o diferenciado, presunciones y reglas de la experiencia con el propósito de facilitar la prueba de dichos perjuicios.

Ahora bien, resulta importante que este criterio de manejo en la ponderación de las pruebas a favor de las víctimas en violaciones de derechos humanos sea aplicado por los funcionarios judiciales desde un enfoque diferencial, que reconozca la especial situación que afrontan las mujeres en la demostración de la existencia del daño, el nexo de causalidad entre el perjuicio y la conducta delictiva, y la cuantía del perjuicio.

Efectuadas estas consideraciones, resulta importante analizar los casos en los que dichas mujeres entran al sistema judicial penal, específicamente al procedimiento previsto por la Ley 975 de 2005 con relación al tema de reparación y los mecanismos previstos en esta Ley.

ALGUNOS OBSTÁCULOS EN TORNO A LA REPARACIÓN JUDICIAL PENAL: LEY 975 DE 2005

a. Desconfianza en el procedimiento de la ley de justicia y paz

En cuanto a la reparación, en el procedimiento de la Ley 975 de 2005, es pertinente manifestar que el hecho de que sólo para el 27 de abril de 2011 se tuviera –en firme– la sentencia parcial de los postulados Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez ha generado desconfianza en la efectividad del sistema, de ahí que valga la pena retomar lo señalado por FIX-ZAMUDIO: “una justicia retrasada es una justicia denegada”²⁰.

18 Auto del 12 de mayo de 2009, Rad. n.º 31150.

19 Criterio utilizado por el Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, decisión de primera instancia contra Uber Enrique Banquez Martínez y Edwar Cobos Téllez (Caso Mampuján y San Cayetano).

20 Citado en GARCÍA RAMÍREZ, 2004, p. 109.

b. Dificultad en aquellos casos en los que no hay individualización de los autores o partícipes

La situación empeora en aquellos casos en los que no hay individualización de los autores o partícipes (art. 42 inc. 2 de la Ley). Lo que ha ocurrido en estos casos es que la Fiscalía no ha dado trámite al incidente de reparación integral, con el argumento de “congregar todos estos hechos (por los que procedían las solicitudes) en las versiones de los ‘comandantes’, y establecer la autoría o participación en estos hechos por ‘jerarquía’ o ‘línea de mando’, eliminando de esta manera la condición de ‘sujeto activo no individualizado’” (Procuraduría General de la Nación y Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010: 99). Sobre este particular la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá acogió en muchas ocasiones los argumentos de la Fiscalía, pero en otras no prosperó la petición del incidente de reparación integral, por considerar que no podía establecerse con claridad que el hecho que se denunciaba correspondiera con el actuar de algún grupo armado beneficiario de la Ley; y por la inexistencia del nexo causal entre el daño y el actuar del grupo o el hecho atribuido a una organización no desmovilizada. La Corte Constitucional, en providencia del 11 de febrero de 2007²¹, con relación al incidente de reparación establecido en el artículo 42.2 de la Ley 975 de 2005 —a propósito de la denuncia interpuesta por el Sr. Carlos Augusto Mosquera Cruz en calidad de víctima del delito de desplazamiento forzado— señaló:

... que el señor Carlos Augusto Mosquera Cruz tiene la condición de víctima del delito de desplazamiento forzado, pues como él mismo lo relató se vio obligado, junto con su familia, a cambiar su residencia del corregimiento de Timba al municipio de Jamundí (Valle), dado que luego de un enfrentamiento entre el Ejército Nacional y guerrilleros de las FARC, surgieron grupos armados al margen de la ley que causaron muerte a varias personas y a otras las desaparecieron, *lo cierto es que no se vislumbra de manera alguna que tal perjuicio mantenga vínculo causal alguno con actividades realizadas por grupos armados ilegales desmovilizados beneficiarios de la Ley 975 de 2005* (cursiva fuera de texto).

Así las cosas, señaló que la pretensión de reparación está sujeta a los siguientes presupuestos:

... (i) Comprobar la real ocurrencia del daño real, concreto y específico invocado por la víctima o su apoderado. (ii) Demostrar la relación causal entre las conductas de los

21 Corte Constitucional. Radicado 28769 del 11 de febrero de 2007, extracto n.º 39.

miembros del grupo armado ilegal, realizadas durante y con ocasión de su pertenencia al mismo (bloque o frente), y los perjuicios sufridos por quien aduce la condición de víctima. (iii) Acreditar que el referido grupo se sometió a la preceptiva de la Ley 975 de 2005, esto es, que tiene la condición de desmovilizado y, en razón de ello, a sus integrantes se les ha postulado por el Gobierno Nacional. (iv) *Citar la declaración judicial de responsabilidad penal de los miembros del grupo armado al margen de la ley (sentencia condenatoria o audiencia en la que se declare la legalidad de la aceptación de cargos), sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial.* (v) Oportunidad procesal definida en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, esto es, que se proponga “en la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos”. (vi) Cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo que realizó la conducta generadora del perjuicio irrogado a la víctima, pero se haya demostrado el daño y su nexa causal con las actividades del grupo armado ilegal beneficiario de la Ley 975 de 2005, el pago de la indemnización se realizará con cargo al Fondo de Reparación (cursiva fuera de texto).

Es importante recalcar que posteriormente la Corte Suprema de Justicia, en auto del 23 de mayo de 2008 (Radicado 29642), confirmó la decisión del Tribunal Superior de Bogotá de no dar iniciación al incidente de reparación del inciso 2,^o del artículo 42 de la Ley de Justicia y Paz, por señalar que

... para poder reclamar ante los tribunales de Justicia y Paz una indemnización o buscar la reparación integral de los perjuicios o daños recibidos por cuenta del accionar de los grupos armados ilegales es imprescindible (i) que se identifique o individualice el bloque o frente responsable del agravio, (ii) que exista relación causal entre el concierto para delinquir del grupo y el daño producido, (iii) que la banda se haya desmovilizado y sus miembros estén postulados a los beneficios consagrados en la ley 975 de 2005; y (iv) que se agoten los procedimientos de ley por parte de la fiscalía para individualizar al responsable o informe que no lo pudo hacer, para que sea viable la apertura del incidente de reparación.

En esta última decisión la Corte Suprema de Justicia por fortuna excluyó el requisito de la “declaración judicial de responsabilidad penal de los miembros del grupo armado al margen de la ley (sentencia condenatoria o audiencia en la que se declare la legalidad de la aceptación de cargos), sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial”. No obstante, la iniciación del incidente de reparación integral, en el caso en el que la fiscalía no ha individualizado al responsable, continúa siendo de difícil aceptación por parte de los Tribunales, y con ella, la materialización del derecho a la reparación de las víctimas.

c. Dificultad en la tasación de los perjuicios por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Aunque la Sentencia del 19 de marzo de 2010 proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá contra Wilson Salazar (alias “el Loro”) fue declarada nula por la Corte Suprema de Justicia, resulta importante señalar lo dicho por la primera instancia con relación a la compensación. El Tribunal Superior acogió en su momento los criterios del Consejo de Estado, pero redujo el monto de los perjuicios materiales a pagar a cada beneficiario en un 50%, así como también el monto de los perjuicios morales, quedando estos en 50 salarios mínimos mensuales vigentes para cada grupo familiar, después de que el Código Penal consagrara hasta 1.000 salarios mínimos para estos perjuicios. En dicho pronunciamiento el Tribunal no reconoció ningún daño emergente respecto a las víctimas; tasó el lucro cesante haciendo uso de la fórmula del Consejo de Estado y a su resultado le restó el 50% (GÓMEZ y BERNAL SARMIENTO, 2009: 609 y ss.). Reducción que, según el Tribunal, obedeció a una actitud mesurada y razonable en el entendido que habrá millones de víctimas de violaciones de derechos humanos que deberán ser reparadas. Dicho en otras palabras, el Tribunal redujo los montos de los perjuicios partiendo de que los mismos serán pagados por el Presupuesto General de la Nación y no por los bienes de los victimarios.

Posteriormente, el mismo Tribunal, en Sentencia de primera instancia contra Edwar Cobas Téllez y Uber Enrique Banquéz (caso Mampuján y San Cayetano) decidió no aplicar los criterios del Consejo de Estado mencionados, sino el principio de equidad, en el entendido que como fallador no entraría a calcular los perjuicios materiales e inmateriales con base en las pruebas aportadas sino a través de la fijación de un monto de acuerdo la gravedad del delito. Según dicho Tribunal, tal principio se hacía necesario por la “imposibilidad de evaluar de acuerdo a las reglas probatorias ordinarias el daño material e inmaterial causado, debido (i) a la cantidad de víctimas, (ii) al carácter masivo de violaciones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y (iii) al hecho de que en casos como el de los desplazados forzadamente tuvieron que huir de repente sin poder llevarse con ellos documentación alguna relativa a la titularidad de los bienes que tuvieron que dejar atrás u otros que acreditaran su pertenencia de muebles”.

Sobre este particular resulta acertado lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia al resolver la Segunda Instancia y apartarse de la utilización del principio de equidad en la compensación; así, señaló: en los “perjuicios demostrados cuya cuantía no cuenta con suficientes elementos de acreditación, en lugar de acudir a la equidad con el fin de dotar al fallador de amplias facultades en su tasación,

menester resulta afinar los criterios de ponderación de las pruebas con las que se cuente, todo ello con el fin de evitar inequidades y tratamientos desiguales frente a supuestos de hecho semejantes, máxime, si como ya se ha expuesto, la función de la equidad no es esa, sino la de corregir la ley en el caso particular”²².

Así las cosas, por fortuna la Corte consideró necesario reducir el margen de discrecionalidad del Tribunal Superior de Bogotá en la cuantificación de la indemnización y ajustar los criterios al principio de necesidad de prueba, con la característica de flexibilidad por tratarse de víctimas de violaciones de derechos humanos.

De lo expuesto se puede inferir que la satisfacción de las medidas de reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos en general está en cuestión, no sólo por lo tardío de la sentencia, sino por muchas razones que obedecen a distintas esferas: así, de lo someramente visto se colige, de una parte, el tinte político del tribunal en la selección de perjuicios a reconocer, incluso de los ya aceptados (pues no se reconoció el daño emergente), y la tasación de los mismos (reducción del monto en el reconocimiento de perjuicios materiales), y de otra, la falta de voluntad del Estado en la ejecución de medidas de reparación simbólica y de satisfacción que inciden en las garantías de no repetición.

CONCLUSIÓN

Estas son algunas de las dificultades manifiestas en la selección de las distintas formas de reparación dentro del procedimiento de justicia y paz, que, en relación con las mujeres en situación de desplazamiento, se acentúan, pues como lo vimos a través de este escrito, en una primera fase se invisibiliza el daño causado, considerándolo un daño familiar no solo desde el ámbito social sino también desde el judicial. Esto, sin dejar de lado los distintos obstáculos probatorios y legales que deben afrontar en la especificidad de los procedimientos penales una vez el caso entra al sistema.

Las barreras de distinto orden, algunas de orden jurídico y otras de orden estructural, como las culturales, inciden desfavorablemente en el proceso de reparación, tanto en la selección de las medidas, como en el modo de ejecución de las mismas, pues no se efectúan desde una perspectiva de género que considere la diferencia y sus especificidades. Por ello es necesario que las distintas

22 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Segunda Instancia del 27 de abril de 2011, proceso n.º 34571 Justicia y Paz contra Edwar Cobas Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez (Caso Mampuján y San Cayetano).

recomendaciones efectuadas tanto por organizaciones no gubernamentales como por instituciones del Estado y, en general, por la comunidad internacional, sobre el reconocimiento de la diferencias y sus especificidades de género, se lleven a la práctica dentro del sistema judicial y se hagan efectivas por los funcionarios judiciales al momento de decidir sobre la reparación y el modo de ejecutarla.

BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN, C. M. *Diálogo sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, t. II, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- BOURDIEU, PIERRE. *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2000.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado. *Reparar de manera integral el despojo de tierras y bienes*, vol. 5, Bogotá, Torre Gráfica, 2009.
- FORZADO, C. D. *Superar la exclusión social de la población desplazada*, vol. 3, Bogotá, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, noviembre de 1999, disponible en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_329.pdf], consultada el 1.º de octubre de 2009.
- M’CAUSLAND, M. *Tipología y reparación del daño no patrimonial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- MONCAYO ALBORNOZ, A. L. “Los derechos económicos sociales y culturales en la mujer y el acceso a la justicia”, en *Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia un desafío a los derechos humanos*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MONCAYO ALBORNOZ, A. L. “Acceso a la justicia: mujer y desplazamiento forzado interno. Los derechos económicos sociales y culturales en la mujer y el acceso a la justicia”, en *Derechos humanos y violencia: Gobierno y Gobernanza. Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- RAMÍREZ, S. G. “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, disponible en [www.juridicas.unam.mx], consultada el 14 de septiembre de 2008.
- RETTBERG, A. *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.

SESSAREGO, C. F. “El daño al proyecto de vida”, *Diké*, disponible en [www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlosfernandez_casareo/articulos/ba_fs_7.pdf], consultada el 20 de noviembre de 2009.

CARLOS IVÁN MOLINA BULLA

*Gobernanza y salud mental: dimisión del Estado ante la
construcción de política pública en salud mental*

Resumen. En esta tercera entrega se desarrolla la última fase del ejercicio de la Cátedra Unesco en torno a la construcción de política pública en salud mental para la población general y para la población afectada por el desplazamiento forzado, dada su grave vulneración en esta área. En este camino se recuerdan, en primera instancia, los hallazgos en la literatura científica a propósito de la afectación en salud mental de la población, y se complementa con nuevos estudios y aproximaciones. En segundo lugar, se realiza un seguimiento a la propuesta de Política Nacional del Campo de la Salud Mental que fue desarrollada por la Asociación Colombiana de Psiquiatría –ACP– para el Ministerio de la Protección Social y, en particular, a su plan estratégico, como ejercicio de sostenibilidad política. Finalmente, se establecen los obstáculos, así como las dificultades para el logro de un compromiso estatal y ministerial en cuanto a la salud mental de los colombianos.

Palabras clave. Dimisión estatal, sostenibilidad política, actores sociales, atención primaria en salud mental, plan estratégico.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con las indicaciones de la Cátedra Unesco, durante los años 2008 y 2009 se desarrolló el seguimiento al trabajo realizado por la Asociación Colombiana de Psiquiatría –ACP– y el Ministerio de la Protección Social en el marco de la Política Nacional del Campo de la Salud Mental. Este seguimiento contempló tanto la propuesta para la comunidad en general, como los aportes para la población en situación de desplazamiento forzado, dada la alta afectación de esta población por problemas de salud mental y trastornos de mentales. De acuerdo con dos trabajos previos en el marco de la cátedra (MOLINA BULLA, 2007 y MOLINA BULLA, 2009), existen situaciones y vulneraciones para la población que han sido subestimadas por el gobierno saliente y que deben ser objeto de intervención a través de la acción política. Es por ello que se hace indispensable el reconocimiento de este problema social relevante, así como el seguimiento a estos esfuerzos en la construcción de política pública de salud mental para la población en general y en especial para la población vulnerada por el desplazamiento.

Dentro de los hallazgos en los dos trabajos anteriores se identificó que:

– Por el hecho mismo de la migración, todas las comunidades que se desplazan presentan una mayor frecuencia de problemas emocionales, algunos indiferenciados, así como un mayor riesgo de trastornos mentales, lo que lleva a considerarlas poblaciones vulnerables en salud mental. Esta situación se ha hecho evidente en estudios sobre migrantes, con una mayor correlación cuando coexiste la migración con dificultades sociales y precipitantes violentos. Además, estos hallazgos, se han confirmado en el espacio local, en los estudios de algunas ONG, como Médicos sin Fronteras.

– La población desplazada y refugiada sufre emocionalmente. Presenta dentro de la población migrante una alta probabilidad de trastornos mentales relacionados con la situación que precipitó su movilización: la violencia; más aún cuando esta violencia persiste, siendo objeto de nuevas vulneraciones (en el trayecto, al ser desplazada, en los sitios de refugio y/o en el sitio de llegada).

– Existía, para el 2006, un vacío de política pública en salud mental; vacío representado por una Política Nacional de 1998, que no fue realmente implementada, y una Ley 100 de 1993, desconocedora de las problemáticas nacionales de salud mental. El Ministerio de la Protección Social abrió entonces (en un momento de toma de conciencia sobre la magnitud de la situación) una licitación para la construcción de una nueva política nacional de salud mental, el desarrollo de esta nueva aproximación a la salud mental en el marco de la Atención Primaria en Salud¹ y un documento de plan estratégico para la implementación de la política, así construida.

– La elaboración de la nueva propuesta es llevada a cabo por la ACP, que ganó la licitación. El autor de este artículo está involucrado y participa activamente en su construcción como miembro de la Asociación y de manera paralela en su seguimiento y lectura del proceso, como parte de la Cátedra Unesco².

– De acuerdo con los elementos de la Cátedra, se trabajó y relató, en las entregas anteriores sobre el curso de este trabajo, la identificación del problema, de los actores, el contacto con las ONG involucradas, así como el reconocimiento de las ideas planteadas. Así mismo, se identificaron las dificultades encontradas en la implementación de la nueva propuesta de política (MOLINA BULLA, 2007 y 2009).

– La propuesta de Política Nacional del Campo de la Salud Mental (ACP y MPS, 2007), cuyo documento fue finalizado en diciembre de 2007, hace relevante a la población en situación de desplazamiento forzado como población vulnerable. En el marco de los tres conceptos enlazados en la dicha política: *salud mental, derechos y capital global*, se logró contextualizar a esta población (así como a la población general) y su grave situación³. Además, de acuerdo con lo planteado,

1 La APS, corresponde a una estrategia global de intervención en salud, multinivel, que está impulsando nuevamente la Organización Mundial de la Salud en todos los espacios de intervención, incluida la salud mental.

2 El aporte directo a los conceptos y desarrollo teórico en la Política Nacional desarrollada, fueron suministrados de manera independiente a la Cátedra.

3 Acudiendo a los conceptos bourdianos, para mayor ilustración se puede consultar el documento de Política en la página de la ACP: [<http://www.psiquiatria.org.co/>].

el desarrollo de cada uno de estos ámbitos requiere de los otros dos, y no es posible desligarlos.

– Es claro que desde estos tres puntos de vista, la población en situación de desplazamiento forzado por la violencia:

- Resulta gravemente afectada en su salud mental, sin que necesariamente se configure un trastorno; es una población vulnerable en Colombia así como en otros países afectados por fenómenos similares donde no poder acceder a los servicios de salud mental necesarios y proporcionales, afecta sus derechos y el desarrollo de sus capitales.

- La vulneración generalizada de los derechos de la población desplazada, que comienza y se perpetúa en el tiempo, establece una afectación permanente que se ve reforzada con el asistencialismo estatal. La mirada ciega a estas vulneraciones y la perpetuación de las mismas corresponde a una *dimisión del Estado* (BOURDIEU, WACQUANT, CHAMPAGNE y BLASZ, 1999) con respecto a sus responsabilidades para enfrentar la problemática. Esta responsabilidad no se mitiga con pequeñas intervenciones de urgencia y se perpetúa con la reedición de las vulneraciones en sus derechos (incluido el derecho a la salud); vulneraciones que no están siendo controladas por el Estado.

- La descapitalización que sufre la población desplazada no se limita a la pérdida económica (y de tierras); comprende, como en otras comunidades migrantes una *deriva social* y pérdida de:

- i. Capital cultural (el acervo histórico, educativo formal o informal) con el que cuentan a la salida y que no logran reproducir fácilmente a su llegada a los lugares de asentamiento, ante todo a grandes ciudades que no valoran este capital.

- ii. Capital simbólico: representado por el reconocimiento y legitimidad construida con el colectivo al que pertenecían y del que fueron expulsados, más aún si son poblaciones estigmatizadas como colaboracionistas de uno u otro bando.

- iii. Capital social: que es vinculante con el medio y sus integrantes, y que no se limita a los círculos cercanos, inmediatos y personales, sino que también es heredado de la familia extensa y de los padres que los transmiten. Al migrar de manera forzada, este capital construido por generaciones se pierde y solo se mantiene parcialmente al llegar a comunidades de origen similar, como lo intenta la población en situación de desplazamiento

El pobre reconocimiento de estas pérdidas y sus configuraciones internas, establece intervenciones precarias y cortoplacistas que no contribuyen a estrategias globales de comprensión y aproximación al fenómeno.

- En una aproximación directa desde la Cátedra Unesco a los autores de la nueva Política Nacional del Campo de la Salud Mental era evidente, para ellos, el aporte de esta propuesta tanto a la población general, como a la población ob-

jeto. En una serie de preguntas con el Método Delfos (MOLINA BULLA, 2009) se reconstruyó la opinión del grupo sobre los alcances y limitaciones en un ejercicio prospectivo para la población afectada. En aquella ocasión se realizó, además, un ejercicio de divulgación de estas conclusiones en la Mesa de atención psicosocial para la PSD del Ministerio de Protección Social y la OMS-OPS⁴, apoyando a la ACP desde los hallazgos de la cátedra.

En los últimos dos años la propuesta de política pública ha tenido un proceso sinuoso en su implementación, como se podrá ver más adelante, yendo esto de la mano de nuevas consideraciones y planteamientos gubernamentales en torno de la intervención a la población general.

I. SALUD MENTAL DE LA POBLACIÓN REFUGIADA Y AFECTADA POR EL DESPLAZAMIENTO: AVANCES DESDE LA LITERATURA CIENTÍFICA

Dentro de la problemática delimitada en la revisión anterior sobre salud mental y trastornos mentales en la población desplazada y refugiada, se encuentran tanto las consecuencias de la migración, como de la violencia política precipitante (MOLINA BULLA, 2007). Nuevos estudios en la literatura científica han profundizado en el problema.

Tanto durante el trayecto como a su llegada a un destino se hacen manifiestas las dificultades emocionales de las víctimas, entre las cuales predominan aquellas asociadas a la aculturación, problemas de identidad, problemas de conducta en jóvenes, alteración de la dinámica familiar, violencia intrafamiliar, abandono, ingreso a la delincuencia o a otros grupos al margen de la ley. En el trayecto como en el sitio de llegada se incrementan las posibilidades y riesgo de abuso físico y sexual, ante todo en los sitios de asilo o albergues, con el desarrollo de trastornos de estrés agudo y de estrés postraumático, que no son producto del evento desplazante, sino de nuevos eventos violentos.

Así mismo, se asocian trastornos claramente configurados como los depresivos y otros de ansiedad (aparte del TEPT). Adicionalmente se relacionan dificultades de sueño y molestias físicas indiferenciadas. Las mujeres y los niños toleran una alta carga emocional, realizando con frecuencia labores que previamente no desarrollaban, así como sobrellevando la carga de las dificultades familiares, además del estigma cultural en el lugar de llegada y el asociado al género.

4 Organización Mundial de la Salud- Organización Panamericana de la Salud.

En el caso de los niños, las mayores dificultades en el corto plazo están relacionadas con la adaptación al sitio de llegada, a la escuela y la relación con sus pares; sin embargo, a largo plazo aparecen resaltados los problemas relacionados con el núcleo familiar y, particularmente, el vínculo con la madre (MOLINA BULLA, 2007). Los problemas de aculturación se hacen más evidentes en los niños y adolescentes que, luego de tres años de desplazamiento, se niegan a regresar a su lugar de origen.

En cuanto al núcleo familiar, las mayores dificultades asociadas tienen que ver con las violencias del maltrato hacia los menores, el abuso sexual y el maltrato de género. Los integrantes de la familia deben sobrellevar, además, la carga emocional de las afectaciones de los otros integrantes.

Por otra parte, en los estudios nacionales e internacionales es poco frecuente que se puedan identificar los elementos favorables con los que cuentan las familias en situación de refugio o desplazamiento (connotación positiva); elementos y capacidades entre los que se encuentran la habilidad de las mujeres para gestionar recursos y asociaciones, la de los adultos mayores para transmitir el conocimiento, y la de los menores para recibir y reproducir el apoyo.

Después de la revisión realizada en el año 2006 hay pocos cambios en la literatura con respecto a las vulneraciones en salud mental de esta población, pero sí se establecen confirmaciones y especificaciones relacionadas con la evidencia previa y los conceptos interrelacionados de capital global, salud mental y derechos de la propuesta de política pública.

Un avance lo representan estudios poblacionales⁵ en desplazamiento interno como uno adelantado en Darfur (Sudán) por GLEN, RABIH y LYNN (2007), de acuerdo con el cual el 31% de la población afectada por el desplazamiento llenaba criterios para un trastorno depresivo mayor, 5% reportó ideas suicidas y el 2% había tenido intentos suicidas en el último año. En el 2% de los casos, algún familiar se suicidó en el año anterior⁶.

De acuerdo con este mismo estudio, un análisis por género encontró que el 98% de las mujeres llenaba criterios para un trastorno depresivo mayor, lo cual confirma la alta carga emocional que viven en el proceso de desplazamiento.

No resulta extraño que la mayor parte del apoyo que recibieron para estas dificultades emocionales y mentales fue por parte de consejeros de agencias internacionales y otras ONG, y no del gobierno involucrado.

5 La mayoría de ellos son estudios que reportan la consulta por problemas de salud mental y no son estudios poblacionales. Esto hace que la población esté autoseleccionada.

6 Esta frecuencia de ideas y conducta suicida se añade a lo planteado en la primera revisión realizada.

Lo anterior hace evidente también la pobre intervención estatal, ya sea por la dificultad de recursos, por la dimisión del Estado o ambas.

Por otro lado, en un estudio en jóvenes refugiados en Dinamarca (MONTGOMERY y FOLDSPANG, 2007), se encontró una fuerte asociación entre problemas emocionales, problemas sociales, discriminación y dificultades de adaptación. Esta situación se asocia asimismo con el desarrollo de dificultades de conducta en este grupo migrante. Además, se da un proceso de discriminación en el sitio de llegada, asociado con un comportamiento internalizado, en tanto las dificultades de adaptación social estuvieron relacionadas negativamente con conductas tanto internalizadas como externalizadas. Así como en otros estudios, se hace evidente que la discriminación hacia la población migrante en el sitio de llegada se encuentra asociada con problemas mentales y, ante todo, con mayor frecuencia a trastornos de estrés postraumático, trastornos depresivos, de estrés y a dificultades de conducta asociadas. Este tipo de asociación desfavorable suele estar relacionada con graves problemas de adaptación social no necesariamente asociados a la etnia o la procedencia cultural. Sin embargo, sí se asocia con una educación limitada y con dificultades para la comunicación (mas no con problemas familiares o de relaciones entre pares).

Por otro lado, las dificultades emocionales en jóvenes no parecen estar asociadas con otras situaciones en las que están inmersos como la competencia social, el desempeño académico, sus actividades, las relaciones familiares o la independencia económica, que son también indicadores sociales.

Por último, se han establecido serias limitaciones al acceso a los servicios necesarios para la población desplazada y refugiada, y su atención en salud mental.

En otros países (FRANKS, GAWN y BOWDEN, 2007) este tipo de problemas tiene que ver con las diferentes comprensiones sobre lo mental, la pérdida de credibilidad en el sistema, el estigma, las dificultades para priorizar en salud mental, y el miedo a la autoridad. En el caso de barreras directas, éstas están asociadas a experiencias previas desafortunadas al intentar lograr los servicios como la falta de traductores o intérpretes, el no contar con los recursos necesarios, con el transporte o con el acceso geográfico. A lo anterior se suma que los servicios en salud mental destinados a comunidades pobres, altamente representadas por personas migrantes, suelen tener peores recursos y el personal menos calificado o actualizado en salud mental (DASHIFF, DiMICCO, MYERS y SHEPPARD).

Es por tanto evidente que los hallazgos recientes tiene una alta relación con aquellos planteados por las ONG que han trabajado en salud mental con población desplazada en el país. Las vulneraciones de la salud mental se reproducen en otras poblaciones en condiciones similares, de allí que se deba considerar su

seguimiento e intervención oportuna en esta área, gracias a políticas estatales de salud mental claras y proporcionales al problema.

2. SEGUIMIENTO AL PLAN ESTRATÉGICO PARA LA SUSTENTACIÓN Y VIABILIDAD DE LA POLÍTICA NACIONAL DEL CAMPO DE LA SALUD MENTAL

Existe una dificultad general en el desarrollo de las políticas públicas que ha afectado el ejercicio previo de la política nacional de salud mental en el país y en otros contextos, que corresponde y se relaciona con la *sostenibilidad política*⁷ de las propuestas de política pública en los escenarios políticos, y con los actores que toman decisiones y que son puntos nodales en sus desarrollo, como lo plantea MELTSNER (1994). De acuerdo con su planteamiento, el desarrollo de las políticas, siguiendo esquemas habituales, es muy técnico y adolece de la aproximación práctica a los decisores finales de política que pueden asumir diferentes posiciones frente a la misma.

Incidir sobre esta área, al construir política pública, implica establecer los escenarios (no en términos prospectivos, sino de contextos) y los puntos nodales de los grupos de interés, o grupos de presión, a la hora de asumir la propuesta que se quiere desarrollar.

Por tanto, el ejercicio de plan estratégico conllevó un análisis previo de la situación y unas estrategias acordes con las dificultades que se podían prever (p. ej., la pobre respuesta ministerial a los intentos de construcción de política), dado que es necesario reconocer que existen características particulares que se ciñen a la cultura política, los actores políticos y los operadores en salud de la Nación y que definen el curso de la propuesta.

Por lo anterior, el plan estratégico para la implementación de la Política Nacional del Campo de la Salud Mental contempló los espacios de gestión con operadores de salud, con actores políticos y en medios de comunicación. En un proceso de gestión política de la propuesta que se ha llevado a cabo por parte de la Asociación Colombiana de Psiquiatría, de acuerdo con los compromisos establecidos se accedió a diferentes espacios nodales, en un ejercicio democrático deliberativo y de Gobernanza, aunque sin el apoyo claro que se esperaba por parte del Ministerio de Protección Social.

Para poder entender que esto ocurriera, es necesario tener en cuenta que la cultura política del país y su idiosincrasia, que impacta tanto a las instituciones

7 En términos de la política del poder.

ministeriales como a todo el gobierno en su conjunto, conlleva elementos tales como el ser individualista-paternalista y el estar regida por poderes soberanos y disciplinares⁸.

Se establecieron, a pesar de lo acontecido, espacios para este desarrollo de la política, dentro de los cuales un equipo coordinador que debería tener al Ministerio de Protección Social a la cabeza, entrevistas semi-estructuradas con actores clave (puntos nodales), conversatorios con operadores y otros actores, así como divulgación en medios de comunicación⁹.

En el año 2007 se elaboró un documento final de Plan estratégico para la sostenibilidad política, consistente con los otros dos documentos entregados al Ministerio de Protección Social (el de política y el de desarrollo sectorial de atención primaria en salud mental), y se inició un trabajo de gestión que ha estado primordialmente liderado por la ACP y su Grupo de Políticas¹⁰, asumiendo como sociedad civil su compromiso social dentro un Estado Social de Derecho¹¹.

3. DESARROLLO ACTUAL DEL PLAN ESTRATÉGICO: GOBERNANZA Y GESTIÓN POLÍTICA PARA LA SOSTENIBILIDAD

Si entendemos que la nueva gobernanza es percibida como “el reparto de las tareas y responsabilidades entre actores públicos y privados en un proceso de interacción más o menos constante” (SIDENIUS, 1999, citado por MORATA, 2004), la construcción de política pública en el campo de la salud mental es consistente con el trabajo iniciado por el Ministerio de Protección social junto con la Asociación Colombiana de Psiquiatría, así como el esfuerzo constante de la Asociación por mantener este propósito.

Por lo anterior se estableció, a través de diferentes abordajes, la *gestión política*¹² de la Política Nacional, aunada a las posibilidades de la propuesta desarrollada y al marco del plan estratégico. Algunos de estos abordajes han dado resultado con diferentes actores dentro del sistema; sin embargo, como también se planteó, la respuesta a la gestión realizada fue variable en el tiempo, como se verá más adelante.

8 Una mixtura y en fases distintas antes, durante y de la post- modernidad con diversidad geográfica, en términos foucaultianos. Para mayor ilustración cfr. MICHEL FOUCAULT. *El poder psiquiátrico*, 2003.

9 Referencia al Plan Estratégico.

10 Para 2009, constituyó el Subcomité de Salud Mental Pública y Social de la ACP.

11 No un “Estado opinión”, impuesto y pseudoidentitario.

12 Gestión con los nodos de decisión, con los actores que detentan poder.

De acuerdo con espacios de actuación multinivel¹³, los avances son los siguientes:

– *Para el apoyo gremial por parte de la psiquiatría.* Se realizaron conversatorios dentro de espacios como las reuniones de comités gremiales, los foros gremiales regionales y el Congreso Nacional de Psiquiatría (de 2006 a 2009). Llama la atención que la posición del gremio psiquiátrico frente a la política, ha sido diversa, cambiante, con una dificultad primordial para salir del marco de la enfermedad mental (para parte del gremio), pero además, y de fondo, con inquietudes económicas en torno a la necesidad de una política que reconozca la situación de los hospitales, los problemas económicos del gremio y el desarrollo sectorial intervencionista dentro de la propuesta de política. Sin embargo, existe un reconocimiento al trabajo realizado con la aprobación del Subcomité de Salud Mental Pública y Social, adscrito al Comité Científico de la ACP. Este Subcomité espera desarrollar los principios establecidos en la Política y continuar con la gestión política de la propuesta.

– *Con operadores de salud.* Se adelantaron reuniones con los entes territoriales de salud, gestionadas por el Ministerio durante 2007. En 2008 se desarrollaron foros regionales como un esfuerzo particular de la Asociación Colombiana de Psiquiatría para la divulgación de la política. En este ámbito ha sido fundamental el apoyo de las regiones al proceso, la evidencia de trabajo en torno a desarrollo de políticas, así como la implementación de APS en salud mental. En la actualidad se hace relevante una mayor apropiación de la propuesta de política para las regiones (Atlántico, Bogotá, Cundinamarca, Antioquia) que en el Ministerio de Protección Social.

– *Con actores clave.* i. Inicialmente DIEGO PALACIO otorgó el aval ministerial para la propuesta y para este ejercicio de sostenibilidad política de parte del Ministro de Protección Social, y propuso acceder un nivel superior (la vicepresidencia), en tanto reconoció que la Política era suprasectorial y con un componente asociado a los derechos humanos. Sin embargo, este contacto no fue formalizado posteriormente por el Ministerio. El apoyo inicial en el Ministerio de Protección Social se dilató después de entregada la propuesta en diciembre de 2007. ii. Por lo anterior, el grupo de políticas de la ACP, inició otros contactos para impulsar la propuesta¹⁴ y se logró una entrevista con el entonces Procurador General de la Nación, EDGARDO MAYA VILLAZÓN. La Procuraduría –de manera acorde con su función estatal de veedor de los derechos, de la política pública y

¹³ Gobernanza multinivel.

¹⁴ Se intentó un contacto presidencial que no fue fructífero.

sus desarrollos— manifestó su interés en la Política planteando dos espacios de apoyo a la misma: en un foro, convocando a los actores sociales involucrados, y en el Congreso Nacional de Psiquiatría.

– *El foro de la Procuraduría*, desarrollado en septiembre de 2008, precipitó un nuevo pero fugaz interés por parte del Ministerio de la Protección Social ante la presión del Ministerio Público. En cabeza del Viceministro CARLOS IGNACIO CUERVO se retomó la discusión de los documentos elaborados en octubre de 2008, aunque con una limitada lectura de los dos documentos adicionales. La discusión sobre la política con los integrantes del Ministerio, y ante todo la propuesta sectorial entregada (de atención primaria en salud) se ha dilatado hasta el día de hoy.

– Posteriormente, el Procurador participó en la apertura del *Congreso Nacional de Psiquiatría* de 2008 y reafirmó su apoyo. Se puede decir que el apoyo de la Procuraduría fue el mayor logro obtenido en el desarrollo del plan estratégico para la Política Nacional.

– *Con la rama legislativa* se han hecho contactos con por intermedio de MARTA LUCÍA RAMÍREZ, y con otros congresistas. Otros avances en esta área han sido limitados.

– *En la discusión transectorial*: i. El Foro en la Procuraduría General de la Nación logró convocar a entidades de salud, hospitalarias y a otros sectores participantes como el ICBF, educación, Fuerzas Armadas y estupefacientes, quienes en principio dieron su aval al documento Política Nacional y su discusión, rescatando la mirada de salud mental, no centrada en la enfermedad; concepto dentro del cual las actividades de estos otros sectores son coincidentes y demuestran un esfuerzo permanente por la salud mental.

4. ESCOLLOS Y OPOSITORES: DESARROLLO GUBERNAMENTAL PENDIENTE Y FUTURO EN LAS REGIONES

Además de llevar a cabo la discusión sobre una nueva política de salud mental se contempla como escenario indispensable la decisión ministerial de apropiación que actualmente se encuentra detenida. Esta ralentización del desarrollo del trabajo entre actores públicos y privados responde a la vieja manera jerárquica de construir política pública frente a una nueva modalidad concertada y multinivel propia de una nueva gobernanza.

Sólo a través de la apropiación ministerial será posible establecer los acuerdos transectoriales e intrasectoriales sobre el documento de política, la aproximación desde la APS o su componente en salud mental, y el compromiso gubernamental para gestionar la propuesta de política y respaldarla con miras a un documento

CONPES con Planeación Nacional, tal como se había contemplado desde un comienzo, por parte de todos los actores involucrados en la construcción democrática de la política.

Sin embargo, la decisión aún no se ha tomado o no se ha hecho explícita, dilatando el pago *de la deuda que en salud mental* tiene el gobierno con el país y que él reconoce.

Dentro de las razones identificadas para esta posición ministerial se han contemplado las siguientes dificultades:

– Desde el punto de vista ministerial a la propuesta planteada le hizo falta la delimitación de estrategias sectoriales directas. Sin embargo, este desarrollo hace parte del segundo documento entregado al Ministerio y que no fue trabajado por el mismo.

– La relación con otros sectores fue considerada como intromisión en áreas que no correspondían a la Política (lo que va en contra del concepto de Gobernanza). Desde el punto de vista ministerial, la propuesta se extralimita, cubriendo aspectos que no son del sector.

– El cuestionamiento desde la propuesta de política al sistema de aseguramiento, y la capacidad del mismo para realizar los cambios necesarios y así atender las necesidades en salud mental de la población y en particular de la más vulnerable, como es el caso de la Población en Situación de Desplazamiento Forzado, no fue de buen recibo. El Ministerio manifestó no estar dispuesto a la crítica del sistema (2008). Esta mirada responde igualmente a los principios de *autoridad y centralismo*, así como a la *lógica de mercado a toda costa* (MORATA, 2004), que se contrapone al concepto de Gobernanza. Sin embargo, el nuevo contexto mundial en lo social, económico y político pone en tela de juicio este modelo, ante exigencias tan grandes como las que precipita la situación de desplazamiento forzado.

– Plantear la posibilidad y/o necesidad de una política redistributiva fue leído como una idea que se salía del marco político del gobierno Uribe, y un planteamiento demasiado cercano a las ideas de izquierda.

– El planteamiento de una atención primaria (Organización Panamericana de la Salud –OPS–) en salud mental con enfoque de derechos tampoco fue acogida. Se considera, por el gobierno, hablar de un componente de salud mental en la atención primaria en salud

– Los “problemas de segundo orden” (como problemas de la salud), son los que marcan el desarrollo de las sociedades actuales (TODT y GONCALEZ, 2006). Implican una exigencia hacia instituciones que en ocasiones generan más efectos secundarios, dado su funcionamiento jerárquico y burocrático. Es ante estas limitantes que el ejercicio de una nueva gobernanza se hace oportunidad.

Un desarrollo nacional de la propuesta de política pública será posible sólo si se establecen los acuerdos transectoriales e intrasectoriales necesarios, la articulación con otras políticas, una profundización en el documento de política, la aproximación desde la Atención Primaria en Salud con el enfoque que se desee, acorde con las necesidades del país, y el compromiso gubernamental para gestionarla con miras a un documento CONPES con Planeación Nacional, como se había contemplado desde un comienzo en el ejercicio entre la sociedad civil y el Estado.

Queda la duda sobre el verdadero interés del Ministerio y el gobierno saliente en el desarrollo de política pública en salud mental, si este era certero o si todo el ejercicio tuvo como objetivo cumplir con un requisito ante los organismos multilaterales y/o realizar un gasto más del presupuesto. También queda en entredicho su capacidad de gestión ante una situación social que mezcla problemas de primer orden (como *lucha de clases*, según TODT [TODT y GONÇALEZ, 2006]) y de segundo orden como son los problemas de *la salud*.

En el caso de la salud mental de la Población en Situación de Desplazamiento Forzado, queda ceñida a los intentos de atención en el primer nivel con la formación de operadores en salud mental, fruto de la presión de la Corte Constitucional, que parece ser el camino más expedito para que el Gobierno no dimita en sus responsabilidades de construcción democrática.

Los escenarios actuales para el desarrollo de políticas en salud mental se encuentran más ligados a las regiones, poniéndose en juego las decisiones multinivel y los nuevos acercamientos de la sociedad civil a los entes de control y a la Corte Constitucional en busca de decisiones claras en salud mental, con la participación activa de todos los actores, públicos y privados.

Hacia allí encaminaremos nuestros esfuerzos y aprendizajes: una capacidad de aprendizaje que, entendemos, debe ser colectiva si apelamos al concepto de Gobernanza.

BIBLIOGRAFÍA

- ACP y MPS. *Política nacional del campo de la salud mental: documento propuesta para discusión y acuerdos*, Bogotá, Ministerio de la Protección Social, 2007.
- BOURDIEU, P.; L. WACQUANT, P. CHAMPAGNE y G. BLASZ. “La dimisión del Estado”, en P. BOURDIEU. *La miseria del mundo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- DASHIFF, C.; W. DiMICCO, B. MYERS y K. SHEPPARD. “Poverty and Adolescent Mental Health”, *Journal of Child and Adolescent Psychiatric Nursing*, 2009.

- FRANKS, W.; N. GAWN y G. BOWDEN. “Barriers to access to mental health services for migrant workers, refugees...”, *Journal of Public Mental Health*, 33, 2007.
- GLEN, K.; T. RABIH y L. LYNN. “Basic Health, Women’s Health, and Mental Health Among Internally Displaced...”, *American Journal of Public Health*, 353, febrero de 2007.
- MELTSNER, A. “La hechura de las políticas”, en *Antología de las políticas públicas*, Porrúa, 1994.
- MOLINA BULLA, C. I. “Capital global y política pública en salud mental: La pertinencia de la Política Nacional de Salud Mental ante las consecuencias emocionales, individuales y familiares del desplazamiento forzado”, en M. GUTIÉRREZ QUEVEDO (coord.), *Cátedra Unesco derechos humanos y violencia : gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia : un desafío a los derechos humanos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MOLINA BULLA, C. I. “Desarrollo e implementación de Políticas Públicas de salud mental y población en situación de desplazamiento forzado: construcción y desafíos”, en M. GUTIÉRREZ QUEVEDO (coord.), *Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los derechos humanos*, , Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- MOLINA BULLA, C. I. “Estudios de futuro: elementos prácticos en ciencias sociales”, en C. MARIÑO (coord.). *Mecanismos judiciales y administrativos de protección de sujetos vulnerados*, Cátedra de investigación científica, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- MONTGOMERY, E. y A. FOLDSPANG. “Discrimination, mental problems and social adaptation in young refugees”, *European Journal of Public Health*, 2007.
- MORATA, F. “Regiones y Gobernanza multinivel en la Unión Europea”, en F. MORATA. *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Organización Panamericana de la Salud –OPS–. *Organización Panamericana de la Salud*, disponible en [http://www.paho.org/spanish/ad/ths/os/aps-declaracion_regional-sep05.pdf], consultada el 17 de septiembre de 2010.
- TODT, O., y M. GONÇALEZ. “Del gobierno a la gobernanza”, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, 2006.

MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA

INGRID DUQUE MARTÍNEZ

*La niñez: protagonista del desplazamiento
forzado en Colombia*

Resumen. El documento presenta un breve recuento del principal marco normativo y jurisprudencial que se ha aplicado en Colombia para la atención de la niñez en situación de desplazamiento forzado; de igual forma realiza el seguimiento a la política pública en esta misma materia, con énfasis especial en el marco del cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional mediante Auto n.º 251 de 2008, que determina los parámetros generales para la atención de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, y presenta los principales avances y retrocesos que se han experimentado en el proceso.

Palabras clave. Desplazamiento forzado, niñez desplazada, atención diferencial, política pública, protección integral, restablecimiento de derechos, goce efectivo de derechos, estado de cosas inconstitucional.

Han pasado varios años desde que iniciamos la ambiciosa labor de definir, en el marco de una injusta realidad social de la que por momentos nos sentimos parte y en otras meros observadores indiferentes, la situación y atención que reciben por parte del Estado colombiano, de las ONG nacionales e internacionales y del ciudadano del común, los niños, niñas y adolescentes, que sin la pretensión de serlo, se han convertido en protagonistas del desplazamiento forzado en Colombia.

Este documento es parte del esquema de investigación que se inició desde el año 2007, lejos de pretender sentar una verdad absoluta frente a las actividades que deben recibir una especial vigilancia y control por parte de las autoridades públicas que tienen la obligación legal de prodigar atención integral a los niños, niñas y adolescentes víctimas del desplazamiento forzado en Colombia, busca convertirse en una directriz elaborada con fundamento en la realidad organizacional, jurídica y económica de nuestro país.

Tal como se mencionó en el primer documento que forma parte de esta investigación¹, la constante y sistemática vulneración de los derechos fundamentales de la población víctima del desplazamiento forzado en Colombia, que empezó a presentarse muchos años atrás pero que se agudizó durante los años noventa, permitió que lo que hasta ese momento fuera una situación invisible para muchos de nosotros, empezara a convertirse en una realidad que al inicio nos parecía ajena y extraña, pero que con el paso de los días se convirtió en algo inocultable; nos acostumbramos a ver a los desplazados en los semáforos, plazas públicas, parques, o cualquier otro lugar que les permitiera recuperar el espacio que la violencia les había quitado.

1 MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA e INGRID DUQUE MARTÍNEZ. “Marco normativo y políticas públicas en niños, niñas a adolescentes desplazados”, en *El desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 77 a 122.

Como consecuencia de esta grave situación, y ante la urgente necesidad de atender sus necesidades básicas, miles de nuestros compatriotas reclamando una respuesta, pero sobre todo una acción inmediata del Estado que se había mostrado incapaz de evitar el acoso que los actores armados al margen de la ley venían imponiendo en parte de nuestra extensa geografía, hicieron colapsar el sistema judicial ante el abrumador número de acciones de tutela que fueron interpuestas como único mecanismo efectivo para recibir ayuda por parte de la administración que, valga la pena mencionar, no se encontraba preparada para atenderlos, pese al tímido intento que había quedado plasmado en la Ley 387 de 1997.

Lo anterior generó lo que hoy se conoce como el “estado de cosas inconstitucional”, mismo que fue declarado por la Corte Constitucional en Sentencia T-025 de 2004, y la que consideramos uno de los pilares fundamentales de esta investigación, pues es allí en donde, por primera vez, se expiden órdenes de perentorio cumplimiento para que dentro de un plazo razonable y a través de una acción conjunta entre todos los entes del Estado y la definición de tareas específicas para cada uno de ellos se lograra superar esta situación.

Para la Corte Constitucional, la situación que vivían miles de familias conformadas en su mayoría por mujeres cabeza de familia, adultos mayores y niños, niñas y adolescentes cumplía cada uno de los elementos que conforman la existencia de un *estado de cosas inconstitucional*; elementos que por el carácter de este documento, consideramos importante recordar a continuación:

En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un

estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas².

Así las cosas, iniciaremos haciendo un recuento del principal marco normativo y jurisprudencial existente para la atención de la niñez en situación de desplazamiento forzado, continuando con un análisis y seguimiento a las políticas públicas relacionadas en la primera entrega de esta investigación, así como aquellas que hayan sido creadas para la atención de la mencionada población, finalizando con una mención especial al informe de rendición de cuentas de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional expedido en el marco del cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, mediante Auto n.º 251 de 2008, que determina los parámetros generales para la atención de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, y algunos comentarios frente a los avances y retrocesos que se han experimentado a lo largo de este camino.

I. MARCO NORMATIVO

1. *Declaración de los Derechos del Niño de 1924 y 1959*. Estos pronunciamientos de la comunidad internacional, consagraron como un deber de todos los seres humanos el brindar lo mejor de sí mismos para procurarle a la niñez, una protección de carácter especial, de forma tal que puedan tener “una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian (Preámbulo a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959)”.

2. *Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, suscrita en San José de Costa Rica el día 22 de noviembre de 1969 y ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972*. En particular respecto a los niños, niñas y adolescentes y el ambiente en donde deben desarrollarse, los artículos 11, 17, 19, 22 y 27 consagraron protecciones para la honra, la dignidad, la familia, la circulación, la residencia y la imposibilidad de suspender garantías mínimas aún en situaciones de guerra, peligro público o cualquier otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, en que las mismas se presenten.

2 Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

3. *Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o conflicto armado, adoptada por la resolución 3318 (XXIX), de 1974 de la Asamblea General de Naciones Unidas.* Este instrumento internacional se ocupa de reconocer la imperante necesidad de proporcionar una protección especial a las mujeres y los niños, que forman parte de las poblaciones civiles, y que se encuentran en estados de emergencia o de conflicto armado. En especial lo contenido en los numerales 4, 5 y 6 que consagran una prohibición respecto de los niños, niñas y adolescentes, en el sentido de no poder ser objeto de persecución, tortura, medidas punitivas, tratos degradantes y/o violencia.

4. *Ley 12 de 1991, por medio de la cual se aprueba la convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1989.* La totalidad de este documento se encuentra inspirada en el deseo y obligación que tiene la humanidad frente a los cuidados y asistencia especial que requieren los niños, niñas y adolescentes, para que puedan desarrollarse dentro del seno de una familia, en un ambiente de comprensión, amor, felicidad, seguridad y respeto.

La Convención de los Derechos del Niño busca sentar las condiciones mínimas por las que debe propender cualquiera de los Estados que lo adopte dentro de su legislación para hacer efectiva la protección que se haya contenida en el mencionado cuerpo normativo.

Respecto a la protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas del desplazamiento forzado, la Ley 12 de 1991 aborda el tema más concretamente en los artículos 6, 16, 20, 22, numerales 1 y 4 del artículo 38 y 39.

5. *Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) Aprobado el 8 de junio de 1977 por la conferencia diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados y ratificado por Colombia mediante la Ley 171 de 1994.* Este cuerpo normativo se ocupa de abordar el tema de las garantías fundamentales que deben ser proporcionadas a las víctimas de conflictos armados. Respecto de los niños, niñas y adolescentes se ocupa de temas puntuales como la educación, la posibilidad de reunir nuevamente el núcleo familiar, la prohibición de reclutamiento de menores de edad, el traslado a lugares que garanticen su seguridad, la protección especial a la población civil, la prohibición de desplazamiento forzado, entre otras.

6. *Principios rectores de los desplazamientos internos adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas mediante Resolución 53 de 1998.* Compuesto por principios que señalan las condiciones mínimas que debe garantizar un Estado para la protección y asistencia requerida por las personas víctimas del

desplazamiento forzado. Frente a la niñez, hace énfasis en su condición y la necesidad de un tratamiento que tenga en cuenta sus características especiales.

Esta Resolución se refiere a temas como las condiciones del desplazamiento, la seguridad, alimentación, salud, higiene e integridad de la familia al momento del mismo, la continuidad en la educación, el alojamiento adecuado y en condiciones de dignidad luego del desplazamiento, protecciones especiales frente a nuevas victimizaciones como la esclavitud, explotación sexual, trabajo forzado, entre otras.

Específicamente, en el tema de la niñez se encuentran: el Principio 4 numeral 2; el Principio 7 numeral 2; el Principio 11 literal b; el Principio 13 numeral 1, y los Principios 17, 23 y 25.

7. *Constitución Política de Colombia*. Resulta ser para los ciudadanos colombianos el instrumento más importante que contiene derechos fundamentales nominados que merecen especial protección por parte del Estado, y cuya efectiva realización le merecen la puesta en marcha del aparato administrativo en perfecta coordinación y armonía para su consecución.

Entre algunos de los más importantes artículos mencionamos los siguientes: *Artículo 2.º*. Fines esenciales del Estado; *Artículo 5.º*. Primacía de los derechos inalienables de la persona y amparo de la familia como institución básica de la sociedad; *Artículo 13*. Derecho a la igualdad; *Artículo 24*. Derecho de circulación; *Artículo 42*. La familia como núcleo fundamental de la sociedad; *Artículo 44*. Derechos fundamentales de los niños; *Artículo 45*. Protección y formación integral del adolescente; *Artículo 50*. Protección especial a niño menor de un año, y *Artículo 67*. Derecho a la educación.

8. *Documento Conpes 2804 de 1995*. La importancia de este documento radica en haber sido la primera aproximación hecha por el Estado para reconocer y atender la situación en la que se encontraba la población civil desplazada por el conflicto interno colombiano. En este documento el Estado reconoce la necesidad de elaborar políticas públicas tendientes a la búsqueda de la atención integral a la población desplazada y a la protección de sus derechos. Básicamente en el Conpes 2804, se abordaron los temas que más adelante desarrollaría la Ley 387 de 1997, como, por ejemplo, la definición de la condición de desplazado; los objetivos de la atención, las estrategias de prevención, con la creación de un sistema de atención temprana y de alertas; las estrategias de atención inmediata y asistencia especial de emergencia, y las estrategias de consolidación y estabilización socioeconómica, entre otras.

9. *Ley 387 de 1997*. A través de esta Ley se adoptaron medidas para la prevención del desplazamiento forzado, y la atención, protección, consolidación y

estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en Colombia.

10. *Decreto 2569 de 2000*. Desarrolla la noción de desplazado plasmada en la Ley 387 de 1997, señalando por tal, en su artículo 2.º, a “toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público”.

11. *Decreto 2562 de 2001*. Mediante este decreto se reglamenta la Ley 397 de 1997, en lo referente a la prestación del servicio público educativo a la población desplazada, en especial a la niñez en edad escolar. Específicamente se pueden ver los artículos 1.º Servicios educativos a población desplazada por la violencia; 4.º Adecuación de instalaciones, y 6.º Atención educativa en sitios de retorno, de reubicación o reasentamiento.

12. *Ley 812 de 2003*. A través de esta Ley se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en busca de un Estado comunitario. Se realiza una sucinta descripción de los principales programas de inversión. El primero de ellos la Seguridad Democrática: las víctimas del desplazamiento forzado recibirán asistencia integral en nutrición, refugio y salud (física y psicosocial); los menores de edad contarán con asistencia educativa formal en instituciones del Estado y, de haberse quedado huérfanos por causa del conflicto, será obligación del ICBF brindar toda la asistencia social, integral y digna; se activará de manera regular el Consejo Nacional de Atención a la Población Desplazada y se consolidará el Sistema Único de Registro y el Sistema de Estimación de la Magnitud del Desplazamiento, con el apoyo de la Red de Solidaridad Social. El restablecimiento de la población desplazada se promoverá a través de la titularización de tierras, los subsidios de vivienda y el desarrollo de proyectos productivos asociativos financiados con microcréditos. Se implementará un programa piloto con el objeto de que cerca de 30 mil familias campesinas retornen a sus hogares. El segundo, la construcción de la equidad social a través de la revolución educativa ampliando la cobertura en educación preescolar, básica, media y superior.

13. *Decreto 250 de 2005*. Mediante este decreto se expidió el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada, cuyas líneas estratégicas de atención fueron dirigidas hacia la prestación de la asistencia humanitaria; el apoyo alimentario y no alimentario; la atención a individuos y hogares en situa-

ción o riesgo de inseguridad alimentaria y con necesidades de alojamiento transitorio, incluyendo acciones orientadas a la provisión de asistencia alimentaria; el fortalecimiento de la capacidad territorial de respuesta para la atención de la emergencia y la gestión social a través de la atención en educación, el bienestar de la familia y el desarrollo económico local con la promoción de programas de seguridad alimentaria.

14. *Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.* Tal como lo establece el artículo 1.º, la finalidad de dicho Código consiste en “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalcerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”. Para lo cual, se inició el desarrollo de una categoría de derechos especialmente reconocidos por el Legislador para la niñez colombiana, tales como la *protección integral*; el interés superior de los niños, niñas y los adolescentes; el derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano; el derecho a la integridad personal; los derechos de protección, dentro de los cuales se encuentra el desplazamiento forzado; el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella; el derecho a la salud; a la educación; al desarrollo integral en la primera infancia, a las libertades fundamentales. De otro lado se ocupa de fijar concretas obligaciones del Estado para la efectiva realización de los derechos antes mencionados; entre otras disposiciones.

15. *Ley 1190 de 2008 medio de la cual el Congreso de la República de Colombia declara el 2008 como el año de la promoción de los derechos de las personas desplazadas por la violencia y se dictan otras disposiciones.* Básicamente el propósito de esta ley es que el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia se encargue de coordinar con los comités departamentales, municipales y distritales, las acciones dirigidas a garantizar el compromiso de los entes territoriales en el cumplimiento y materialización de los derechos de la población desplazada por la violencia que se encuentren en sus respectivas jurisdicciones.

II. MARCO JURISPRUDENCIAL

Pese a que la Corte Constitucional ha hecho diversos pronunciamientos frente a la materia, en este punto de la investigación sólo haremos referencia a aquellos que consideramos han establecido directrices concretas respecto a la atención integral que está obligado a brindar el Estado a la población en situación de desplazamiento forzado y en particular a los niños, niñas y adolescentes.

1. Sentencia T-227 de 1997, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Responsabilidad del Estado. Libertad de locomoción y domicilio, dignidad humana. Deber de solidaridad. Pedagogía constitucional.

Cuando mujeres, niños y ancianos se ven precisados a dejar sus hogares y recorrer grandes distancias desafiando toda clase de peligros, viendo sufrir y aún morir a sus compañeros, como les ha ocurrido a los colonos de la hacienda, la explicable huida no es un problema de orden público propiciado por quienes desean seguir viviendo sino un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado.

2. Sentencia Unificada SU-1150 de 2000, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Responsabilidad del Estado. Deber de garantizar atención y de asumir costos financieros. Derecho a la igualdad y trato especial. Derecho a la vivienda.

[...] Es necesario hacer una especial mención acerca de la situación de la mujer y la niñez, por cuanto, en el contexto de la violencia política y el desplazamiento forzado, sobre esta población se producen los mayores impactos negativos, siendo la que sufre de manera más dramática los traumatismos de la guerra: procesos de pérdida y duelo, grave deterioro psicosocial y sociocultural, y procesos de agudización de la marginación y pobreza

De acuerdo con los datos del Sistema Nacional de Información sobre Población Desplazada, del total de la población encuestada el 26,37% y el 27,87% son niñas y niños menores de 18 años, respectivamente, lo que significa que el 55,24% [...] corresponde a población infantil o menores de edad.

La población menor es considerada como la más vulnerable en situaciones de desastre, ya sea natural o de origen antrópico. Esta caracterización implica que son los niños y niñas quienes más están expuestos al sufrimiento y a la vulneración de sus derechos en casos de emergencia.

3. Sentencia T-1635 de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Responsabilidad del Estado. Derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud, la integridad personal, la libre circulación, la igualdad, la vivienda digna, el trabajo, la educación, la alimentación y el vestuario. Naturaleza imperativa del Derecho Internacional Humanitario.

Y no cabe duda a esta Sala en este sentido de que, según las pruebas aportadas y con independencia de las conversaciones infructuosas y las mesas de negociación sin resultado, hay circunstancias de hecho que se prolongan en el tiempo y que muestran a las claras, de manera pública y notoria, que están amenazados los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal, al trabajo, a la libre circulación dentro del territorio, a

la igualdad real y efectiva, a una vivienda digna, del numeroso grupo de desplazados, y que ya, durante los meses transcurridos, las condiciones de hacinamiento y de precaria subsistencia colectiva han implicado violación real de derechos fundamentales de personas mayores y de niños, principiando por el desconocimiento práctico de su elemental dignidad y por la falta de atención a sus necesidades esenciales.

4. Sentencia T-098 de 2002, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA. Derecho a un trato urgente, principio de igualdad y trato diferencial. Cumplimiento de acuerdos y compromisos suscritos por el Estado con los desplazados. Unidad familiar. Menores desplazados. Derechos a la salud, la vivienda, la libertad de oficio y la educación.

Protección al menor. En el presente caso, se está ante situaciones que afectan a menores de edad, que tienen derecho a un trato preferencial. En la T-715/99 se dijo que la protección al menor se traduce en un “conjunto de acciones, tanto de la comunidad como del Estado, encaminadas a lograr el desarrollo de niños, niñas y jóvenes, mediante una labor centrada en ellos y con la activa participación de la familia y del grupo social del que hacen parte”. Es decir que las normas legales traducen un objetivo constitucional. Esto armoniza con el artículo 53 de la ley 75 de 1968 que creó el ICBF y estableció con criterio finalístico que la protección al niño es prioritaria: “Para el cumplimiento de sus fines esenciales, que son los de proveer a la protección del menor y en general el mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas...”.

5. Sentencia T-215 de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Situación de hecho del desplazamiento forzado. Menor desplazado. Derecho a la personalidad jurídica. Derecho a la educación.

La Corte debe afirmar una vez más que el estado de desplazado no se adquiere en virtud de una declaración institucional, esto es, en razón de un acto de poder en el que a una persona se le atribuya esa situación. Por el contrario, se trata de una situación de hecho ajena incluso a la voluntad de la persona pues ella abandona el lugar en el que se encuentra radicada por fuerza de las circunstancias y con el propósito de ponerse a salvo de los potenciales peligros que la asechan. Por eso, carece por completo de sentido que, a pesar de tener conocimiento de la situación objetiva de desplazamiento, el reconocimiento de esa calidad se supedite a exigencias que dificultan, si no imposibilitan, el acceso a los programas de atención a la población desplazada. Y en el caso de los niños, la calidad de desplazado tampoco se infiere de la declaración que en ese sentido haga su representante legal, si lo tiene. Con esa lógica, aquellos menores que en razón del conflicto armado han perdido a sus padres y allegados y que se ven forzados a abandonar el lugar en el que se encuentran radicados para no correr la misma suerte, no podrían ser incluidos en el registro nacional de desplazados por no tener quién los represente. Es claro que con tales exigencias, las instituciones concebidas para apoyar a los desplazados y para

proyectarles un nuevo horizonte, se convierten en un obstáculo para el reconocimiento, al menos, de sus más elementales derechos.

6. Sentencia T-268 de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA. Derecho a la igualdad y trato diferencial. Deberes de la comunidad y del Estado. Desplazamiento intraurbano. Presunción de buena fe y trato digno en el trámite de inscripción. Derecho a la verdad, justicia y reparación. Mujer cabeza de familia.

En numerosas disposiciones constitucionales, que también encuentran reiteración en tratados internacionales sobre derechos humanos, se contempla la protección a elementales garantías y derechos de la persona, como el de la vida en condiciones de dignidad, la salud en conexión con ella, la integridad personal, la libre circulación por el territorio nacional, el trabajo, el derecho a una vivienda digna, la educación, la alimentación mínima, la prohibición del destierro, entre otros, además de los prevalentes, asegurados por el artículo 44 de la Carta Política y por el Derecho Internacional en favor de los niños.

También se garantiza en la Constitución la protección integral de la familia, estableciendo en forma expresa que cualquier forma de violencia o abandono en relación con ella se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley.

7. Sentencia T-419 de 2003, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA. Prevención y protección. Derechos de los niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados y tercera edad. Ruta de atención al desplazado. Integralidad en el ejercicio de derechos. Ayuda humanitaria.

Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, *las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia*, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales (cursiva fuera de texto).

8. Sentencia T-602 de 2003, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Acciones afirmativas para grupos tradicionalmente marginados y enfoques diferenciales por género, generación, etnia, opción sexual, discapacidad. Acceso a bienes y servicios básicos en condiciones de equidad y no discriminación. Política pública de atención, enfoque participativo y poblacional. Valoración de políticas públicas en materia de desplazamiento. Estabilización socioeconómica, restablecimiento e incentivos para el retorno voluntaria y el reasentamiento. Derecho a la vivienda y al mínimo vital.

La atención a la población desplazada debe basarse en acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual. Las medidas positivas, entonces, deben estar orientadas a la satisfacción de las necesidades de los grupos más vulnerables, tales como los niños, los adultos mayores o las personas discapacitadas. En relación con este punto, el Principio Rector n.º 4 establece:

“Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

[...]

Las personas víctimas de situaciones sociales extremas o de los embates de la naturaleza, constituyen, entre el espectro de personas en situación de debilidad manifiesta, aquellas que los sufren en mayor medida, por razón del desarraigo, destrucción de la base material que sustenta su proyecto de vida, así como por la grave afectación del tejido social al cual pertenecen. De ahí que deban ser destinatarios de excepcionales mecanismos de protección, pues la capacidad real para realizar su proyecto de vida se ha visto sometida a una reducción incompatible con un Estado social de derecho. Ello no quiere decir que sus intereses se impongan sobre los intereses de grupos humanos que igualmente están en condiciones de debilidad, como ocurre con quienes padecen la pobreza estructural, los ancianos desatendidos, los niños, los enfermos o la población privada de la libertad. Sin embargo, estos deben ser los destinatarios de programas y proyectos permanentes, en el sentido de que deben permanecer como tales mientras existan condiciones materiales de desigualdad, en tanto que los primeros, han de ser los beneficiarios de mecanismos de atención de situaciones excepcionales (así la excepcionalidad se torne estructural, como ocurre con los desplazados, pues la miseria humana nunca podrá asumirse como algo admisible en el Estado social), por hallarse comprometido su mínimo vital” (subraya la Sala).

9. Sentencia T-025 de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Política Pública de Atención a la Población Desplazada. *Estado de cosas inconstitucional*. Progresividad en la realización de derechos prestacionales. Derechos mínimos de la población desplazada. Medidas tendientes al restablecimiento definitivo de la población desplazada.

La Sala Tercera de Revisión, al resolver sobre las presentes acciones de tutela, concluye que por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada, así como por la omisión reiterada de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención, se han violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general, sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección

especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños (apartados 5 y 6). Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla (apartado 6.3). Tal situación constituye un estado de cosas inconstitucional que será declarado formalmente en esta sentencia (apartado 7 y ordinal primero de la parte resolutive).

[...]

La especial protección constitucional de los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, o de personas de la tercera edad, así como de la familia y su manifestación a través del derecho de la población desplazada a la reunificación familiar, de conformidad con el Principio Rector 16, justifican esta autorización especial. Estas mismas razones justifican que se permita, como lo prevé el tercer evento, la modificación del registro para que mujeres cabeza de familia o parejas nuevas con hijos puedan constituir núcleos familiares de desplazados con registro autónomo y diferente al originario, y de esta manera, obtener la ayuda que les permita existir independientemente como familias.

10. Sentencia T-312 de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Protección especial de la población desplaza por parte del Estado. Subsistencia digna, ancianos, ayuda humanitaria. Funciones y deberes del juez de tutela.

Respecto a la ayuda humanitaria de emergencia, la Corte precisó en la misma Sentencia que la duración de la obligación estatal mínima de brindarla es en principio la que determine la ley, es decir, tres meses, prorrogables por tres más para ciertos sujetos, plazo que consideró no es manifiestamente irrazonable. Sin embargo, manifestó que existen dos tipos de personas desplazadas que debido a sus condiciones particulares son titulares de un derecho mínimo a recibir ayuda humanitaria de emergencia durante un periodo mayor al fijado en la ley. Ese grupo especial está compuesto por (1) quienes estén en situación de urgencia extraordinaria y (2) quienes no estén en condiciones de asumir su sostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socio económica, como los niños que no tengan acudientes y las personas de la tercera edad, quienes por su avanzada edad o por sus condiciones de salud no están en condiciones de generar ingresos.

11. Sentencia T-585 de 2006, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA. Derecho a la vivienda. Población desplazada. Condición de especial vulnerabilidad exclusión y marginación.

[...] En segundo lugar, debe rodearse de garantías de seguridad en la tenencia, condición que comprende, entre otros aspectos: (i) Asequibilidad, que consiste en la existencia

de una oferta suficiente de vivienda y de posibilidades de acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia, entre otros. En los programas que promuevan la asequibilidad a las vivienda, debe darse prioridad a los grupos desfavorecidos como las personas de la tercera edad, los niños, los discapacitados, los enfermos terminales, los portadores de VIH, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas de alto riesgo y los desplazados por la violencia. (ii) Gastos soportables, que significa que los gastos de tenencia —en cualquier modalidad deben ser de un nivel tal que no comprometan la satisfacción de otros bienes necesarios para la garantía de una vida digna de los habitantes de la vivienda.

Para satisfacer este componente, el Estado debe, por ejemplo, crear subsidios para quienes no puedan sufragar el costo de la tenencia y sistemas de financiación que permitan a las familias acceder a la vivienda sin comprometer su vida en condiciones dignas, proteger a los inquilinos contra aumentos desproporcionados en los cánones de arrendamiento y facilitar el acceso a materiales de construcción. (iii) Seguridad jurídica en la tenencia, que implica que las distintas formas de tenencia estén protegidas jurídicamente, principalmente contra el desahucio, el hostigamiento, o cualquier forma de interferencia arbitraria e ilegal.

12. Sentencia T-704 de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Reiteración de argumentos expuestos por la Corte Constitucional respecto a la especial protección y atención que requieren los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento expuestas en Sentencia T-025 de 2004.

13. Sentencia T-1134 de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Violación de sus derechos constitucionales fundamentales —y los de su núcleo familiar— a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la igualdad, al mínimo vital y móvil, al trabajo, a la alimentación, a la educación y a los derechos de los niños, de las personas víctimas del desplazamiento forzado interno.

14. Auto 251 de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. La Corte Constitucional expide este Auto en el marco del seguimiento que se realiza al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004. A través de este documento se definen los parámetros generales que debe seguir cada uno de los órganos del Estado, con el propósito de ejecutar programas diferenciales de atención para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de desplazamiento. El detalle de las órdenes y tiempos de perentorio cumplimiento en que las mismas fueron expresadas, serán objeto de estudio en párrafos subsiguientes.

15. Sentencia T-038 de 2009, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL. Derecho a la dignidad humana, igualdad, integridad física, mínimo vital y especial atención y protección de la niñez. Conceden prorrogas de la atención humanitaria de emergencia.

Fue precisamente el contexto de una situación de extrema vulnerabilidad y marginalidad que gravitaba alrededor de la población desplazada, lo que motivó a este Tribunal a producir la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional en relación con las condiciones de vida de dicho grupo poblacional, para exigir del Estado, en términos generales, un trato preferente de forma urgente a quienes por su condición de indefensión y desamparo no se hallaban en capacidad de atender siquiera sus más apremiantes necesidades, una vez producida la situación del desplazamiento forzado.

[...]

En conclusión, teniendo en cuenta que el status de desplazado deviene de una condición material, la atención humanitaria de emergencia y su correspondiente prórroga deben ser concedidas hasta que al afectado le sea garantizado realmente su derecho a la subsistencia digna, de modo que pueda satisfacer sus necesidades básicas a fin de que, gradualmente, logre imponerse a las circunstancias de vulnerabilidad, marginalidad e indefensión propias del fenómeno del desplazamiento.

16. Auto 004 de 2009, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Referencia: protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004.

17. Auto 005 de 2009, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Referencia: protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado por el conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004.

18. Auto 006 de 2009, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Referencia: Protección de las personas desplazadas, con discapacidad, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004.

19. Auto 008 de 2009, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Referencia: Persistencia del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004.

20. Auto 011 de 2009, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Referencia: Analiza el problema de los sistemas de registro y caracterización de la población desplazada.

21. Auto 222 de 2009, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Referencia: Se adoptan medidas cautelares para la protección de derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado

22. Auto 225 de 2009, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Referencia: Convoa a audiencia pública de rendición de cuentas al Director de Acción Social en el marco de la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento.

23. Auto A-266 de 2009, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Referencia: Evaluación de la audiencia pública de rendición de cuentas

24. Auto A-314 de 2009, LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Referencia: Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. La Corte recibe informes de diferentes entidades territoriales respecto de la situación del desplazamiento forzado y se fijan sesiones técnicas para ayudar a la superación del estado de cosas inconstitucional.

Tanto del marco normativo como jurisprudencial, pero en particular este último, podemos concluir que pese a la existencia de mecanismos normativos para la atención integral de la población objeto de desplazamiento forzado, las entidades estatales encargadas de efectuar la misma, bajo criterios diferenciales según el tipo de población a que las mismas se dirigen, se encuentran en mora de diseñar mecanismos más efectivos para ser usados por quienes viven el flagelo del desplazamiento.

III. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA ATENCIÓN A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

Luego del Auto 251 de la Corte Constitucional del 6 de octubre de 2008, la política pública para atención a niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento forzado fue redireccionada y enfocada básicamente a cumplir con las órdenes proferidas por la Corte al respecto.

En dicho Auto la Corte Constitucional ordena la adopción de medidas para la protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, pues parte de la constatación de que los niños son las víctimas más débiles e indefensas del conjunto de población desplazada y adicionalmente el hecho de que más del cincuenta por ciento de esta población es menor de 18 años agrava aún más el problema. No obstante esta situación, se hace evidente para la Corte Constitucional que la respuesta del Estado para este grupo específico de la población desplazada ha sido marcadamente insuficiente, y sus problemas son aún invisibles para las autoridades y la sociedad en general.

En este sentido la Corte Constitucional identifica los siguientes riesgos especiales para los niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado:

1. Víctimas de crímenes individuales contra su vida e integridad personal (homicidios, torturas, ser utilizados como informantes, para transporte de material bélico, etc.)

2. Reclutamiento forzado por los grupos armados ilegales (delito que no ha sido suficientemente dimensionado aún, por lo que se debe trabajar en las causales del reclutamiento)

3. Víctimas de Minas Antipersonal –MAP– y Material Bélico sin Explotar –MUSE–.

4. Incorporación a los comercios ilícitos que soportan a los grupos armados ilegales.

5. Víctimas de violencia sexual.

6. Soportar estrategias de control social de los grupos armados ilegales.

Así mismo la Corte Constitucional identifica otros problemas comunes a la niñez y adolescencia en situación de desplazamiento que denomina *transversales diferenciados* y describe de la siguiente manera:

1. Desprotección frente a diversos riesgos de maltrato, violencia, explotación, trata, mendicidad, vida en la calle, utilización de comercios ilícitos, pandillas y grupos delincuenciales en sus lugares de asentamiento.

2. Problemas graves de hambre y desnutrición.

3. Problemas graves en el campo de la salud.

4. Problemas graves en el campo de la educación.

5. Problemas graves de índole psicosocial.

6. Problemas graves en el campo de la recreación.

7. Problemas graves en el campo de la capacitación de participación y organización.

8. Problemas graves en el ejercicio de sus derechos como víctimas indefensas del conflicto y del delito.

De igual forma, la Corte encuentra que estos problemas resultan acentuados en los siguientes ámbitos críticos: en la etapa de emergencia, en el ámbito de la primera infancia, en la adolescencia, en el ámbito de niños y niñas pertenecientes a grupos étnicos, en el ámbito de los menores con discapacidad.

Frente a estos problemas encuentra un común denominador: respuesta estatal insuficiente que se nutre en parte por la invisibilidad del problema y graves falencias en el entorno de sus grupos familiares, por la dispersión y reunificación familiar entre otros.

Se identifican como problemas en la política pública en este campo el hecho de que no hay una respuesta del Estado sistemática e integral, hay sólo pequeñas respuestas puntuales que no son suficientes para solucionar los problemas; no existe una política específica para los menores de edad, la respuesta estatal ha sido fragmentada y desorganizada; no hay un centro coordinador de la misma, la respuesta estatal ha sido tardía y parcial, así mismo es de destacar que la política pública ha sido diseñada sin enfoque de prevención.

Por lo anterior la Corte ordena a las entidades que forman el SINAIPD, bajo la coordinación de Acción Social, que adopten medidas para solucionar el problema del desplazamiento en niños, niñas y adolescentes. Para el efecto ordena lo siguiente:

1. Creación del “Programa para la protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado” con dos enfoques: uno de prevención y uno de atención que respondan a los diversos riesgos y problemas críticos de esta población.

2. Diseño e implementación de quince proyectos piloto en diferentes ciudades del país para responder a riesgos específicos y problemas transversales diferenciados; para su desarrollo se ordena la creación de tres proyectos en el ámbito de prevención del reclutamiento forzado en Putumayo, prevención del impacto de minas antipersonal y municiones sin explotar en Samaniego (Nariño) y prevención de las estrategias de control social por los grupos ilegales en Medellín. Se ordena también la creación de doce proyectos en el ámbito de la atención en diferentes ciudades del país (Cartagena, Arauca, Sincelejo, Quibdó, Tumaco, Buenaventura, Bucaramanga, Bogotá, Medellín, Nariño, Florencia y San José del Guaviare), cuyas experiencias luego deberán ser replicadas en otros lugares del país.

3. Atención concreta de aproximadamente 18.000 niños y adolescentes en situación de desplazamiento (a quienes se les deberá entregar ayuda humanitaria de emergencia y además se les realizarán valoraciones en el ámbito nutricional, de salud, educativo y psicosocial) que sean beneficiarios de los proyectos piloto y del Programa para la Protección Diferencial de los Niños, niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado.

Este Auto proferido por la Corte Constitucional ha obligado a que el gobierno nacional tome medidas para garantizar el goce efectivo de derechos de niños, niñas y adolescentes desplazados por la violencia mediante la adopción del programa para la *Atención diferencial de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento*.

En el avance de acciones de este Auto paradigmático en materia de infancia en situación de desplazamiento, se han intentado trabajar los diferentes componentes con autoridades del orden nacional, territorial y municipal, así como con organizaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil, familias de población desplazada, obligándose con ello a la construcción y concertación para la identificación de problemáticas y estrategias, todo con el ánimo de facilitar las acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Al respecto se debe destacar que para la expedición de este Auto, la Corte se ha apoyado en las investigaciones y recomendaciones de diferentes entidades de control, organizaciones nacionales e internacionales de carácter público, privado, civil, humanitario y diferentes ONG, entre otras, que han visibilizado el problema del desplazamiento, contribuyendo al descubrimiento de sus reales dimensiones y generando algunas fórmulas de solución al problema.

Estas entidades han contribuido con sus numerosos estudios, informes e investigaciones a generar planes y propuestas que han servido para inspirar gran parte de las directrices de los Autos de la Corte en esta materia.

Así mismo, han asumido, ante la insuficiente respuesta estatal en la generación de política pública frente al desplazamiento, la tarea de promover y hacer efectivos los derechos de la población en situación de desplazamiento desde el criterio de la complementariedad y subsidiaridad. Precisamente, una tercera parte de esta investigación fue dirigida a analizar el papel de estas organizaciones en la protección de los derechos humanos de la infancia en situación de desplazamiento y a demostrar la relevancia e influencia de sus acciones en la adopción de fórmulas hacia la superación del estado de cosas inconstitucional³.

I. PREVENCIÓN AL DESPLAZAMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ DESPLAZADA

Es obligación constitucional del Estado colombiano, en coordinación con cada una de las ramas y organismos que lo conforman, la adopción de las medidas que se requieran a fin de que sus administrados logren la plena realización de sus derechos fundamentales.

En este sentido expresó la Corte Constitucional en Auto 251 de 2008

... el artículo 2.º de la Constitución Política dispone que entre los fines esenciales del Estado se incluyen los de servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Acto seguido dispone el mismo mandato constitucional que las autoridades estatales han sido instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los

3 MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA e INGRID DUQUE MARTÍNEZ. *Hacia la superación del desplazamiento forzado en la infancia: Importancia de las ONG*, Bogotá, 2009.

particulares. Más adelante, el artículo 5.º Superior ordena que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”⁴ (*sic*).

Lo anterior nos permite concluir que estos ordenamientos constitucionales resultan vinculantes en sí mismos, y por tanto su contenido obliga claramente al Estado colombiano a adoptar un enfoque preventivo del desplazamiento forzado.

Dicho enfoque deberá buscar contrarrestar las causas desde su génesis como lo refiere la Corte Constitucional

... con la suficiente especificidad como para no subsumirse en una política general de seguridad interna, y que garantice así que la respuesta estatal al desplazamiento forzado no se limita a la atención de las víctimas *a posteriori*, sino que también opera directamente sobre sus factores causales⁵ (*sic*)

Ahora bien, el Estado colombiano, en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos con la adopción de las diferentes convenciones en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario como leyes de la república, tiene la obligación de adoptar un enfoque de prevención del desplazamiento forzado lo suficientemente *diferenciado y específico* como para contrarrestar, en parte, el impacto desproporcionado que se presenta sobre los niños, niñas y adolescentes.

Pero ¿cuáles han sido las acciones que el gobierno nacional ha iniciado a fin de prevenir el fenómeno del desplazamiento forzado que, como quedó expuesto en párrafos precedentes, impacta más descarnadamente a nuestros niños, niñas y adolescentes, dadas sus condiciones de especial vulnerabilidad?

Según informa la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, específicamente respecto a los lineamientos de la política pública de prevención y protección del desplazamiento forzado, los planes, proyectos y programas deben responder a tres momentos, bajo un enfoque diferencial descentralizado y de goce efectivo de derechos: la prevención temprana, urgente y con garantías de no repetición.

Dentro del referido informe se mencionan algunas de las actividades que se vienen desarrollando a través del Centro de Coordinación de Acción Integral –CCAI–; la Red para la Superación de la Pobreza –JUNTOS–; Familias en

4 Corte Constitucional. Auto 251 de 2008.

5 Ídem.

Acción; la Red de Seguridad Alimentaria –RESA–; los Laboratorios de Paz; el Observatorio Nacional de Desplazamiento Forzado y el Desarrollo de Misiones Humanitarias.

Dentro de los programas marco diseñados para la Prevención del Desplazamiento Forzado se encuentran los liderados por el Centro de Coordinación de Acción Integral –CCAI– y La Red de Protección Social para la Superación de la Pobreza Extrema –JUNTOS–, además de programas tales como Familias en Acción, Resa y los Laboratorios de Paz, que buscan generar condiciones de pertenencia, recobrando la gobernabilidad y fortaleciendo la institucionalidad del Estado en territorios con una débil presencia institucional en donde vive la población más vulnerable⁶.

Hasta ahora sólo hemos hecho referencia a las medidas que han sido adoptadas por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional en el marco de la prevención y protección para toda la población en situación de desplazamiento; sin embargo, en la tercera parte del informe presentado por dicha Agencia, referente a la evaluación de los proyectos piloto, se hace una mención especial a aquellos cuya creación ordenara la Corte Constitucional dentro de la Sentencia T-025 de 2004, para los niños, niñas y adolescentes.

Lo primero que debemos mencionar es el avance en la formulación de un programa especial para la *atención diferencial* de los niños, niñas y adolescentes frente al desplazamiento⁷.

1. *Enfoque diferencial*. Tiene como objetivo principal garantizar la protección integral y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes desplazados con el esfuerzo conjunto del Estado, la sociedad y la familia.

En cumplimiento de esta política diferencial se realizaron las siguientes acciones:

– Búsqueda, ubicación, identificación y valoración de los 13.233 niños, niñas y adolescentes.

– Socialización y concertación de los tres proyectos piloto de Prevención en Reclutamiento Forzado en el departamento del Putumayo; impacto de minas antipersonal y municiones sin explotar en el municipio de Samaniego (Nariño), y victimización de los niños, niñas y adolescentes por las estrategias de control social de los grupos armados al margen de la ley en la ciudad de Medellín.

– Socialización y concertación de ruta de abordaje del territorio y plan operativo con ruta de atención directa.

6 Acción Social. “Informe de rendición de cuentas”, 14 de julio de 2008.

7 Ídem.

– Articulación, gestión y fortalecimiento institucional a nivel nacional y territorial.

– Sistematización, monitoreo y evaluación de las estrategias de los proyectos piloto y población beneficiaria.

– Puesta en marcha y desarrollo de escenarios de diálogo, participación y retroalimentación con la organizaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil.

Así mismo se establecieron los siguientes parámetros:

1. *Delimitación geográfica*. Cuyo objeto es brindar prioridad a aquellas zonas del territorio nacional en que se concentra la mayor cantidad de población infantil en situación de desplazamiento o regiones con problemáticas de violencia en el marco de la prevención.

2. *Entidades responsables*. Establecimiento de tareas específicas bajo la coordinación de Acción Social para que se participen los avances logrados y se vinculen en el proceso de formulación del programa.

3. *Diagnóstico*. Realización de reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y especial protección, a quienes las situaciones de violencia no sólo les afecta, sino que les vulnera y convierte en víctimas, generando efectos contrarios a su normal desarrollo y bienestar general. Implica, por tanto, hacer alusión a los distintos tipos de violencia a que se ven expuestos al encontrarse en situación de desplazamiento: psicológico, colectivos de tipo familiar, comunitario y colectivo en general.

4. *Evaluación del programa*. Que permita establecer un monitoreo permanente en el proceso de transformación, de cambio y avance en el goce efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes desplazados.

5. *Procesos de participación y consulta*. Referidos específicamente al componente de participación con autoridades del orden nacional, territorial y municipal, y organizaciones nacionales e internacionales de la comunidad en general.

6. *Manual operativo*. La importancia de este documento radica en el establecimiento de términos perentorios y condiciones basadas en las características y necesidades especiales para este tipo de población.

De igual forma se definieron los siguientes componentes y estrategias del plan de acción del Programa para la protección diferencial de niños, niñas y adolescentes frente al desplazamiento⁸:

8 Acción Social. “Informe parcial de evaluación de los 15 proyectos piloto y avances para la formulación del programa para la Protección diferencial de los niños, niñas y adolescentes desplazados”, agosto de 2009.

– *Componentes de enfoque diferencial*: 1. Género (niño-niña); 2. Étnico (afrodescendiente-indígena); 3. Etáreo, y 4. Discapacidad.

– *Estrategias por categoría de Derecho*: 1. Educación y desarrollo; 2. Vida y supervivencia; 3. Participación, y 4. Protección.

2. ATENCIÓN INTEGRAL A LA NIÑEZ DESPLAZADA

De conformidad con el informe presentado por la Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional, en el marco de la atención integral a la población desplazada, y en especial la que se brinda a los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, se han adelantado las siguientes acciones:

– Determinación de corresponsables en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

– Coordinación con entidades locales frente a la atención de esta población para propiciar y garantizar soluciones sostenibles.

– Apoyo alimentario y nutricional (raciones de emergencia), que cumplan llenen las necesidades básicas de esta población para su correcto crecimiento y nutrición.

– Existencia de unidades móviles para el acompañamiento psicosocial y nutricional.

– Remisión a programas regulares del ICBF y demás servicios ofrecidos por las entidades corresponsables del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada.

El objetivo para la puesta en marcha de estas acciones es abordar el planteamiento que hace la ley de primera infancia cuando establece

... las acciones que desarrollen actores de la sociedad civil para la atención integral de la primera infancia deben cumplir con los siguientes requisitos:

– Prestación conjunta de atención y cuidado.

– Ambientes protectores que reúnan condiciones de infraestructura y logística adecuadas para garantizar la confianza, el respeto, las relaciones de afectividad, y solidaridad y la participación en los(as) niños(as).

– Que la educación responda a las necesidades y características de la población y que promueva el juego, el arte, el lenguaje y la literatura”⁹.

9 Acción Social. “Informe de rendición de cuentas”, Auto 251 del 4 de agosto de 2009.

En la cobertura de esta política, durante el desarrollo de los 12 proyectos piloto, se hizo necesario definir la población beneficiaria de los proyectos, a partir del listado de niños, niñas y adolescentes suministrado por la Corte, para dar una respuesta integral a su problemática; para el efecto se acordó la conformación de equipos psicosociales de acompañamiento al proceso de verificación de derechos para la constitución del Plan de atención integral familiar. Dichos equipos realizaron procesos de acompañamiento psicosocial con enfoque diferencial para reconocer los impactos ocasionados por la vulneración de derechos y así orientar la política pública.

Luego de este primer abordaje de acompañamiento, y luego de la verificación de derechos, evaluación de casos y remisión a los diferentes servicios especializados de las instituciones locales, se iniciaron las acciones ejecutadas por categoría de derecho de la siguiente forma:

Categoría de derecho: *Vida y supervivencia*. Se crearon varias estrategias a saber¹⁰:

- Estrategia 1. Servicios de salud amigables para adolescentes y jóvenes.
- Estrategia 2. Abordaje psicosocial-salud mental.
- Estrategia 3. Estrategias entornos saludables.
- Estrategia 4. Abordaje intersectorial de la violencia intrafamiliar y la violencia sexual.
- Estrategia 5. Estrategia nacional para prevenir y erradicar las peores formas de trabajo infantil, proteger al joven trabajador y erradicar el trabajo infantil y la explotación laboral.
- Estrategia 6. Implementación de Atención Integral a las Enfermedades Prevalentes de la Infancia –AIEPI–.
- Estrategia 7. Implementación de instituciones amigas de la mujer y de la infancia.
- Estrategia 8. Implementación de la estrategia de monitoreo rápido de vacunación.
- Estrategia 9. Fortalecimiento del Comité departamental y local de discapacidad; implementación de la directriz de discapacidad; valoración y diagnóstico de los NNA que requieran ayudas técnicas y atención integral.

¹⁰ Acción Social. “Informe parcial de evaluación de los 15 proyectos piloto...”, cit.

3. COBERTURA EN EL SERVICIO DE SALUD A LA NIÑEZ DESPLAZADA

Se encuadra en la categoría de derecho *vida y supervivencia*. A través de las diferentes estrategias antes reseñadas, el Ministerio de la Protección Social se encargó de realizar diferentes actividades definiéndolas desde la Atención Humanitaria de Emergencia –AHE–.

Así mismo, se determinaron diferentes medidas a adoptar en el ámbito crítico de la primera infancia (0-6 años). Se hizo evidente la existencia de graves problemas, en la mayoría de los casos prevenibles en materia de salud, derivados de los problemas de alimentación, de condiciones insalubres de existencia y de la precariedad en la respuesta estatal para minimizar los efectos del desplazamiento.

Con el propósito de contrarrestar estos efectos, que se han considerado críticos en el ámbito de la primera infancia, es decir, de niños y niñas entre los 0 a 6 años de edad, el Ministerio de la Protección Social desarrolló diferentes estrategias de atención que fueron presentadas por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional¹¹ así:

Estrategia 1: *Atención Integral de las Enfermedades Prevalentes de la Infancia* –AIEPI–. Con el fin de mejorar la calidad de los servicios en el campo de la salud, y la calidad de vida de los niños y niñas, se inició la implementación y fortalecimiento de una estrategia creada por la Organización Panamericana para la Salud y la Organización Mundial de la Salud, con el propósito de reducir la mortalidad y morbilidad debido a enfermedades prevenibles como neumonía, diarrea, malaria, dengue, tuberculosis, y otras prevenibles con la vacunación, enfermedades respiratorias y desnutrición.

El programa AIEPI fundamenta su estrategia en la inclusión de actividades de prevención de enfermedades y promoción de salud, haciendo uso de distintos actores sociales, cuya obligación es el desarrollo de componentes clínico, comunitario y organizacional

Tal como se mencionó en párrafos anteriores, la AIEPI se fundamenta en el fortalecimiento de la aplicación de medidas preventivas, tales como la evaluación sistemática de las vacunas recibidas y el fomento de las actividades de promoción de la salud, en donde se incluyen componentes educativos específicos, dirigidos a las madres, padres o adultos que tengan a su cargo el cuidado del menor, sobre cómo cuidar a los niños en el hogar, la prevención de enfermedades y la detección temprana de signos de alarma, que ayudan a mejorar los conocimientos,

11 Ídem.

las actitudes y las prácticas de la población en lo que concierne a la salud del niño, convirtiéndose así en vehículo para mejorar la capacidad de la familia en el cuidado del niño en el hogar.

4. SEGURIDAD ALIMENTARIA DE LA POBLACIÓN DESPLAZADA

Adicionalmente a la primera estrategia, se creó una segunda denominada Fortalecimiento de Acciones en Infancia y Seguridad Alimentaria en convenio con el Programa Mundial de Alimentos –PMA– desde donde se enfrenta el problema de seguridad alimentaria en la niñez desplazada.

En este aspecto, y a partir de las órdenes impartidas mediante Auto 251 de 2008, se fortalecieron acciones en infancia y seguridad alimentaria a través de la celebración de un convenio con el PMA.

Así mismo, fueron adelantadas, por el Ministerio de la Protección Social, acciones dirigidas a la inclusión en el Plan Obligatorio de Salud –POS– de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento para la recuperación de la desnutrición, y se realizaron ajustes al Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional para mejorar la condición de aquellos que se encontraban inscritos en él.

En el mismo sentido, se inició un proceso especial de acompañamiento relacionado con la orientación y apoyo a las madres, padres y otros acompañantes de los niñas y niños recién nacidos, lactantes y niños pequeños que se encontraban en situación de desplazamiento, haciendo énfasis en los cuidados y especiales necesidades alimentarias a ser satisfechas, incluso desde la lactancia y hasta la primera infancia del menor.

A través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, y bajo la coordinación de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, se inició la atención alimentaria dirigida a niños y niñas entre los 0 a 2 años de edad en jornadas específicas. En el seguimiento realizado a la participación sobre el mencionado proyecto, se pudo establecer que la afluencia de los niños y niñas disminuía en más de un 50% durante los fines de semana, y que su asistencia era intermitente, pues se encontraba condicionada a las actividades de los adultos que tuvieran a cargo el cuidado de los niños, por esta razón se hizo necesario resaltar la importancia de este espacio como instrumento para educar sobre una correcta nutrición e incentivarlo como espacio de socialización.

En el ámbito crítico de la adolescencia, frente a los problemas graves detectados por la Corte Constitucional en esta etapa, se evidencia la desprotección frente a riesgos como el maltrato, la violencia intrafamiliar o sexual, la explotación laboral o sexual, la trata y la mendicidad, la vida en la calle, la utilización en comercios

ilícitos, pandillas y grupos delincuenciales; en sus lugares de asentamiento se iniciaron algunas estrategias de solución como el proceso de fortalecimiento de servicios de salud amigables para adolescentes y jóvenes, para lo cual se cuenta con cerca de 155 instituciones prestadoras de salud fortalecidas y 18 direcciones territoriales capacitadas en las ciudades que determinó la Corte.

De igual forma, se estableció otra estrategia de salud sexual y reproductiva en el marco de las líneas del Plan Nacional de Salud Pública con enfoque en salud materna, salud sexual y reproductiva en adolescentes, VIH Sida, violencia basada en género, bioética, etc.

En el mismo sentido, se creó una estrategia para la atención en salud mental y psicosocial con el fin de mejorar las condiciones de salud mental, con énfasis en la población infantil desplazada, impulsando diferentes estrategias de eliminación de barreras de acceso a los servicios de salud mental; para el efecto se diseñó la propuesta denominada “Modelo nacional de la ruta de atención en salud mental para mujeres en situación de desplazamiento y sus familias” lográndose la capacitación en temas de promoción de salud mental, rehabilitación psicosocial y primeros auxilios mentales, entre otros,

ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL

Se creó además la estrategia para la erradicación del trabajo infantil a través del convenio entre el Ministerio de protección y Save the Children; junto con otros actores institucionales y comunitarios se han venido desarrollando acciones de sensibilización, orientación, información y socialización de la “Estrategia nacional para prevenir y erradicar el trabajo infantil y proteger al joven trabajador 2008–2015”, incluyendo en algunos planes piloto la difusión de los derechos fundamentales.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PERTENECIENTES A GRUPOS ÉTNICOS EN CONDICIÓN DE DESPLAZAMIENTO

En el mismo sentido se tiene en cuenta otro ámbito crítico en la materia: la de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a grupos étnicos, indígenas y afrodescendientes desplazados en el ámbito del marco de los Autos 004 y 005 de 2009.

Se requiere la identificación de indicadores de goce efectivo de derechos que respondan a la existencia de derechos fundamentales de carácter colectivo

de los que gozan los pueblos indígenas, tales como territorio, identidad y autonomía¹².

ACCIONES IMPLEMENTADAS

– Conformación del grupo de trabajo interinstitucional compuesto por las entidades responsables de cumplir las órdenes del Auto 004 y demás entidades que forman parte del SNAIPD.

– Elaboración de la propuesta metodológica para la realización del proceso de consulta del Programa de garantías con las organizaciones y pueblos indígenas y afrodescendientes.

– Formulación de un documento de propuesta de lineamientos y contenidos del Programa de garantía de derechos como insumo para la concertación con las organizaciones y pueblos indígenas.

– Concertación de la metodología para la formulación del Programa de garantías en el marco de la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos indígenas.

No obstante, se requiere que efectivamente estas estrategias se lleven a la práctica y no se queden sólo en la etapa de diseño.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

De igual forma se aborda el ámbito crítico de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, con la creación de un plan para generar inclusión social, el cual cuenta con tres acciones fundamentales durante la etapa de los proyectos piloto planteados para los 12 municipios del país. Estas tres acciones se enfocan en el fortalecimiento del Comité local de discapacidad, en la implementación de la directriz discapacidad–desplazamiento y en la valoración y diagnóstico de los menores que requieran ayudas técnicas.

Finalmente, es pertinente mencionar que la atención de esta política pública ha requerido la articulación y retroalimentación desde diferentes esferas a nivel territorial e institucional, responsables todas ellas de adelantar acciones de sensibilización, orientación, información y capacitación en el sistema general de seguridad social en salud, en los planes de beneficios, las rutas de acceso a

12 Ídem.

los servicios de salud, los deberes y derechos en salud, en especial de la niñez objeto de desplazamiento forzado.

5. ACCESO AL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN

Esta política se representa en la categoría del derecho denominado “educación y desarrollo” diseñada para mejorar la calidad de la educación; con ella se pretende brindar oportunidades para adquirir conocimientos, desarrollar las competencias y los valores necesarios para vivir, convivir, ser productivos y continuar aprendiendo a lo largo de la vida.

Para facilitar el ingreso de los desplazados al sistema educativo regular se están desarrollando acciones conjuntas que tienen que ver con la ampliación de coberturas, garantizando el acceso y la permanencia en el sistema educativo. Los modelos educativos tienen como novedad acciones que apuntan a la permanencia, representadas en kits escolares, refrigerios, transporte, y apoyo psicosocial liderado y promovido por la entidad territorial certificada.

El objetivo principal del Ministerio de Educación Nacional, desde su política de ampliación de cobertura, se dirige a conseguir que todas las niñas, niños y adolescentes en situación de desplazamiento, independientemente de su procedencia, situación social, económica y cultural, pueden acceder a la educación.

Específicamente, respecto al ingreso de los niños, niñas y adolescentes desplazados al sistema educativo regular, dicho Ministerio ha venido desarrollando acciones conjuntas que tienen que ver con la ampliación de coberturas, garantizando el acceso y la permanencia en el sistema educativo y una normatividad flexible que permita que la población objetivo pueda ingresar en cualquier momento del año sin ningún costo académico y sin exigir documentación.

Los modelos educativos flexibles basan su metodología para el aprendizaje y el desarrollo de competencias, para la población en situación de desplazamiento, en el uso de modelos educativos de permanencia denominados “Círculos del aprendizaje y grupos juveniles creativos”, cuyo propósito es atender niños, niñas y adolescentes desescolarizados.

En el marco del cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, el Ministerio de Educación Nacional evidenció un alto porcentaje de la población que está recibiendo atención por el sistema educativo oficial y que, con el uso de la estrategia antes mencionada, ha logrado ampliar la cobertura a niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento.

De acuerdo con lo anterior, y acogiendo las recomendaciones realizadas por la mencionada corporación en Auto 251 de 200, el Ministerio de Educación, en su política de eficiencia, busca afianzar el proceso de descentralización con

fundamento en la modernización de la administración y la gestión del sector educativo en los niveles central, regional y local para posibilitar el logro de las metas en términos de cobertura, calidad y pertinencia.

Específicamente, y en uso de las estrategias descritas, el Ministerio de Educación Nacional pretende garantizar el servicio de educación a los niños, niñas y adolescentes relacionados en el Auto 251, vinculándolos al sistema educativo, buscando que participen en procesos culturales, lúdicos, recreativos y psicosociales que atenúen el impacto generado por el desplazamiento.

De la exposición de resultados presentada por el Ministerio de Educación es posible concluir que la atención educativa, a través de modelos flexibles, permitirá la realización efectiva y eficiente de un enfoque de protección que garantizará la permanencia de los niños, niñas y adolescentes en el sistema educativo.

No obstante el logro alcanzado en el ámbito de la cobertura y permanencia de los niños, niñas y adolescentes en el sistema educativo, el Ministerio de Educación presenta lo que ha determinado como ámbitos de especial atención para este tipo de población, a saber:

Política institucional. Para el Ministerio de Educación, el derecho a la educación debe ser garantizado en cualquiera de las fases de la atención a la población desplazada; para ello, el Ministerio y las secretarías de educación departamentales, distritales y de municipios certificados prestan sus servicios a la población desplazada a través de las instituciones educativas.

Al efecto, el Ministerio de Educación Nacional desarrolla el plan de gobierno “Revolución educativa”, en el cual se define la política para la atención educativa a las poblaciones vulnerables, cuya implementación permite atender a la población en situación de desplazamiento en un marco de equidad e inclusión. El plan de gobierno se desarrolla a través de los siguientes ejes de política:

Política de ampliación de cobertura. Esta política pretende que todos los estudiantes, independientemente de su procedencia, situación social, económica y cultural, puedan acceder a la educación.

La política de ampliación de cobertura está impulsando la atención educativa a la primera infancia y, en consideración a lo señalado en el Plan Decenal, y lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, el Ministerio de Educación, en convenio con el ICBF, se ha propuesto apoyar en el cuatrienio la atención integral de 400 mil niños de 5 años pertenecientes a los niveles 1 y 2 del Sisben.

Respondiendo a propuestas específicas de las entidades territoriales, esta atención se brinda a través de tres modalidades que buscan responder de manera diferencial a las necesidades de los niños y sus familias, así:

– *Entorno familiar*. Modalidad diseñada para la atención integral en salud, nutrición y educación de 100.000 niños menores de 5 años de zonas rurales dispersas, que por dificultades geográficas no pueden acceder diariamente a un centro infantil. En esta modalidad se focaliza la atención en los niños de 3 y 4 años, y se hace un acompañamiento a los padres, madres y adultos responsables, para potenciar su función educativa en el hogar.

– *Entorno comunitario*. De esta modalidad se beneficiarán 200.000 niños menores de 5 años atendidos actualmente en los Hogares Comunitarios del ICBF en zonas urbanas, complementando los servicios de cuidado y nutrición con el componente educativo.

– *Entorno institucional*. Con esta modalidad se atenderán 100.000 niños de 3 y 4 años de edad de zonas urbanas, brindándoles educación inicial, salud, nutrición, recreación y cuidado afectivo y social, utilizando la capacidad instalada y la experiencia de operadores privados.

Adicional a las medidas para ampliar cobertura, el Ministerio de Educación, en coordinación con las secretarías de educación, desarrolla algunas estrategias de retención escolar, orientadas principalmente a la población más vulnerable del país. Entre éstas se destacan las siguientes: se ha establecido la gratuidad en costos educativos; se ideó la campaña nacional de permanencia denominada “Ni Uno Menos”, con la que se busca incidir en el comportamiento de las poblaciones afectadas en particular a la población en situación de desplazamiento; se apoya a las Entidades Territoriales en el uso de los recursos destinados a programas de alimentación escolar y se brindan orientaciones para dar cumplimiento a lo estipulado en la Ley 1176 de 200; se promocionan y aprueban proyectos de inversión en programas de acceso y permanencia que beneficien a la población desplazada y a otras poblaciones vulnerables; se busca brindar orientaciones a las cajas de compensación familiar en la formulación del programa de jornada escolar complementaria.

Así mismo se busca que en articulación con el Programa “Familias en Acción” se logre reducir la deserción escolar a 5% y alcanzar coberturas universales en la educación básica. Este programa entrega subsidios en nutrición y educación, estando condicionado a una asistencia regular al colegio.

De igual forma, el programa a través de sus sistemas de información focalizados en los más vulnerables apoyan el acceso al sistema educativo de los que aún no han sido atendidos o han desertado, y a través de sus representantes en los municipios y departamentos apoyan la canalización de las demandas educativas.

Política de calidad. Pretende el mejoramiento de los esquemas de aprendizaje y de la motivación de los niños para acceder al conocimiento. En esta línea de

política, las acciones desarrolladas por el Ministerio para la atención educativa a la población desplazada son: a. Implementación de modelos flexibles; b. Modelo Aceleración del Aprendizaje; c. Programa de educación continuada Cafam; d. Círculos de aprendizaje; e. Formación de docentes; f. Escuela y desplazamiento, entre otras.

Política de eficiencia. Pretende la reorganización del sector de la educativo a través del mejoramiento de los procesos de planeación, evaluación y seguimiento a la gestión en materia de educación en los ámbitos nacional y territorial.

Política de pertinencia. Busca que mediante la educación los estudiantes alcancen un desempeño ciudadano y productivo exitoso, para mejorar sus condiciones de vida y garantizar la competitividad del país¹³.

6. ESTABILIZACIÓN SOCIOECONÓMICA DEL MENOR DE EDAD

Si bien es cierto esta política pública no se encuentra dirigida de manera específica a los niños, niñas y adolescentes, es conveniente señalar que en la medida que el núcleo familiar al cual pertenece el menor deje de encontrarse en el riesgo de una situación económica que amenace con la indigencia y las cabezas del hogar cuenten con condiciones de trabajo y seguridad social que les permitan prodigar una mayor atención a los miembros más vulnerables que la componen, dichos sujetos de derechos lograran por vía indirecta la protección de las necesidades básicas que requieren especial atención .

Así las cosas, el fortalecimiento de la política pública de estabilización socioeconómica, pretende impulsar la participación de las cabezas de familia en actividades productivas y de generación de ingresos mediante el desarrollo de proyectos locales de intervención psicosocial y/o productivas, con capacitación técnica diferenciada.

7. ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA PARA EL MENOR DE EDAD

La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional ha establecido, para *garantizar* la facilidad de acceso a una vivienda en condiciones de seguridad y dignidad, lineamientos generales relacionados con la adecuación de instrumentos normativos y de política pública, en donde sean tomadas como referencia las condiciones específicas de vulnerabilidad de la población en situación de desplazamiento y los grupos poblacionales que la componen, con el

¹³ Ídem.

propósito de garantizar de manera progresiva, integral y focalizada la cobertura en materia de vivienda.

Según se relaciona en el documento de rendición de cuentas de Acción Social, esta política está basada en los *principios de progresividad e integralidad*, reconociendo las condiciones culturales y de vulnerabilidad así como las diferencias regionales, de manera que se brinde una atención equitativa para la solución de vivienda.

Para el efecto, se han desarrollado en coordinación con otras entidades responsables de la política de vivienda, las acciones que se mencionan a continuación:

- a. Conformación de una mesa técnica junto con MAVDT y DNP para la elaboración del diagnóstico y la definición de los lineamientos.
- b. Convocatoria, apoyo logístico y diseño metodológico de los talleres para la realización del diagnóstico con la población desplazada y entidades territoriales,
- c. Elaboración de un documento conjunto de diagnóstico y lineamientos de política de vivienda para PD.

No obstante las diferentes acciones que se han realizado en pro del restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en este sentido, es claro que uno de los grandes problemas que aún no cuentan con una solución efectiva para la población objeto de desplazamiento es la posibilidad de acceso a una vivienda propia.

De acuerdo con el seguimiento realizado a los diferentes proyectos ordenados en el marco del Auto 251 de 2008, al 30 de junio de 2009, la mayoría de familias desplazadas no cuenta con un espacio propio en el cual sentar nuevas bases, por el contrario viven en lugares reducidos y en algunos casos en situaciones de hacinamiento, teniendo en cuenta que el grupo familiar, en la mayoría de los casos, se compone de madres cabeza de familia, niños y niñas de los 0 a los 7 años y adultos mayores.

8. RETORNO DEL MENOR DE EDAD AL SITIO DEL DESPLAZAMIENTO

El propósito de esta política pública consiste en garantizar a las personas, familias y comunidades en situación de desplazamiento, el regreso a sus lugares de origen en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad.

Con el propósito de cumplir este objetivo, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional ha establecido lineamientos centrales para el ajuste de la política de retorno y reubicación, tales como:

- Garantía de los principios de voluntariedad, seguridad y dignidad.
- Adopción de un enfoque de derechos.
- Adopción del enfoque diferencial.
- Consideración de los mínimos de racionalidad de la política pública.
- Garantía de la sostenibilidad de los procesos de retorno o reubicación.

Respecto al impacto que la aplicación de esta política genera frente al niño, niña y adolescente en situación de desplazamiento, los informes presentados por acción social no hacen un análisis preciso, sin embargo, en la medida en que el menor de edad retome los lazos de unidad familiar que fueron abruptamente cortados al momento del desplazamiento, se disminuirán las consecuencias nocivas en el aspecto psicosocial, lo cual es un paso para el restablecimiento de sus derechos.

LA CATEGORÍA DERECHO DE PROTECCIÓN EN LA ETAPA DE EMERGENCIA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO

Como respuesta a las órdenes de la Corte Constitucional, se informa que el ICBF participó en la entrega de ayuda humanitaria a 10.804 niños/as y adolescentes, en emergencia; de igual forma esta institución ha establecido unos mecanismos y estrategias para atender los aspectos psicosociales y nutricionales, específicamente a las mujeres gestantes y lactantes y en niños, niñas y adolescentes y su grupo familiar, con el objetivo de proteger y garantizar la restitución de los derechos de los niños y niñas cuando se encuentran en riesgo o han sido vulnerados sus derechos fundamentales.

Para el desarrollo de estas acciones se diseñaron tres estrategias:

- Apoyo alimentario y nutricional (raciones de emergencia).
- Unidades Móviles para el acompañamiento psicosocial y nutricional.
- Remisión a programas regulares del ICBF y demás servicios ofrecidos por las entidades corresponsables del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada –SNAIPD–.

LA CATEGORÍA DERECHO DE PARTICIPACIÓN

La Corte Constitucional menciona los siguientes riesgos a los que está expuesta la población infantil en situación de desplazamiento:

- Afectación e interrupción de la ciudadanía activa por el control y manipulación por parte de grupos armados ilegales.

– Estigmatización y restricción de la organización, y participación de adolescentes y jóvenes, generada por miedos de los padres y amenazas de los actores armados.

– Invisibilización política y social en la prevención y atención del desplazamiento que afecta la identificación de riesgos de impactos y acciones diferenciales.

En razón a lo anterior, Acción Social realizó talleres de participación e interlocución donde se estuvieron concentrados niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, quienes plantearon sus sentimientos frente a la violación de sus derechos a fin de propiciar espacios de participación activa y detectar sus necesidades y principales derechos vulnerados.

De los resultados de la información recolectada se concluye que en los nueve municipios donde se desarrollaron los talleres los niños, niñas y adolescentes consideraron como derechos más importante los siguientes:

1. A la educación.
2. A tener una familia unida, tener padre o madre.
3. A la recreación y al juego.
4. A la salud.
5. A la alimentación y nutrición.
6. A tener una vivienda digna.
7. A tener un nombre y una nacionalidad.
8. A la libertad.
9. A la vida.
10. A ser protegido contra el maltrato intrafamiliar y el abuso.
11. Al respeto.
12. A la protección en el conflicto armado.
13. A la comprensión al buen trato, afecto y amor.
14. A expresarse libremente.
15. A ser escuchado.

Así mismo se estableció que en la percepción de los niños, niñas y adolescentes los derechos más vulnerados son:

1. El derecho a la vivienda (el más vulnerado).
2. El derecho a la recreación y el juego.
3. El derecho a la educación.
4. El derecho a tener una familia.
5. El derecho a la salud y atención médica,
6. El derecho a vivir en armonía.
7. El derecho a la protección contra abuso físico y mental.
8. El derecho a expresarse libremente.

Los niños, niñas y adolescentes que participaron en los talleres coincidieron en afirmar que el derecho a la participación no está garantizado, pues no tienen ningún medio de comunicación que les permita expresar sus opiniones, no existen programas de información de derechos, de oferta institucional, de actividades recreativas y deportivas, de capacitación en formas organizativas y de liderazgo.

En síntesis, no existen programas ni actividades que potencien sus capacidades y habilidades, por lo que es necesario que se diseñen, a partir de esta útil información, políticas públicas que garanticen el ejercicio efectivo de este derecho¹⁴.

PROYECTO PILOTO DE PREVENCIÓN DEL IMPACTO DE MINAS ANTIPERSONAL Y MUNICIONES SIN EXPLOTAR EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, EN SAMANIEGO (NARIÑO)

Este proyecto se desarrolla con la colaboración de la Fundación Antonio Restrepo Barco, por medio de los siguientes ámbitos de intervención: identificación de la amenaza, actitudes y prácticas de prevención, conocimiento de procedimientos ante un incidente.

Se identificaron nueve dimensiones a observar respecto del goce efectivo de derechos vulnerados por la presencia de minas antipersonal y municiones sin explotar en el territorio, por lo que el fin no sólo es la prevención sino el restablecimiento de los derechos violados, mediante comportamientos seguros, en la medida de lo posible.

PROYECTO PILOTO DE PREVENCIÓN DE LA VICTIMIZACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES POR LAS ESTRATEGIAS DE CONTROL SOCIAL DE LOS GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY. MEDELLÍN, COMUNA 13

Este proyecto adoptó la estrategia de hacer de los jóvenes los protagonistas del proceso, para generar apropiación y compromiso a fin de brindar herramientas de transformación cultural y enfrentar los riesgos de vinculación al círculo de violencia; para el efecto se emplearon varias estrategias útiles que buscaban la sensibilización frente a la pertinencia de acciones educativas dirigidas a desarticular violencia y a promover prácticas de paz en familia, a fortalecer el liderazgo

14 Ídem.

de jóvenes y los avances en su formación como gestores y formadores, entre otros, que resultan importantes en el camino de restablecimiento de los derechos de los menores en situación de desplazamiento

DIFICULTADES EN LA ATENCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

La Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional, como entidad coordinadora de los planes, acciones y programas que se han diseñado en esta materia, ha realizado las siguientes observaciones en los diferentes informes presentados ante la Corte, respecto a la dificultad en la atención de los niños, niñas y adolescentes víctimas del desplazamiento forzado:

- Población desplazada dispersa en lugares de difícil acceso, lo que dificulta su identificación para su atención integral.

- Movilidad constante intra e intermunicipal de la población desplazada, que dificulta el establecimiento de medidas duraderas y eficientes.

- Impacto indeterminado de las reformulaciones y ajustes de las políticas públicas, frente a la población objetivo que generan retrocesos en la implementación de los programas diseñados específicamente para la protección de los derechos fundamentales vulnerados.

- Dificultades de orden público en algunas zonas señaladas en los Autos de la Corte Constitucional para desarrollar los programas piloto y las consultas previas.

- Insuficiencia en las proyecciones del presupuesto necesario y progresivo por parte de las entidades del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, de acuerdo con las metas fiscales de mediano plazo del Gobierno Nacional.

- Resistencia de las administraciones locales en la asunción de su responsabilidad en el marco de la política de prevención, puesto que asumen la prevención como un deber exclusivo de entidades nacionales.

- Necesidad de fortalecimiento de las Casas de Justicia como un entorno protector de los derechos de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, capaz de garantizar las rutas comunitarias e institucionales de prevención y reporte de casos, y los derechos de los niños y niñas a través de sus rutas de atención a los conflictos cotidianos, familiares y comunitarios.

- Inexistencia de lineamientos claros de entes territoriales relacionados con la prevención del desplazamiento.

- Mejoramiento de la capacidad logística a partir del fortalecimiento del equipo de profesionales que atiende las emergencias humanitarias, tanto en el

nivel nacional como en el territorial, estableciendo parámetros claros para la atención diferencial que requieren los niños, niñas y adolescentes.

– Fortalecimiento en la atención de emergencias humanitarias, que no podrá brindarse más allá de las primeras 24 horas después de ocurridos los hechos.

– Fortalecimiento de la atención a los desplazamientos masivos teniendo en cuenta el enfoque diferencial.

– Necesidad de un proceso de sensibilización y de acciones educativas con miras a desarticular violencias y promover prácticas de paz en familia, como estrategia de prevención de violencia en la vida cotidiana de las familias y comunidades.

– Fortalecimiento de la capacidad presupuestal de los entes territoriales para dar respuestas oportunas en cada componente de atención.

– Necesidad de participación efectiva de las víctimas, sus organizaciones y otros agentes de política pública interesados en el restablecimiento de los derechos.

– Vinculación de las veedurías sociales para que participen en los procesos de rendición de cuentas por parte de los agentes estatales y gubernamentales obligados.

– Necesidad de establecer un mecanismo que permita conocer los verdaderos resultados de las acciones iniciadas.

– Coordinación y coherencia en las políticas públicas y en los programas y planes diseñados para la atención de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento.

– Diseño e implementación de mecanismos que mejoren la coordinación de las entidades del orden nacional entre sí, y entre éstas y los entes territoriales.

– Generación de espacios de diálogo y colaboración armónica en el diseño e implementación de las diferentes políticas con todas las ramas del poder público y los entes gubernamentales.

– Diseño e implementación de mecanismos efectivos para el monitoreo, ajuste, evaluación y rendición de cuentas.

En términos generales esta es la situación actual en la política pública frente al desplazamiento de los niños, niñas y adolescentes; es de señalar que todas estas acciones emprendidas por el gobierno nacional han tenido origen en las órdenes de la Corte Constitucional, emitidas con el fin de encontrar salidas a fin de superar el estado de cosas inconstitucional generado por la gravedad de afectación la violación masiva, recurrente y prolongada de los derechos fundamentales de la población desplazada, especialmente en relación con los niños, niñas y adolescentes que resultan ser las mayores víctimas del problema.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En el marco de esta investigación se ha determinado:

– El restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de desplazamiento forzado, pese a haber encontrado eco en la actuación del Estado, no ha conseguido evitar que el fenómeno del desplazamiento continúe presentándose.

– Se debe concienciar a los entes gubernamentales sobre el hecho de que la responsabilidad no es exclusivamente de la Agencia Presidencial para la Acción social y la Cooperación Internacional, toda vez que frente a las diferentes solicitudes de información que se realizaron, cada agencia se limitó a informar que se había trasladado la inquietud a Acción Social, de lo cual se concluye que los entes gubernamentales consideran a esta entidad como la que lidera la política de atención a la población en desplazamiento por lo que la responsabilidad no les corresponde.

– Gran parte del diseño general de planes y programas actuales en atención a niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento ha tenido origen en la Corte Constitucional que, ante la falta de acciones puntuales por parte del gobierno nacional para solucionar la violación de derechos de la población desplazada, ha tenido que idear planes específicos para superar el estado de cosas inconstitucional derivado de la violación de derechos.

– Luego de la expedición de la Sentencia T-025 de 2004, que declara el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento, la Corte Constitucional ha venido examinando si sus decisiones han sido cumplidas, no obstante, se observa, a través del sinnúmero de Autos de cumplimiento posteriores a la sentencia dictados hasta la fecha, que la Corte no se ha pronunciado en forma contundente respecto al hecho del *incumplimiento* evidente de las mismas.

– El diseño de la política pública se ha concretado exclusivamente a lo ordenado en el Auto 251 de 2008, sin estudiarse otras alternativas.

– El Estado se debe asegurar que la política pública en atención a la infancia y la adolescencia en situación de desplazamiento llegue a la totalidad de esta población, a través de diferentes mecanismos que permitan determinar su cantidad, identificación y ubicación partiendo, por ejemplo, de la optimización en los sistemas de caracterización y registro que permitan tener una percepción real del fenómeno del desplazamiento, a fin de adoptar las medidas necesarias para afrontar el problema.

– Se deben establecer criterios claros de diferenciación entre población en situación de desplazamiento y población vulnerable, porque se ha evidenciado como dificultad en las entidades encargadas de atender a la población despla-

zada, especialmente en infancia, que en ocasiones no hay tal claridad, lo que impide identificar la verdadera dimensión del problema y dificulta la adopción de medidas oportunas y pertinentes para afrontar en debida forma la vulneración de derechos.

– Es imperativo ordenar al ICBF el diseño y ejecución de un programa especial para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como lo ordena el Código de la Infancia y de la Adolescencia frente al derecho de protección contra el desplazamiento forzado, toda vez que no se encuentra un programa diferencial del quehacer ordinario del ICBF.

– Afianzar el trabajo de las ONG cuyas acciones resultan ser positivas pero no se alcanza a evidenciar un impacto frente a la magnitud del desplazamiento.

– Fortalecer la política de atención diferencial de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, en consideración a que al momento de la reubicación del núcleo familiar sobreviviente no son oportunamente garantizados derechos como educación, salud –salubridad–, alimentación, estabilización socioeconómica y vivienda en condiciones de dignidad.

– En materia de educación se observa que, a pesar de los avances, continúa la limitación al goce efectivo de derechos de los niños y adolescentes en esta materia, por lo que es necesario el diseño de un programa específico que permita la permanencia y evite la deserción escolar ocasionada por la necesidad de generar ingresos económicos para la subsistencia del núcleo familiar.

– Implementar los programas en educación, salud y seguridad alimentaria, no sólo para la primera infancia sino para todos los niños menores de 18 años, toda vez que aún se observa una discriminación frente a estos, contrario a lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

– En materia de educación, salud y seguridad alimentaria hay vulneración de los derechos de los niños comprendidos entre los 6 y los 18 años.

– Diseño y ejecución de un programa concreto que permita la atención para reducir las consecuencias psicológicas del daño que se genera por el desplazamiento.

– Como se señaló en apartes anteriores, los niños, niñas y adolescentes tienen especial preocupación por el derecho a la vivienda, siendo este uno de los derechos más vulnerados, por lo que es necesario que se adopte un sistema de atención integral en materia de vivienda digna a la familia con disponibilidad y acceso a servicios básicos como agua potable, energía, aseo.

– Así mismo, resulta imperativo que se contemplen diferentes formas para la adquisición y financiación de vivienda a costos razonables, además de estudiarse otras modalidades como arrendamiento y permuta, entre otros. Se observa que

la política pública respecto al restablecimiento del derecho a la vivienda digna se quedó en el diseño.

– La Corte Constitucional, en su loable labor de llenar los vacíos ante la insuficiencia de política pública específica en la atención a la población desplazada, relaciona algunos derechos que con el desplazamiento han sido violados, pero deja de lado otros, como el derecho al trabajo, a la propiedad, a la posesión y el derecho a acceder a la verdad, entre otros.

– En la política pública de atención a infancia en situación de desplazamiento se echa de menos el derecho de los niños, niñas y adolescentes de acceder a la verdad, a la justicia y a la reparación, con todas las implicaciones que ello conlleva, por lo que es necesario que en la política pública se privilegie este derecho de la infancia para evitar replicar círculos viciosos de violencia, miseria y venganza indeseables para la sociedad.

– En materia del derecho a la justicia y reparación en infancia se anota que se deben fortalecer las instituciones judiciales para facilitar su goce efectivo, además, la reparación debe ser integral en sus componentes físico, mental y moral, no solamente estudiarse la alternativa de tratamiento psicológico, como se ha tratado de hacer, sin tener en cuenta la reparación integral necesaria para resarcir el daño.

– Fortalecer el sistema judicial para acabar con la impunidad de quienes han cometido toda serie de delitos en el fenómeno del desplazamiento forzado, especialmente los relacionados con la violación de derechos humanos que dieron origen al pronunciamiento de estado de cosas inconstitucional.

– Es necesario que se adopten medidas para asegurar la reunificación familiar en el caso en que los integrantes de la familia se encuentren separados, aún más si se trata de familia con hijos menores de edad.

– En relación con la atención a población desplazada con algún tipo de discapacidad física, sensorial o mental, se debe fortalecer toda la estructura para la atención a este grupo vulnerable de población desplazada, especialmente en lo referente a los niños, niñas y adolescentes, por cuanto, aunque se han iniciado algunas acciones para su especial atención, como se señaló brevemente en este escrito, se ha reportado que falta todavía mucho por hacer al respecto, especialmente en cuanto a recursos, infraestructura y capacitación al personal

– Es necesario que respecto del trabajo infantil de los niños y niñas en situación de desplazamiento el Estado adopte medidas concretas de compromiso y acción a fin de protegerlos de la realización de trabajos que puedan ser perjudiciales para su integridad física y mental, así como interferir en su educación y en su desarrollo integral.

– Por la magnitud del problema, se debe acordar un mayor compromiso presupuestal por parte de la totalidad del Estado, que haga evidente la prioridad en la prevención, protección, y atención del fenómeno del desplazamiento, para atender de manera efectiva las necesidades básicas y solucionar estructuralmente los problemas derivados de dicho fenómeno.

– Es fundamental destinar una partida presupuestal para la atención específica de tres áreas neurálgicas: alimentación, salud y educación.

– Es importante diseñar lineamientos que permitan superar las dificultades que se presentan cuando se pretende garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuyos derechos están conexos con los demás integrantes del núcleo familiar adultos.

– Se debe fortalecer la estructura gubernamental dedicada a la atención de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, buscando coordinación y sinergia entre los entes públicos, nacionales, departamentales y municipales, así como con entidades privadas que trabajan en la protección de los derechos de esta población marginada para garantizar la integralidad de la política pública en esta materia.

PROPUESTAS PRESENTADAS A LA CORTE CONSTITUCIONAL
EN VIRTUD DEL AUTO DE INVITACIÓN A LA REALIZACIÓN
DE DOCUMENTOS ACADÉMICOS Y TÉCNICOS, EN EL MARCO
DEL SEGUIMIENTO A LA SENTENCIA T-025 DE 2004
Y SUS AUTOS DE CUMPLIMIENTO

CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN POLÍTICA CRIMINAL

*Propuesta de política pública de justicia para
las víctimas de desplazamiento forzado y herramientas
de seguimiento y evaluación*

Este capítulo está organizado en tres secciones: la primera dirigida a indicar el punto concreto del Auto al que se quiere dar respuesta (1.1), la segunda contiene la descripción del proyecto de investigación y de las actividades que dieron origen a la propuesta (1.2) y la tercera está dedicada a esta última, concretamente (1.3).

1.1. El presente aporte pretende contribuir al diagnóstico, análisis y estudio del derecho a la justicia de las víctimas de desplazamiento forzado con el ánimo de favorecer la resolución de los problemas ligados a la impunidad de este grave delito, así como para enriquecer el proceso de seguimiento del cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004 y el avance en la superación del estado de cosas inconstitucional.

Para ello se dará respuesta al siguiente requerimiento presentado por la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y los Autos de cumplimiento de la Corte Constitucional, en su Auto del 30 de junio de 2010.

Punto 7.3. En materia de ajuste de políticas

– Identificación y formulación de indicadores de resultado de goce efectivo de derechos que complementen y/o corrijan la batería de indicadores adoptada mediante Autos 233 de 2007 y 116 de 2008, así como propuestas para su medición sistemática.

1.2. Las recomendaciones que se presentan surgen de las investigaciones llevadas a cabo en el marco del Proyecto Cátedra Unesco del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, integrado por MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO (Directora), XIMENA SARMIENTO, CIELO MARIÑO y ANA LUCÍA MONCAYO (Investigadoras), titulado “Acceso a la justicia de las víctimas de desplazamiento forzado interno: análisis de los procesos penales”, cuyo objetivo principal es establecer, en el campo de la política criminal, si, debido a las definiciones y prácticas del sistema de justicia penal, se les garantiza a las víctimas del desplazamiento forzado interno el acceso a la justicia, con especial atención a los criterios diferenciales de género, etario y étnico.

Para la consecución de este propósito se proyectó una metodología basada no sólo en el análisis de la normativa –nacional e internacional–, la jurisprudencia –nacional y regional–, los estudios precedentes en el ámbito de la protección

efectiva del derecho a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los DH¹ e infracciones al DIH y el seguimiento de los avances e iniciativas institucionales, sino también en la indagación empírica de los obstáculos del efectivo acceso a la justicia de las víctimas de desplazamiento, a través del uso de herramientas cualitativas, así como por medio del trabajo conjunto con organizaciones no gubernamentales².

Es así como, a través de las investigaciones socio-jurídicas adelantadas, se logró identificar los principales obstáculos del ejercicio efectivo del derecho a la justicia de los niños, niñas y adolescentes, mujeres y miembros de pueblos indígenas en situación de desplazamiento³, frente a los cuales se presenta una propuesta de acciones que el Estado debe adelantar para contrarrestarlos. No obstante, estas acciones no excluyen otras intervenciones que también ejercen una incidencia en el goce efectivo del derecho a la justicia de las víctimas de desplazamiento, pero que no son objeto del presente documento.

Finalmente, para la identificación, el análisis y la evaluación de la política de justicia, de un lado, y para la propuesta de indicadores de goce efectivo del derecho a la justicia, de otro, fue necesario el enfoque interdisciplinario dirigido específicamente al estudio de las políticas públicas, su seguimiento y evaluación, y la construcción de indicadores de goce efectivo de derechos⁴, apoyándose en la disciplina de la Ciencia Política, como se especificará más adelante.

1.3. Dos cuestiones han de ser precisadas antes de formular indicadores que complementen y/o corrijan la batería de indicadores adoptada mediante Autos 233 de 2007 y 116 de 2008, en relación con el derecho a la justicia de las víctimas de desplazamiento (1.3.3). La primera (1.3.1) tiene que ver con el contenido

1 Abreviaturas utilizadas:

DH: Derechos Humanos

DIH: Derecho Internacional Humanitario

DF: Desplazamiento Forzado

NNA: Niños, niñas y adolescentes

NNAD: Niños, niñas y adolescentes desplazados

FGN: Fiscalía General de la Nación

RJ: Rama Judicial

CIA: Código de la Infancia y Adolescencia

2 Se menciona, por ejemplo, en relación con el acceso a la justicia, la Mesa de Seguimiento al Auto 251 de 2008, integrada por diversas ONG interesadas en la garantía de los derechos de la infancia desplazada.

3 Se trabajó únicamente con esos tres enfoques, lo cual no desconoce la exigencia de otros que tienen, igualmente, necesidades específicas.

4 Entre otros, se efectuaron los siguientes seminarios de formación: Seminario de análisis de documentos 2010: *Las políticas públicas y los derechos humanos*, y Seminario sobre *Construcción de indicadores de goce efectivo de derechos*.

y alcance del derecho a la justicia de las víctimas del delito de desplazamiento forzado y la segunda (1.3.2) con el diagnóstico de su realización efectiva.

1.3.1. El derecho a la justicia de las víctimas del delito de desplazamiento forzado

La obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de los desplazamientos forzados se deriva de la obligación internacional⁵ del Estado de hacer justicia frente a las violaciones de derechos humanos. En virtud de tal deber el Estado debe garantizarles a las víctimas el derecho de acceso a la justicia para, a través de ésta, lograr la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de estas graves violaciones.

Acceso a la justicia: contenido y enfoque diferencial

Contenido

Como resultado de la investigación de la Cátedra Unesco: “Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza” del Centro de Investigación en Política Criminal se expondrá a continuación, de manera sucinta, el contenido del derecho de acceso a la justicia⁶.

El acceso a la justicia tiene su sustento en el derecho que tienen todas las personas a hacer valer sus propios derechos ante un órgano jurisdiccional⁷, cuando estos han sido vulnerados ya sea por particulares o por el mismo Estado.

Derecho que ha sido reconocido por numerosos instrumentos internacionales, entre ellos: la Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 8.º–; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –art. XVIII–; la

5 Deber implícito en los siguientes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1,1); la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (art. 1.º); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 1.º); el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 2.º) y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, entre otros.

6 Con base en los siguientes artículos: “Acceso a la justicia de la infancia víctima del desplazamiento forzado interno” y “Acceso a la justicia: mujer y desplazamiento forzado interno”, de las investigadoras CIELO MARIÑO ROJAS y ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ, respectivamente, publicados en el libro *Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

7 Artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos...”. En el mismo sentido. Cfr. JORGE IVÁN CUERVO R. “Lineamientos de política pública para el acceso a la justicia de personas de escasos recursos”, en *Cuadernos del CIPE*, n.º 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 7.

Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 8.º –garantías judiciales– y 25.1 –Protección judicial–; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 26 –igualdad ante la ley– y 14.1 –garantías judiciales–; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional –arts. 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4–; la Convención Europea de Derechos Humanos –art. 6.º–.

Así mismo, tal derecho se encuentra reconocido en los siguientes principios del orden internacional:

- *Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*, Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985; los cuales señalan que las víctimas de delitos “tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido”.

- *Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (2005). Instrumento que en el principio 19, expresa: “No habrá reconciliación justa y duradera, como se dice en el principio 11, sin que sea aportada una respuesta efectiva a las demandas de justicia”.

Y se encuentra de manera expresa en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones*, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Dicho instrumento señala: “la víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno” (num. 12).

En nuestro país tal derecho se encuentra dispuesto en la Constitución Política de Colombia, de la siguiente manera.

El artículo 2.º de la Constitución Política establece el deber de las autoridades, en general, y las judiciales, en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos; el artículo 13 consagra la igualdad y no discriminación de todas las personas y la protección especial de aquellas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Los artículos 29 y 229 son la base constitucional de la tutela judicial efectiva. El artículo 229 de la Constitución Política establece que: “se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

La doctrina y la jurisprudencia⁸ han reconocido que para que se dé cumplimiento al derecho de acceso a la justicia no es suficiente con accionar el sistema jurisdiccional sino que se requiere del cumplimiento de varios derechos que conforman su contenido, así:

i. Derecho de acceso a un órgano jurisdiccional. Entendido como el derecho que toda persona tiene a accionar el sistema judicial.

ii. Derecho a participar⁹ en el proceso y a que las pretensiones solicitadas se desarrollen de conformidad con las normas del debido proceso.

iii. Derecho a obtener un fallo en firme, ejecutable y en un plazo razonable¹⁰.

Acceso a la justicia con enfoque diferencial

Ahora bien, el Estado debe incorporar en la efectividad del derecho de acceso a la justicia un enfoque diferencial basado en el género, la edad y la etnia, puesto que se trata de sujetos de especial protección dada la vulneración a la que han sido sometidos históricamente en razón a la condición de mujer, niños, niñas y adolescentes y los pueblos.

La identificación de riesgos y vulneraciones en cada población frente al desplazamiento forzado interno ha sido expresamente reconocida por organismos internacionales, nacionales, organizaciones no gubernamentales y por la Corte Constitucional; en esta última, entre otros, en los Autos 092 y 251 de 2008, y 004 de 2009, respectivamente, de tal manera que resulta imperativo que el Estado, frente a las múltiples obligaciones constitucionales e internacionales que exigen la protección de las mujeres, los niños y los pueblos indígenas de todas las violencias, adecúe su política pública de justicia con enfoque diferencial.

8 Voto concurrente razonado del Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (Vicepresidente). Corte IDH, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, párrafo 5; Voto disidente del Juez ANTONIO CANÇADO TRINDADE, párrafo 2, Caso: Cinco pensionistas vs. Perú; Corte Constitucional. Sentencias C-228 de 2002; 454 de 2005 y C-209 de 2007, entre otras.

9 “La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho al acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal y *el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo*”. Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007 (cursiva fuera de texto).

10 Voto Concurrente razonado del Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. . . , cit.; en el mismo sentido SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, disponible en [www.juridicas.unam.mx].

– Mujeres¹¹

En cuanto al derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de la violencia del desplazamiento forzado, resulta importante señalar que la mayoría de ellas no lo perciben como un delito, pues aparece enmascarado por otros como el homicidio, la desaparición forzada, etc.; lógicamente esto incide en la no denuncia. Otras mujeres, aunque percibiéndolo, no lo denuncian por varias razones, entre otras, por miedo, desconocimiento del código propio del sistema judicial, falta de recursos económicos, falta de asesoramiento y acompañamiento dentro del proceso penal, desconfianza en el sistema judicial, etc. Esta situación conlleva a que crezca la cifra oscura de la criminalidad o criminalidad que no se denuncia¹², con lo cual se invisibiliza la existencia del delito y en particular la situación nefasta que deben soportar las mujeres.

Las barreras sociales, culturales¹³ e institucionales frente al derecho de acceso a la justicia, en las mujeres rurales, minimizan las posibilidades de obtener verdad, justicia y reparación. El sistema judicial se convierte en un siniestro selector, en el cual solo unas cuantas mujeres acceden al mismo; de ellas, solo unas hacen valer su calidad de víctima y continúan dentro de un proceso y, de éstas, poquísimas logran obtener una sentencia, que en la mayoría de los casos es morosa y que dista de ser ejecutable. Por lo que la efectiva reparación se aleja de sus pretensiones.

– Niños, niñas y adolescentes¹⁴

El carácter fundamental y prevalente de los derechos de la infancia, que se encuentra en la base de la protección constitucional de sus derechos, demarca la necesidad de incluir el carácter diferencial etario dentro de las consideraciones que los operadores de justicia deben aplicar al momento de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas de desplazamiento forzado interno.

11 ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ investigadora de la Cátedra Unesco: “Derechos humanos y violencia, gobierno y gobernanza”, 2009, p. 173.

12 JUAN BUSTOS y ELENA LARRAURI (1993: 59) definen la “cifra oscura” del delito como la cifra “que no aparecía reflejada en las estadísticas policiales al no haber sido detectada o denunciada”.

13 La cultura patriarcal y la carencia de capital simbólico por parte de las mujeres rurales son barreras fundamentales en el desconocimiento del derecho de acceso a la justicia (A. L. MONCAYO ALBORNOZ. *Los derechos económicos sociales y culturales en la mujer y el acceso a la justicia*, 2007).

14 Con base en los artículos de las investigadoras CIELO MARIÑO ROJAS y BIBIANA XIMENA SARMIENTO ALVAREZ. Cfr. MARIÑO ROJAS, 2009, p. 125 y 126 y BIBIANA XIMENA SARMIENTO ALVAREZ. “Análisis del goce efectivo de derecho a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito de desplazamiento forzado” (II Parte), en el primer capítulo de este libro.

Esto está dado básicamente por la protección especial que se ha establecido en diferentes instrumentos internacionales vinculantes pertenecientes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH– y en el Derecho Internacional Humanitario –DIH–, como por los lineamientos y directrices emanadas de organismos internacionales, en lo que se ha denominado *soft law*. Esta protección se encuentra igualmente en la Constitución Política, artículo 44, y en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

El Auto 251 de la Corte Constitucional señaló que la interpretación de los derechos de los sujetos de protección constitucional especial en situación de desplazamiento “... se debe realizar con arreglo a los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado n.ºs 2, 4 y 9, relativos a la protección especial que el Estado debe dispensar a ciertos grupos de desplazados”. Estos principios establecen que serán aplicados, sin distinción alguna, incluida la edad; ni limitando, modificando o menoscabando disposiciones del DIDH, del DIH o de los derechos concedidos por el derecho interno.

El *derecho de acceso a la justicia* de las niñas, los niños y los adolescentes víctimas del desplazamiento forzado interno, como sujetos de protección constitucional imperativa y prioritaria, en palabras de la Corte Constitucional, debe garantizarse desde el marco de este Código de la Infancia y Adolescencia, que ha incluido los estándares mínimos en la materia. En él se establece que el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del *interés superior del niño*, *prevalencia de sus derechos*, *protección integral* y los derechos consagrados en el DIDH, en la Constitución Política, como en la propia ley. Dentro de los derechos de protección se encuentran, según el artículo 20 del Código de la Infancia y Adolescencia, numerales 7 y 11, la protección contra el reclutamiento y el desplazamiento forzado, al lado de la protección contra otras situaciones de vulneración de derechos en el conflicto armado interno, como las minas antipersonal y la propia exposición al conflicto.

Frente a estas situaciones de desprotección, la justicia penal debe intervenir para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de la niñez víctima. Para ello el CIA, en su artículo 41, determina que el Estado deberá:

[...] 6. Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados

7. Resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos.

Ahora bien, en cuanto a los niños, niñas y adolescentes frente al derecho a la justicia del delito de desplazamiento forzado se han identificado, además de los obstáculos generales de las víctimas de este delito¹⁵ unos que afectan particularmente a las víctimas de menor edad:

- Falta de reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos.
- Falta de credibilidad hacia los NNA.
- Subestimación de la infancia.
- Falta de documentación de los NNAD.
- Poca o nula participación de los mismos en las actividades en las que se puede adquirir conocimiento y en las que se buscan soluciones colectivas junto con la no transmisión de dicho conocimiento por parte de quienes participan en ellas.
- La necesidad de representación legal para actuar¹⁶.

– Los pueblos indígenas¹⁷

En el ámbito de la justicia es importante tener en cuenta las especificidades de las maneras de pensar y sentir de las comunidades indígenas representadas en la diversidad étnica y cultural de Colombia. Se recuerda que en la estructura actual del Estado colombiano está reconocido el pluralismo jurídico y específicamente la jurisdicción indígena, la cual se ha visto gravemente lesionada por la actual situación de vulneración sistemática de los derechos humanos de las poblaciones indígenas víctimas, entre otros delitos, de desplazamiento forzado, contribuyendo a que muchos pueblos se encuentran en vías de extinción¹⁸.

15 Entre los obstáculos del ejercicio del derecho a la justicia, que se agravan cuando las víctimas son NNA, encontramos: tardía tipificación de este delito, falta de adecuación del derecho interno a los postulados contenidos en tratados internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; reconocimiento tardío de la prevalencia de los derechos de los niños, falta de investigación de éste delito, la permisividad de los órganos de control, falta de compromiso de los funcionarios, desconfianza en las instituciones, obstáculos burocráticos, ausencia del Estado en muchas partes del territorio nacional, incumplimiento reiterativo de sus obligaciones, sensación de corresponsabilidad en la causación del delito, falta de información y desconocimiento, ausencia del enfoque etario en la política pública, altos grados de degradación del conflicto armado. Entre las barreras sociales, se encuentran la indolencia e indiferencia frente a las víctimas, y su permisividad frente a graves violaciones de Derechos Humanos y los altos grados de barbarie y de degradación del conflicto; pésimas condiciones socio-económicas de la población en situación de desplazamiento. Cfr. BIBIANA XIMENA SARMIENTO ALVAREZ. “Análisis del goce efectivo de derecho a la justicia...”, cit.

16 Cfr. ídem.

17 Con base en el artículo de la investigadora MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO. “Dificultades de las víctimas de desplazamiento forzado interno para acceder a la justicia: población indígena”, Cátedra Unesco, 2009.

18 En el Auto 004 de 2009, la Corte Constitucional afirma que los pueblos indígenas sufren alarmantes

En lo que respecta al acceso a la justicia, no existen muchas denuncias¹⁹ (cifra oscura de la criminalidad) por razones de incomprensión cultural de los referentes simbólicos de las culturas, por resultados insatisfactorios en el goce de los derechos y, en general, por el desconocimiento de los derechos específicos de las comunidades indígenas (víctimas). Cuando se tiene información de los casos, las pruebas no son valoradas de acuerdo a la realidad y por lo tanto no hay condenas.

Frente a este panorama es de suma importancia que el Estado cumpla con su deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables, teniendo en cuenta, en el momento de hacer justicia, la cosmovisión y los valores de la comunidad en estudio. Para ello, es fundamental la capacitación de los funcionarios desde un enfoque de antropología jurídica, con el fin de comprender el mundo simbólico de los diversos pueblos y así entender los lenguajes (mensajes) representativos de sus culturas y materializar un diálogo intercultural.

El Estado y la sociedad civil deben estar involucrados en un plan de protección de las comunidades y de prevención de actos violatorios de los pueblos indígenas. Tal como se ha dicho, es el reconocimiento y materialización de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

1.3.2. Impunidad frente al desplazamiento forzado interno

El incumplimiento de la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables frente al delito de desplazamiento forzado ha sido evidenciado por organismos, nacionales²⁰, organizaciones no gubernamentales²¹,

patrones de desplazamiento forzado, homicidio, falta de alimentación y otros problemas graves a causa del conflicto armado y distintos factores subyacentes.

- 19 En el Informe del Relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (2009) constata la persistencia de esta situación de impunidad que pone en grave riesgo la supervivencia étnica y cultural de los pueblos indígenas.
- 20 En el mismo sentido se ha referido la Contraloría General de la República frente al impacto judicial que tiene el desplazamiento forzado, al señalar: “Sin embargo, al Sistema Judicial ingresaron cuatro procesos y sólo uno fue evacuado con sentencia ordinaria (condenó a cinco personas y absolvió a dos). Al finalizar 2003, se encontraban 11 procesos pendientes de resolución. “Vale la pena anotar que, aunque se presenta un importante grado de denuncia, en muy pocos casos se reúnen pruebas suficientes para adelantar procesos de juzgamiento. A pesar de la magnitud del problema, *sólo un proceso ha tenido fallo con sentencia condenatoria*” (cursiva fuera de texto) (Contraloría General de la República, 2005: 39).
- 21 En el mismo sentido, ACNUR (2006) en su informe “Introducción, conclusiones y recomendaciones del balance de la política pública de atención integral a la población desplazada por la violencia 2004-2006”, señaló: “De acuerdo con información suministrada por el Consejo Superior de la Judicatura, mientras en el país se desplazaron 619 mil personas entre el 2004 y el 2006 tan solo se iniciaron 37 investigaciones y se condenaron 15 personas”.

doctrina²² e incluso por la misma Corte Constitucional, esta última en el Auto 008 de 2009, textualmente señaló:

... persiste una altísima impunidad frente al delito de desplazamiento y los datos actuales solo dan cuenta de las denuncias presentadas, a pesar de que se trata de un delito que debía ser investigado de oficio (art. 159 de la Ley 599 de 2000). Existen grandes obstáculos procesales y de capacidad institucional para avanzar en la materia y no se ha desarrollado hasta ahora ninguna estrategia para solucionarlo²³ (cursiva fuera del texto).

Según la misma Fiscalía General de la Nación, en el Informe de Gestión efectuado al Congreso, de agosto de 2009:

... en las investigaciones por desplazamiento forzado en noviembre de 2008 la Unidad Nacional de Derechos Humanos tenía 162 casos asignados, de los cuales 11 están con investigación formal, 42 acusaciones y cinco casos en juicio, en abril de 2009 la Unidad Nacional de Derechos Humanos tenía 178 casos sobre desplazamiento forzado asignados, de los cuales 13 están con investigación formal, 135 acusaciones y 18 casos en juicio²⁴.

22 Según MONCAYO. “La Fiscalía General de la Nación desde 1999 hasta el 2008”: “Respecto del delito de desplazamiento forzado interno existen 14.067 investigaciones, de las cuales 11.085 están en vigencia de la Ley 600 de 2000 y 2.982 en vigencia de la Ley 906 de 2004. Respecto de las 11.085 investigaciones la Fiscalía ha efectuado 51.939 actuaciones procesales, de estas: 55, un 0,11% corresponden a calificación con resolución de acusación; 42, un 0,08% a ejecutorias de resolución de acusación; y 2, el 0,00% a actuaciones de terminación por sentencia anticipada. Las demás actuaciones en su mayoría corresponden a remisión de diligencias a otras fiscalías (13,08%), inhibitorios por distintas causas (10,44%), ejecutorias de inhibitorios (10,02%), práctica de pruebas (9,12%), suspensión de la investigación preliminar (2,76%), entre otras. En relación con las 2.982 investigaciones de desplazamiento forzado en vigencia de la Ley 906 de 2004, la fiscalía realizó 13.335 actuaciones, la mayoría de ellas, así: 26% apertura de investigación; 23% remisión a otros despachos; 18,31% programa metodológico. En menor porcentaje se encuentran 10 actuaciones, un 0,05% correspondientes a: 2 formulación de imputación; 2 escrito de acusación, 2 de audiencia de formulación de acusación; 2 de audiencia preparatoria y 2 audiencia en juicio oral. Situación similar ocurre en sede de Juzgamiento; organizaciones gubernamentales y no gubernamentales lo habían manifestado en su oportunidad y así lo reafirma la información estadística obtenida del Consejo Superior de la Judicatura sobre el delito de desplazamiento forzado, artículo 180 del C.P. (no del delito de desplazamiento en situación de conflicto armado interno, art. 159 del C. P.). Así, entre los años 2003-2004 de 9 procesos que ingresaron a juicio, solo hubo 3 personas condenadas; en el año 2005, de 7 procesos que ingresaron a juicio, solo hubo una persona condenada; en el 2006, de 43 procesos que ingresaron a juicio, hubo 6 personas condenadas, y en el 2007, de 25 procesos que ingresaron a juicio, hubo 5 personas condenadas” (A. L. MONCAYO ALBORNOZ, 2009, p. 165).

23 Corte Constitucional. Auto 008 de 2009, párr. 94.

24 [<http://www.fiscalia.gov.co/PAG/DIVULGA/noticias2009/fiscalmario/Informe%20de%20Gesti%C3%B3n%202009%20final.pdf>].

Situación similar ocurre frente a los resultados obtenidos en la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía²⁵; es pertinente señalar que a junio de 2010, de los 307.319 casos documentados por dicha Unidad –de los cuales 69.510 son por desplazamiento forzado masivo (por comunidades)– solo se encuentran 2 postulados sentenciados.

Estas cifras demuestran, de una parte, la situación de impunidad frente al delito de desplazamiento forzado interno, tanto en el Procedimiento de la Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004, como en el Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz y, de otra, el incumplimiento del Estado de su deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables.

Cabe anotar que en ninguna de las fuentes antes citadas, en relación con las cifras obtenidas, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura contempla en su sistema de recolección de datos, criterios de discriminación por la condición de mujer, edad o etnia, frente al delito de desplazamiento forzado. Ausencia que, desde lo estadístico, evidencia la no inclusión de un enfoque diferencial.

1.3.3. Los indicadores que se proponen se insertan en un modelo de seguimiento que contribuye a valorar adecuadamente los avances y resultados del Estado en la garantía efectiva del derecho a la justicia de las víctimas de DF, entendiendo que ésta contribuye, a su vez, a la prevención del desplazamiento forzado; pues se parte de reconocer la relación estrecha entre derecho a la justicia y no repetición, tal como lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares²⁶.

Así mismo, el modelo de seguimiento lleva implícita una propuesta de política pública de justicia frente a las víctimas del delito de desplazamiento forzado, pues las acciones sugeridas, y que van a ser medidas, constituyen, en sí mismas, propo-

25 A 30 de junio de 2010, cfr. [<http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm>].

26 Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), Caso Maritza Urrutia, Caso Myrna Mack Chang, Caso Bulacio, Caso Juan Humberto Sánchez, Caso Las Palmeras. Reparaciones, Caso del Caracazo. Reparaciones, Caso Trujillo Oroza. Reparaciones, Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones, Caso Las Palmeras, Caso Cantoral Benavides. Reparaciones, Caso Cesti Hurtado. Reparaciones, Caso de los “Niños de la Calle”. Reparaciones, Caso Ivcher Bronstein, Caso del Tribunal Constitucional, Caso Bámaca Velásquez, Caso Castillo Páez. Reparaciones, Caso Loayza Tamayo. Reparaciones. Sentencia.

siones de actuaciones que el Estado debe asegurar en su búsqueda de garantía del goce efectivo del derecho a la justicia de las víctimas de desplazamiento.

Para la elaboración de dicho modelo, tal como se mencionó anteriormente, así como para la formulación de indicadores, fue necesario acudir a una disciplina ajena a la jurídica que brindara conocimientos propios de la evaluación de las políticas públicas. Es así como se acude a la Ciencia Política y, dentro de ésta, al área de Gobierno para escoger una propuesta que permita visualizar la lógica de la política propuesta y los supuestos clave de la misma que, además, van a ser objeto de monitoreo (MORRA y RIST, 2009: 154)²⁷.

El enfoque de evaluación que se acoge corresponde al formulado por MORRA y RIST (2009: 1) y promovido por el Banco Mundial²⁸; el cual, desde el ámbito de la evaluación del desarrollo, propone una compleja²⁹ y multi-metódica perspectiva de evaluación basada en resultados, a diferencia de la perspectiva tradicional orientada a la evaluación de los productos.

Se adoptó este modelo en la medida en que, en primer lugar, responde a la complejidad de los impactos que se persiguen con la política de justicia³⁰, pues asume un gran reto, como lo es el de la evaluación del desarrollo, teniendo en cuenta, además, los alcances de los problemas que afronta y la persistencia de consecuencias imprevistas (MORRA y RIST, 2009: 2).

En segundo lugar, porque proporciona una herramienta innovadora para alcanzar las metas de largo plazo de una iniciativa de cambio social³¹ (MORRA

27 L. G. MORRA y R. C. RIST. *The Road to Results. Designing and Conducting Effective Development Evaluations*, Washington, The World Bank, 2009.

28 E, incluso, ha sido incorporado por el programa Sinergia del Departamento Nacional de Planeación: “El Sistema Nacional de Evaluación de Gestión y Resultados –SINERGIA– se ha consolidado en Colombia como una de las fuentes de información más relevantes en materia de seguimiento y evaluación de Políticas Públicas. El sistema, liderado desde el Departamento Nacional de Planeación, gestiona el manejo de la información relacionada con la agenda de evaluación, el seguimiento al Plan Nacional de Desarrollo y el afianzamiento de la cultura de gestión pública por resultados en el país y en la región de América Latina”. Departamento Nacional de Planeación. *¿Qué es Sinergia?*, s. f., disponible en [<http://www.dnp.gov.co/portalweb/>], consultada el 25 de octubre de 2010.

29 Compleja en la medida que se trata de un proceso (desarrollo) en el que interactúan diferentes esferas y actores.

30 Se considera que la política propuesta contribuirá en gran medida o alcanzar los siguientes impactos: de un lado, transparencia en la administración de justicia y mejoramiento de la política criminal frente a las víctimas y; de otro, prevención de nuevos desplazamientos, empoderamiento de las víctimas (NNA, mujeres y pueblos indígenas) en términos de ciudadanía, cumplimiento de la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los DH e infracciones al DIH, confianza en el sistema judicial penal y superación del conflicto a través del conocimiento de la verdad, la reparación y la justicia.

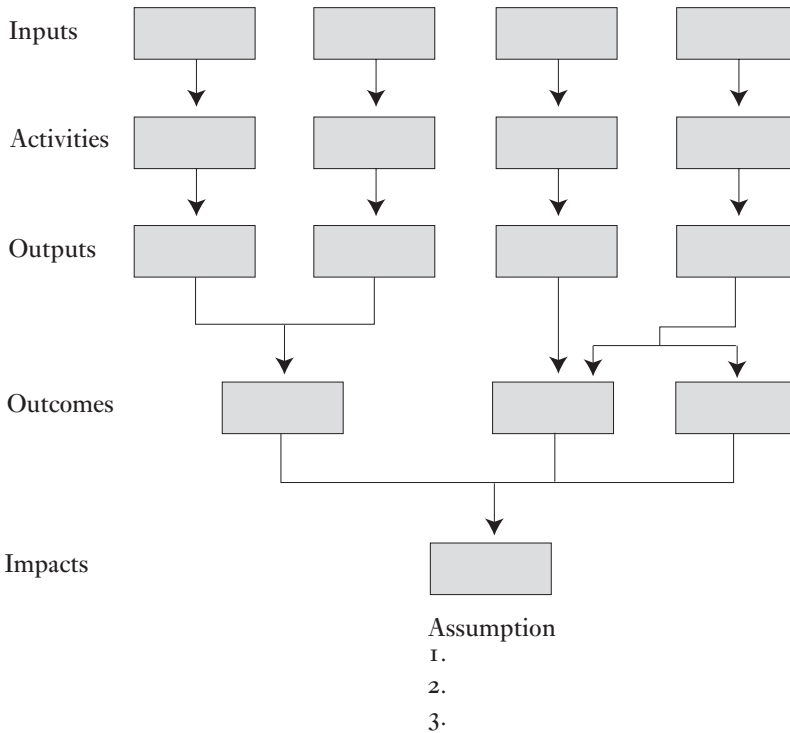
31 Pasando, en el caso que nos ocupa, por cambios institucionales.

y RIST, 2009: 150 y 151). Se hace referencia a la *teoría de cambio* que puede ser vista como la representación gráfica de cómo una política se espera logre los resultados perseguidos identificando, además, sus supuestos (pp. 150 y 151) y relaciones.

The logic of a program, policy, or Project looks at the purpose and the goals of an intervention and posits “If X happens, then Y should happen” [...] A chain of “If-then” statements –the theory of change– is then created (MORRA y RIST, 2009, p. 156).

A good theory of change [...] detail key assumptions underlying the model, including the major contextual or environmental factors or events that will likely influence the intervention (p. 157).

Figure 4.9 Standard Flow Chart



Fuente: MORRA y RIST, 2009.

El *Standard Flow Chart* es el gráfico más común para mostrar la *teoría de cambio*. Ilustra la secuencia de los resultados que surgen de las actividades y los productos. Es un modelo flexible y lógico siempre y cuando los componentes

centrales estén presentes: insumos, actividades, productos y resultados (MORRA y RIST, 2009: 165).

Estos componentes pueden ser definidos de la siguiente manera (Banco Mundial, 2007: 9)³²:

- *Insumos*: recursos críticos (conocimientos especializados, equipos y suministros) necesarios para ejecutar las actividades planeadas.

- *Procesos o actividades*: lo que efectivamente se hizo con los recursos disponibles para elaborar los productos previstos.

- *Productos o acciones*: productos y servicios que deben desarrollarse para producir los efectos directos previstos.

- *Resultados*: a corto plazo, efectos o cambios de conducta derivados de un programa estratégico.

- *Impactos*: resultados a largo plazo, mejora generalizada de la sociedad.

Una vez precisado el marco teórico del modelo de evaluación que se empleó para proponer indicadores del goce efectivo del derecho a la justicia de las víctimas de desplazamiento forzado, corresponde explicar cómo fue aplicado, dicho modelo, a la propuesta de política pública de justicia frente a estas víctimas (en adelante: “la política”).

Retomando lo dicho por los autores, aun cuando existen varias formas de articular, presentar y evaluar una política se escogió un modelo que:

1. Identificara el marco lógico de la política, diera cuenta de los insumos, de las actividades (procesos), de los productos (acciones), de los resultados esperados a corto y largo plazo (impactos) (MORRA y RIST, 2009, p. 168) y de la relación entre estos para mostrar las causas y los efectos de cada eslabón de la cadena;

2. Ilustrara la lógica de cómo alcanzar los resultados y cómo medir el progreso a lo largo del camino (p. 153), permitiendo el uso de indicadores (p. 168). *En este punto se centra el eje de nuestra propuesta;*

3. Identificara los supuestos críticos que, basados en la política, el contexto ambiental y la revisión de la literatura, se deben evaluar (p. 151);

4. Identificara los actores en quienes recaen las acciones.

De manera que la política que se articula, se presenta y se propone sea evaluada siguiendo el anterior modelo, como a continuación se detalla:

32 Banco Mundial. *Planificación y gestión orientada a resultados en VIH/SIDA. Manual*, septiembre de 2007, disponible en [<http://siteresources.worldbank.org/INT/HIVAIDS/Resources/375798-1103037153392/ResultsHandbookSpanishSept07.pdf>], consultada el 28 de septiembre de 2010.

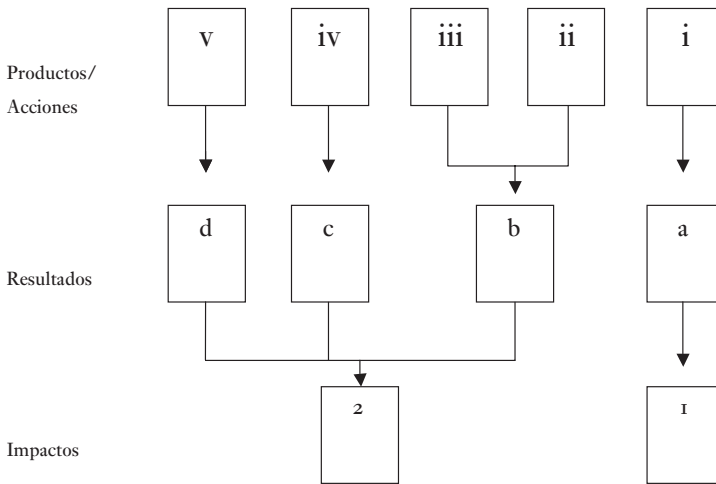
1. El marco lógico de la política fue diseñado empleando el *Standard Flow Chart* y se enfoca en los productos, los resultados y los impactos de la política. No obstante, los contenidos que corresponden a los dos primeros eslabones de la cadena (*insumos* y *actividades*) no han sido objeto de la propuesta que se presenta pues se considera que corresponde al ejecutor de la política, dentro del margen de sus competencias y facultades, establecer qué insumos utilizará la política y qué actividades serán realizadas con dichos insumos³³.

STANDARD FLOW CHART DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE JUSTICIA FRENTE A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

Insumos (no son objeto de esta propuesta)

Procesos (no son objeto de esta propuesta)

Actividades



33 Sin embargo, para ejemplificar: los *insumos* de la política pueden ser tanto los recursos humanos (funcionarios de justicia y de demás instituciones implicadas) como los recursos financieros con los que estas instituciones cuentan o pueden llegar a contar. Así mismo, ejemplos de *procesos*, en relación con el primer producto de la propuesta (*Herramientas de registro de los procesos y las actuaciones de la administración de justicia penal mejoradas* y *Capacitación de los funcionarios correspondientes en el manejo de dichas herramientas*) [ver página 199], pueden ser los concursos o procesos de contratación estatal dirigidos a contar con ingenieros que diseñen el software requerido para poner en funcionamiento nuevos sistemas de registro de los procesos y las actuaciones de la administración de justicia penal o para contratar estadísticos capaces de contribuir en el análisis de los datos cuantitativos que arrojen dichos sistemas.

Este diagrama representa, en primer lugar, el marco lógico de la política de justicia que está integrada por los siguientes componentes:

Productos

i. Herramientas de registro de los procesos y las actuaciones de la administración de justicia penal mejoradas. Y capacitación de los funcionarios correspondientes en el manejo de dichas herramientas.

ii. Nueva Unidad Nacional contra el Desplazamiento Forzado de la Fiscalía General de la Nación o, en su defecto, Unidad Nacional para la Justicia y la Paz y Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la FGN fortalecidas (profesional e institucionalmente).

iii. Protocolos de entendimiento interinstitucional (comunicación, coordinación, cooperación, delimitación de competencias y mejoramiento en el ejercicio de las funciones).

iv. Rama judicial (jueces y magistrados penales especializados y magistrados de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial) fortalecida (profesional e institucionalmente).

v. Programas de protección –para víctimas, testigos y líderes– mejorados: con especial atención a los criterios de edad, de género y de origen étnico. Teniendo en cuenta, además, los desarrollos jurisprudenciales en la materia.

Resultados

a. Obtención de información completa y discriminada en virtud de los criterios diferenciales y de las características del desplazamiento.

b. Denuncias, encuadramientos penales adecuados, individualizaciones, medidas de aseguramiento (privaciones de la libertad), acusaciones, investigaciones prevalentes de las infracciones contra NNA y actividad procesal.

c. Sentencias condenatorias, incidentes de reparación, actividad procesal, sanciones severas de los responsables de desplazamientos de NNA, juzgamientos prevalentes de las infracciones contra NNA.

d. Ningún miembro del hogar es víctima de acciones que atentan contra su seguridad personal³⁴.

34 Indicador de goce efectivo adoptado por la Corte Constitucional en el Auto 233 de 2007.

Impactos

1. Transparencia en la administración de justicia y mejoramiento de la política criminal frente a las víctimas.

2. Prevención de nuevos desplazamientos; empoderamiento de las víctimas (NNA, mujeres y pueblos indígenas) en términos de ciudadanía; cumplimiento de la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los DH e infracciones al DIH; confianza en el sistema judicial penal y superación del conflicto a través del conocimiento de la verdad, la reparación y la justicia.

En segundo lugar, ilustra las relaciones entre los productos, los resultados y los impactos esperados, a partir de una relación causa-efecto; de la siguiente manera: si el producto i es puesto en marcha, se obtendrá el resultado a y, de éste, el impacto 1; si el producto ii y el producto iii son llevados a cabo, se contará con el resultado b; si el producto iv se realiza, se alcanzará el resultado c; del producto v, se desprende el resultado d; y si suceden b, c y d lograremos el impacto 2.

Los contenidos de los cinco productos, de los cuatro resultados y de los dos impactos de la política están especificados en la tabla de la página 199 donde se establece –ya no de manera vertical, sino horizontal– el marco lógico de la política con sus distintos componentes.

2. La lógica de cómo los productos (i, ii, iii, iv y v) alcanzarán los resultados a corto y largo plazo (a, b, c, d y 1, 2) está determinada a partir de la cualificación de cada producto, es decir, se espera que cada producto produzca los resultados perseguidos en la medida en que posea las características que se precisan en los que hemos denominado los diagramas de cada producto.

Para medir el progreso a lo largo del camino, se han identificado unos indicadores, tanto para los productos como para los resultados a corto plazo (*indicadores de resultado*); para los impactos (resultados a largo plazo) no se han establecido indicadores. A su vez, los indicadores de los productos están divididos en dos clases: los que demuestran la existencia del producto (*indicadores de producto*: “el producto se crea”) y otros que indican que, habiendo sido creado el producto, éste cuenta con la potencialidad para producir los resultados esperados (*indicadores de gestión*: “el producto posee las características señaladas”).

Y es precisamente en este punto donde se concentra el principal aporte de la Cátedra Unesco del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, el cual está dirigido a formular indicadores de resultado del goce efectivo del derecho a la justicia de las víctimas de desplaza-

miento forzado, para complementar la batería de indicadores adoptada mediante Autos 233 de 2007 y 116 de 2008 por la Corte Constitucional.

Para cada producto se ha diseñado:

– En primer lugar, una tabla que contiene: el producto y sus indicadores (*indicadores de producto*), el resultado y sus indicadores (*indicadores de resultado*) y los impactos.

– En segundo lugar, un diagrama con las características especiales que debe poseer cada producto³⁵.

– En tercer lugar, la lista de los indicadores que evalúan si los productos creados poseen las características sugeridas (*indicadores de gestión*)³⁶.

Producto	Tabla de producto, indicadores de producto, resultado, indicadores de resultado e impactos	Diagrama de las características del producto	Indicadores de gestión
i	Página 200	Página 201	-
ii	Página 202	Página 203	Páginas 204 y 205
iii	Página 206	Página 207	Página 208
iv	Página 209	Página 210	Páginas 211 y 212
v	Página 213	-	-

c. Según los autores, se deben identificar, previamente, los eventos o condiciones que pueden afectar los resultados esperados, dadas las interrelaciones y las complejidades de la política (MORRA y RIST, 2009: 151). Este aspecto es tenido en cuenta, especialmente, cuando se formula el Producto II de la política (Nueva Unidad Nacional contra el Desplazamiento Forzado o fortalecimiento de las que ya existen) en la medida en que se plantean, frente al desempeño de la Fiscalía, dos posibilidades alternativas previendo el evento en que la primera opción no se pueda llevar a cabo por tratarse, precisamente, de una acción en la que intervienen muchos factores que pueden afectar su realización.

d. Finalmente, los actores de las acciones han sido identificados, para cada producto, tanto en las tablas y los diagramas como en los indicadores.

35 Salvo para el Producto v, ya que la Corte Constitucional se ha pronunciado ampliamente al respecto y, también, porque la medición de dicho producto corresponde, en su mayoría, a indicadores ya adoptados por la Corte en el Auto 233 de 2007.

36 Salvo para el Producto i, pues los indicadores de gestión coinciden con los indicadores de producto, y para el Producto v (Ibíd.).

POLÍTICA PÚBLICA DE JUSTICIA FRENTE A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

Insumos	Procesos	Productos	Resultados	Impactos
I. Registro de Información	Herramientas de registro de los procesos y las actuaciones de la administración de justicia penal mejoradas (1). Y capacitación de los funcionarios correspondientes en el manejo de dichas herramientas.	I	Obtención de información completa y discriminada en virtud de los criterios diferenciales y de las características del desplazamiento.	Transparencia en la administración de justicia. Mejoramiento de la política criminal frente a las víctimas.
II. Nueva Unidad de Fiscalía	Nueva Unidad Nacional contra el Desplazamiento Forzado de la Fiscalía General de la Nación o, en su defecto, Unidad Nacional para la Justicia y la Paz y Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la FGN fortalecidas (profesional e institucionalmente).	II	En el marco de las investigaciones del delito de desplazamiento se tendrían como resultados las siguientes actuaciones: <ul style="list-style-type: none"> • Denuncias • Encuadramientos penales adecuados • Individualizaciones • Medidas de aseguramiento (privaciones de la libertad) • Acusaciones • Investigaciones prevalentes de las infracciones contra NNA • Actividad procesal 	Prevenición de nuevos desplazamientos. Empoderamiento de las víctimas (NNA, mujeres y pueblos indígenas) en términos de ciudadanía. Cumplimiento de la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los DH e infracciones al DIH.
III. Interinstitucionalidad	Protocolos de entendimiento interinstitucional (comunicación, coordinación, cooperación, delimitación de competencias y mejoramiento en el ejercicio de las funciones).	III	B	Confianza en el sistema judicial penal.
IV. Rama Judicial	Rama judicial (jueces y magistrados penales especializados y magistrados de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial) fortalecida (profesional e institucionalmente).	IV	En el marco de los juicios y sanciones del delito de desplazamiento se tendrían como resultados las siguientes actuaciones: <ul style="list-style-type: none"> • Sentencias condenatorias • Incidentes de reparación • Actividad procesal • Sanciones severas de los responsables de desplazamientos de NNA • Juzgamientos prevalentes de las infracciones contra NNA 	Superación del conflicto a través del conocimiento de la verdad, la reparación y la justicia.
V. Protección de víctimas, testigos y líderes	Programas de protección –para víctimas, testigos y líderes– mejorados: con especial atención a los criterios de edad, de género y de origen étnico. Teniendo en cuenta, además, los desarrollos jurisprudenciales en la materia (2).	V	C	
			D	2
			E	

1. Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial –SIERJU– (Consejo Superior de la Judicatura CSJ, Sala Administrativa, Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico) y Sistema de gestión justicia a nivel nacional Siglo XXI (CSJ, Dirección de Informática). Base de Datos SJICF y Base de Datos SPOA (Fiscalía General de la Nación FGN, Dirección Nacional de Fiscalías).

2. Corte Constitucional: Sentencia T-025 de 2004; Auto 200 de 2007; Sentencia T-406 de 2008; Auto 092 de 2008; Auto 009 de 2009.

3. Indicador de goce efectivo adoptado por la Corte Constitucional en el Auto 233 de 2007.

I. REGISTRO DE INFORMACIÓN

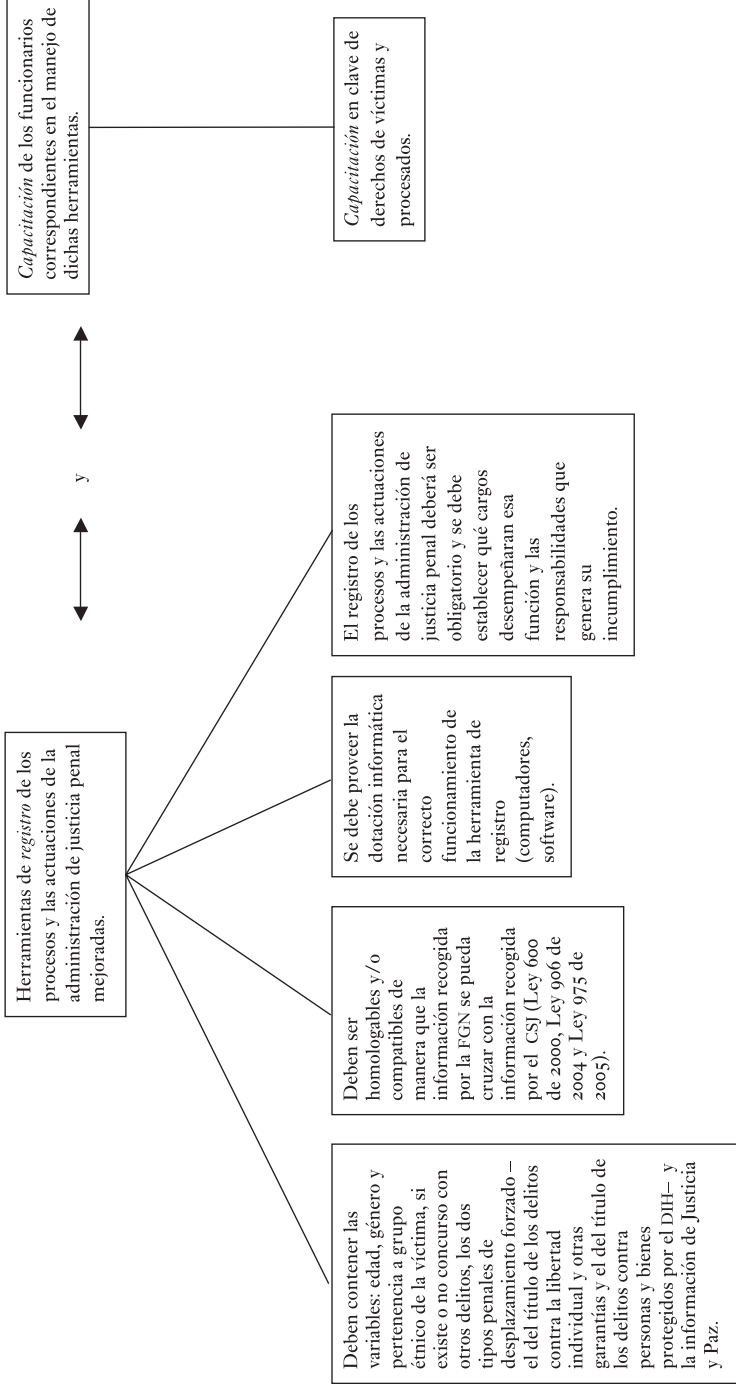
I.1. PRODUCTO Y SUS INDICADORES, RESULTADO Y SUS INDICADORES E IMPACTOS

I	Producto	Resultado	Impactos
Registro de información	<p>Herramientas de registro de los procesos y las actuaciones de la administración de justicia penal mejoradas (4).</p> <p>[Indicador: Número de actuaciones –de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico (CSJ), de la Dirección de Informática (CSJ) y de la Dirección Nacional de Fiscalías (FCN)– dirigidas a mejorar las herramientas de registro de los procesos y las actuaciones de la administración de justicia penal / Total de actuaciones llevadas a cabo por dichas unidades].</p> <p>Y capacitación de los funcionarios correspondientes en el manejo de dichas herramientas.</p> <p>[Indicador: Número de funcionarios de la FGN y del CSJ –cuyas funciones incluyen el diligenciamiento de las herramientas de registro de los procesos y las actuaciones de la administración de justicia penal– que asistieron al 80% o más de las capacitaciones en el manejo de las herramientas en cuestión / Total de funcionarios de esas instituciones cuyas funciones contempla el diligenciamiento de las herramientas de registro de los procesos y las actuaciones de la administración de justicia penal]</p> <p>Ver características del producto en la siguiente página.</p>	<p>Obtención de información completa y discriminada en virtud de los criterios diferenciales y de las características del desplazamiento.</p> <p>[Indicadores: Número de víctimas cuya edad, género y pertenencia étnica figura registrada / Total de víctimas registradas]</p> <p>Número de registros del delito de desplazamiento forzado del título de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario / Total de registros por desplazamiento forzado].</p>	<p>Transparencia en la administración de justicia.</p> <p>Mejoramiento de la política criminal frente a las víctimas.</p>

4- Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial –SIERJ– (Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico) y Sistema de gestión justicia a nivel nacional Siglo XXI (CSJ, Dirección de Informática). Base de Datos SIJUF y Base de Datos SPOA (Fiscalía General de la Nación FGN, Dirección Nacional de Fiscalías).

I. REGISTRO DE INFORMACIÓN

I. II CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO



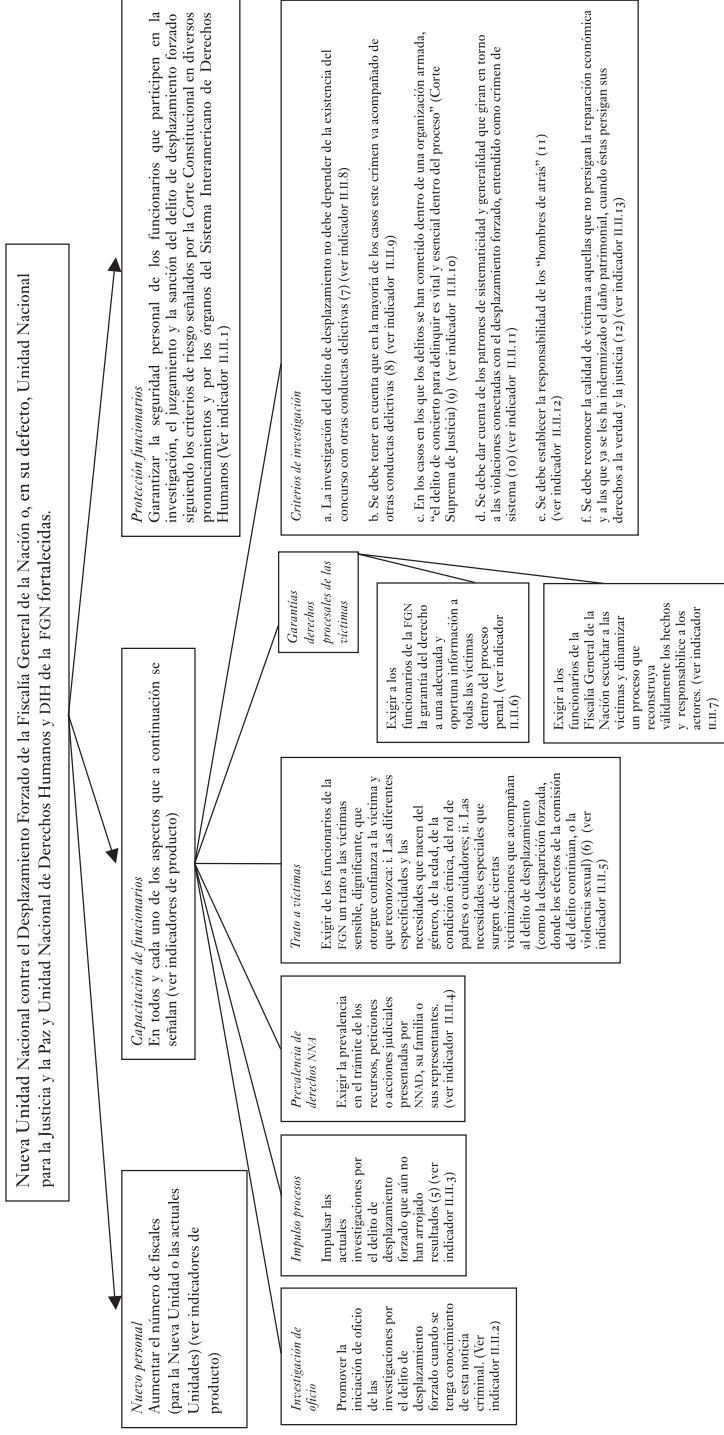
II. NUEVA UNIDAD DE FISCALÍA

II.1. PRODUCTO Y SUS INDICADORES, RESULTADOS Y SUS INDICADORES E IMPACTOS

II	Producto	Resultados	Impactos
Nueva Unidad de Fiscalía	<p>Nueva Unidad Nacional contra el Desplazamiento Forzado de la Fiscalía General de la Nación o, en su defecto, Unidad Nacional para la Justicia y la Paz y Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la FGN fortalecidas (profesional e institucionalmente).</p> <p>[Indicadores: Acto administrativo de creación de la Nueva Unidad y actos administrativos para su entrada en funcionamiento.</p> <p>Porcentaje de procesos a cargo de los fiscales de las dos unidades después de las nuevas posesiones de fiscales / Porcentaje de procesos a cargo de los fiscales de las dos unidades antes de las nuevas posesiones de fiscales.</p> <p>Número de funcionarios que asistieron al 80% o más de las capacitaciones impartidas / Total de funcionarios llamados a seguir dichas capacitaciones]</p> <p>Ver características del producto en la siguiente página.</p>	<p><i>En el marco de las investigaciones del delito de desplazamiento se tendrían como resultados las siguientes actuaciones:</i></p> <p>Denuncias</p> <p>[Indicador: Incremento en el número de denuncias a partir de la entrada en funcionamiento de la Nueva Unidad Nacional contra el Desplazamiento Forzado de la FGN o del fortalecimiento de las dos unidades existentes en comparación con los 5 años anteriores]</p> <p>Encuadramientos penales adecuados</p> <p>[Indicador: Número de procesos por el delito de DF del título de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH / Total de procesos por el delito de DF]</p> <p>Individualizaciones</p> <p>[Indicadores: Número de individualizaciones / Total de procesos.</p> <p>Número de individualizaciones / Total de procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico]</p> <p>Medidas de aseguramiento (privaciones de la libertad)</p> <p>[Indicadores: Número de medidas de aseguramiento / Total de procesados.</p> <p>Número de medidas de aseguramiento / Total de procesados en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico.</p> <p>Número de personas detenidas / Total de personas con medida de aseguramiento.</p> <p>Número de personas detenidas / Total de personas con medida de aseguramiento en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico]</p> <p>Acusaciones</p> <p>[Indicadores: Número de acusados / Total de procesados.</p> <p>Número de acusados / Total de procesados en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico.</p> <p>Número de acusaciones ejecutoriadas / Total de acusaciones.</p> <p>Número de acusaciones ejecutoriadas / Total de acusaciones en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico]</p> <p>Investigaciones prevalentes de las infracciones contra NNA</p> <p>[Indicador: Número de recursos, peticiones o acciones judiciales presentadas por NNAD, su familia o sus representantes resueltos con carácter prevalente en la etapa de investigación / Total de recursos, peticiones o acciones judiciales presentadas por NNAD, su familia o sus representantes en la etapa de investigación]</p> <p>Actividad procesal</p> <p>[Indicador: Número de allanamientos y negociaciones / Total de imputaciones]</p>	<p>Prevención de nuevos desplazamientos.</p> <p>Empoderamiento de las víctimas (NNA, mujeres y pueblos indígenas) en términos de ciudadanía.</p> <p>Cumplimiento de la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los DH e infracciones al DIH.</p> <p>Confianza en el sistema judicial penal.</p> <p>Superación del conflicto a través del reconocimiento de la verdad, la reparación y la justicia.</p>

II. NUEVA UNIDAD DE FISCALÍA

II.II CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO



5. El "impulso a un número de casos" fue identificada, en el 2001, como una de las líneas de trabajo para la formulación de una política de fortalecimiento de la capacidad del Estado colombiano para la investigación y la sanción de las violaciones a los DH e infracciones a los DIH (Documento Compes 34.11 "Política de lucha contra la impunidad en casos de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, a través del fortalecimiento de la capacidad del Estado colombiano para la investigación, juzgamiento y sanción", 2006: 6).

6. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. (s. f.). *Proceso de atención y acompañamiento a víctimas*. Ley de Justicia y Paz. *Participación en el Proceso Judicial de Verdad, Justicia y Reparación*, disponible en [http://www.cnrr.org.co/contenido/09e/IMG/zip/ProcesoReparacion.pps.zip], consultada el 22 de octubre de 2010.

7. Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. *Lineamientos de política sobre Verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición para la población en situación de desplazamiento forzado*, 2010, disponible en [http://www.veritec.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=EbjUjwTH-pA%3dyabid=71ymid=437], consultada el 23 de agosto de 2010.

8. Ídem.
9. Ídem.
10. Ídem.
11. Ídem.
12. Ídem.

INDICADORES DE GESTIÓN

II.II.1. Número de funcionarios que participen en la investigación del desplazamiento forzado beneficiados con medidas de protección / Total de funcionarios que participen en la investigación del desplazamiento forzado que han solicitado protección.

II.II.2. Número de casos iniciados de oficio por el delito de desplazamiento por la FGN / total de casos conocidos (con noticia criminal).

Número de casos iniciados de oficio por el delito de desplazamiento por la FGN en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico / total de casos iniciados de oficio por el delito de desplazamiento por la FGN.

II.II.3. Número de procesos reactivados / Total de procesos.

II.II.4. Número de recursos, peticiones o acciones judiciales presentadas por NNAD, su familia o sus representantes resueltos con carácter prevalente / Total de recursos, peticiones o acciones judiciales presentadas por NNAD, su familia o sus representantes.

II.II.5. Número de encuestas de satisfacción diligenciadas por personas en situación de desplazamiento en relación con el trato recibido de parte de los funcionarios de la FGN que las atendieron / Total de las atendidas.

Número de encuestas de satisfacción diligenciadas por mujeres en situación de desplazamiento en relación con el trato recibido de parte de los funcionarios de la FGN que las atendieron / Total de las diligenciadas.

Número de encuestas de satisfacción diligenciadas por miembros de o grupos indígenas en situación de desplazamiento en relación con el trato recibido de parte de los funcionarios de la FGN que los atendieron / Total de las diligenciadas.

Número de encuestas de satisfacción diligenciadas por niños, niñas o adolescentes en situación de desplazamiento en relación con el trato recibido de parte de los funcionarios de la FGN que los atendieron / Total de las diligenciadas.

Número de encuestas de satisfacción que recibieron una calificación favorable en relación con lo que a continuación se señala / Total de las diligenciadas:

- La sensibilidad en el trato
- La dignificación en el trato
- La confianza recibida
- El reconocimiento de: i) las diferentes especificidades y las necesidades que nacen del género, de la edad, de la condición étnica, del rol de padres o cuidadores; y ii) las necesidades especiales que surgen de ciertas victimizaciones que acompañan al delito de desplazamiento (como la desaparición forzada, donde los efectos de la comisión del delito continúan, o la violencia sexual).

II.II.6. Número de víctimas que han recibido información adecuada y oportuna / Total de víctimas que han solicitado información en la etapa de investigación.

II.II.7. Número de actuaciones en las que ha intervenido la víctima ante la FGN / Total de actuaciones en la investigación.

II.II.8. Número de procesos por DF sin concurso con otros delitos / Total de procesos por DF.

II.II.9. Número de procesos por DF en concurso con otros delitos / Total de procesos por DF.

II.II.10. Número de resoluciones de acusación o imputaciones por DF calificado en concurso con concierto para delinquir / Total de resoluciones de acusación o imputaciones por DF.

II.II.11. Número de acusaciones que dan cuenta de los patrones de sistematicidad y generalidad que giran en torno a las violaciones conectadas con el desplazamiento forzado / Total de las acusaciones proferidas por el delito de DF.

II.II.12. Número de acusaciones por DF de dirigentes de organizaciones criminales / Total de acusaciones por DF.

II.II.13. Número de víctimas que hicieron valer sus derechos a la verdad y a la justicia, en la etapa de investigación / Total de víctimas que hicieron valer todos sus tres derechos.

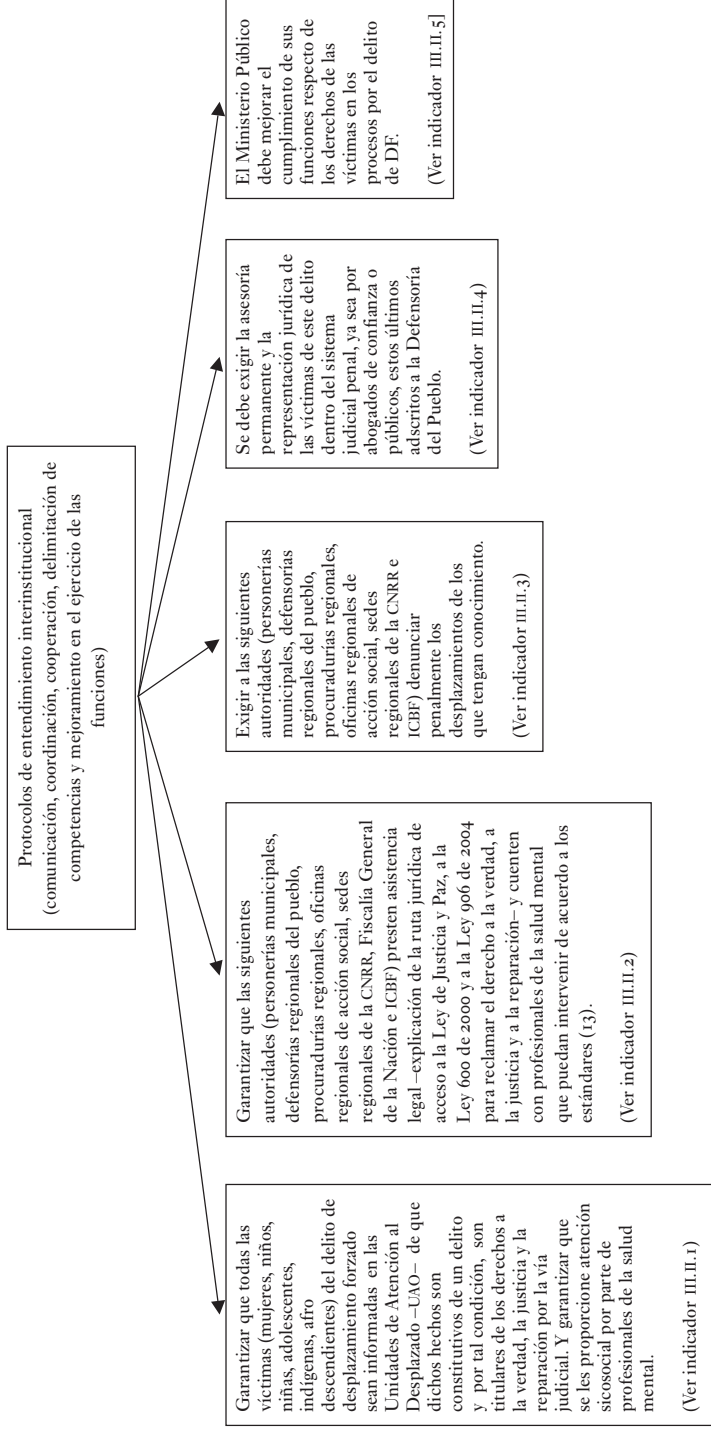
III INTERINSTITUCIONALIDAD

III.1 PRODUCTO Y SU INDICADOR, RESULTADOS Y SUS INDICADORES E IMPACTOS

III	Producto	Resultados	Impactos
Interinstitucionalidad	<p>Protocolos de entendimiento interinstitucional (comunicación, coordinación, cooperación, delimitación de competencias y mejoramiento en el ejercicio de las funciones).</p> <p>[Indicador: Número de protocolos de entendimiento interinstitucional creados]</p> <p>Ver características del producto en la siguiente página.</p>	<p><i>En el marco de las investigaciones del delito de desplazamiento se tendrían como resultados las siguientes actuaciones:</i></p> <p>Denuncias</p> <p>[Indicador: Incremento en el número de denuncias a partir de la entrada en funcionamiento de la Nueva Unidad Nacional contra el Desplazamiento Forzado de la RGN o del fortalecimiento de las dos unidades existentes en comparación con los 5 años anteriores]</p> <p>Encuadramientos penales adecuados</p> <p>[Indicador: Número de procesos por el delito de DF del título de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH / Total de procesos por el delito de DF]</p> <p>Individualizaciones</p> <p>[Indicadores: Número de individualizaciones / Total de procesos.</p> <p>Número de individualizaciones / Total de procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico]</p> <p>Medidas de aseguramiento (privaciones de la libertad)</p> <p>[Indicadores: Número de medidas de aseguramiento / Total de procesados.</p> <p>Número de medidas de aseguramiento / Total de procesados en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico.</p> <p>Número de personas detenidas / Total de personas con medida de aseguramiento.</p> <p>Número de personas detenidas / Total de personas con medida de aseguramiento en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico]</p> <p>Acusaciones</p> <p>[Indicadores: Número de acusados / Total de procesados.</p> <p>Número de acusados / Total de procesados en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico.</p> <p>Número de acusaciones ejecutoriadas / Total de acusaciones.</p> <p>Número de acusaciones ejecutoriadas / Total de acusaciones en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico]</p> <p>Investigaciones prevalentes de las infracciones contra NNA</p> <p>[Indicador: Número de recursos, peticiones o acciones judiciales presentadas por NNA, su familia o sus representantes resueltos con carácter prevalente en la etapa de investigación / Total de recursos, peticiones o acciones judiciales presentadas por NNA, su familia o sus representantes en la etapa de investigación]</p> <p>Actividad procesal</p> <p>[Indicador: Número de allanamientos y negociaciones / Total de imputaciones]</p>	<p>Prevención de nuevos desplazamientos.</p> <p>Empoderamiento de las víctimas (NNA, mujeres y pueblos indígenas) en términos de ciudadanía.</p> <p>Cumplimiento de la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los DH e infracciones al DIH.</p> <p>Confianza en el sistema judicial penal.</p> <p>Superación del conflicto a través del conocimiento de la verdad, la reparación y la justicia.</p>

III INTERINSTITUCIONALIDAD

III. II CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO



13. Ver nota 6.

INDICADORES DE GESTIÓN

III.II.1. Número de personas que recibieron información de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación por ser víctimas del delito de desplazamiento forzado / Total de víctimas que acudieron a las UAO.

Número de víctimas que recibieron atención sicosocial / Total de víctima que acudieron a dichas Unidades.

III.II.2. Número de víctimas que intervienen en procesos penales por desplazamiento forzado / Total de víctimas que solicitaron y recibieron asistencia legal (explicación de la ruta jurídica de acceso a la Ley de Justicia y Paz, a la Ley 600 de 2000 y a la Ley 906 de 2004 para reclamar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación) de parte de las autoridades que tienen la obligación legal de hacerlo.

III.II.3. Número de denuncias de desplazamientos efectuadas por Personerías Municipales, Defensorías Regionales del Pueblo, Procuradurías Regionales, Oficinas Regionales de Acción Social, Sedes Regionales de la CNRR, Fiscalía General de la Nación o ICBF / Total de procesos por este delito.

III.II.4. Número de víctimas representadas por la Defensoría Pública / Total de víctimas que solicitan este derecho ante la Defensoría del Pueblo.

III.II.5. Número de procesos penales por desplazamiento donde ha habido participación del MP en investigación y/o juzgamiento en garantía de los derechos de las víctimas / Total de procesos penales por desplazamiento.

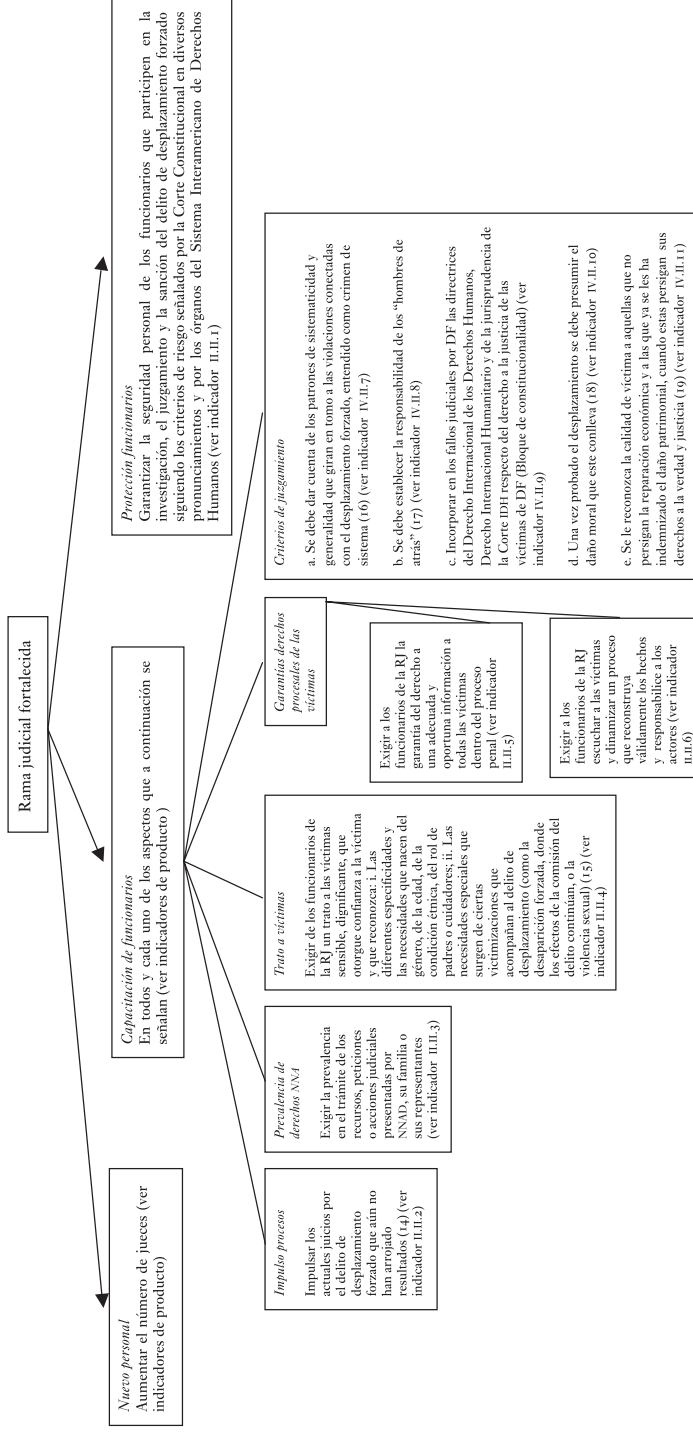
IV. RAMA JUDICIAL

IV.1 PRODUCTO Y SUS INDICADORES, RESULTADOS Y SUS INDICADORES E IMPACTOS

IV	Producto	Resultados	Impactos
Rama Judicial	<p>Rama judicial (Jueces y Magistrados penales especializados y Magistrados de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial) fortalecida (profesional e institucionalmente).</p> <p>[Indicadores: Porcentaje de procesos a cargo de los jueces después de las nuevas posesiones / Porcentaje de procesos a cargo de los jueces antes de las nuevas posesiones.</p> <p>Número de funcionarios que asistieron al 80% o más de las capacitaciones impartidas / Total de funcionarios llamados a seguir dichas capacitaciones]</p> <p>Ver características del producto en la siguiente página.</p>	<p><i>En el marco de los juicios y sanciones del delito de desplazamiento se tendrían como resultados las siguientes actuaciones:</i></p> <p>Sentencias condenatorias</p> <p>[Indicadores: Número de sentencias condenatorias / Total de procesos.</p> <p>Número de sentencias condenatorias / Total de procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico.</p> <p>Número de condenados / Total de procesados.</p> <p>Número de condenados / Total de procesados en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico.</p> <p>Número de sentencias condenatorias / Total sentencias.</p> <p>Número de sentencias condenatorias / Total sentencias en procesos donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico]</p> <p>Incidentes de reparación</p> <p>[Indicador: Número de incidentes de reparación / Total de sentencias condenatorias]</p> <p>Actividad procesal</p> <p>[Indicadores: Número de sentencias condenatorias por mecanismos de justicia premial / Total de sentencias.</p> <p>Número de sentencias condenatorias por mecanismos de justicia premial / Total de sentencias donde la víctima es mujer o NNA o miembro de grupo étnico]</p> <p>Sanciones severas de los responsables de desplazamientos de NNA</p> <p>[Indicador: Número de casos sancionados severamente / Total de casos sancionados por delitos donde NNA son víctimas]</p> <p>Juzgamientos preventales de las infracciones contra NNA</p> <p>[Indicador: Número de recursos, peticiones o acciones judiciales presentadas por NNA, su familia o sus representantes resueltos con carácter prevalente en la etapa de juicio / Total de recursos, peticiones o acciones judiciales presentadas por NNA, su familia o sus representantes en la etapa de juicio]</p>	<p>Prevención de nuevos desplazamientos.</p> <p>Empoderamiento de las víctimas (NNA, mujeres y pueblos indígenas) en términos de ciudadanía.</p> <p>Cumplimiento de la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los DH e infracciones al DIH.</p> <p>Confianza en el sistema judicial penal.</p> <p>Superación del conflicto a través del conocimiento de la verdad, la reparación y la justicia.</p>

IV. RAMA JUDICIAL

IV. II CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO



14. Ver nota 5.
 15. Ver nota 6.
 16. Ver nota 7.
 17. Ídem.
 18. Ídem.
 19. Ídem.

INDICADORES DE GESTIÓN

IV.II.1. Número de funcionarios que participen el juzgamiento y la sanción del desplazamiento forzado beneficiados con medidas de protección / Total de funcionarios que participen en el juzgamiento y la sanción del desplazamiento forzado que han solicitado protección.

IV.II.2. Número de procesos reactivados / Total de procesos.

IV.II.3. Número de recursos, peticiones o acciones judiciales presentadas por NNAD, su familia o sus representantes resueltos con carácter prevalente / Total de recursos, peticiones o acciones judiciales presentadas por NNAD, su familia o sus representantes.

IV.II.4. Número de encuestas de satisfacción diligenciadas por personas en situación de desplazamiento en relación con el trato recibido de parte de los funcionarios de la RJ que las atendieron / Total de las atendidas.

Número de encuestas de satisfacción diligenciadas por mujeres en situación de desplazamiento en relación con el trato recibido de parte de los funcionarios de la RJ que las atendieron / Total de las diligenciadas.

Número de encuestas de satisfacción diligenciadas por miembros de o grupos indígenas en situación de desplazamiento en relación con el trato recibido de parte de los funcionarios de la RJ que los atendieron / Total de las diligenciadas.

Número de encuestas de satisfacción diligenciadas por niños, niñas o adolescentes en situación de desplazamiento en relación con el trato recibido de parte de los funcionarios de la RJ que los atendieron / Total de las diligenciadas.

Número de encuestas de satisfacción que recibieron una calificación favorable en relación con lo que a continuación se señala / Total de las diligenciadas:

- La sensibilidad en el trato.
- La dignificación en el trato.
- La confianza recibida.
- El reconocimiento de: i. Las diferentes especificidades y las necesidades que nacen del género, de la edad, de la condición étnica, del rol de padres o cuidadores; y ii. Las necesidades especiales que surgen de ciertas victimizaciones que acompañan al delito de desplazamiento (como la desaparición forzada, donde los efectos de la comisión del delito continúan, o la violencia sexual).

IV.II.5. Número de víctimas que han recibido información adecuada y oportuna / Total de víctimas que han solicitado información en la etapa de juzgamiento.

IV.II.6. Número de actuaciones en las que ha intervenido la víctima ante la RJ / Total de actuaciones en el juicio.

IV.II.7. Número de sentencias que dan cuenta de los patrones de sistematicidad y generalidad que giran en tomo a las violaciones conectadas con el desplazamiento forzado / Total de las sentencias proferidas por el delito de DF.

IV.II.8. Número de condenas por DF de dirigentes de organizaciones criminales / Total de condenas por DF.

IV.II.9. Número de sentencias que en su parte motiva incorporan directrices del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto del derecho a la justicia de las víctimas de DF / Total de las sentencias proferidas por el delito de DF.

IV.II.10. Número de sentencias ejecutoriadas que contemplan la reparación del daño moral causado por el desplazamiento / Total de sentencias ejecutoriadas.

IV.II.11. Número de víctimas que hicieron valer sus derechos a la verdad y a la justicia, en la etapa del juicio / Total de víctimas que hicieron valer todos sus tres derechos.

V. PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS, TESTIGOS Y LÍDERES

V. I PRODUCTO Y SUS INDICADORES, RESULTADO Y SUS INDICADORES E IMPACTOS

V	Producto	Resultados	Impactos
<p>Protección de víctimas, testigos y líderes</p>	<p>Programas de protección –para víctimas, testigos y líderes– mejorados: con especial atención a los criterios de edad, de género y de origen étnico. Teniendo en cuenta, además, los desarrollos jurisprudenciales en la materia (20). <i>[Indicadores:</i> Personas bajo protección / Total de personas que solicitaron protección. Mujeres, NNA y miembros de pueblos indígenas bajo protección / Total de mujeres, NNA y miembros de pueblos indígenas que solicitaron protección. Personas desplazadas beneficiarias del programa de protección que han sufrido atentados contra su vida / Personas desplazadas beneficiarias del programa de protección (21). Personas desplazadas –mujeres, NNA y miembros de pueblos indígenas– beneficiarias del programa de protección que han sufrido atentados contra su vida / Personas desplazadas beneficiarias del programa de protección. Número de víctimas, testigos y líderes, que se encuentren dentro de un proceso penal, bajo protección / Total de víctimas, testigos y líderes, que se encuentren dentro de un proceso penal, que solicitaron protección. Número de víctimas, testigos y líderes –NNA, mujeres y miembros de pueblos indígenas– que se encuentren dentro de un proceso penal, bajo protección / Total de víctimas, testigos y líderes, que se encuentren dentro de un proceso penal, que solicitaron protección. Número de víctimas, testigos y líderes, que se encuentren dentro de un proceso penal, beneficiarias de un programa de protección que han sufrido atentados contra su vida / Total de víctimas, testigos y líderes, que se encuentren dentro de un proceso penal, beneficiarias de un programa de protección. Número de víctimas, testigos y líderes –NNA, mujeres y miembros de pueblos indígenas– que se encuentren dentro de un proceso penal, beneficiarias de programas de protección que han sufrido atentados contra su vida / Total de víctimas, testigos y líderes –NNA, mujeres y miembros de pueblos indígenas– que se encuentren dentro de un proceso penal, beneficiarias de programas de protección]</p>	<p>Ningún miembro del hogar es víctima de acciones que atentan contra su seguridad personal (22). <i>[Indicadores:</i> Personas desplazadas víctimas de acciones que atentan contra su seguridad personal / Personas incluidas en el RUPD (23). N.º de personas desplazadas víctimas de desaparición forzada que han puesto su caso en conocimiento de las autoridades / n.º total de personas registradas en el RUPD (24). N.º de personas desplazadas víctimas de desaparición forzada cuyo caso ha sido registrado por las autoridades (25). N.º de personas desplazadas afectadas por minas antipersonal cuyo caso se ha puesto en conocimiento de las autoridades / n.º total de personas registradas en el RUPD (26). N.º de personas desplazadas víctimas de tortura cuyo caso se ha puesto en conocimiento de las autoridades / n.º total de personas registradas en el RUPD (27).</p>	<p>Prevención de nuevos desplazamientos. Empoderamiento de las víctimas (NNA, mujeres y pueblos indígenas) en términos de ciudadanía. Cumplimiento de la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los DH e infracciones al DIH. Confianza en el sistema judicial penal. Superación del conflicto a través del conocimiento de la verdad, la reparación y la justicia.</p>

20. Ver nota 2.

21. Indicador sectorial adoptado por la Corte Constitucional en el Auto 233 de 2007.

22. Indicador de goce efectivo adoptado por la Corte Constitucional en el Auto 233 de 2007.

23. Indicador complementario adoptado por la Corte Constitucional en el Auto 233 de 2007.

24. Ídem.

25. Ídem.

26. Ídem.

27. Ídem.

CARLOS IVÁN MOLINA BULLA

*Indicadores de salud mental para la población
en situación de desplazamiento forzado*

Resumen. Este artículo plantea el trabajo desarrollado en la Cátedra Unesco durante el año 2010, en el que prevaleció la construcción de indicadores para el seguimiento a la política pública dirigida a la población en situación de desplazamiento forzado, fruto de la solicitud de la Honorable Corte Constitucional. Con base en los hallazgos de la Cátedra, las recomendaciones de organismos internacionales y los análisis del desarrollo de política pública en salud mental en el país se propone un modelo e indicadores acordes con los elementos anteriores, así como dos ejes adicionales para complementar este proceso en una ocasión ulterior: la contextualización de la propuesta en lo local y sus diferencias, así como realizar un ejercicio prospectivo que tenga en cuenta los elementos antes mencionados, los diferentes actores y contextos.

Palabras clave. Indicadores, salud mental, gobernanza, prospectiva, gestión política.

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de la Cátedra Unesco, se han establecido elementos de análisis de la política pública en diferentes campos, uno de los cuales se refiere a la salud mental. Este artículo establece una discusión sobre las metodologías e indicadores propuestos en salud mental para la población en situación de desplazamiento que redunden en el seguimiento de la aplicación estatal de los autos y sentencias de la Corte Constitucional con respecto a la salud mental como componente fundamental del derecho a la salud.

En los años 2008 y 2009 se realizó el seguimiento a la política pública en salud mental que se propuso en el año 2007, proceso en el que se encontraron muy pocos avances en el país (MOLINA BULLA, 2007). Para los años 2009 y 2010, el propósito fue abordar, con base en las propuestas planteadas, el problema de la salud mental en la población afectada por el desplazamiento desde dos puntos: el seguimiento establecido por organismos multilaterales a la implementación de política pública en salud mental y la respuesta a la solicitud específica de la Corte Constitucional sobre el desarrollo de metodologías e indicadores para el seguimiento a los autos y sentencias establecidos.

El artículo aquí planteado recupera el trabajo desarrollado en este último ámbito.

I. OBJETIVOS DE ESTE DOCUMENTO EN LA CÁTEDRA UNESCO:
A PROPÓSITO DEL PUNTO “REFORMULACIÓN
DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para el requerimiento actual de la Cátedra Unesco y la solicitud de la Corte Constitucional, esta unidad de investigación¹ se ha comprometido con los siguientes objetivos:

1. Realizar una síntesis sobre la evidencia científica recabada en la Cátedra Unesco sobre las consecuencias en salud mental del desplazamiento forzado y en la población refugiada.
2. Establecer la situación actual en el desarrollo de indicadores para el goce efectivo del derecho a la salud mental para la PSD.
3. Proponer una metodología para la construcción de indicadores en Salud Mental para la población afectada.
4. Proponer nuevos indicadores para el goce efectivo e indicadores sectoriales.

A. PLANTEAMIENTO: SALUD MENTAL Y DESPLAZAMIENTO
FORZADO

I. CONSECUENCIAS EN SALUD MENTAL DEL DESPLAZAMIENTO
FORZADO Y EN LA POBLACIÓN REFUGIADA²

a. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS INDICADORES DE SALUD MENTAL
PARA LA PSD

Se puede afirmar que, en lo que atañe a la atención a la salud mental de la PSD, los indicadores se encuentran limitados a aquellos complementarios establecidos en el auto 116 (Corte Constitucional, 2008) y en donde se establece evaluar:

- PD³ que recibieron atención en salud mental en los servicios de psicoterapia individual, familiar, o grupal según tipo de afiliación al SGSSS/ Total PD.

1 Centro de Investigaciones sobre Dinámica Social – CIDS–, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Externado de Colombia

2 En el texto original dirigido a la Corte Constitucional se enunciaron los problemas de salud mental asociados al desplazamiento. Éstos se encuentran definidos en CARLOS IVÁN MOLINA BULLA. “Gobernanza y salud mental: dimensión del Estado ante la construcción de política pública en salud mental” (en esta misma publicación pp. 117-132).

3 Personas desplazadas.

- PD que recibieron atención en salud mental en los servicios de atención a síntomas/ enfermedades mentales por causa del desplazamiento, según tipo de afiliación al SGSSS/ Total PD.

Así mismo el indicador complementario:

Número de NNAD (por ciclo vital, sexo y pertenencia étnica) que han recibido o reciben atención psicosocial por tipo de atención/ Total NNAD.

Este indicador requiere además, en su pie de página, que se establezca lo siguiente: “Es necesario discriminar la información solicitada por programa y tipo de atención: psicosocial, psicológica o de salud mental y si es de carácter individual o colectiva”.

El indicador sectorial asociado es, así también:

- Personas que reciben atención en salud mental según diagnóstico y tipo de afiliación al SGSSS/ Personas incluidas en el RUPD que solicitan apoyo psicosocial (ND).

Por lo tanto, en el Auto 92 de 2008, la salud mental es considerada importante y referenciada con especial énfasis en la población de mujeres víctimas del DF. Sin embargo, ante la gravedad de los problemas en salud mental encontrados en la PSD y en población refugiada, los indicadores propuestos resultan insuficientes.

Para soportar lo anterior, además de la evidencia científica recabada (MOLINA BULLA, 2007), encontramos los planteamientos de la Sentencia T-025 de 2010 que da relevancia a los problemas de salud mental en la población, así como la serie de limitaciones en la atención. Aunque no vislumbra indicadores específicos, sí brinda órdenes puntuales y otras complejas, pertinentes para el desarrollo de metodologías e indicadores en salud mental (Corte Constitucional, 2010):

Órdenes complejas.

De la evaluación realizada por esta Corporación a cada uno de los casos reseñados, se desprende que se requiere el diseño e implementación de protocolos, programas y políticas de atención en salud que respondan a las necesidades particulares de las víctimas del conflicto armado, sus familias y comunidades, especialmente en lo referido a la recuperación de los impactos psicosociales, producidos por su exposición a eventos traumáticos desencadenados por la violencia sociopolítica en el país. Como surge de la intervención del Ministerio de la Protección Social, los avances efectuados por este Ministerio, en relación con la prestación de asistencia psicosocial a las víctimas del conflicto armado son precarios. En efecto, se evidencia que la atención en salud a este sector poblacional

se circunscribe únicamente a los planes básicos contemplados en el Régimen Contributivo y en Régimen Subsidiado que no incluye entre otras cosas, atención psicosocial mediante profesionales especializados, ni atención de mediana y alta complejidad en el caso del Régimen Subsidiado. De conformidad con el artículo 28 del Acuerdo 03 de 2009, el Régimen Subsidiado contempla únicamente atención de Urgencias para pacientes con trastornos mentales y la consulta ambulatoria de valoración psicológica. Así mismo estos planes carecen aún de la implantación de un enfoque diferencial en la prestación de los servicios de salud teniendo en cuenta factores como el género, la etnia, la edad, las condiciones psicosociales, entre otros factores.

De conformidad con lo anterior, este Tribunal ordena al Ministerio de la Protección Social que, en el plazo máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de esta providencia, en coordinación con las entidades encargadas de prestar los servicios de salud a nivel territorial, diseñe e implemente los protocolos, programas y políticas necesarias de atención en salud que respondan a las necesidades particulares de las víctimas del conflicto armado sus familias y comunidades, especialmente en lo referido a la recuperación de los impactos psicosociales, producidos por su exposición a eventos traumáticos desencadenados por la violencia sociopolítica en el país. Estos protocolos, programas y políticas deben, como mínimo, comprender:

1. Un ámbito de cobertura necesario y obligatorio que le permita enfrentar la realidad fáctica de las víctimas de desplazamiento forzado, en particular las afecciones a su salud mental y emocional así como al proyecto de vida y las relaciones con el entorno familiar, cultural y social.
2. Sistema de promoción y prevención de la salud con enfoque diferencial.
3. Construcción de indicadores de impacto que faciliten el seguimiento y veeduría de su aplicación.
4. En el diseño de programas de atención en salud mental a víctimas de la violencia sociopolítica se deben incorporar estrategias que permitan abordar las secuelas colectivas y daños psicosociales comunitarios generados por los hechos violatorios de alta y mediana complejidad; ya que lo colectivo se convierte en condición para garantizar un entorno adecuado y protector de la salud mental. De igual manera se deben contemplar los entornos culturales e históricos.
5. Es urgente fortalecer la capacitación de los trabajadores de la salud en temas de impactos psicosociales de la violencia sociopolítica, atención psicosocial en el campo de la salud mental y cuestiones relacionadas con el género y otros impactos diferenciales como la etnia y la edad, de manera que puedan detectar y tratar las consecuencias que tiene para la salud la violencia, especialmente aquellas relacionadas con la afectación por la violencia sociopolítica.

6. Es también primordial garantizar el acceso a los medicamentos, procedimientos diagnósticos y atención por servicios especializados, estén o no cubiertos por el POS, como vía para garantizar servicios oportunos y pertinentes adecuados a las necesidades particulares de la población en situación de desplazamiento. Además debe asegurarse la articulación interinstitucional que permita viabilizar las intervenciones encaminadas al restablecimiento de la salud de las mujeres víctimas, que involucren además las modificaciones pertinentes a los determinantes de su salud, a nivel personal, familiar, comunitario y social.
7. Debe garantizarse que se disponga de profesionales capacitados y cualificados en el área médica, de atención psicosocial y psiquiátrica y de otros profesionales, que después de la evaluación se consideren necesarios, y que se disponga también de los recursos materiales necesarios para el abordaje de la problemática expuesta, durante el tiempo que sea necesario.
8. Estrategias de divulgación que permitan a la población víctima del conflicto armado y del desplazamiento forzado conocer y acceder a los servicios de salud diseñados especialmente para este sector.
9. Estos programas deben contar con indicadores de resultado de goce efectivo de derechos, así como los criterios de racionalidad señalados por la Corte Constitucional en los Autos 092 y 237 de 2008.

En cuanto al goce efectivo del derecho a la salud en su componente fundamental de salud mental, no se encuentran enunciados indicadores relacionados o enunciados.

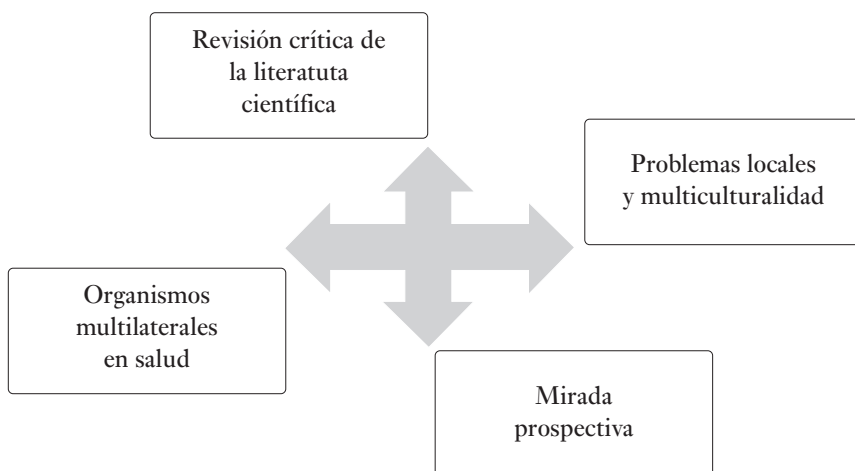
Lo anterior se hace visible cuando en el reporte del Sistema Nacional de Atención Integral Población Desplazada (Acción Social, 2010). El gobierno restringe su actuación en salud mental a la Atención psicosocial (indicador: “Total de personas desplazadas beneficiarias de Atención Psicosocial”) y a la formación en salud mental de algunos médicos en el país para el componente de salud mental en la Atención primaria en Salud o la formación de promotoras:

Se está implementando el Componente de Salud Mental en la estrategia de Atención Primaria en Salud, que propicia la presencia de médicos generales debidamente capacitados para brindar atención en salud mental desde los procesos de baja complejidad, inicialmente fortaleciendo instituciones del primer nivel de atención. De igual manera incluye los procesos que puede desarrollar la misma comunidad, previamente formada para favorecer el mejoramiento de su salud mental. Estos procesos comunitarios se articulan y complementan con los servicios de salud ya existentes.

Es necesario aclarar que la atención psicosocial no implica necesariamente la intervención de los problemas amplios de la salud mental. A pesar de las conexiones del ámbito psicosocial con el de la salud mental, esta última pertenece a un espacio de gestión y responsabilidad específico de la Dirección de Salud Pública en el Ministerio de la Protección Social y dentro de esta Dirección, al Grupo de Salud Mental, conformado para tal fin.

2. METODOLOGÍA Y FUENTES PARA LOS INDICADORES DE SALUD MENTAL EN LA PSD

Una propuesta de aproximación a los avances en la garantía del derecho a la salud mental y al desarrollo de indicadores surge de cuatro fuentes, para la elaboración de indicadores. Los indicadores planteados en esta propuesta se basan en dos de ellas:



Modelo para la construcción de indicadores en salud mental

– La primera está basada en una corriente actual de la medicina denominada “Medicina basada en la evidencia”, que a través de la revisión crítica de la literatura científica busca establecer la mejor evidencia existente sobre un problema específico. La revisión de la literatura a propósito de los problemas de salud mental de la población refugiada y desplazada, fue realizada en dos entregas previas de la Cátedra Unesco.

– La segunda, es la consulta a documentos de Organismos multilaterales en salud (OPS, OMS) para una aproximación al trabajo global en torno a la salud mental y la elaboración de indicadores en otros espacios de la salud mental.

Dos fuentes adicionales para la elaboración, que hacen parte de este modelo, pero deben ser consideradas en estudios de campo posteriores, son:

– Una aproximación a la realidad local con la participación de los actores sociales, con el fin de fortalecer la mirada de los problemas locales, no referidos en la literatura científica, la cual se puede ver afectada a la hora de apropiar las divergencias asociadas a la multiculturalidad (p. ej.). Este elemento del modelo requiere de un trabajo de campo adicional del que pueden hacer parte Organismos multilaterales, la comunidad académica y/o las sociedades científicas. No resulta suficiente acudir a los servicios de consulta externa en salud mental, dado que se trata de una población autoseleccionada.

– Una mirada prospectiva⁴ sobre la situación. Esto es, la construcción de escenarios (futuros posibles o futuribles) de salud mental para la población en situación de desplazamiento forzado que establezca metas plausibles y coherentes dentro de un plan estratégico dirigido por una visión social compartida de futuro. Esta requiere la construcción con los actores involucrados y resulta propicio elaborarlo en términos de gobernanza multinivel.

3. INDICADORES PROPUESTOS

Con el trabajo desarrollado por la Cátedra Unesco (MOLINA BULLA, 2007 y 2009) y las recomendaciones establecidas por la OPS (ver anexo), recomendamos los siguientes indicadores para el goce efectivo del derecho a la salud mental:

a. Específicos (fuente: Cátedra Unesco): todas las personas o familias en situación de desplazamiento fueron evaluadas en salud mental por médicos generales o psicólogos con entrenamiento en tamizaje⁵ en salud mental⁶.

i. Todas las personas o familias en SD con problemas de salud mental o impresión diagnóstica de trastorno mental, detectados por los médicos generales o psicólogos, fueron remitidos y recibieron tratamiento por psicología clínica y/o psiquiatría.

4 En términos de Estudios de Futuro o prospectiva estratégica.

5 Herramientas de detección temprana de casos en riesgo de tener algún problema de salud mental.

6 El médico general o el psicólogo local detecta el caso, pero no lo trata, a menos que requiera una medida de emergencia en tanto el psiquiatra lo hace.

Todas las personas o familias en SD con problemas de salud mental, o diagnóstico psiquiátrico detectado y asociado a su situación de desplazamiento, recibieron seguimiento al tratamiento indicado por psicología clínica y/o psiquiatría.

b. Generales (fuente: Cátedra Unesco):

1. Implementación por parte del gobierno nacional, a través de un Conpes social, de la propuesta (ya elaborada) de Política Nacional del Campo de la Salud Mental (ESCUADERO DE SANTACRUZ, MOLINA BULLA y AITKEN DE TABORDA, 2008) y que fue desarrollada por la Asociación Colombiana de Psiquiatría y el Ministerio de la Protección Social.

2. Elaboración e implementación por parte de la Dirección de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social de un Plan Nacional de Salud Mental, con un apartado especial para la atención a la PSD.

3. Elaboración e implementación por parte de la Dirección de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social del Componente de Salud Mental en la Atención Primaria en salud, con un apartado especial para la atención a la PSD.

En cuanto a indicadores complementarios se consideran los siguientes:

a. Indicadores del resultado (fuente: Cátedra Unesco y OPS⁷):

1. Casos de PSD, atendidos en el componente de salud mental de la APS⁸.
2. Casos de PSD, con problemática mental atendidos por personal no especializado en la APS y número referido al psicólogo clínico o médico psiquiatra.
3. Casos de PSD, con problemas de salud mental o trastornos mentales atendidos por entes estatales y entes privados.
4. Casos atendidos por personal especializado.
 - Según sexo y edades.
 - Según lugar donde se ofrece la atención (hospital, centro de salud, escuelas y espacios comunitarios).
 - Según personal que la ofrece: médico psiquiatra, psicólogo clínico, personal paramédico, alumnos de medicina o psicología, residentes de psiquiatría, etc.
5. Terapias grupales: número de sesiones y casos atendidos.
6. Índice de consultas por trastornos psíquicos por población afectada (x 10.000 habitantes)
7. Registro de morbilidad, según la CIE-10.

7 OPS habla en este caso de indicadores de proceso.

8 Atención Primaria en Salud.

8. Reuniones grupales comunitarias con personas afectadas, que han sido apoyadas por los servicios de salud: número de sesiones y participantes.

9. Reuniones grupales con niños, niñas y jóvenes afectados, que han sido apoyadas por los servicios de salud: número de sesiones y participantes.

10. Actividades de educación para la salud mental: sesiones y participantes.

11. Atención a miembros de los equipos de respuesta a la situación de salud: casos vistos, terapias grupales, etc.

12. Capacitación:

i. Sesiones de capacitación en salud mental.

ii. Número de participantes, según tipo de personal o de grupos a la cual fueron dirigidas.

iii. Cobertura alcanzada en la capacitación en Salud mental: % de personal especializado, trabajadores de APS, promotoras de salud, enfermeras maestros y personal de los equipos de respuesta capacitados.

b. Indicadores de impacto (OPS y Cátedra Unesco):

Todos los indicadores que siguen, requieren una línea de base o diagnóstico inicial de la situación de salud mental de la población afectada. No es suficiente establecer la frecuencia de trastornos en la población consultante, ya que no representa al total de la población y de acuerdo a la literatura científica, los problemas emocionales de las comunidades refugiadas y/o desplazadas pueden pasar desapercibidos o enmascarados en problemas sociales relevantes como la delincuencia y/o la demanda de sustancias psicoactivas.

1. Modificaciones en los índices de incidencia y prevalencia de patologías relevantes (trastorno de estrés postraumático, trastornos depresivos, otros trastornos de ansiedad, suicidio, alcoholismo, etc.)⁹.

2. Evaluación de las modificaciones en los conocimientos, actitudes y prácticas de las personas capacitadas (trabajadores de la salud y otros) en salud mental.

3. Evaluación de las modificaciones en los conocimientos, actitudes y prácticas de la comunidad en salud mental.

4. Modificaciones en la percepción de la población sobre la organización de los servicios de salud mental y su eficiencia.

5. Indicadores escolares (retención y promoción).

9 Esto sólo se podrá medir como indicador de impacto si se dispone de una línea basal previa confiable, de lo contrario en muchos casos se observará un incremento de la morbilidad debido a una mayor accesibilidad a los servicios o al mejorar los sistemas de registro (ops).

6. Mejoría de la calidad de vida de la población y otros indicadores indirectos (calidad de vida, socioeconómicos, etc.).

c. Indicadores de sostenibilidad (fuente: OPS)

1. ¿Cuántos de los servicios y procesos abiertos durante el proyecto podrán persistir?

2. ¿Se han fortalecido los servicios del componente de salud mental en la APS y de Salud Mental general en el nivel local y aumentado sus niveles de cobertura? ¿Podrá mantenerse?

3. ¿Cuáles de las acciones realizadas no pueden mantenerse, a pesar de considerarse útiles y necesarias?

d. Otros indicadores generales y de los servicios (fuente: OPS):

1. PSD que están bajo atención psicosocial por diferentes instituciones.

2. Población desplazada que dispone de servicios de salud mental (%) y cuáles no tienen cobertura.

3. Instituciones u organizaciones que aportan servicios y recursos de salud mental.

4. Número y ubicación de los servicios de salud mental en la APS en el territorio afectado.

5. Población por servicio de salud mental.

6. Hospitales psiquiátricos o servicios de psiquiatría en el territorio.

7. Recursos humanos especializados disponibles y su distribución:

i. Médicos psiquiatras.

ii. Médicos generales con entrenamiento en salud mental.

iii. Psicólogos.

iv. Enfermeras con experiencia en salud mental.

v. Terapeutas ocupacionales.

vi. Trabajadoras sociales con experiencia en salud mental.

vii. Alumnos de psicología.

viii. Alumnos de medicina.

ix. Número y composición de equipos móviles formados con personal especializado o con entrenamiento en salud mental.

4. PROPUESTAS FINALES Y CONCLUSIONES: DESARROLLO DE INDICADORES A LARGO PLAZO A PARTIR DE LA GESTIÓN POLÍTICA Y PREVISIÓN HUMANA Y SOCIAL

Como hemos visto, el planteamiento de indicadores establece un trabajo continuo e inacabado. Aprovechamos hasta este punto la experiencia obtenida en la Cátedra Unesco, las recomendaciones en la literatura y de parte de las ONG.

Como se planteó en el apartado 3, desde el modelo descrito se hace necesaria la construcción de los indicadores con base en dos aproximaciones complementarias: la modelación a partir de los diferentes contextos locales y sus actores, en una postura de Gobernanza multinivel (MORATA, 2004) y de gestión política. Así mismo, se requiere la construcción de indicadores de impacto con base en los tres ejercicios anteriores y un ejercicio prospectivo de carácter social: la Previsión humana y social (MEDINA, 2006) (MOLINA BULLA, 2009).

Con base en los elementos planteados en la Gobernanza multinivel se requerirá la participación de los actores sociales involucrados en las intervenciones de la salud mental para el ajuste local de los indicadores y su seguimiento. La diversidad del país obliga a este ejercicio, así como se ha necesitado en el desarrollo de planes departamentales de salud mental (como es el caso de Bogotá, Antioquia, Nariño, etc.).

Este tipo de trabajos han sido fructíferos en tanto han retomado las características departamentales y han convocado a los nodos de decisión (asambleas departamentales, alcaldes, gobernadores) comprometiéndolos con una agenda particular en salud mental). Un ejemplo propicio es el desarrollado por OPS en la cartilla dirigida a alcaldes, para la intervención en emergencia humanitaria, que involucra al gobierno local en la aproximación adecuada a la problemática, así como los recursos con los que podría contar¹⁰.

Para este propósito, también se han diseñado en el pasado planes estratégicos para el desarrollo de planes y políticas de salud mental en el país (MOLINA BULLA y McDOUVALL, 2008), que promueven la gestión política y que incluyen un trabajo simultáneo en tres dimensiones:

– *La dimensión estratégica*, que involucra un trabajo político con los grupos de poder;

– *La dimensión operativa*, que involucra un trabajo programático, con el fin de establecer sinergias entre los múltiples y diversos esfuerzos que se realizan desde las instituciones y la sociedad civil por la salud mental en Colombia, y

– *La dimensión social*, que involucra un trabajo de comunicación, difusión y discusión con el fin de generar opinión pública, abogacía y las representaciones sociales necesarias para el mejoramiento de las condiciones de salud mental.

Dentro de este ejercicio de gestión política en las regiones existen herramientas desarrolladas para la aproximación a los actores sociales, con la evaluación de sus características y la posición que podrán tener frente al proceso. Así mismo, se puede evaluar la posición de los operadores de salud y de actores

10 Estas recomendaciones de organismos multilaterales se discutirán en un artículo aparte.

adicionales en el espacio social, para el desarrollo de la política pública y los indicadores en salud mental requeridos con el fin de realizar el seguimiento para su implementación.

Para este proceso se requiere, además del trabajo de un grupo gestor que pertenezca al sector salud, la elaboración consensuada del diseño de la estrategia, el desarrollo, el seguimiento y la retroalimentación de la gestión. Para ello se realizan entrevistas con los actores, se define su posición frente al problema y se reasume una actitud amplia para generar las modificaciones que se requieran la o las propuestas. Dado que en el ejercicio de indicadores se requieren acuerdos mínimos, es necesario que la disposición de los actores sociales se establezca con acercamientos no académicos, sino de cabildeo, en entrevistas personalizadas.

En cuanto al desarrollo de un ejercicio prospectivo, se encuentran elementos propicios desde la escuela italiana de la previsión humana y social, antes mencionada.

Desde esta perspectiva se pueden establecer, con un espíritu humanista que viene de la primera parte de escuela francesa de prospectiva, los elementos necesarios para construir una visión compartida de futuro en los avances de política pública de salud mental para población en situación de desplazamiento forzado. Así mismo, se pueden abordar los indicadores relacionados con dicho ejercicio, acordes con la expectativas colectivas, primordialmente en lo que atañe al impacto de las medidas tomadas desde el momento actual a 10 ó 15 años en el futuro.

Los recursos con los que se cuenta, en materia de política pública, son suficientes para establecer un compromiso estatal adecuado con la población general y la población en situación de desplazamiento forzado. La percepción general ha sido la de un compromiso político débil por parte del gobierno, que, a raíz de su cambio reciente, deberá modificarse, so pena de que prevalezca el abandono de la salud mental en Colombia y su población más vulnerable.

BIBLIOGRAFÍA

Acción Social. “Informe de Acciones Sectoriales. Sistema de Atención Integral a la población desplazada”, Bogotá, junio de 2010.

ACP y MPS. *Política nacional del campo de la salud mental: documento propuesta para discusión y acuerdos*, Bogotá, Ministerio de la Protección Social, 2007.

DASHIFF, C.; W. DiMICCO, B. MYERS y K. SHEPPARD. “Poverty and Adolescent Mental Health”, *Journal of Child and Adolescent Psychiatric Nursing*, 23-32, 2009.

- ESCUADERO DE SANTACRUZ, C.; C. I. MOLINA-BULLA y M. C. AITKEN DE TABORDA. *Política nacional del campo de la salud mental: Propuesta para discusión y acuerdos*, Bogotá, ACP y Ministerio de Protección Social, 2008.
- FRANKS, W.; N. GAWN y G. BOWDEN. “Barriers to access to mental health services for migrant workers...”, *Journal of Public Mental Health*, 33, 2007.
- GLEN, K.; T. RABIH y L. LYNN. “Basic Health, Women’s Health, and Mental Health Among Internally...”, *American Journal of Public Health*, 353, 2007.
- Corte Constitucional. *Corte Constitucional de Colombia*, 13 de mayo de 2008, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2008/A116-08.htm>], consultada el 8 de octubre de 2010.
- Corte Constitucional. *Corte Constitucional de Colombia*, 2 de febrero de 2010, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-045-10.htm>], consultada el 8 de octubre de 2010.
- MOLINA BULLA, C. I. “Capital global y política pública en salud mental”, en *Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MOLINA BULLA, C. I. “Desarrollo e implementación de Políticas Públicas de salud mental y población en situación de desplazamiento forzado: construcción y desafíos, en M. GUTIÉRREZ-QUEVEDO, *Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los derechos humanos*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- MONTGOMERY, E. y A. FOLDSPANG. “Discrimination, mental problems and socialadaptation in young refugees”, *European Journal of Public Health*, 156-16, 2007.

Atención en Salud Mental en situaciones de emergencia. Consideraciones generales sobre indicadores OPS en:

Recomendaciones de las Guías IASC para la construcción de indicadores de salud mental en Emergencias y desastres.

ATENCIÓN EN SALUD MENTAL EN SITUACIONES
DE EMERGENCIA. CONSIDERACIONES GENERALES
SOBRE INDICADORES¹¹

Una base importante para el desarrollo de adecuados indicadores de salud mental en situaciones de emergencias, sería la existencia de un buen sistema previo (en condiciones de normalidad) de vigilancia y recolección de información. En muchos casos, lamentablemente, los sistemas de salud no disponen de buenos mecanismos de información en el campo de la salud mental, lo que hace más difícil instaurarlos o fortalecerlos en casos de emergencias.

Dada las condiciones de la emergencia, y la situación en que se desarrolla la atención, la mayoría de los indicadores serán –básicamente– de estructura y proceso. Los indicadores de impacto serán evaluables en el mediano y largo plazo y se obtienen, en algunos casos, mediante investigaciones puntuales o específicamente diseñadas a tales efectos.

La información básica procede de la Atención Primaria –APS– como eje fundamental de la asistencia sanitaria y de la comunidad donde se desarrollan muchas de las acciones de manera directa. Los datos que se pueden obtener en los hospitales no son de gran valor: miden fundamentalmente el incremento de los casos vistos en emergencia y la morbilidad por demanda satisfecha en ese nivel; pero no reflejan la verdadera problemática psicosocial que sufre la población afectada.

Mucha de la información de que se dispone en situaciones de emergencia tiene un carácter cualitativo, obtenida mediante entrevistas rápidas con informantes claves o en reuniones comunitarias donde hay retroalimentación con lo que dice la población. Esta información no sólo se refiere a la morbilidad existente, sino también a toda la gama de problemas psicosociales que afligen a la gente en esos momentos y que afectan su misma sobrevivencia o subsistencia.

11 Publicado en [<http://pagina.de/desplazados>].

A continuación detallamos un listado de posibles indicadores a evaluar, de acuerdo con el tipo de acciones que deben desarrollarse:

Indicador	Método de recolección
<p>Información general y de estructura de los servicios:</p> <p>Población estimada, según sexo y grupos de edades. Población que se calcula como directamente afectada por el conflicto armado. Personas desplazadas, procedencia y destino de las mismas. Registradas por el Estado y el total estimado, según otras fuentes. Desplazados que están bajo atención psicosocial por diferentes instituciones. Número y ubicación de centros y recursos humanos de APS en el territorio. Número y ubicación de los Servicios de Salud Mental en la APS en el territorio afectado. Población por Servicio de Salud Mental en la APS. Hospitales psiquiátricos o Servicios de Psiquiatría en el territorio.</p> <p>Recursos humanos especializados disponibles y su distribución:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Médicos psiquiatras • Médicos generales con entrenamiento en salud mental • Psicólogos • Enfermeras con experiencia en salud mental • Terapeutas ocupacionales • Trabajadoras sociales con experiencia en salud mental • Alumnos de psicología • Alumnos de medicina <p>Número y composición de equipos móviles formados con personal especializado o con entrenamiento en salud mental.</p> <p>Población desplazada que dispone de servicios de salud mental (%) y cuáles no tienen cobertura. Instituciones u organizaciones que aportan servicios y recursos de salud mental.</p>	<p>Diagnóstico psicosocial comunitario preliminar y al final del Plan para monitorear modificaciones en algunos de estos indicadores.</p>
<p>Identificación cualitativa de la problemática psicosocial existente:</p> <p>Identificación por la comunidad, mediante procedimientos cualitativos, de los principales problemas psicosociales existentes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aflicción como consecuencia de la situación existente • Trastornos psíquicos definidos • Situaciones de violencia • Consumo excesivo de alcohol u otras sustancias psicoactivas • Otros <p>Causas fundamentales de aflicción de la gente: Factores de riesgo y grupos poblacionales más vulnerables en el orden psicosocial. Apreciaciones sobre la información que está recibiendo la población a los diferentes niveles: medios de comunicación, así como informaciones grupales e individuales. Incluir apreciaciones sobre rumores, chismes, etc.</p> <p>Percepción de la organización, calidad y efectividad de los servicios, según los usuarios y los propios prestadores de los servicios.</p>	<p>Diagnóstico psicosocial preliminar y final. Uso de técnicas cualitativas (entrevistas a informantes claves y reuniones de grupos focales)</p>

continúa en p. 232

viene de p. 231

<p>Proceso:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Casos atendidos en la APS. – Casos con problemática psicosocial atendidos por personal no especializado en la APS y Número referido al psicólogo o psiquiatra <p>Casos atendidos por personal especializado</p> <p>Según sexo y edades</p> <p>Según lugar donde se ofrece la atención (hospital, centro de salud de la APS, escuelas y espacios comunitarios).</p> <p>Según personal que la ofrece: psiquiatra, psicólogo, paramédico o técnico, alumnos de medicina o psicología, etc.</p> <p>Terapias grupales: número de sesiones y casos atendidos. Índice de consultas por trastornos psíquicos por población (x 10,000 habitantes). Registro de morbilidad, según la CIE-10. Reuniones grupales comunitarias con personas afectadas, que han sido apoyadas por los servicios de salud: número de sesiones y participantes Reuniones grupales con niños, niñas y jóvenes afectados, que han sido apoyadas por los servicios de salud: número de sesiones y participantes Actividades de educación para la salud en la temática psicosocial: sesiones y participantes Atención a miembros de los equipos de respuesta: casos vistos, terapias grupales, etc.</p> <p>Capacitación:</p> <ul style="list-style-type: none"> Sesiones de capacitación Número de participantes, según tipo de personal o de grupos a la cual fueron dirigidas Cobertura alcanzada en la capacitación en Salud mental: % de personal especializado, trabajadores de APS, maestros y personal de los equipos de respuesta capacitados 	Registros continuos
Prevalencia de trastornos psíquicos y problemas psicosociales en muestras seleccionadas de población desplazada	Aplicación de instrumentos de tamizaje y diagnóstico. Entrevista clínica a posibles casos
Caracterización de los pacientes (en lugares de población desplazada) que demandan asistencia médica en la red de APS	Formulario de caracterización de pacientes

i. Consideraciones sobre indicadores de impacto¹²

Se requiere de un buen sistema previo de información o de investigaciones que hayan permitido establecer una línea basal, a partir de la cual se midan las modificaciones que puedan atribuirse a las acciones implementadas.

1. Modificaciones en los índices de incidencia y prevalencia de determinadas patologías (depresión, suicidio, alcoholismo, etc.). Esto solo se podrá medir

¹² Organización Panamericana de la Salud, Colombia, 2003.

como indicador de impacto si se dispone de una línea basal previa confiable, de lo contrario en muchos casos se observará un incremento de la morbilidad debido a una mayor accesibilidad a los servicios o al mejorar los sistemas de registro.

2. Evaluación de las modificaciones en los conocimientos, actitudes y prácticas de las personas capacitadas (trabajadores de la salud y otros).

3. Evaluación de las modificaciones en los conocimientos, actitudes y prácticas de la comunidad.

4. Modificaciones en la percepción de la población sobre la organización de los servicios y su eficiencia.

5. Indicadores escolares (retención y promoción)

6. Mejoría de la calidad de vida de la población y otros indicadores indirectos (calidad de vida, socioeconómicos, etc.).

ii. Obtención de indicadores de impacto

Algunos indicadores de impacto se podrán obtener mediante registros continuos (si estos son adecuados, detallados y disponen de historicidad); no obstante en la mayoría de los casos será mediante investigaciones puntuales o sitios centinelas.

iii. Indicadores de sostenibilidad

Se proponen varias preguntas cuyas respuestas pueden ser buenos indicadores para medir la sostenibilidad de las acciones realizadas:

1. ¿Cuántos de los servicios y procesos abiertos durante el proyecto podrán persistir?

2. ¿Se han fortalecido los servicios de APS y de Salud Mental en el nivel local y aumentado sus niveles de cobertura? ¿Podrá mantenerse?

3. ¿Cuáles de las acciones realizadas no pueden mantenerse, a pesar de considerarse útiles y necesarias?

RECOMENDACIONES DE LAS GUÍAS IASC PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INDICADORES DE SALUD MENTAL EN EMERGENCIAS Y DESASTRES¹³

Listas de acciones que constituyen la respuesta mínima

¹³ Tomado de las guías IASC.

Antecedentes

El diagnóstico de la situación, la planificación, el seguimiento y la evaluación son parte de un mismo ciclo. El seguimiento en las emergencias consiste en la recopilación y análisis sistemático de la información como fuente para la adopción de decisiones sobre las actividades de asistencia humanitaria en curso o la sugerencia de nuevas. La evaluación incluye el análisis de la pertinencia y eficacia de las actividades en curso o ya finalizadas. En síntesis, el propósito del seguimiento y la evaluación (MyE) en las emergencias es mejorar la asistencia humanitaria recopilando información sobre la puesta en práctica y los efectos de ésta y utilizar dicha información para la mejora y la adaptación de los programas en un contexto cambiante.

Las actividades de seguimiento y evaluación deberían basarse, de preferencia, en enfoques participativos (véanse las principales referencias *infra*). Esto significa que las comunidades afectadas deberían participar en la máxima medida de lo posible en todos los aspectos del seguimiento y la evaluación, incluye el intercambio de ideas sobre los resultados y sus implicaciones (véase la Lista de Acciones 5.1 donde se describen diferentes niveles de involucramiento de la comunidad). La Lista de Acciones 2.1 se centró en el diagnóstico de situación y describía los tipos de datos que han de recopilarse como parte de un diagnóstico inicial. La presente Lista de Acciones trata de las actividades ulteriores de seguimiento y evaluación.

Principales acciones

1. Determinar un conjunto de indicadores para el seguimiento, de conformidad con objetivos y actividades definidos.

- Los criterios exactos de selección de indicadores dependen de los objetivos del programa y de lo que sea importante y viable en la situación de emergencia.

- Es preciso formular indicadores de procesos, de satisfacción y de resultados de manera coherente con los objetivos definidos inicialmente.

- Los indicadores de proceso describen las actividades y abarcan la calidad, cantidad y utilización de servicios y programas (por ejemplo, número de reuniones comunitarias).

- Los indicadores de satisfacción describen el grado de satisfacción de la población afectada con una determinada actividad (por ejemplo, número de personas que tienen una opinión positiva o muy positiva de un programa).

Puede considerarse que los indicadores de satisfacción son un subgrupo de los indicadores de proceso.

- Los indicadores de resultados describen los cambios ocurridos en las vidas de las personas de conformidad con los objetivos preestablecidos. Tienen el propósito de medir el grado de éxito o fracaso de cada intervención. Aun cuando probablemente algunos indicadores de resultados serán significativos en la mayoría de los casos (por ejemplo indicadores de funcionalidad en la vida cotidiana), decidir qué se considera “un éxito” en un programa psicosocial debería formar parte del diálogo con las poblaciones afectadas.

Aun cuando los indicadores de procesos y de satisfacción son instrumentos útiles para aprender de la experiencia, son los indicadores de resultados los que proporcionan datos más sólidos para fundamentar la acción.

- La recopilación de datos sobre indicadores en medio de una emergencia proporciona información básica de referencia no sólo para una respuesta mínima (como las indicadas en el presente documento), sino también para una asistencia humanitaria integral y a largo plazo.

- Hay una sigla en inglés que resume cómo han de ser los indicadores: SMART (específicos, medibles, asequibles, pertinentes y sujetos a plazos).

- Generalmente sólo es posible el seguimiento de unos pocos indicadores. Los indicadores, en consecuencia, deben escogerse sobre la base del principio “pocos, pero potentes”. Deben definirse de manera tal que puedan ser obtenidos fácilmente, sin causar interferencias en las tareas cotidianas del equipo de asistencia ni de la comunidad.

- Siempre que sea posible, los datos relativos a los indicadores deben desglosarse por edad, género y localización.

2. Realizar los diagnósticos de situación de manera participativa y éticamente adecuada.

- Se aplican al seguimiento y la evaluación los mismos principios de medición aplicables al diagnóstico de situación: cfr. la Acción principal 3 de la Lista de Acciones 2.1 donde se analizan detalladamente las cuestiones relativas a participación, inclusión, análisis, situaciones de conflicto, adecuación cultural, principios éticos, equipos de diagnóstico de la situación y métodos de recopilación de datos, incluyendo datos epidemiológicos psiquiátricos.

- Para actividades de seguimiento y evaluación, es preciso medir los indicadores *antes y después* de la intervención, para ver si hubo algún cambio. Por otra parte, es sabido que se necesitaría un diseño mucho más riguroso para determinar si la intervención es la causa del cambio. Esos diseños tienden a exceder lo requerido para la respuesta mínima, que en el presente documento se define

como respuesta imprescindible y de alta prioridad que debe ponerse en marcha tan pronto como sea posible en una situación de emergencia.

- Los datos cuantitativos deben complementarse con datos cualitativos (por ejemplo, testimonios o directos de la experiencia de las personas afectadas).

3. Utilizar el seguimiento para la reflexión, el aprendizaje y el cambio.

- Durante una situación de emergencia, pueden recopilarse periódicamente los datos sobre indicadores seleccionados y luego continuar la recogida regularmente en los meses siguientes. Por ejemplo, si en medio de una emergencia se realiza un tipo concreto de diagnóstico y análisis de situación, puede repetirse el mismo procedimiento a intervalos regulares (por ejemplo, 6, 12 y 18 meses después) a fin de detectar los cambios y ayudar a los interesados directos a replantear las acciones según sea necesario.

- Es preciso difundir la información sobre las principales conclusiones del seguimiento y la evaluación entre todos los interesados directos pertinentes, incluyendo a ser posible, el gobierno, los órganos coordinadores y la población afectada. La información para la población afectada debe distribuirse de manera accesible (por ejemplo, en idiomas locales y en formas inteligibles para personas con bajos niveles de alfabetización).

- A fin de facilitar la reflexión, el aprendizaje y el cambio, los diálogos de tipo participativo son útiles como medio de tomar distancia y reflexionar sobre el significado de los datos y la manera de ajustar las actividades, habida cuenta de lo que se ha aprendido.

CAROLINA VÁSQUEZ PINZÓN

*Programa gubernamental de consultorios empresariales:
una propuesta para la discusión*

El presente documento de trabajo tiene como objetivo promover la discusión y deliberación en torno a la creación de un Programa Gubernamental de Consultorios Empresariales que contribuya con el proceso de emprendimiento y fortalecimiento de negocios de para la población en desplazamiento, en particular aquellas iniciativas que han sido apoyadas con recursos públicos provenientes de los diferentes niveles y programas de gobierno. Esta propuesta surge como resultado de un proceso de investigación sobre la generación de ingresos de población desplazada liderado por la Facultad de Administración de Empresas de la Universidad Externado de Colombia.

En octubre de 2010 la Universidad envió a la Corte Constitucional, en el marco del Auto del 30 de junio de 2010 (num. 7.2 en materia de formulación de políticas: Modelos para la generación de ingresos tanto para la población desplazada como para la población receptora), un modelo de intervención mediante el cual se propuso la vinculación de la academia, particularmente las Facultades de Administración de Empresas, a través de la creación de un Centro de Consultoría Empresarial enfocado en la orientación y acompañamiento a empresas de población en desplazamiento apoyadas con recursos del gobierno nacional. Este documento fue presentado a diferentes entidades gubernamentales quienes, en retroalimentación del mismo, evidenciaron la oportunidad de crear un programa gubernamental de consultorios empresariales que se convirtiera en un centro en el cual confluyera toda la información acerca de la oferta nacional y local en materia de generación de ingresos, se orientara a la población para el acceso a dicha oferta y se realizara un acompañamiento en campo para el fortalecimiento de las unidades productivas apoyadas.

Fundamentados en lo anterior, por medio del presente documento se ofrece una segunda versión de la respuesta a la Corte, la cual contiene adaptaciones de las propuestas y recomendaciones entregadas por las entidades. En la primera parte se presentan una algunas afirmaciones que buscan contextualizar la propuesta del modelo y de la creación del Programa Gubernamental. Posteriormente se definen los objetivos, antecedentes y actores que podrían participar en la concertación y definición del Programa. En la tercera parte, a manera de propuesta para la discusión, se presentan cuatro funciones que podrían desempeñar los Centros de Consultoría Empresarial, a la vez que se desarrolla la forma como se podría llevar a cabo cada función.

PROGRAMA GUBERNAMENTAL DE CONSULTORIOS EMPRESARIALES: UNA PROPUESTA PARA LA DISCUSIÓN

I. CONSIDERACIONES INICIALES

A continuación se presenta un compendio de afirmaciones que hacen parte de la investigación adelantada por la Facultad de Administración de Empresas en desarrollo de la Cátedra Unesco. Algunas de éstas son citas textuales de informes presentados a la Corte Constitucional, otras son el resultado del trabajo de campo y de las entrevistas a diferentes actores (funcionarios, operadores, líderes y personas en desplazamiento).

Estas afirmaciones pretenden situar a la Corte y al lector en el contexto en el cual se ha considerado la formulación y proposición del Programa.

1.1. Las iniciativas gubernamentales de generación de ingresos para la Población Desplazada –PD– no han logrado contribuir a la estabilización económica de dicha población, según la Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado¹.

1.2. De 41 programas nacionales para la generación de ingresos, tan sólo el 21% está realizando o ha realizado evaluaciones que permitan medir el avance o logro de las metas establecidas.

1.3. Durante el período 2005–2009 el Programa de Atención Inicial en Generación de Ingresos –PAI– ha apoyado 228.914 iniciativas de generación de ingresos en cualquiera de los tres componentes: creación de negocio, fortalecimiento o vinculación laboral.

1.4. La evidencia demuestra que del 100% de iniciativas apoyadas en el PAI, menos del 4% son de vinculación laboral, entre el 15 y el 20% son de fortalecimiento y más del 80% son para la creación de negocios.

1.5. Aun cuando el PAI afirma que “6 meses después de la intervención, más del 70% de los participantes continúan sus proyectos de generación de ingresos” la evidencia ha demostrado que una vez se termina el proceso de generación de ingresos se desconoce el estado del negocio creado o fortalecido. En el estudio sobre caracterización y sostenibilidad de los planes empresariales de generación de ingresos por el convenio 082/07, realizado por Econometría en agosto de 2008 se presenta que de 5.030 carpetas con información sobre las iniciativas

1 “Avances en la construcción de lineamientos de política de generación de ingresos para la población en desplazamiento”, del 30 de junio de 2009.

apoyadas, que reposan en los archivos del PAI, mediante trabajo de campo se lograron ubicar el 30% de dichas iniciativas.

Las siguientes consideraciones están directamente relacionadas con la operación del Programa.

1.6. El PAI ha definido que los planes de negocio deben contener una estructura que dé respuesta a interrogantes muy básicos e insustanciales. El resultado son propuestas de inversión contenidas en seis hojas, que le permiten al Comité Evaluador aprobar el desembolso de los recursos. Más del 95% de las propuestas de inversión son aprobadas.

1.7. Dada la superficialidad de la estructura de los planes de negocio, se evidencia poca dedicación a la parte sustancial en la evaluación de un negocio: el análisis de la oferta y demanda, y la eficiencia y calidad del proceso productivo. Por lo anterior, la principal dificultad en la ejecución del plan es la comercialización

1.8. La metodología utilizada para formar a los beneficiarios en la formulación de sus planes de negocio es a través de la capacitación grupal. En una misma aula se congregan entre 25 y 30 beneficiarios, con diferentes ideas de negocio y niveles de formación (primaria incompleta, técnicos, bachilleres o personas con habilidades básicas de lectura y escritura). El tiempo dedicado para la formación grupal es de 25 horas para el reconocimiento de habilidades, el plan de vida y el diagnóstico psicosocial, 48 horas para la elaboración del plan de negocio necesario para la creación de empresas y 28 para los planes de fortalecimiento empresarial. En cuanto al acompañamiento individual, que corresponde a la orientación y gestión en el proceso de compras y al seguimiento domiciliario, se destinan 48 horas, tanto para creación de negocio como para el fortalecimiento.

1.9. Del 100% dedicado al proceso de formulación de los planes de negocio, el 63% está destinado a la capacitación y el 37% al acompañamiento. Así pues, la capacitación carece de la orientación y acompañamiento individual que permita a los asesores emitir conceptos con argumentos suficientes sobre la viabilidad del negocio, principalmente en aquellos temas relacionados con análisis de mercadeo y producción.

1.10. En cuanto a la financiación de las propuestas de inversión, el gobierno nacional ha estandarizado un apoyo igual para todas las iniciativas. Se trata de un capital inicial que, si bien está destinado a la creación de un negocio, debe ser complementado con fondos de cofinanciación como Fomipyme, el Fondo Empezar, la línea de crédito de Bancoldex para este segmento en la zona urbana y las líneas de Banagrario en la zona rural. Sin embargo, “el acceso a créditos regulares por parte de la población desplazada está seguramente restringido a un grupo reducido. Debido a la pérdida de activos en el proceso de desplazamien-

to, la población desplazada dispone en muy pocos casos de bienes para ofrecer como garantía en una solicitud de crédito. Además, la población desplazada está reportada con frecuencia como deudores morosos en las centrales de información de riesgo y, por ende, no son sujetos de crédito”².

1.11. El seguimiento a las inversiones realizadas con recursos públicos en las propuestas de negocio presentadas por la población en desplazamiento es nulo. Cuando se termina el contrato entre el PAI y el operador, se termina el contacto con las iniciativas apoyadas.

Las siguientes afirmaciones tienen relación con los actores públicos y privados que han sido convocados para concurrir en la atención al desplazamiento, ya sea mediante normas y reglamentación de las mismas, o por la razón de ser de esas entidades (academia).

1.12. El Sistema Nacional de Atención Integral a Población en Desplazamiento debe integrar los esfuerzos públicos y privados para la adecuada prevención y atención de las situaciones de desplazamiento forzado por la violencia de acuerdo con el artículo 4.º, inciso 3 de la Ley 387 de 1997.

1.13. De acuerdo con el decreto 250 de 2005: “Con el apoyo de las universidades públicas y privadas se adaptarán y desarrollarán procesos de formación y recalificación en el ámbito rural o urbano, con los contenidos y ciclos que demande el desarrollo de proyectos productivos o el acceso a oportunidades de vinculación laboral, en lo relacionado con capacitación técnica, habilitación laboral y asesoría para la formación empresarial”.

1.14. Según el Conpes 3616 de 2009:

1.14.1. Apoyar la creación de proyectos productivos puede potencialmente generar empleos para las personas que al inicio de la intervención no pretendan o no cuenten con las herramientas para desarrollar sus propios proyectos.

1.14.2. La Política de Generación de Ingresos busca producir condiciones que les permitan a los hogares aumentar sus ingresos y tener una mejor calidad de vida.

1.14.3. La generación de ingresos se convierte en una de las principales “puertas de salida” de la situación de pobreza extrema y vulnerabilidad, y es un componente fundamental para la estabilización socioeconómica de la población en desplazamiento.

2 DNP. “La población desplazada en Colombia: examen de sus condiciones socioeconómicas y análisis de las políticas actuales”, 2007.

1.14.4. La ruta integral de generación de ingresos establece como un factor estratégico de éxito la vinculación de entidades privadas para el emprendimiento y fortalecimiento de los proyectos productivos.

1.14.5. Las autoridades locales deben incluir en su gestión programas y proyectos de generación de ingresos de acuerdo con sus potencialidades, el desarrollo de los mercados locales, las alianzas estratégicas y el crecimiento empresarial.

1.15. Las instituciones de educación superior tienen una responsabilidad social universitaria, entendida como la habilidad y efectividad para responder a las necesidades de transformación de la sociedad donde están inmersas, mediante el ejercicio de sus funciones sustantivas: docencia, investigación y extensión³.

1.16. Durante dos años se implementó el programa de acompañamiento a población desplazada con enfoque en salud familiar, el cual agrupó a nueve universidades, y con la participación de más de 1.000 estudiantes y docentes se identificaron y atendieron más de 10.400 familias en desplazamiento.

1.17. La mayoría de las Facultades de Administración de Empresas cuentan en su plan de estudios con espacios de formación para la creación de empresas o planes de negocio, entendidos como ideas de negocio que los estudiantes aprenden a estructurar para fomentar los emprendimientos empresariales desde la universidad

1.18. Desde el año 2007 la Facultad de Administración de Empresas de la Universidad Externado ha adelantado la investigación “Análisis de la generación de ingresos de población en desplazamiento en el marco de la política pública de atención a población desplazada”, a través de la cual se ha ejecutado un amplio trabajo de campo con diferentes actores: líderes, colombianos en desplazamiento, funcionarios públicos, directores de programas, operadores y agencias de cooperación internacional.

1.19. En cumplimiento del objetivo 13 de la Cátedra Unesco, el cual define la creación y validación de un *programa* pedagógico que forme a la comunidad educativa en la práctica de los derechos humanos y genere espacios de igualdad e inclusión frente a la población desplazada, la Facultad de Administración de Empresas en conjunto con el Programa de Atención Inicial en Generación de Ingresos y la Corporación Opción Vida adelantó, durante el año 2009, un ejercicio piloto para articular la gestión universitaria (docencia, investigación y

3 Según la Asociación de Universidades Jesuitas de América Latina, disponible en [<http://oirsud.siderpco.org/portal/temas-generales/marco-teorico-de-la-responsabilidad-social-universitaria-rsu>].

extensión) con las iniciativas gubernamentales de generación de ingresos para población en desplazamiento.

1.20. Existe interés por parte de los programas de generación de ingresos de contar con iniciativas complementarias, particularmente desde la academia, que les permitan identificar y valorar la situación real de las iniciativas apoyadas luego de su participación en dichos programas y dar continuidad al acompañamiento necesario para su consolidación.

1.21. Existe interés por las empresas, en ejercicio de su *responsabilidad social empresarial*, en participar en iniciativas de negocios inclusivos.

2. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA PARA LA DISCUSIÓN

2.1. OBJETIVO GENERAL

Convocar a las entidades públicas, privadas, sociales y académicas para la concertación y creación de un Programa Nacional de Consultorios Empresariales en los cuales se facilite la articulación entre la oferta internacional, nacional y local en torno a la consolidación y acompañamiento que requieren los empresarios en desplazamiento.

(*Empresario en Desplazamiento –ED–* es aquella persona en desplazamiento propietaria de un negocio o empresa con resultados lucrativos, que ha emprendido con resolución y firmeza acciones dificultosas cuya ejecución ha requerido decisión, esfuerzo e inversión de recursos económicos, tanto propios como públicos).

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

2.2.1. Promover desde la academia, en ejercicio de la *responsabilidad social universitaria* y de la gobernanza, la articulación entre actores económicos, grupos sociales e instituciones públicas en la acción pública y política para la generación de ingresos de población en desplazamiento.

2.2.2. Articular la docencia, investigación y extensión de las Facultades de Administración de empresas del país con los procesos de fortalecimiento empresarial de las iniciativas de negocio de los ED, apoyados por los programas gubernamentales nacionales y territoriales, así como por la cooperación internacional.

2.2.3. Asesorar a los ED en el acceso a servicios financieros que les permitan complementar los recursos de capital semilla otorgados por los programas gubernamentales.

2.2.4. Trabajar conjuntamente con los ED, operadores y autoridades públicas locales en la formulación de planes de negocios identificados como oportunidades para la creación de empresas y la generación de empleo de población en desplazamiento.

2.2.5. Identificar las necesidades de proveeduría de las grandes y medianas empresas para definir estrategias comerciales en las empresas que pueden suplir dichas necesidades.

2.2.6. Promover la articulación entre el proceso de aprendizaje de los estudiantes de Administración de empresas con las oportunidades de negocio identificadas por los ED, los operadores, la cooperación internacional, las instituciones gubernamentales y sus programas.

2.2.7. Promover diálogos, debates y réplicas de experiencias exitosas en la creación o y/o fortalecimiento de negocios emprendidos por ED.

2.2.8. Diseñar, validar y documentar metodologías pedagógicas que se adapten a las capacidades y disponibilidad de los ED.

2.2.9. Estructurar una Cátedra Especial, abierta a los profesionales en formación, que les permita conocer la realidad sobre el desplazamiento, su atención, resultados y retos, específicamente en la generación de ingresos.

2.2.10. Recolectar información para la valoración de los indicadores de GED de los ED que se vinculen a los procesos de fortalecimiento empresarial.

2.3. ANTECEDENTES

La iniciativa, que propone enlazar los programas gubernamentales con la academia, se ha definido de acuerdo con las siguientes necesidades y oportunidades identificadas:

2.3.1 Se han apoyado 228.914 iniciativas de generación de ingresos a través del Programa de Atención Inicial en Generación de Ingresos (2005 a 2009).

2.3.2 La atención del Programa se ha definido como un apoyo *inicial* para la generación de ingresos, por lo tanto requiere de programas complementarios que atiendan a la población que se ha beneficiado del mismo.

2.3.3 El Programa de apoyo a desplazados a través de Fomipyme ha cofinanciado 74 proyectos productivos, con una inversión de \$20.559 millones, que han beneficiado a 17.298 colombianos en desplazamiento (2006 a 2010)⁴.

4 Reporte del Sistema de Gestión y Seguimiento a las metas del Gobierno, SIGOB, accedido el día 17 de marzo de 2010.

2.3.4 Existe interés en la empresa privada por promover los negocios inclusivos, es decir, en vincular a la población más pobre como proveedores o distribuidores de sus productos.

2.3.5 Se requiere de un espacio que articule la oferta (empresas de población en desplazamiento) con la demanda (empresa privada y mercado).

2.3.6 Uno de los retos de las Universidades es la gestión del conocimiento pertinente a través de la integración de la docencia, la investigación y la extensión.

2.3.7 Existen programas de formación en Administración de empresas en todo el territorio nacional

2.4. ACTORES PRIVADOS, PÚBLICOS Y SOCIALES

Para la deliberación en torno a la propuesta se convoca al diálogo entre las siguientes instancias, quienes pueden contribuir, entre otros aportes, con:

Actor	Posible aporte
Alta Consejería para la Prosperidad Social	Identificar y gestionar oportunidades de coordinación y articulación entre actores públicos, privados y sociales para promover procesos de desarrollo en la población más vulnerable.
Planeación Nacional	Deliberar, concertar y orientar la técnica para la operación y articulación de los Consultorios Empresariales con la Política de Generación de Ingresos.
Ministerio de Protección Social	Deliberar, concertar y orientar la técnica para la operación y articulación de los Consultorios Empresariales con la Política de Generación de Ingresos.
Ministerio de Educación Nacional	Deliberar y orientar sobre las técnicas para la creación y formalización de los Consultorios Empresariales en las universidades.
Acción Social	Deliberar y concertar la operación de los Consultorios Empresariales.
Bancoldex y Banca de Oportunidades	Facilitar el acceso a recursos para el fortalecimiento empresarial de los negocios que participen en la implementación de la alianza.
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo	<ul style="list-style-type: none"> – Deliberar y concertar la operación de los Consultorios Empresariales; – Obtener recursos financieros para el fortalecimiento empresarial de los negocios que participen en la implementación del Programa.
Sena	<ul style="list-style-type: none"> – Deliberar y concertar la operación de los Consultorios Empresariales; – Formar empresarios en desplazamiento que participen en la implementación de la alianza.
Programa Unidos	<ul style="list-style-type: none"> – Identificar, motivar y orientar a los empresarios en desplazamiento para su participación en la implementación de la alianza; – Promover la articulación de la oferta gubernamental vinculada al Programa Unidos con los Consultorios Empresariales; – Hacer el seguimiento a las unidades familiares participantes de los Consultorios Empresariales.

viene de p. 246

Actor	Posible aporte
Facultades de Administración de empresas del país –Ascolfa–	<ul style="list-style-type: none"> – Deliberar y concertar la operación de los Consultorios Empresariales; – Diseñar y operar los Centros de Consultoría Empresarial por medio de la articulación de la investigación, la docencia y la extensión; – Evaluar los impactos de la oferta gubernamental para la creación de negocios de población en desplazamiento y recomendar las acciones correctivas o preventivas a que haya lugar.
Gremios y empresas	<ul style="list-style-type: none"> – Recomendar oportunidades de negocio para la generación de empleo; – Identificar cuáles son las posibles empresas de población en desplazamiento y de qué forma pueden vincularse al negocio: como proveedores o distribuidores.
Operadores y entidades sin ánimo de lucro que trabajen en creación de negocios para población en desplazamiento	<ul style="list-style-type: none"> – Recomendar oportunidades para la formulación de planes de negocio; – Identificar aquellas iniciativas empresariales con mayor viabilidad comercial, administrativa y financiera que requieren ser apoyadas por la iniciativa.
Autoridades locales	<ul style="list-style-type: none"> – Liderar la alianza público–privada local para el funcionamiento de los Consultorios Empresariales; – Definir la vocación productiva de su territorio para generar un desarrollo económico, lo cual permite identificar oportunidades de negocio; – Facilitar la participación del sector privado en las agendas de competitividad locales.

2.5. METODOLOGÍA DE INTERVENCIÓN

En primera instancia, la metodología para la definición del Programa convoca a las entidades competentes en la temática (de acuerdo con la Política de Generación de Ingresos definida mediante el Conpes 3616) con el ánimo de identificar las oportunidades en la creación de un Programa Gubernamental de Consultorios Empresariales, así como la forma mediante la cual se pueden articular las instancias nacionales y locales en su creación y operación.

Así mismo, se hace necesaria la participación activa de las Facultades de Administración de empresas, como actores protagónicos para la creación y operación de los Consultorios, dado que una de las pretensiones de la alianza es que en cada una de las Facultades vinculadas se creen Centros de Consultoría Empresarial –CCE– los cuales integren a investigadores y estudiantes en torno a dos funciones centrales:

- I. Diagnosticar los negocios para orientar y acompañar a los empresarios desplazados en el mejoramiento y financiación de sus planes, y
- II. Realizar investigaciones orientadas al análisis de los mercados, a la identificación de oportunidades de negocios inclusivos, al desarrollo de innovacio-

nes pedagógicas y a la recomendación de ajustes a la Política de Generación de Ingresos, entre otras que se identifiquen en la operación de los CCE.

Estos CCE son espacios físicos dotados y destinados para atender a los empresarios en desplazamiento que estarían ubicados en las instalaciones de las universidades vinculadas; pueden ser producto de alianzas entre éstas y las entidades gubernamentales nacionales y locales, o con empresas o entidades sin ánimo de lucro (ONG) que trabajen en la temática.

Como punto de partida para la deliberación institucional y académica, a continuación se propone una primera aproximación al modelo de operación de los Consultorios Empresariales:

3. FUNCIONAMIENTO DE LOS CENTROS DE CONSULTORÍA EMPRESARIAL

Tal como se mencionó en el literal anterior, se proponen dos actividades centrales para el funcionamiento de los Consultorios Empresariales:

3.1. ASESORÍA Y ACOMPAÑAMIENTO A EMPRESARIOS EN DESPLAZAMIENTO

Comprende el conjunto de acciones para asesorar, acompañar y consolidar el negocio objeto de intervención. Para su ejecución, se propone considerar los siguientes componentes:

3.1.1. *Acceso al Programa.* De acuerdo con el principio de la corresponsabilidad que define como responsabilidad y compromiso del ED esforzarse para fortalecer sus capacidades, potenciar sus activos y adquirir habilidades y herramientas para superar su situación de desplazamiento, el CCE estará disponible para atender a todos los ED que decidan, por su propia cuenta, gestionar el mejoramiento de su negocio. Lo anterior implica que el ED se compromete a realizar todas las acciones recomendadas por los asesores. Por tal razón, el éxito del *programa* es el resultado de la acción de asesoría y del compromiso y corresponsabilidad del ED.

3.1.2. *Selección de los participantes.* Si bien el CCE atiende todo tipo de consultas, es necesario definir un filtro de selección que permita identificar las potencialidades del negocio y las posibilidades de éxito del proceso de mejoramiento. Para esta labor, cada Facultad, en ejercicio de su autonomía, definirá los criterios a aplicar.

Esta propuesta considera importante definir los criterios con base en:

- La identificación de mercados potenciales, es decir, la existencia de compradores para los productos o servicios del negocio;
- La sostenibilidad de los negocios, entendido como iniciativas que cuentan con procesos administrativos básicos;
- El proceso productivo, el cual implica el conocimiento sobre la elaboración de los productos o la gestión de los servicios.
- Las cualidades del empresario, entendidas como el conjunto de habilidades y destrezas para el emprendimiento: entusiasmo, perseverancia, confianza, paciencia.

Lo anterior permitirá definir los niveles de viabilidad del negocio, así como clasificar y agrupar los negocios para facilitar la intervención.

3.1.3 *Diagnóstico de las unidades productivas.* Una vez seleccionadas las empresas objeto de intervención, el equipo de investigadores y estudiantes han de realizar las tareas para el diagnóstico.

Esta propuesta considera importante estructurar el proceso de diagnóstico a través de la aplicación de instrumentos que permitan conocer la funcionalidad organizacional, sus potencialidades y dificultades, priorizar las necesidades de intervención y, con base en esto, diseñar planes de acción a corto, mediano y largo plazo.

Si bien cada Facultad es autónoma en la definición de metodologías para el diagnóstico, se proponen dos estrategias para la recolección de información.

La primera a través de entrevistas personales que se realizan con el empresario en el CCE. Estas entrevistas serían dirigidas por los investigadores (asesores senior) en compañía de los estudiantes de pregrado (asesores junior) o de posgrado (asesores intermedios). La segunda por medio de visitas domiciliarias, las cuales complementan el proceso de recolección. Con esta información, junior e intermedios, con la guía del senior, estructuran el diagnóstico y preparan la presentación del caso.

Una vez se ha elaborado el diagnóstico, se recomienda socializarlo en espacios para el análisis de casos, tales como las *Juntas de expertos*, en los cuales docentes y estudiantes evalúan cada uno de los negocios y dan instrucciones para los planes de mejoramiento. De acuerdo con las decisiones que se tomen en la Junta, cada asesor es responsable de estructurar el plan de acción, de socializarlo con el empresario, ajustarlo de acuerdo con criterios racionales y emprender la labor de acompañamiento.

3.1.4 *Acompañamiento y orientación en el Plan de Acción.* Una vez se cuenta con el plan de acción, se estructura el cronograma de acompañamiento, el cual se convierte en el punto prioritario para la intervención. El acompañamiento

comprende la asesoría en campo, la consulta en los CCE, así como la orientación y acercamiento a la oferta pública nacional y local.

Como se mencionó en el punto 1.8, existe un vacío en el tiempo de dedicación para el acompañamiento en terreno de las iniciativas de negocio. Por lo anterior se propone la creación de Prácticas Sociales Empresariales por medio de las cuales los estudiantes de Administración de empresas comprueban los conocimientos, habilidades y destrezas adquiridas en su proceso de formación académica a través del trabajo en los negocios de ED. De acuerdo con el tamaño de los negocios, un estudiante puede hacerse cargo del proceso de acompañamiento de varias empresas.

Dado lo anterior, y para coincidir con los periodos académicos, el plan de acción debe formularse para periodos semestrales. Si el plan de mejoramiento requiere acciones de mayor duración, se formulará el plan de acción por fases con duración semestral.

3.1.5 *Resultados*. A pesar de que cada universidad vinculada cuenta con autonomía en la metodología de intervención, se propone que por lo menos se estandarice el logro de los siguientes resultados:

3.1.5.1 *Diagnóstico integral de cada una de las unidades productivas*: propone la unificación de indicadores de base por lo menos en las siguientes áreas de intervención:

- Administración y gerencia. Aspectos legales y de dirección estratégica;
- Mercadeo y ventas. Aspectos comerciales: análisis demanda/oferta, distribución y calidad;
- Producción y servicios. Aspectos de logística y eficiencia;
- Finanzas y costos. Monitoreo y seguimiento financiero, y análisis de costos;
- Recurso humano. Gestión del recurso humano;
- Responsabilidad Social Empresarial. Triple cuenta de resultados y equilibrio de la responsabilidad;

3.1.5.2 *Plan de mejoramiento estratégico*: define las líneas prioritarias de intervención.

3.1.5.3 *Plan de acción*: define tiempos, responsables y actividades para el logro de los resultados por cada línea prioritaria de intervención.

3.1.5.4 *Estrategia comercial*: dado que el principal problema identificado con las iniciativas es la comercialización, se propone un enfoque comercial de la intervención.

3.1.5.5 *Estrategia de articulación*: define cuáles apoyos gubernamentales, tanto locales como nacionales, pueden vincularse con el emprendimiento, así como el mecanismo o ruta de articulación.

3.1.5.6 *Proyecto de inversión*: es importante definir el costo de la intervención para el mejoramiento empresarial; con base en esta información se pretende asesorar al empresario en la gestión de los recursos necesarios para la implementación (línea de crédito para desplazados⁵).

3.1.5.7 *Formación personal*: para promover la transformación empresarial y su sostenibilidad, se propone desarrollar procesos formativos que garanticen la transferencia de capacidades y habilidades gerenciales al ED, entre otras: desarrollo personal, fortalecimiento del emprendedor, manejo de conflictos, presentación personal, negociación, planeación y gestión estratégica, liderazgo, y comunicación.

3.1.6 *Medición*. Si bien cada Facultad es autónoma en la metodología y la definición de indicadores, se propone evaluar la intervención teniendo en cuenta, entre otros:

- 3.1.6.1 Número de unidades fortalecidas de acuerdo con su diagnóstico;
- 3.1.6.2 Ingresos iniciales, ingresos finales;
- 3.1.6.3 Empleos iniciales, empleos finales;
- 3.1.6.4 Ventas iniciales, ventas finales;
- 3.1.6.5 Costos iniciales, costos finales;
- 3.1.6.6 Patrimonio inicial, patrimonio final;
- 3.1.6.7 Obligaciones legales iniciales, obligaciones legales finales;
- 3.1.6.8 Proceso productivo inicial, proceso productivo final;
- 3.1.6.9 Estructura funcional inicial, estructura funcional final.
- 3.1.6.10 Estados financieros iniciales, estados financieros finales;
- 3.1.6.11 Proyecto de inversión: avance de ejecución del proyecto;
- 3.1.6.12 Estándares de Responsabilidad Social Empresarial;
- 3.1.6.13 Estructura de financiación inicial, estructura de financiación final;

3.1.7 *Documentación y divulgación*. Cada CCE promoverá la documentación de sus experiencias y la divulgación de las mismas. Con lo anterior se cumplirá con uno de los retos de la academia: la gestión del conocimiento pertinente. Con esta información se facilita la réplica de estrategias exitosas, la redefinición de programas y políticas públicas, y la evaluación de las mismas.

5 Bancoldex. Circular externa n.º 10 del 30 de diciembre de 2003.

3.2 INVESTIGACIÓN DE MERCADOS, INNOVACIÓN Y DESARROLLO Y ALIANZAS ESTRATÉGICAS

La segunda función propuesta para los CCE es la gestión necesaria para potencializar la capacidad comercial de las unidades productivas, a través de la identificación de mercados potenciales y el desarrollo de productos con innovación que faciliten la comercialización. Por medio de estos procesos se propone involucrar a investigadores y semilleros en la recolección de la información que facilite la toma de decisiones comerciales de las empresas, así como el acceso a los mercados potenciales identificados.

Si bien cada Facultad es autónoma en sus iniciativas de investigación para estos resultados, se propone considerar dos iniciativas mundialmente reconocidas: Comercio justo y Negocios inclusivos. El primero es un sistema alternativo al comercio tradicional, que busca que los productores reciban un ingreso justo y que a su vez garanticen unas buenas prácticas empresariales en su negocio. El segundo pretende que las grandes y medianas empresas contribuyan con la reducción de la pobreza mediante la incorporación de comunidades de escasos recursos en la cadena de valor, ya sea como consumidores, proveedores o distribuidores.

Con base en lo anterior, se pretende cumplir con unos estándares de buenas prácticas empresariales para que las empresas sean productivas y sus impactos sean positivos tanto en lo financiero, como en lo ambiental y social y, de esta forma, ofrezcan al mercado potencial los productos en la calidad, cantidad, frecuencia y precio esperado.

En cuanto a las alianzas estratégicas, se propone que el CCE promueva la vinculación de las grandes y medianas empresas, las grandes superficies, los gremios y el sector privado para que incluyan en su cadena de abastecimiento los productos de las unidades de negocio, en desarrollo de la iniciativa Negocios Inclusivos.

Para la operación y funcionamiento de estos servicios, se propone considerar tres líneas de intervención:

– *Mercadeo estratégico*. Implica la investigación de los mercados potenciales y la definición de estrategias comerciales que permitan la distribución de los productos en diferentes sectores: grandes superficies, comercio electrónico y proveeduría en el sector público y privado.

– *Diseño e innovación*. Promueve el estudio de mercados para identificar las tendencias de la demanda, los nuevos mercados, así como sus preferencias y gustos. De esta forma se definen los estándares que deben cumplir los productos de la oferta para satisfacer esos requerimientos de la demanda.

– *Financiación*. Identifica los recursos, tanto públicos como privados, necesarios para cubrir los procesos de mejoramiento empresarial, diseño e innovación de productos de las unidades productivas, así como los recursos para la adquisición, almacenaje y distribución de la producción adquirida por los clientes finales.

3.3 SISTEMA DE MONITOREO Y SEGUIMIENTO

Cada Centro de Consultoría Empresarial definirá los procesos y la metodología para recolectar, analizar y reportar información sobre el avance de las intervenciones. Aun así, se recomienda al gobierno diseñar un sistema de información que le permita identificar el uso de los recursos públicos en la creación de negocios, así como su ubicación y su estado, además de otros apoyos recibidos por las empresas.

3.4 CONTRIBUCIÓN DE LOS CONSULTORIOS EMPRESARIALES EN LA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE INDICADORES DE GOCE EFECTIVO DE DERECHOS –GED–

Dado que los indicadores de GED “son los criterios mínimos para garantizar el restablecimiento de la población en situación de desplazamiento y es el objetivo de la política pública de atención a población desplazada”⁶, y que se requiere recolectar información sobre dichos indicadores en cada uno de los hogares desplazados, se propone que desde los Centros de Consultoría Empresarial se lidere la recolección de información relacionada con el GED de los empresarios en desplazamiento que se asesoren.

Para lo anterior se recomienda que los estudiantes que estén realizando su Práctica Social Empresarial en negocios de empresarios en desplazamiento, efectúen una medición inicial y una medición final al terminar la intervención. Esta información será consolidada y enviada a las instancias gubernamentales correspondientes.

A continuación se presenta el instrumento propuesto para la recolección de información sobre GED:

6 Conpes 3616 de 2009.

INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN PARA VALORACIÓN DE GOCE EFECTIVO DE DERECHOS

Derecho	Objetivo	N.º	Indicador	Sí	No
Vida	Los miembros del hogar en situación de desplazamiento preservan la vida	1	Después de su inclusión en el RUPD ¿algún miembro de la familia fue víctima de homicidio?		
Integridad personal	Los miembros del hogar no han sido víctimas de acciones contra su integridad personal después del desplazamiento (no incluye muerte)*	2	¿Algún miembro del hogar ha sufrido torturas?		
		3	¿Algún miembro del hogar ha sufrido violencia sexual?		
		3	¿Algún miembro del hogar ha sufrido por robo o inseguridad?		
Libertad personal	Ningún miembro del hogar ha sido privado de la libertad de forma arbitraria	5	¿Algún miembro del hogar ha sido reclutado?		
		6	¿Algún miembro del hogar ha desaparecido?		
		7	¿Algún miembro del hogar ha sido secuestrado?		
Seguridad personal	Ningún miembro del hogar es víctima de acciones que atenten contra su seguridad personal	8	¿Algún miembro del hogar ha sido víctima de persecución?		
		9	¿Algún miembro del hogar ha sido víctima de amenazas?		
		10	¿Algún miembro del hogar ha sido víctima de minas?		
Seguridad personal	Ningún miembro del hogar es víctima de acciones que atenten contra su seguridad personal	11	¿Algún miembro del hogar ha sido víctima de masacres?		
		12	Algún miembro del hogar ha sido víctima de combates		
		13	¿Algún miembro del hogar ha sido víctima de atentados?		
Identidad	Todos los miembros del hogar cuentan con sus documentos de identificación completos	14	¿Todos los miembros del hogar entre los 0-6 años tienen registro Civil?		
		15	¿Todos los niños, niñas y jóvenes del hogar tienen tarjeta de identidad?		
		16	¿Todos los miembros del hogar entre 18 y 59 años cuenta con su Cédula de Ciudadanía?		
Reunificación familiar	El hogar en situación de desplazamiento que ha sufrido fragmentación a causa del desplazamiento	17	¿Hay en el hogar personas ausentes que han regresado?		
		18	¿Las personas que regresaron lo hicieron con ayuda del Estado?		
		19	¿Las personas que regresaron lo hicieron por sus propios medios?		
		20	¿El hogar tiene miembros ausentes?		
		21	¿Ha solicitado ayuda del Estado ara reunificarse?		
Vivienda	El hogar habita legalmente el predio en condiciones	22	¿La vivienda en la que habita el hogar es propia y cuenta con título registrado?		
		23	¿La vivienda en la que habita el hogar es en arriendo con contrato escrito?		
		24	¿La relación de personas por cuarto es menor o igual a tres?		
		25	¿La vivienda está ubicada en un lugar con riesgo de alguna de las siguientes situaciones: inundaciones, avalanchas, vientos fuertes derrumbes o deslizamiento de tierra, basura o contaminantes, zona de riesgo por electricidad o gas u otro?		

continúa en p. 255

viene de p. 254

Derecho	Objetivo	N.º	Indicador	Sí	No
Vivienda	El hogar habita legalmente el predio en condiciones	26	¿Los pisos de la vivienda son de alguno de los siguientes materiales: alfombras, baldosas, vinilo, tableta o ladrillo, madera pulida, cemento o gravilla?		
		27	El techo de la vivienda es de alguno de los siguientes materiales: placa de concreto, teja de barro, zinc, asbesto-cemento con cielo raso o sin cielo raso?		
		28	¿Las paredes de la vivienda son de alguno de los siguientes materiales: bloque, ladrillo, piedra, prefabricado, madera pulida o tapia pisada o adobe?		
		29	¿La vivienda cuenta con energía eléctrica?		
		30	¿La vivienda cuenta con acueducto?		
		31	¿La vivienda cuenta con alcantarillado?		
		32	¿La vivienda cuenta con recolección de basuras?		
		Subsistencia mínima	Los hogares que han declarado su situación de desplazamiento ante las instancias respectivas reciben ayuda inmediata	33	¿En las tres primeras semanas después del desplazamiento el hogar recibió ayuda alimentaria?
34	¿En las tres primeras semanas después del desplazamiento el hogar recibió alojamiento?				
35	¿En las tres primeras semanas después del desplazamiento el hogar recibió atención en salud?				
36	¿En las tres primeras semanas después del desplazamiento el hogar recibió kit de aseo para vivienda y hábitat?				
37	¿En las tres primeras semanas después del desplazamiento el hogar recibió orientación jurídica?				
38	¿En las tres primeras semanas después del desplazamiento el hogar recibió atención psicosocial?				
Subsistencia mínima	¿Los hogares incluidos en el RUPD reciben ayuda humanitaria de emergencia?	39	¿Una vez que el hogar fue incluido en el RUPD recibió ayuda alimentaria?		
		40	¿Una vez que el hogar fue incluido en el RUPD recibió alojamiento?		
		41	¿Una vez que el hogar fue incluido en el RUPD, recibió atención en salud?		
		42	¿Una vez que el hogar fue incluido en el RUPD, recibió kit aseo vivienda y hábitat?		
		43	¿Una vez que el hogar fue incluido en el RUPD, recibió orientación jurídica?		
		44	¿Una vez que el hogar fue incluido en el RUPD, recibió atención psicosocial?		
Alimentación	El hogar dispone de alimentos aptos para el consumo y accede a una cantidad suficiente de los mismos	45	¿El hogar dispone de (consume) granos, verduras, frutas, aceites, lácteos, carnes y legumbres?		
		46	¿El hogar tiene acceso físico y económico a la cantidad suficiente de granos, verduras, frutas, aceites, lácteos y legumbres?		
		47	¿Los miembros de la familia entre 0 y 17 años asisten a programa de alimentación?		
Educación	¿Todos los niños, niñas y jóvenes del hogar asisten regularmente a un nivel de educación formal (6 a 17 años)?	48	¿Los miembros de la familia entre 6 y 17 años asisten a un establecimiento de educación formal		
		49	¿Los miembros de la familia que asisten a un establecimiento de educación formal, lo hacen de manera regular (asisten al 80% de las clases dictadas en el mes anterior a la encuesta)?		

continúa en p. 256

viene de la p. 255

Derecho	Objetivo	N.º	Indicador	Sí	No
Salud	Todas las personas del hogar cuentan con afiliación al SGSSS	50	¿Todos los miembros del hogar cuentan con afiliación al sistema de seguridad social en salud?		
	Todas las personas que solicitaron apoyo psicosocial lo recibieron	51	¿Todos los miembros del hogar que solicitaron apoyo psicosocial lo recibieron?		
	Todos los niños y niñas del hogar cuentan con esquema completo de vacunación	52	¿Los niños y niñas del hogar cuentan con el esquema de vacunación completo?		
Generación de ingresos	El hogar posee al menos una fuente de ingresos autónoma y su ingreso supera como mínimo la línea de indigencia	53	¿Por cuántas personas está compuesto el hogar?		
		54	¿Al hogar ingresa mensualmente menos de \$500.000?		
		55	¿Al hogar ingresa mensualmente entre \$500.000 y \$750.000?		
		56	¿Al hogar ingresa mensualmente entre \$750.000 y \$1.000.000?		
	El hogar posee al menos una fuente de ingresos autónoma y su ingreso se ubica por encima de la línea de pobreza	57	¿Al hogar ingresa mensualmente entre \$1.000.000 y \$1.250.000?		
		58	¿Al hogar ingresa mensualmente más de \$1.250.000?		

MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA

INGRID DUQUE MARTÍNEZ

*Análisis y recomendaciones a la política pública de niños,
niñas y adolescentes en situación de desplazamiento*

Resumen. En el presente documento se hace un diagnóstico y evaluación de la situación actual de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, así como de la respuesta que ha dado el Gobierno Nacional y los diferentes actores sociales frente a este fenómeno a través de la adopción y aplicación de políticas públicas. Por último, se hacen unas recomendaciones desde la perspectiva de la doctrina de la protección integral, criterios constitucionales relevantes en materia de infancia, Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia y los instrumentos internacionales con el fin de que se dé una garantía efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento.

Palabras clave. Doctrina de la situación irregular, doctrina de la protección integral, garantía del goce efectivos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, diseño y ejecución de políticas públicas.

El presente es un análisis de la situación actual de la población de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, desde el ámbito de la doctrina de la protección integral, tomando como punto de partida la política pública implementada hasta la fecha por el Gobierno nacional.

El diagnóstico, evaluación y recomendaciones que se presentan a continuación resultan de revisar el último informe presentado por el Gobierno Nacional, el trabajo que han venido realizando las Organizaciones No Gubernamentales –ONG– y las decisiones de la Corte Constitucional con relación a la situación de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, a la luz de los criterios constitucionales relevantes en materia de infancia, Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia y los instrumentos internacionales incorporados en la legislación colombiana relacionados con los derechos humanos de los niños.

A nivel internacional desde el año de 1989, y en Colombia con la Ley 12 de 1991, se adoptó la Convención Internacional de los Derechos del Niño como instrumento internacional referido específicamente a los Derechos Humanos de la Infancia.

Este instrumento internacional trajo consigo una nueva perspectiva y doctrina para la garantía de los derechos fundamentales de toda la población de edad inferior a los 18 años: “la doctrina de la protección integral”, totalmente contraria a la imperante “doctrina de la situación irregular” que rigió en nuestro derogado Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, en el cual las situaciones de vulneración de los derechos de los niños eran vistas, en su generalidad, como problemas y necesidades sobre los cuales se debía intervenir exclusivamente y en cuyo articulado no tenían cabida los niños en situación de desplazamiento.

La doctrina de la situación irregular reconoce la existencia de algunas problemáticas sociales y de situaciones denominadas irregulares que viven los niños,

por lo que buscan proteger al menor de edad con problemas; pero es claro que no se enfoca en la perspectiva de derechos que reconoce, en cabeza de todos los niños, titularidad de derechos humanos que deben ser protegidos y garantizados de manera integral.

El artículo 7.º de la Ley de infancia y adolescencia establece que se entiende por protección integral de niños, niñas y adolescentes el reconocimiento expreso como sujeto de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato, todo ello, en desarrollo del principio del interés superior.

Adicionalmente señala la misma disposición: que la protección integral deberá materializarse en las políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la consiguiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

A este respecto, la doctrina de la situación irregular no contiene disposiciones ni obligaciones de política pública o social de prevención, solamente se consagran medidas de protección para los menores de edad que se hallan en alguna situación irregular de las que el decreto establece.

Con la nueva doctrina de la protección integral se consagran, entre otros, los siguientes derechos a los niños, niñas y adolescentes reconocidos en tratados internacionales y en nuestra carta política: derecho a la vida, a la calidad de vida y a un ambiente sano; derecho a la integridad personal, que comprende protección en la integridad física o moral del niño, protección contra el maltrato infantil, violencia intrafamiliar y abuso sexual o psicológico.

También se consagran el derecho a la rehabilitación y resocialización; a la libertad y seguridad personal; derecho a tener una familia y no ser separado de ella; a la custodia y cuidado personal; a los alimentos; derecho a la identidad; al debido proceso; derecho a la salud; a la educación; derecho a la recreación; a la participación en la vida cultural y en las artes; derecho de asociación y reunión; derecho a la intimidad; derecho a la información, y otros derechos especiales de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad¹.

Se establecen derechos de protección de niños, niñas y adolescentes contra el abandono físico, emocional y psicoafectivo; la explotación económica y la utilización en la mendicidad; el consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas; la violación o inducción a la prostitución; la explotación sexual y pornografía, y contra la integridad y formación sexuales; el secuestro; la venta y trata de personas; las guerras y conflictos armados internos;

1 Ley 1098 de 2006, artículos 17 a 37

contra el reclutamiento y la utilización de los niños por parte de grupos armados ilegales; la tortura y toda clase de tratos crueles; la desaparición forzada y la detención arbitraria.

De igual forma, la protección se extiende a la situación de los niños que viven en la calle, los traslados ilícitos y la retención en el extranjero; el trabajo que afecte su salud; la integridad y seguridad contra las peores formas de maltrato infantil según el convenio 182 de la OIT; al contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación; a los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y situaciones de emergencia; cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren; contra las minas antipersonales, la transmisión de VIH sida y las enfermedades de transmisión sexual y, de manera especial, se establece la protección contra el desplazamiento forzado².

Con lo anterior se afirma que protección integral de los niños, niñas y adolescentes significa cinco tareas fundamentales, a saber:

1. Reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.
2. Garantía del goce efectivo de los derechos.
3. Prevención de su amenaza o vulneración.
4. Restablecimiento inexcusable de los derechos que les hayan sido vulnerados.
5. Diseño y ejecución de la política pública.

Con relación a los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento podemos señalar que, hasta hace poco, el Estado colombiano y las instituciones que ejecutan programas de atención a esta población han venido tratando la condición de desplazamiento bajo la luz de la doctrina de la situación irregular, adoptando medidas para conjurar el problema y tratar de satisfacer algunas necesidades de los niños, niñas y adolescentes afectados, y no se le ha dado un tratamiento desde la *doctrina de la protección integral*, trabajando en cada uno de los componentes señalados, por lo cual consideramos que ésta puede ser una de las causas por las que, en la actualidad, la población infantil en situación de desplazamiento se mantiene con sus derechos vulnerados como lo muestran los informes presentados ante la Corte Constitucional por el Gobierno nacional.

Es por eso que nos dimos a la tarea de analizar brevemente cada uno de los componentes de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento con el fin de determinar, en cada uno de estos ejes,

2 Ibid., artículo 20.

los aportes que se sugieren para su implementación con el fin de garantizar la efectividad en el goce de sus derechos.

I. RECONOCIMIENTO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS TITULARES DE DERECHO

Todos los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento son sujetos titulares de derecho de manera autónoma y no derivado de los derechos de los adultos de quienes depende su cuidado³.

Aquí se ha observado que:

– Las instituciones responsables de la atención de los niños en situación de desplazamiento argumentan que cualquier garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes incluye necesariamente a todo el núcleo familiar, por lo que al presentarse la protección de los niños desde este enfoque hace que la atención resulte, en ocasiones, demasiado onerosa, lo cual desborda cualquier presupuesto y diluye responsabilidades.

– En la mayoría de los programas de atención se clasifican los niños buscando el restablecimiento de derechos de niños menores de 12 años de edad, dejando por fuera de sus prioridades a la categoría de 12 a 18 años, desconociendo que en la Convención Internacional de derechos del niño no existe ninguna clase de discriminación al respecto.

– Persisten aún problemas de subregistro y caracterización de aquellas personas que están en situación de desplazamiento, respecto del género, la pertenencia a algún grupo étnico, el factor etéreo y la discapacidad. Esto constituye aún un grave problema por cuanto impide prestar una atención con enfoque diferencial y realizar los ajustes a la política pública de atención integral.

2. GARANTÍA EN EL EJERCICIO DEL GOCE EFECTIVO DE TODOS LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se les garantice el ejercicio efectivo de todos sus derechos fundamentales de manera prevalente⁴.

3 “Propuesta de condiciones para la protección integral para el goce efectivo de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento desde la perspectiva de derechos”.

4 “Propuesta de condiciones para la protección integral...”, cit.

Aquí se ha observado que:

– Se estableció, en principio, una priorización o clasificación de algunos derechos para su restablecimiento, dejando de lado otros que resultan vulnerados con la situación de desplazamiento como lo muestran los indicadores de goce Efectivo de Derechos –GED–.

– La política pública no está ejecutada desde la perspectiva de derechos y de protección integral de los niños sino desde la perspectiva de situación irregular dirigida a resolver problemas puntuales o necesidades específicas que tengan los niños en situación de desplazamiento.

– Solamente con las órdenes de la Corte Constitucional se observa que, en esta última etapa, el gobierno nacional está tratando de ajustar la política desde el principio de la protección integral, aunque, hasta el momento, este principio se cita en los informes presentados a la Corte con carácter más retórico que práctico, lo que se hace evidente con la forma en que se aborda la atención a los problemas, y en el grado actual de vulneración de los derechos de niños y niñas en situación de desplazamiento.

– En el año 2008 la Corte Constitucional, en el auto 251, ordenó la creación del “Programa para la protección diferencial de niños, niñas y adolescentes frente al desplazamiento forzado” con enfoque de prevención y atención y en él se identifican los siguientes riesgos especiales para niños niñas y adolescentes en esta situación:

Ser víctimas de crímenes individuales contra su vida e integridad personal; del reclutamiento forzado por los grupos armados ilegales; de minas antipersonal –MAP– y material bélico sin explotar –MUSE–; ser incorporados a los comercios ilícitos que soportan a los grupos armados ilegales; víctimas de violencia sexual y tener que soportar estrategias de control social de los grupos armados ilegales.

De igual forma la Corte Constitucional identifica otros problemas que denomina transversales, los cuales comprenden: la desprotección frente a diversos riesgos de maltrato, violencia, explotación, trata, mendicidad, vida en la calle, utilización de comercios ilícitos, pandillas y grupos delincuenciales en sus lugares de asentamiento; los problemas graves de hambre y desnutrición; aquellos del campo de la salud; los propios del campo de la educación; los de índole sicosocial; los que atañen al campo de la recreación; los relacionados con el campo de la capacitación, participación y organización, y, en especial aquellos relativos al ejercicio de sus derechos como víctimas indefensas del conflicto y del delito⁵.

5 Corte Constitucional. Auto 251 de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA.

– Como respuesta al auto 251 de 2008, el gobierno nacional diseñó el “Programa para la protección diferencial de niños, niñas y adolescentes frente al desplazamiento forzado ‘Mis Derechos Primero’”, y el diseño y ejecución de los proyectos piloto en el ámbito de atención a los niños en desplazamiento; no obstante se evidencia a la fecha, que los proyectos piloto se encuentran en una primera etapa, no se cuenta con una evaluación final de éstos y la idea del gobierno es, luego de la evaluación final, dar continuidad al programa para la protección diferencial “Mis Derechos Primero”⁶.

Se informa por el gobierno que dicho programa de protección diferencial se encuentra en la etapa de diseño, y parte del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento como sujetos plenos de derechos, universales, prevalentes e independientes; establece como objetivo general la garantía de la protección integral de los niños en desplazamiento y se estructura a partir de cuatro categorías de derechos: protección de la vida y supervivencia, educación y desarrollo, y participación, y dos componentes, uno de prevención y otro de atención⁷.

– Al respecto se debe mencionar que aunque se hace necesaria una focalización de derechos de acuerdo con la vulneración, tal categorización invisibiliza otros derechos igualmente fundamentales que resultan esenciales para una efectiva protección integral.

– No se han tenido en cuenta para su garantía, todos los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en los instrumentos internacionales, la Constitución Política y el Código de la Infancia y la Adolescencia, solamente las necesidades y problemas más visibles de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento.

– La atención a la población desplazada, especialmente en niños, niñas y adolescentes se ha centrado en la atención humanitaria de emergencia: las acciones son puntuales y fragmentadas.

– Hay ausencia de atención diferencial de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento pertenecientes a grupos étnicos indígenas y afrodescendientes, lo cual es preocupante si se tiene en cuenta que de la totalidad de niños desplazados el 26% son afrodescendientes, el 8% indígenas y el 58% mestizos.

6 Informe del Gobierno nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante la Sentencia T-025 de 2004, Bogotá, 1.º de julio de 2010.

7 *Ibid.*, p. 650.

– Hay ausencia de atención diferencial de niños, niñas y adolescentes desplazados que padecen algún grado de discapacidad mental, cognitiva, sensorial y física; es más, existe, de conformidad con los informes, falta de información sobre esta circunstancia en los niños en desplazamiento; de igual forma se evidencia que las entidades no cuentan con suficiente infraestructura ni recurso humano para la atención diferencial de este grupo de población vulnerable.

– La política pública hasta la fecha ha sido dirigida a superar la pobreza mas no a asegurar el goce efectivo de derechos de la población en situación de desplazamiento; por eso se afirma que el goce efectivo de derechos se cita como principio teórico y no real en la aplicación de la política pública de desplazamiento forzado.

3. PREVENCIÓN DE LA AMENAZA O VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

A mayor número de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento con derechos garantizados, menores son los riesgos de su amenaza o vulneración⁸.

Aquí se ha observado que:

– No se evidencia diseño ni ejecución de rutas de prevención, temprana, urgente y de acción inmediata.

– Tampoco se observan líneas de acción para la garantía de derechos que están en riesgo pero que aun no han sido vulnerados.

– En la política pública no hay un real desarrollo del principio de corresponsabilidad ni definición clara de responsabilidades de cada uno de los actores con relación a los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento.

– No se observa articulación en la atención a niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento entre las entidades que conforman el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

– Se evidencia falta de coordinación interinstitucional entre autoridades nacionales y territoriales.

– La respuesta institucional es tardía y no preventiva, es decir, se da cuando la vulneración ya se ha hecho efectiva.

8 “Propuesta de condiciones para la protección integral...”, cit.

4. RESTABLECIMIENTO INEXCUSABLE DE LOS DERECHOS QUE LES HAYAN SIDO VULNERADOS

El Estado colombiano, a través de sus autoridades, deberá garantizar de manera inmediata el restablecimiento de los derechos vulnerados, adoptando medidas consagradas en la ley o aunque no estén consagradas en la legislación, las que el funcionario considere pertinentes con el fin de garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento⁹.

Aquí se ha observado:

– Inexistencia de medidas específicas y diferenciales para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento; la política a la fecha ha sido de carácter asistencial y temporal

– Insuficiencia de programas específicos y diferenciales para los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento; se advierte que la atención a este grupo poblacional ha sido en su mayor parte con programas preexistentes de atención para el resto de población vulnerable, desconociendo las características y las condiciones de la población en situación de desplazamiento.

– Inexistencia de una política clara de seguimiento a las medidas adoptadas y el balance de resultado de las que se han aplicado.

– La respuesta institucional se caracteriza por ser tardía y no preventiva, opera cuando los riesgos del desplazamiento ya se han concretado.

5. DISEÑO Y EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA

El Estado colombiano a nivel nacional y local deberá adoptar políticas públicas que aseguren la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, especialmente aquellos que se encuentren en situación de riesgo frente a sus derechos, con un enfoque diferencial y prioritario¹⁰.

– El diseño de la política pública en el caso del desplazamiento forzado no cuenta con un enfoque de derechos sino que se atienden a un enfoque de necesidades y problemas.

– La política pública existente es fragmentada y no se está aplicada a todas las fases del desplazamiento.

⁹ “Propuesta de condiciones para la protección integral...”, cit.

¹⁰ “Propuesta de condiciones para la protección integral...”, cit.

– En la política pública no se evidencia una solución autónoma por parte del Estado a la garantía de los derechos problemática que enfrentan los niños y niñas que nacen en familias en situación de desplazamiento.

RECOMENDACIONES PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL
DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN
DE DESPLAZAMIENTO

Una vez revisados los cinco ejes de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, se presentan las siguientes propuestas y recomendaciones:

– Ajustar la política pública desde una perspectiva de derechos para su protección integral, es decir, en sus cinco componentes, y no continuar resolviendo problemas y necesidades de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento garantizando el interés superior.

– Incluir en la política pública a toda la población menor de 18 años de edad en situación de desplazamiento, en cumplimiento de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y establecer programas diferenciales de acuerdo con la edad; no se debe atender solamente niños menores de 12 años de edad.

– Incluir en la política pública de atención y prevención del desplazamiento forzado, mecanismos para garantizar el goce efectivo de derechos de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a grupos étnicos y en situación de discapacidad.

– Señalar claramente las obligaciones, no solo del Estado (cuya capacidad de respuesta es insuficiente) sino de la familia y de la sociedad, frente a los niños en situación de desplazamiento.

– Definir las responsabilidades y desarrollar una ruta de atención clara para la articulación del sistema cuando se trate de niños, niñas y adolescentes desplazados por la violencia, para solucionar la falta de coordinación interinstitucional

– Garantizar no sólo el acceso a los programas de atención diferencial a niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento sino, además, a la prestación de los servicios con los criterios de calidad, oportunidad y eficiencia.

– Crear un sistema que recoja eficazmente la información relevante y realice en forma adecuada y completa la caracterización de la población en situación de desplazamiento.

– Ajustar la implementación de la política pública en la atención integral en todas las fases del desplazamiento, para garantizar el goce efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

– Definir el conjunto de acciones para prevenir que los derechos de los niños, niñas y adolescentes que ya están en situación de desplazamiento sean amenazados o vulnerados.

– Promover las políticas, programas, acciones y planes de los consejos de política y comités de infancia a nivel territorial, para generar la prevención de las amenazas o de la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

– Consolidar redes y nodos de protección para fortalecer la corresponsabilidad.

– Definir acciones y medidas de protección para asegurar el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando sean amenazados o vulnerados.

– Definir un método de seguimiento y monitoreo de la política de protección integral de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento.

– Realizar una suficiente asignación de recursos presupuestales de las entidades nacionales y locales para la atención de la población en situación de desplazamiento.

– Para garantizar la efectividad de cada acción se recomienda, en concordancia con el principio de corresponsabilidad, definir la autoridad o entidad responsable del cumplimiento del respectivo derecho, con el fin de realizar el monitoreo y seguimiento de la política de protección integral de la niñez y la adolescencia.

II

LA COMPLEJIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL ÁREA DE LOS DERECHOS HUMANOS

CASTOR M. M. BARTOLOMÉ RUIZ

Crítica a la naturalización biopolítica de la violencia

Resumen. La política moderna se caracteriza por hacer de la vida humana un objeto de gobierno, por lo que se transforma en biopolítica. La violencia y sus desdoblamientos instrumentales, como el miedo y la seguridad, han sido utilizados ampliamente como dispositivos biopolíticos útiles para gobernar personas y poblaciones. Una vida amenazada es más fácilmente gobernada. Aquella, para conseguir seguridad, se somete con más docilidad. El ámbito teórico que legitima el uso político de la violencia ha sido justificado tradicionalmente por su carácter natural. Si la violencia es natural, la política tendrá que utilizarla inexorablemente como instrumento de gobierno de personas y poblaciones. El naturalismo de la violencia ha ganado refuerzos ideológicos con los nuevos discursos “científicos” de la etología, la sociobiología y la neurociencia, entre otros. La sombra de estos discursos oculta una falacia que confunde agresividad con violencia, haciendo de ésta, que es siempre un producto social, un impulso natural inexorable. El criterio deslegitimador de toda violencia es la alteridad humana. La vida que pretende ser gobernada como objeto útil por la biopolítica, tiene el poder de sublevarse como categoría ética desconstructora del naturalismo de toda violencia.

Palabras clave. Violencia, vida humana, naturalismo, biopolítica, alteridad

De la misma manera que “el poder controla el poder” (MONTESQUIEU), así la violencia engendra violencia¹.

EL MARCO DE LA BIOPOLÍTICA MODERNA

1. Para las sociedades contemporáneas, la vida humana se tornó un bien productivo de primera línea. Los modelos de gobierno (del Estado y también del mercado) tienen por objetivo prioritario cuidar de ella como un bien útil. A su vez, la utilidad convierte el cuidado en algo contradictorio. Se cuida porque es útil y para que sea útil. El objetivo del cuidado útil es la productividad, la eficiencia. Cuando la vida deja de ser útil, corre el grave riesgo de ser abandonada a su suerte. La vida humana, cuando es capturada por el utilitarismo, que en su mayor parte es mercantilista, queda reducida a mera vida biológica. Para la racionalidad utilitarista, el valor de la vida humana es correlativo a sus potencialidades productivas, las cuales se extraen de la potencia de su naturaleza (bios).

En el marco utilitarista anteriormente esbozado, gobernar se ha tornado sinónimo de administrar con eficiencia la vida humana: sus potencialidades, deseos, cualidades, esperanzas y expectativas. La política moderna, en sus prácticas, vacía cada vez más los principios formales de la soberanía del pueblo y el derecho al autogobierno (democracia), implementando en ese vacío formalista

1 HANNAH ARENDT. “La ausencia de ley es inherente a los desarraigados”, *Revista Arbor*, vol. 186, n.º 742, Madrid, CSIC, 2010, p. 196.

una política efectiva (y eficiente) de gobierno de la vida humana². La política, cada vez más, se identifica con el gobierno de las poblaciones y no con el auto-gobierno del pueblo. En la política se viene substituyendo la auto-gestión del sujeto por la administración de su voluntad. La autonomía se va transformando en algo formal (jurídicamente reglamentada) en cuanto la administración de las voluntades de los otros (sujeción) se efectiva como la mejor técnica de gobierno. El pueblo, sujeto de soberanía, va cediendo el lugar a la población, que es objeto de gobierno³. La política moderna, cada vez más, se va transformando en una biopolítica.

En el centro de este embate se encuentra la vida humana. Ella ha de ser administrada con eficiencia, gobernada con habilidad, dirigida con estrategia, conducida con libertad. Aunque no tengamos una conciencia explícita, la política moderna se diferencia cualitativamente de la clásica por su relación de poder para con la vida en general y la vida humana en particular. FOUCAULT sintetizó este cambio en un pensamiento que casi se tornó aforismo: “El hombre, durante milenios, permaneció lo que era para ARISTÓTELES: un animal vivo, y, además de eso, capaz de existencia política; el hombre moderno es un animal, en cuya política, está en cuestión su vida de ser vivo”⁴. La política moderna proclama la libertad formalmente y, paradójicamente, se propone por objetivo gobernarla. El medio utilizado es a través del gobierno de la vida, es decir, de la administración de la naturaleza humana. La política moderna es eficiente cuando consigue gobernar la libertad de los otros, que equivale a dirigir la vida de la población, conducir los deseos de los sujetos, administrar sus voluntades, crear tendencias comportamentales, establecer hábitos de conducta, controlar en todos los de-

2 FOUCAULT desarrolló ampliamente esta temática delimitando que: “Las disciplinas del cuerpo (así como la ampliación de sus capacidades, en la extracción de sus fuerzas) y las regulaciones de la población (como los nacimientos y la mortalidad, el nivel de la salud o la longevidad) constituyen los dos polos en torno de los cuales se desarrolló la organización del poder sobre la vida”: M. FOUCAULT. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*, MARIA THEREZA DA COSTA ALBUQUERQUE y J. A. GUILHON ALBUQUERQUE (trads.), Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988, p. 131.

3 Esta distinción está presente en la obra de FOUCAULT por la cual es posible comprender críticamente la diferencia entre los marcos legales de la soberanía popular y los dispositivos reales de gobierno de la población: “[...] será essencialmente a população, agindo diretamente sobre ela por meio de campanhas ou também, indiretamente, por meio de técnicas que vão permitir, por exemplo, estimular sem que as pessoas percebam muito, a taxa de natalidade ou dirigindo nesta ou naquela região, para determinada atividade, os fluxos de população. É a população, portanto, muito mais que o poder soberano, que aparece como fim e o instrumento de governo: sujeito de necessidades, de aspirações, mas também objeto nas mãos do governo”: MICHEL FOUCAULT. *Microfísica do Poder*, Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979, p. 140.

4 Cfr. M. FOUCAULT. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*, Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988, p. 135.

talles, adiestrar modos de vida, crear anhelos, etc. Por estos derroteros la política disloca la eficiencia del gobierno para los dispositivos de control de la vida. Controlar es el paradigma del gobierno biopolítico⁵.

Este es el marco de la biopolítica contemporánea cuyo punto de tensión gira en torno al gobierno (eficiente) de la vida humana. El derecho, entre otros discursos y prácticas, es convocado a esta tarea con un cometido singular: debe proteger los marcos formales de la vida humana, los derechos naturales, derechos fundamentales, pero en su interior debe permitir, e incluso alimentar, una eficiente administración de la vida en cuanto recurso útil. A través del derecho (pero también de la economía, la medicina, etc.), la vida es capturada por el poder, tornándola un objeto de gobierno. El derecho la defiende formalmente como vida natural y la abandona efectivamente cuando se torna inútil o pierde potencia productiva. El derecho, como todas las verdades, es paradójico. En cuanto práctica discursiva puede instrumentalizarse para normatizar los padrones legales de gobierno de la vida y legitimarlos socialmente. Al defender la vida también la captura como bien social. Torna legales determinadas prácticas y con ello legitima las técnicas y procedimientos que naturalizan la vida como mero recurso. Concomitantemente, el derecho es el dispositivo que intenta defender la vida de los posibles abusos. Puede ser un dispositivo de control efectivo pero también puede sublevarse y ser utilizado como dispositivo deconstructor de las formas de control. El derecho, como todo discurso y dispositivo de poder, está atravesado por la paradoja del poder que lo instituye y al que sirve. Es un poder potencialmente habilitado para defender pero también para instrumentalizar la vida humana. El derecho no está libre de los condicionamientos de la verdad en relación a los efectos de poder posibles. No hay unidireccionalidad del poder ni de las prácticas humanas.

EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA BIOPOLÍTICA

2. La aproximación crítica a la violencia contemporánea ha de ser dentro de este marco de control biopolítico en que se encuentra inmiscuida la vida en general y la vida humana en particular. La violencia, como analizaremos posteriormente, es correlativa a la vida humana, por ello tiene un impacto sobre la política y sus formas de gobierno. La violencia mantiene una estrecha relación con el derecho

5 GIORGIO AGAMBEM defiende una tesis más radical (en el sentido estricto del término), al afirmar que: “La política occidental, desde sus inicios, tiene que ver con la vida y la exclusión de la vida”: *Homo Sacer. O Poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2007, p. 78.

y ambos demarcan el gobierno de la vida en general y de la humana en particular. La violencia que instituye y mantiene el derecho es la misma que amenaza y defiende la vida humana. Esta es una controversia ya clásica, que está lejos de solucionarse definitivamente⁶. En la actualidad se incorporaron al debate nuevos elementos con la intención de legitimar el uso de la violencia como un dispositivo natural de la vida. En tal caso, la violencia sería una técnica legítima, entre otras, para el gobierno de la vida, siempre dentro del marco legal que el derecho delimita y en el cual discrimina la violencia legítima de la ilegítima.

El derecho se contamina de violencia a través de la influencia de nuevos discursos de carácter científico que propugnan su naturalización. Discursos provenientes de la etología, la neurociencia, la sociobiología, entre otros, que pretenden naturalizar la moral y como consecuencia la violencia. Son discursos provenientes de ciencias biológicas que contribuyen para consolidar formas biopolíticas de gobierno. Para estos discursos, la naturaleza impone los comportamientos y valores, incluida la violencia natural, y el derecho debe limitarse a definir cuál es la violencia legítima prohibiendo las demás. El derecho será el sirvo de la violencia y, concomitantemente, de ella se servirá como instrumento natural de gobierno. Esta lógica naturalista hace de la violencia un *fatum* inexorable de la vida humana, así como un instrumento legítimo y eficiente para su gobierno. Al derecho incumbiría la misión de entretejer la conexión entre la violencia y su uso legítimo como técnica de gobierno.

La tesis que nos proponemos desbaratar es: si la violencia es natural, el derecho deberá servirse de ella como técnica de control social y como forma de gobierno de la vida humana. Su cometido será definir la violencia legítima, prescribir los medios para aplicarla, delimitar las formas de uso y prevenir sus abusos. En ese caso, si la violencia es natural, el derecho es inevitablemente violento. Por esta complicidad natural del derecho con la violencia, la política está abocada a gobernar con el mínimo de violencia necesaria para administrar la vida humana y el máximo de violencia exigible para mantener su control (legal). Si la violencia es innata al ser humano, la política y el derecho serán los dispositivos que defienden la vida amenazándola. Es decir, para defenderla con eficiencia deben tener el poder de controlarla con minuciosidad. Cuanto mayor sea el control, mas eficiente será el gobierno, con oferta de más seguridad para los gobernados.

6 Sobre el debate entre violencia y derecho remitimos al célebre ensayo de WALTER BENJAMIN. *Crítica da Violência, Crítica ao Poder*, São Paulo, Ed. Cultrix, 1986, pp. 160 a 175.

La gravedad de la tesis anterior, clásica desde HOBBS y actual en sus mínimos detalles, nos obliga a sumergirnos en la trama conceptual que la articula para deconstruir las falacias que la mantienen. El objetivo de este ensayo es deconstruir el cimiento que legitima socialmente la violencia biopolítica, es decir, su naturalización. La cuestión central es discernir si el ser humano es naturalmente violento o no, si la naturaleza determina su comportamiento (moral) y cómo repercute esa naturalización (o su desnaturalización) en las posibilidades del gobierno (o auto-gobierno) de la vida humana.

3. La violencia siempre ha sido un enigma para nosotros mismos. Su existencia nos interroga tanto como su persistencia. Su sombra nos persigue. Nos asombra su capacidad de sobreponerse a nuestras buenas intenciones. Su complejidad es tal que, probablemente, cualquier explicación sobre su origen y sentido se pierda en los entresijos de lo humano. De ello deriva que una y otra vez se intente hacer de la violencia una lectura metafísica o, en tiempos más modernos, naturalista. Sin embargo, debemos encarar esta nueva esfinge: el desconocimiento de su enigma puede petrificarnos, literalmente. No podemos esperar que nuevos Edipos salven a Tebas. Los caudillos salvadores siempre se cobraron su peaje bajo la forma de gobiernos autoritarios. Encarar el enigma de la violencia es tan complejo como intentar descascar las capas de simbolismos que encubren su legitimación.

La violencia es, ante todo, una cuestión social. Un enigma político en que se implican posturas, intereses, valores, significaciones: poder. De las muchas preguntas que se pueden lanzar a la violencia, cuestionar su relación con la política es el modo más incisivo de alcanzar sus entrañas. Abordar la violencia desde los usos políticos, significa interrogarla desde la ética. A este respecto, ya de entrada, nos encontramos en una bifurcación conceptual compleja. Hay un gran abanico de posturas que respalda la violencia como un fenómeno natural, inherente a la naturaleza humana. Incluso hay quien defiende, como veremos, la función útil que la violencia tiene para el desarrollo de la vida. Estas posturas naturalistas se “mofan” públicamente de los constantes intentos humanos por anular los efectos de la violencia. Ella, la violencia, sería la sombra de nuestras acciones, y aceptarla como fenómeno natural nos permite vislumbrar con más intensidad la luz de nuestra naturaleza. Si la violencia es natural, todos los intentos éticos por neutralizarla estarían abocados al fracaso. Ella sería una pulsión natural, un instinto que no puede ser negado por las valoraciones éticas. Para las perspectivas naturalistas, la única alternativa política que nos resta es delimitar la violencia legítima de la ilegítima. Nuestro único destino es racionalizar la violencia, así como el egoísmo. Con ello, deberíamos establecer estrategias para racionalizar la utilización política de la violencia, así como se hace con el egoísmo natural que

regula las relaciones del mercado. Algunos teóricos más pragmáticos pregonan la necesidad de que el “buen gobernante” debe saber aprovecharse del uso natural de la violencia como estrategia de afianzamiento del poder. Aquí ocupa un lugar muy destacado el uso político del miedo. El miedo, compañero inseparable de la violencia, permite, bien utilizado, controlar el comportamiento de poblaciones, legitimar medidas autoritarias, justificar actos arbitrarios. Todo se consiente por miedo de una violencia asombradora.

El otro camino de la encrucijada cuestiona el pretendido naturalismo de la violencia. La entiende como una criatura nuestra. Hija (i)legítima de nuestras acciones y perversiones. Ella es un producto del lenguaje, es decir, un sentido o significación dado a nuestras acciones. Criatura que asombra a su creador. Ella comparte todas las ambigüedades de las tecnologías humanas. Su existencia le confiere una aparente autonomía o auto-existencia propia por la que encara a los humanos como sus víctimas reales y potenciales. Mirada desde este ángulo, la violencia, siendo siempre enigmática, ofrece su lado más frágil. Fruto de un modo de significar la acción humana, presenta el punto débil de su calcañar a través del cual se vislumbra una posible deconstrucción. La ética la interroga como un valor perverso, entre otras posibilidades de valoración justas. La política, clásica, se presenta como la definidora de los fines. Ella tiene el poder de delimitar el sentido de las acciones colectivas, como consecuencia contiene la potencia de neutralizar la violencia y sus perversiones. Si la violencia es una criatura nuestra, una acción social, hay posibilidades de elaborar estrategias políticas que la inhiban. En este marco, la memoria se torna un medio privilegiado para neutralizar la violencia. No cualquier memoria sino la memoria de las víctimas. La memorización de su alteridad negada, de las consecuencias perversas de toda violencia, es un antídoto político para deconstruir su pretenseo naturalismo y utilidad social. La memoria de la barbarie de toda violencia inhibe su potencia mimética⁷.

Este es el marco del debate actual en el que nos confrontamos con el enigma de la violencia. Una bifurcación que nos obliga a desvendar sentidos y desbrozar nuevos senderos de acción humana. En la encrucijada del enigma, siempre nos confrontamos con la violencia desde un lugar histórico. El nuestro es el de la violencia social que se expande de forma alarmante por muchas de nuestras sociedades, atemorizando personas, cohibiendo poblaciones, normatizando comportamientos. Una violencia que hace del miedo una reacción imprevisible

7 Sobre la relación entre memoria y justicia de las víctimas cfr. CASTOR BARTOLOMÉ RUIZ (coord.). *Justiça e memória. Por uma crítica ética da violência*, São Leopoldo, Unisinos, 2009.

y una estrategia política para el control de las conductas. Personas y poblaciones asustadas ceden fácilmente a la tentación de ofertas demagógicas de seguridad. No les importa ser controladas con tal de sentirse protegidos. Ceden con gusto parte de su autonomía para obtener seguridad. Conceden que se utilice la violencia institucional como mal necesario para controlar un escenario de violencia general. Consienten un estado de excepción para sentirse seguros. La máxima de la violencia natural es que: *la violencia sólo se combate con una violencia mayor*. Este principio legitima, una y otra vez, las varias doctrinas de la seguridad nacional o social. Anclada en este principio, la violencia, y su brutalidad, se enquistaba entre los cuerpos de seguridad del Estado como una práctica necesaria. Se legitima como mal menor para oponerse a una violencia mayor: la violencia social. La tortura también entra en escena y se justifica como medio legítimo para oponerse a la violencia social asustadora. La excepción jurídica que suspende, total o parcialmente, el derecho de determinadas poblaciones se invoca, habitualmente, como medio necesario para controlarlas mejor. Las prácticas violentas en los cuerpos del Estado se deslizan con facilidad para formas autoritarias de gobierno, que tienden a legitimarse como medios eficientes de traer seguridad.

En el contexto internacional continúan resurgiendo iniciativas, voces, discursos y acciones que defienden, una vez más, el uso estratégico de la violencia como “arma” política de disuasión de potenciales enemigos. Las tesis naturalistas de la violencia están por detrás de las estrategias políticas de la guerra preventiva. Ésta se justifica como estrategia que se anticipa a una posible (e inevitable) violencia del enemigo. Si la violencia es inevitable, la estrategia política eficiente será adelantarse al enemigo a través de la guerra preventiva. De esta forma, las tesis de HOBBS se actualizan. La tortura vuelve a practicarse de forma explícita y oculta como mal necesario para neutralizar a los supuestos violentos. Para ello se intenta, incluso, clasificar las formas de tortura de suave a extrema, otorgando al Estado de derecho el derecho propio de practicar las formas “suaves” de tortura como medio eficiente de oponerse a los violentos. El naturalismo otorga a la violencia una potencia destructiva casi metafísica. Por ella se llega a una (di)visión dicotómica de la sociedad entre amigos-enemigos. Los que no son amigos se tornan, *ipso facto*, enemigos, reales o potenciales⁸. El dualismo genera la segregación en que los derechos son para los amigos y para el enemigo se propone un derecho mitigado o contraproducente. Este es un contexto tenso en el que las relaciones internacionales, cuando están contaminadas por las tesis de

8 CARL SCHMITT. *O Conceito do Político*, Petrópolis, Vozes, 1992.

la violencia natural, se tornan adeptas de la tesis de la violencia necesaria para mantener la paz: la paz de los violentos, la paz del miedo, la paz del imperio, de la imposición, la *Pax romana*, la paz de los cementerios.

Contra el realismo de la violencia no cabe el idealismo moralista de los discursos emancipadores. La buena voluntad no sirve para neutralizar la violencia. Muchos discursos y prácticas pacifistas fracasaron porque idealizaron al ser humano. En su ansia por negar la violencia, lo tornaron irreal. Lo que deja en el aire la gran cuestión, ¿es la violencia una pulsión natural del ser humano?

INTERPELACIONES DE HANNAH ARENDT A LA VIOLENCIA NATURAL

4. Los problemas anteriormente esbozados son cuestiones clásicas que tornan al debate con nuevos elementos. Entre los modernos ya clásicos, HANNAH ARENDT también vivió y abordó este problema. En su obra *Sobre la violencia*⁹, especialmente en el tercer ensayo, la autora se interroga, entre otras, sobre la naturalización de la violencia. Inicia el ensayo interpelando los discursos que desde la biología y la zoología defienden que la violencia es un fenómeno natural de todas las especies animales, y como consecuencia del ser humano. Según la autora, hay una línea de pensamiento que conduce de la biología a la filosofía política y que pretende hacer de la violencia una mera pulsión vital, proponiendo interpretar la violencia como parte de la vida¹⁰. Segundo ARENDT, es fácil percibir en estos discursos los ecos de la filosofía vitalista de Nietzsche y su naturalización de la violencia.

Aunque ARENDT no lo explicita, su lectura crítica de la violencia natural se aproxima a la temática de la biopolítica¹¹. La conexión entre violencia y vida, pretendida por diversos discursos científicos, viene a reforzar la biopolítica en las sociedades contemporáneas. Cada vez más la política se piensa en relación a la vida humana, a su gobierno como recurso útil. Esa relación es paradójica.

9 HANNAH ARENDT. *Sobre la violencia*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

10 HANNAH ARENDT, sin utilizar el concepto de biopolítica, coloca en el centro de su reflexión política la vida humana. Su crítica a los totalitarismos tiene como foco la crítica a sus formas de gobierno entendidas como métodos de control (bio)político de las poblaciones: “El deber de las policías totalitarias no es descubrir delitos, sino estar disponibles cuando el gobierno decide aprisionar o liquidar una cierta categoría de población”: HANNAH ARENDT. *Orígenes del Totalitarismo*, Rio de Janeiro, RJ Editora, Documentário, 1975, p. 476.

11 Tal sensibilidad intelectual se percibe en ARENDT cuando analiza la política de los campos en relación a la vida humana: “El verdadero horror de los campos de concentración y de exterminio reside en el hecho de que los internos, aunque consigan mantenerse vivos, están más aislados del mundo de los vivos que si hubiesen muertos, porque el horror impele al olvido”: HANNAH ARENDT. *Orígenes del Totalitarismo*, cit. p. 493.

La vida es atraída hacia la arena del poder con intención de objetivarla e instrumentalizarla como medio productivo, pero esa incorporación provocó un efecto no previsto: otorgó a la vida una potencia política insurgente que en las sociedades anteriores no tenía. La biopolítica captura la vida humana como recurso productivo, pero también le otorga la potencia política de revelarse contra los dispositivos de control. Los discursos utilitaristas, pragmáticos y naturalistas de la violencia se encajan en este último objetivo y lo afirman. Los nuevos discursos críticos e emancipadores se construyen a partir de la vida como categoría política, algo sin precedentes en la teoría política occidental.

La crítica de ARENDT a la violencia no es abstracta. Ella quiere contrarrestar, principalmente, las tesis que legitiman la violencia revolucionaria como algo natural y necesario para la estrategia política de los oprimidos. En concreto ARENDT critica las tesis de SOREL, FANON y PARETO que, con diversos argumentos, pretenden naturalizar la violencia como forma de acción política de las clases dominadas. SOREL, en concreto, se inspira en el concepto de *elán vital* desarrollado por BERGSON considerando a la violencia un momento productivo de la potencia de la vida en la sociedad¹². Para SOREL, la clase trabajadora trae para la sociedad el impulso del crecimiento de la vida. Gracias a ella, al nuevo impulso vital que representa, podrá desestructurar la mediocridad burguesa que paralizó el capitalismo como sistema de injusticia social. Esa potencia vital de la clase trabajadora se manifiesta en su capacidad revolucionaria para transformar el capitalismo. SOREL, inspirado en este vitalismo político, ve al trabajador como un criador de nuevas cualidades morales necesarias para el nuevo modelo productivo. En este contexto vitalista, biopolítico, la violencia es un medio natural de la acción política. Ella está al alcance de la clase trabajadora como instrumento necesario para transformar el capitalismo. La violencia sería el medio natural para implementar la potencia transformadora de la clase trabajadora. Esa combinación, naturaleza y violencia, confieren a la clase trabajadora, según SOREL, la potencia de acceder al lugar histórico que le corresponde.

HANNAH ARENDT percibe que este vitalismo revolucionario de SOREL anticipa las tesis del biólogo, padre de la *etología* moderna, KONRAD LORENZ: "... mucho antes que KONRAD LORENZ descubriese la función promotora de la vida que la agresión desempeña en el reino animal, ya era elogiada la violencia (por SOREL) como manifestación de la fuerza de la vida, y, específicamente su creatividad"¹³. Antes que la biología moderna lo hiciese, SOREL ya había establecido una relación

¹² HANNAH ARENDT. *Sobre la violencia*, cit., p. 100.

¹³ *Ibid.*, p. 94.

de dependencia entre la pulsión de la vida, la biología y la violencia. Introdujo la vida en la estrategia política de la mano del *élan vital* de BERGSON.

HANNAH ARENDT, aunque, como decíamos antes, no lo tematizó de forma explícita, percibió con agudeza la relación biopolítica sumergida en los discursos naturalizadores de la violencia¹⁴. Los nuevos tiempos han dado a esos discursos una hegemonía que nos exige retomar el debate con nuevas perspectivas. La autora dejó de lado la crítica a los discursos biológicos y concentró su atención en la deconstrucción del supuesto naturalismo de los discursos políticos legitimadores de la violencia revolucionaria, porque los interlocutores principales de su debate no eran los biólogos sino algunos teóricos políticos antes mencionados. Nuestra coyuntura es otra; sin embargo, en cualquier caso la violencia nunca puede analizarse como una categoría abstracta. Ella nos asombra en las circunstancias históricas que son las que la producen como fenómeno. En nuestra circunstancia, y como ya adelantamos anteriormente, los grandes discursos legitimadores de la violencia natural provienen, principalmente, de la biología y se fueron desdoblado en neuro-ciencia, neuro-psiquiatría, zoología, primatología, etc. Nuevos discursos “científicos” que refuerzan la tesis clásica sobre la importancia (y legitimidad) biopolítica del uso de la violencia como forma de gobierno para administrar la vida humana.

A VUELTAS CON EL DISCURSO CIENTÍFICO DE LA VIOLENCIA NATURAL, KONRAD LONRENZ

5. El discurso del etologista KONRAD LORENZ se tornó una referencia clásica del naturalismo “científico” de la violencia. En su obra *Sobre la agresión. El pretendido mal*¹⁵ LORENZ defiende la tesis de que la agresión es un componente natural de todas las especies animales, incluso el ser humano. Los instintos primarios inductores del comportamiento animal, actúan como tales en el ser humano. Entre ellos LORENZ destaca la agresividad, cuyo objetivo previsto por la naturaleza es servir de apoyo a otros instintos mayores: la sobrevivencia y la reproducción. Estos dos instintos inherentes a la vida humana no podrían existir ni funcionar sin la agresividad¹⁶. Ésta tiene una función vital inexorable, sin

14 GIORGIO AGAMBEM percibió grandes líneas de encuentro entre la biopolítica de FOUCAULT y la crítica a los totalitarismos de HANNAH ARENDT. Incluso el autor se pregunta cómo fue posible que ambos pensadores no llegasen a dialogar sobre este tema que tanto los aproxima e identifica; cfr. GIORGIO AGAMBEM. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte, UFMG, 2002, pp. 125 y ss.

15 KONRAD LORENZ. *Sobre la agresión. El pretendido mal*, México, Siglo XXI, 1974.

16 *Ibid.*, pp. 124 a 156.

ella la vida perdería el impulso de multiplicarse, reproducirse y la sobrevivencia dejaría de imponerse como instinto primario.

Según LORENZ, la agresividad tiene una función positiva y constructiva en el marco de los instintos de la vida. Ella está al servicio de la vida. Sin embargo, no desconoce que la agresividad también tiene una función destructiva. Por ello LORENZ diferencia la agresividad *ad intra* de la agresividad *ad extra*¹⁷. Aquella sería la agresividad de los individuos dentro de la propia especie y grupo social. La agresividad *ad extra* es la que se manifiesta contra los otros, los que están fuera del grupo o de la especie. LORENZ, a partir de sus investigaciones etológicas, afirma que para evitar que la agresividad *ad intra* llegue a auto-destruir el grupo e, incluso, eliminar la propia especie, cada especie viva desarrolló mecanismos de inhibición de esta agresividad *ad intra*. LORENZ estudia la diferencia entre los mecanismos de inhibición de las especies dotadas naturalmente de poderosas armas de destrucción: lobos, leones, cuervos, etc., que a una determinada señal de su contrincante suspenden la agresividad y evitan su muerte casi segura por el poder destructivo que poseen. Otras especies dotadas de menos poder destructivo como las palomas, las liebres o los primates desarrollaron mecanismos de inhibición de la agresividad muy tenues, pues su potencial destructivo del otro es mucho menor. Para estas especies basta huir, incluso aunque un miembro golpee o muerda al otro no tiene poder para matarlo. Por eso la naturaleza no desarrolló densos mecanismos de inhibición de la agresividad, lo que torna a estas especies, en sus manifestaciones, naturalmente mucho más agresivas.

El ser humano es una especie biológica como las otras. Él no está fuera de esta norma biológica. En cuanto especie animal, la agresividad es inherente a su instinto de reproducción y preservación. La evolución también le dotó de mecanismos de inhibición de la violencia, pero como especie de los primates los mecanismos de inhibición son muy frágiles pues por naturaleza él tiene poco potencial destructivo. Con sus manos, pies y dientes que la naturaleza le dio puede causar un daño menor al otro. Para LORENZ, el ser humano combina, como todos los primates, alta dosis de agresividad y baja inhibición de la misma.

La condición natural de la agresividad cambió bruscamente cuando el ser humano consiguió dominar el uso de herramientas. La herramienta (la técnica) se tornó una prolongación artificial del cuerpo biológico. Esa conexión se muestra mucho más estrecha en el caso de la agresividad. LORENZ comenta sobre el impacto que deben haber sufrido los primeros humanos que, sin percibir el poder destructivo de los instrumentos, golpearon a otro de su especie con un

17 Ibid., pp. 49 a 59.

palo, piedra u otro instrumento, con la misma agresividad incontrolada que lo hacían habitualmente. Al percibir que el otro había caído al suelo y no se levantaba para huir, debió haber sentido una extrañeza que le llevó a reconocer el nuevo poder que su agresividad había adquirido con la técnica. Para LORENZ el ser humano combina de forma peligrosa y trágica un alto nivel de agresividad natural descontrolada con un gran poder de destrucción otorgado por la técnica. Es como si fuese una paloma con el pico de un cuervo, que golpea de forma agresiva y sin control la cabeza de sus congéneres hasta percibir que tiene el poder de matarlos indiscriminadamente.

LORENZ explica el surgimiento de la moral como un subterfugio que los humanos tuvieron que crear para neutralizar su alto poder destructivo y su poca inhibición natural de la violencia¹⁸. La explicación naturalista de la moral propuesta por LORENZ es esencialmente funcionalista, es decir, útil. La utilidad es el factor decisivo que la naturaleza impone para los valores morales, según el autor. Si la violencia es natural, necesaria para los instintos de la vida, no cabe otra salida que adaptarnos a ella e intentar paliar algunos de sus efectos negativos con recursos morales. Pero nunca conseguiremos neutralizarla efectivamente, y, según LORENZ, no es conveniente que lo hagamos porque eliminaríamos con ello una potencia de la vida.

La tesis de LORENZ se ha ido desdoblado en diversos discursos contemporáneos, que en sus divergencias puntuales mantienen la tesis principal de que la violencia es un fenómeno inherente a la naturaleza humana con efectos positivos. Podemos mencionar de forma rápida e ilustrativa algunos de ellos.

E. WILSON en su obra *Sociobiología: la nueva síntesis*¹⁹ es un ejemplo esclarecedor de lo que pretendemos presentar. WILSON defiende la biología como la ciencia que por excelencia explica la naturaleza humana. El cerebro, con su complejo universo ramificado de sinapsis y neuronas, contiene todas las explicaciones del ser humano. El alma humana, la psique, son relegadas al pasado metafísico de las categorías no comprobadas empíricamente. El mundo de las sinapsis opera por contactos químicos; un nuevo lenguaje conecta encimas, hormonas, neuronas y reacciones comportamentales. La química descifra el misterio del comportamiento humano. El cerebro responde y coordina los estados emocionales, incluso la agresión y la violencia. Neurotransmisores como dopamina, norepinefrina, serotonina, gaba, son los verdaderos responsables de nuestras emociones. Ellos regulan nuestros estados de humor, alegría, me-

18 Ibid., pp. 98 a 123.

19 E. O. WILSON. *Sociobiología: la nueva síntesis*, Buenos Aires, Editorial Omega, 1975.

lancolía, agresividad y placer. Su ausencia o presencia provocan alteraciones comportamentales inevitables, trastornos psíquicos, disfunciones mentales. Para las neurociencias, la neuro-siquiatría y una gran rama de la biología contemporánea las respuestas a nuestro comportamiento, incluida la violencia, está en la química y el modo como ésta afecta a las hormonas, neurotransmisores y genes. El principio de la sociobiología es que no somos nada más, ni tampoco nada menos, que una especie entre otras cuyo comportamiento se explica por la naturaleza biológica de la especie.

En esta misma perspectiva A. DAMASIO sustenta en sus estudios que el cerebro, con toda su complejidad material y biológica, es el fundamento de nuestras emociones y acciones. El tiene la respuesta a todas las cuestiones sobre el ser humano que la metafísica no ha conseguido responder²⁰.

RICHARD DAWKINS en su libro, *El gen egoísta*²¹, analiza la naturalidad de la violencia a partir del concepto de “gen egoísta”. Con este discurso, DAWKINS refuerza la tesis de KONRAD LORENZ de que la agresividad es una pulsión positiva y productiva de la vida. DAWKINS da continuidad al discurso de WILSON de que la agresión es adaptativa: una estrategia de los genes egoístas para prevalecer sobre otros en situaciones de tensión. Para DAWKINS, las actitudes altruistas no pasan de estrategias de los genes para conseguir sus objetivos por otros medios. Incluso la sociabilidad sería una estrategia de los genes egoístas para multiplicar sus posibilidades y ampliar su potencialidad para obtener mayores ventajas propias. Los genes funcionan como máquinas de sobrevivencia para todas las especies, incluida la humana. El comportamiento de los individuos remite a las estrategias de sobrevivencia genéticamente definidas como mejores para triunfar. La convivencia con los otros y la formación de grupos son impulsos derivados del cálculo egoísta de los genes para potencializarse y replicarse. La palabra egoísmo, para DAWKINS, es una forma metafórica de referirnos a las pulsiones vitales de los genes²². El egoísmo no existe en la naturaleza, el comportamiento biológico de los genes exige su replicación, crecimiento, potencia. El gen constituye la forma básica de la vida sobre la tierra y su objetivo básico es replicarse. Éste es un impulso determinado y determinante. Determinado por la vida y determinante del comportamiento de los individuos de una especie. La replicación es una pulsión necesaria de los genes para existir. Esa pulsión

20 ANTONIO DAMÁSIO. *O Erro de Descartes*, São Paulo, Companhia das Letras, 1996. íd. *Em Busca de Espinosa*, São Paulo, Companhia das Letras, 2003.

21 RICHARD DAWKINS. *O Gene Egoísta*, Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 2001.

22 *Ibid.*, p. 78.

vital de los genes de procurar su ventaja con el objetivo de replicarse es lo que DAWKINS llama “egoísmo”²³.

En este marco teórico, la violencia formaría parte de la estrategia adaptativa de los genes por multiplicar las posibilidades de su replicación. Para DAWKINS esta pulsión que los genes imponen no es totalmente determinante en los seres humanos porque tendríamos, además de los genes, los *memes* que nos permiten distanciarnos de la pulsión genética para construir una posibilidad mémica: “... somos contruidos como máquinas génicas y cultivados como máquinas mémicas, pero tenemos el poder de volvernos contra nuestros criadores. Solamente nosotros en la tierra podemos rebelarnos contra la tiranía de los replicadores egoístas”²⁴. Los memes nos ofrecen la posibilidad de construir una memoria previsor. Con ella obtenemos la potencialidad de cambiar nuestros condicionantes genéticos. Para DAWKINS, la cultura no es monopolio de los seres humanos, pero la posibilidad de prever comportamientos para modificarlos, sí. Esa característica mémica es la que otorga a la cultura humana un diferencial respecto de las otras especies. A pesar de la abertura que DAWKINS presenta con la teoría de los memes, los condicionamientos biológicos del ser humano son mucho más densos que los fragmentos que podemos neutralizar. La violencia sería un comportamiento que se explica mucho más por la pulsión genética que por la comprensión mémica.

Otro discurso empático con los anteriores y que caracteriza la violencia como comportamiento inducido naturalmente por la biología de la especie, es el de WRANGHAM y PERTERSON sobre la *primatología*. Estos autores, en su obra *El macho demoníaco*²⁵, desarrollan la tesis de que la violencia intencional y estratégica es inherente a los primates mayores: chimpancés y humanos. La división amigo-enemigo es el factor determinante del comportamiento violento de los primates, incluido el ser humano.

LAS IMPLICACIONES BIOPOLÍTICAS DE LOS DISCURSOS NATURALISTAS

6. Las tesis que naturalizan la violencia la convierten, consciente o inconscientemente, en una técnica de gobierno. Con ello la política cada vez más se asimila

23 Ibid., p. 98.

24 Ibid., p. 222.

25 RICHARD WRANGHAM y DAVID PETERSON. *O macho Demoníaco: As Origens da Agressividade Humana*, Rio de Janeiro, Objetiva, 1998.

a la biopolítica. Gobernar es administrar la naturaleza humana, gestionar sus pulsiones, conducir sus instintos, inducir sus deseos. O sea, en última instancia se pretende gobernar la libertad de los otros produciendo deseos y expectativas que, una vez cumplidas, dan a los sujetos la sensación de sentirse libres. Gobernar es, cada vez más, el “arte” de producir los modos de subjetivación de los otros.

En el marco de la biopolítica, se continúa afirmando, formal y jurídicamente, la libertad del sujeto, pero concomitantemente se le objetiva como recurso a ser gobernado. El pueblo continúa siendo el sujeto jurídico de la soberanía, pero la población se torna el objeto a ser gobernado por la política²⁶. La política cada vez más se desliza de la autogestión colectiva de los sujetos hacia la planificación administrativa de los comportamientos colectivos. Sin embargo, éste no es un camino unidireccional. Los sujetos y las sociedades reaccionan constantemente a los dispositivos y técnicas que pretenden gobernarlos. El control se destaca entre esas técnicas de gobierno biopolítico. En la sombra del control se esconde la amenaza solapada de los nuevos autoritarismos²⁷. Los dispositivos de control tienden a uniformizar comportamientos aboliendo las diferencias reales, restringiendo al mínimo la alteridad. Toda forma de control social esconde un deseo larvado de totalidad y totalitarismo²⁸.

En este marco de la administración biopolítica, el uso inteligente de la violencia se torna una técnica importante para una buena gestión política. Si la violencia es natural, la política deberá servirse de ella como una técnica de gobierno, natural, teniendo el cuidado de delimitar, por el derecho, la violencia legítima de la ilegítima. No es casualidad que haya una circularidad entre los discursos científicos y políticos de la violencia. Los discursos de la etología, incluso el discurso de WRANGHAM y PERTERSON sobre la *primatología* se gestan a

26 Esta distinción/oposición fue analizada por FOUCAULT especialmente en su obra *Seguridad, territorio y población*: “En ese diseño se comienza a esbozar la noción de población, vemos establecerse una divisoria en la cual el pueblo aparece como siendo, de una forma general, aquel que resiste la reglamentación de la población, que intenta escapar a ese dispositivo por el cual la población existe, se mantiene, subsiste, e subsiste en un nivel óptimo”: MICHEL FOUCAULT. *Segurança, território e população*, São Paulo, Martin Fontes, 2008, p. 58.

27 HANNAH ARENDT tematizó la relación entre dispositivos de control y modos de subjetivación en los totalitarismos, donde esa relación alcanza el paroxismo de la barbarie: “muerta la individualidad, nada resta sino horribles marionetas con rostros de hombres, todas con el mismo comportamiento del perro de PAVLOV, todos reaccionando con perfecta previsibilidad incluso cuando marchan para la muerte”: *Origens do Totalitarismo*, São Paulo, Cia Letras, 1989, p. 506.

28 HANNAH ARENDT era muy consciente de la relación estrecha que vincula el control social con los totalitarismos. Su objetivo es anular la pluralidad de la alteridad, que siempre puede ser una forma de oposición: “... la transformación de la personalidad en una simple cosa, en algo que ni siquiera los animales son; pues el perro de PAVLOV que, como se sabe era entrenado para comer cuando tocaba una campana, aunque no tuviese hambre, era un animal degenerado”: *Origens do Totalitarismo*, cit., p. 489.

partir de la influencia de la división dualista de la política como amigo-enemigo desarrollada por CARL SCHMITT en su obra *El concepto de lo político*²⁹.

Para deconstruir la falacia naturalista de la violencia política, en su caso la revolucionaria, HANNAH ARENDT hace una serie de distinciones conceptuales, que creemos absolutamente pertinentes. Propone una distinción cualitativa entre violencia y poder³⁰. Para ARENDT el poder es inherente a la política mientras la violencia la niega. Para esta filósofa, la esencia del poder no es el dominio o la violencia, pues: “si la esencia del poder es la eficacia del dominio, entonces no hay poder más grande que el que emana del cañón de un arma”³¹. ARENDT define el poder como la capacidad de las personas no sólo de actuar sino de hacerlo a través de acuerdos. Con ello el poder no es una propiedad individual sino que pertenece al grupo, y existe poder en cuanto el grupo actúe como tal. El poder se manifiesta como emanación del grupo social. Esta definición se aproxima del concepto clásico de *potestas*³². La autora llega a afirmar que el poder no necesita justificación porque es inherente a las comunidades políticas. Lo que necesita es legitimidad. “El poder surge allí donde dos personas se juntan y actúan concertadamente, pero deriva su legitimidad de la reunión inicial más que de cualquier acción que pueda seguir a ésta”³³. Esa esencia diferencia el poder de la violencia que puede ser justificable en algunos casos, pero nunca será legítima³⁴.

De forma sintética, ARENDT hace unas breves definiciones de los otros conceptos propuestos por ella, para distinguirlos de la violencia. Sugiere utilizar el concepto de fuerza para las fuerzas de la naturaleza: las fuerzas que nos exceden y sobre las que no tenemos control directo³⁵. Propone distinguir autoridad de

29 CARL SCHMITT. *O Conceito do Político*, cit.

30 “Es, creo, una muy triste reflexión sobre el actual estado de la ciencia política, recordar que nuestra terminología no distingue entre palabras clave tales como ‘poder’, ‘potencia’, ‘fuerza’, ‘autoridad’ y finalmente ‘violencia’”. HANNAH ARENDT. *Sobre la violencia*, cit., pp. 58 y 59.

31 HANNAH ARENDT. Ob. cit., p. 51.

32 Creemos importante destacar las similitudes y las diferencias en este punto entre ARENDT y FOUCAULT. Para este autor, el poder tampoco existe como propiedad sino que se ejerce en las prácticas. Nadie puede ser detentor total del poder ni nadie está totalmente desposeído de poder. Como ARENDT, FOUCAULT entiende que el poder está presente en toda relación social. A diferencia de ARENDT, FOUCAULT considera que el poder es inherente a la práctica de cada individuo y puede ser implementado como poder emancipador pero también como poder dominador. El poder, para FOUCAULT, es una práctica que, si bien no puede ser asimilada a la dominación o la violencia, puede utilizarse para ella; pues el poder es una potencia de ser, una posibilidad concreta de acción humana: MICHEL FOUCAULT. *Em defesa da sociedade*, São Paulo, Martin Fontes, 2000, pp. 3 a 26.

33 HANNAH ARENDT. *Sobre la violencia*, cit., p. 71.

34 *Ibid.*, pp. 71-72.

35 *Ibid.*, p. 61.

violencia, porque la autoridad no es autoritarismo. Aquella se impone por su cualidad moral, éste por la violencia. La autoridad es ética y no violenta, el autoritarismo es siempre violento³⁶.

ARENDDT propone reducir el concepto de violencia a su carácter instrumental. Ella es utilizada como instrumento de la dominación y no tiene un fin en sí misma. La violencia, por su carácter instrumental, no tiene una finalidad propia sino que sirve de medio para los fines de dominación del otro. Analizada fenomenológicamente, la violencia es una técnica utilizada para multiplicar la potencia de otros fines³⁷.

Con ello, aquellos que justifican la violencia como un comportamiento natural de los seres humanos y un medio legítimo para el gobierno, no hacen nada más que encubrir, bajo el concepto de violencia, un medio instrumental de dominación social.

En el tercer ensayo de esta obra, ARENDT inicia su argumentación crítica contra diversos discursos científicos naturalizadores de la violencia, entre ellos el de LORENZ. Para intentar deconstruirlo menciona su distinción anterior entre fuerza y violencia sin profundizar en ella, discurren inmediatamente sobre algunos de los sentimientos humanos como la rabia³⁸. ARENDT no se detiene a deconstruir las teorías “científicas” que naturalizan la violencia, y rápidamente vuelve a confrontarse con los discursos de la revolución violenta: FANON, SOREL, PARETTO.

AGRESIVIDAD Y VIOLENCIA: DIFERENCIA CONCEPTUAL Y ABERTURA CRÍTICA

7. Siguiendo algunas de las pistas abiertas por ARENDT, creemos que es necesario profundizar en la deconstrucción del discurso científico sobre el naturalismo de la violencia. En primer lugar proponemos hacer otra distinción conceptual, no propuesta por ARENDT, entre violencia y agresividad. Entendemos que esta distinción es crucial para dismantelar en su raíz el naturalismo de la violencia.

³⁶ *Ibid.*, p. 62.

³⁷ HANNAH ARENDT. *Ob. cit.*, p. 63. En un breve artículo de HANNAH ARENDT publicado en *The New York Times* el 28 de abril de 1968, “Lawlessness is inherent in the uprooted”, afirma la autora: “ni siquiera la violencia por la violencia, que los extremistas predicán—como distinta de los disturbios y saqueos por el Whisky, la televisión en color y los pianos—es revolucionaria, dado que ella no es un medio para un fin. Nadie está soñando en tomar el poder”; una traducción de este texto se puede encontrar en la revista *Arbor*, marzo-abril de 2010, Madrid, CSIC.

³⁸ HANNAH ARENDT. *Ob. cit.*, pp. 85 y ss.

Inicialmente, creemos pertinente la argumentación de los filósofos naturalistas que critican la ingenuidad de muchas filosofías idealistas que imaginaron el ser humano como debería ser sin tener en cuenta lo que realmente es. Las buenas intenciones no pueden negar la naturaleza, ni los grandes discursos racionalistas conseguirán anular la potencia de los instintos humanos. Pero entre las visiones idealistas y racionalistas del ser humano y las diversas formas de naturalismos biológicos, existe un espacio tenso, agónico, en que nos constituimos humanos y sobre el que pretendemos reflexionar.

Concordamos con LORENZ, entre otros, en caracterizar la agresividad como un impulso vital que tiende a enfrentar con tensión las situaciones difíciles. Puede admitirse la validez de los estudios de LORENZ que afirman la agresividad como un instinto de la vida. La vida crece y se expande a través de un impulso que excede sus límites y enfrenta sus dificultades. Ese impulso lleva a los seres vivos a confrontar la realidad de forma tensa, les impulsa a arrojarse sobre sus carencias y límites para superarlos. Ese impulso por él denominado de agresividad es mucho más amplio y envuelve una potencia que lleva la vida a afirmarse, multiplicarse y expandirse en todos los contextos. El concepto de agresividad es, como mínimo, ambiguo. Si LORENZ lo identifica con la violencia, BERGSON lo denomina el *élan vital*. Incluso FREUD también tematizó esta pulsión vital como *thanatos*, una pulsión que nos permite enfrentar las dificultades sin deprimirnos, pero, según FREUD, productora de muerte³⁹. Sin embargo, LORENZ critica el concepto freudiano de *thanatos* para la agresividad, pues entiende que ésta tiene una función positiva de servir al instinto de sobrevivencia y crecimiento, y no de auto-destrucción⁴⁰.

Este debate se tornó en gran parte clásico. MARCUSE también percibió el problema de la agresividad desde otra perspectiva: la cultura de la sociedad capitalista y su proceso de industria consumista⁴¹. Sin embargo MARCUSE observó que en el *thanatos* freudiano hay una potencia de resistencia contra la sociedad represora de los instintos vitales. Esa resistencia se efectuaría a través del dispositivo de sublimación, tan ampliamente desarrollado por FREUD, el cual posibilita una transferencia de la pulsión agresiva, más allá del instinto, hacia

39 SIGMUND FREUD. *The Civilization and its Discontents*, Londres, Hogart Press, 1930, p. 86; PIERA AULAGNIER que, siguiendo las teorías de FREUD, afirma la existencia de una violencia constitutiva del sujeto a la que denomina, *violencia fundamental o primaria*, diferenciándola de la *violencia excesiva*, aquella que escapa al control simbólico del sujeto. PIERA AULAGNIER. *A violência da interpretação*, Rio de Janeiro, Do Pictograma ao Enunciado, 1979.

40 KONRAD LORENZ. *Sobre la agresión: el pretendido mal*, cit., pp. 260 y ss.

41 HERBERT MARCUSE. *La agresividad en la sociedad industrial avanzada*, Madrid, Alianza Editorial, 1971.

otras formas de acción social. Las protestas, reivindicaciones, luchas sociales, enfrentamientos con el poder, son, para MARCUSE, una forma de canalizar constructivamente la agresividad humana. La lucha social revolucionaria sería una forma creativa y constructiva de transferir la agresividad social provocada por una sociedad represora y opresora. La sublimación permitiría que la pulsión agresiva se dislocase hacia formas creativas de enfrentar los problemas⁴². La sublimación abriría un camino para la agresividad, haría de la agresividad una pulsión abierta por la que el ser humano puede enfrentar los problemas con tenacidad, valentía, coraje, etc. Estos valores o virtudes, entre otros, pueden ser traducciones simbólicas libres de la sublimación de la agresividad. Para MARCUSE éste sería un medio eficiente para enfrentar las formas represivas y opresoras que la sociedad industrial impone a los sujetos. Por ella se abre un espacio de transformación de la sociedad.

8. La distinción entre agresividad y violencia es vital, en el sentido estricto del término. La agresividad es natural, y en el conjunto de los seres vivos determina el comportamiento de los individuos y de las especies. El ser humano comparte con el conjunto de los seres vivos las pulsiones vitales, pero, a diferencia de ellos, ninguna pulsión vital se impone de forma natural, todas ellas son significadas. Toda pulsión o instinto natural, que condiciona en mayor o menor medida el comportamiento humano, se torna humano porque es simbolizado. Siguiendo los estudios de ERNST CASSIRER, podemos decir que no vivimos en un mundo de hechos naturales, sino que habitamos una selva de símbolos⁴³. El instinto se impone como parte del ser vivo, pero todo instinto es percibido humanamente bajo la forma de significación simbólica. El lenguaje simbólico (simbo/lógico) torna al ser humano cualitativamente diferente de las demás especies animales. Sin la potencia de la imaginación simbólica, el ser humano estaría inevitablemente determinado por los instintos de la especie⁴⁴. La agresividad es un impulso vital inherente a la naturaleza humana, pero nunca se impone de forma natural sino que es significada por cada individuo, sociedad y cultura de forma diferente. Las necesidades de alimentación, reproducción, la auto-preservación, el amor propio, el interés personal, todos los impulsos na-

42 “Así, la transformación (más o menos sublimada) de la energía destructiva en energía agresiva socialmente útil (y por ello constructiva) es, siguiendo a FREUD (en cuya teoría del instinto baso mi interpretación), un proceso normal e indispensable. HERBERT MARCUSE. Ob. cit., pp. 111 y 112.

43 ERNST CASSIRER. *Antropología filosófica*, México, FCE, 1983; *id.* *Filosofía de las formas simbólicas*, 3 vol., México, Fondo de Cultura Económica, 1971, 1972 y 1976.

44 Sobre la imaginación simbólica remitimos a la obra de nuestra autoría: CASTOR BARTOLOMÉ RUIZ. *Os paradoxos do imaginário*, São Leopoldo, Ed. Unisinos, 2004.

turales que tejen la agresividad se manifiestan en el ser humano, pero ninguno de ellos se impone de forma determinista ni meramente funcional. La naturaleza de la agresividad pasa necesariamente, en el ser humano, por el filtro de la significación simbólica.

La potencia simbólica del ser humano se sobrepone a las determinaciones naturalistas de la agresividad y a los meros ajustes funcionalistas, tornando ésta una significación simbólica de sentido. El funcionalismo, sea utilitarista o pragmático, no consigue explicar la creación simbólica ni la diversidad de sentidos que el ser humano da a sus acciones. Aunque la conducta humana esté condicionada por la naturaleza (agresiva) nunca está determinado el sentido ni la significación que se puede dar a los instintos. El lenguaje nos torna humanos y su potencia simbólica nos substrahe al imperativo de nuestra naturaleza animal o a su pretendida necesidad funcional. El determinismo de la naturaleza, y las exigencias funcionales de la utilidad, son fragmentadas por la potencia del imaginario humano que percibe todas las pulsiones e instintos bajo la forma de sentidos imaginados⁴⁵. La potencia imaginaria del ser humano le permite sobreponerse al determinismo de las pulsiones naturales, aunque no librarse de ellas. Su capacidad creativa le posibilita hacer de la necesidad funcional muchas posibilidades de ser, de la utilidad una mera posibilidad entre otras. En el espacio de creación simbólica la agresividad pierde su fuerza compulsiva para manifestarse como una influencia, más o menos fuerte, de la naturaleza sobre la personalidad. La agresividad es natural en el ser humano, pero siempre se encuentra significada por los valores personales. Mediatizada por la sociedad y la cultura, el instinto natural de la agresividad es siempre reproducido como creación simbólica del comportamiento social. El grado de determinación compulsiva con que la agresividad se impone sobre los sujetos y las sociedades, es inversamente proporcional a su propia condición humana. Cuanto más compulsivamente se impone la agresividad como instinto natural, más próximos nos encontramos de la animalidad. Cuanto más creatividad se tiene para significar simbólicamente las pulsiones, mas espacio de libertad construimos. La libertad, lejos de ser un mero don metafísico de la naturaleza, se construye a través de prácticas. Éstas prueban la calidad de su libertad a través de la capacidad que los sujetos y las sociedades tienen de implementar con coherencia los universos simbólicos deseados con autonomía. Cuanto más capacidad tienen los sujetos y las sociedades de simbolizar y direccionar el impulso natural de la agresividad,

45 Sobre el poder imaginario del ser humano remitimos a la gran obra de CORNELIUS CASTORIADIS. *L'Institution imaginaire de la société*, París, Seuil, 1975.

más posibilidades tienen de conducir su propia condición humana. Eso nos distingue, en mayor o menor grado, de la mera condición animal.

9. La violencia es una forma, perversa, de significación de la agresividad, y no un instinto de la naturaleza. La violencia no se identifica con la agresividad, ella es uno de los modos (pervertidos) como los humanos podemos implementarla. Lo que caracteriza y diferencia la violencia es la significación intencional dirigida a negar la alteridad humana. Esos dos componentes (la significación intencional y la negación de la alteridad humana) identifican y diferencian un acto violento de un mero acto agresivo⁴⁶.

La potencia del ser humano para significar la agresividad, en uno u otro sentido, le permite, a diferencia de los animales, premeditar el acto violento. La violencia es una significación simbólica (pre)meditada, en mayor o menor grado, con el objetivo de destruir la alteridad humana. Esos dos elementos tornan la violencia un acto estrictamente humano y no animal. Primeramente, para que un acto sea violento se requiere una significación intencional del sujeto. Caso contrario tendremos un acto casual, por ejemplo, cuando a alguien se le cae un objeto de un edificio y hiere o mata a otro sin pretenderlo. Al no haber intencionalidad, no se le puede atribuir responsabilidad y como consecuencia su acto es una infeliz desgracia pero no una violencia explícita. La casuística puede ampliarse *ad infinitum*. En cualquier caso, la conexión entre significación intencional y destrucción de la vida humana es el eslabón que forja la violencia. Sin alguno de esos elementos, el acto pierde su carácter de violento y entra en otro tipo de caracterización.

La violencia entra en el campo humano del lenguaje. El vínculo que la conecta con la significación intencional la substraer del mero instinto natural o funcional-utilitarista, sin negar la influencia de estos. Tal conexión significativo-intencional sólo es posible en los seres humanos. Ningún otro ser vivo tiene la capacidad de significar simbólicamente sus pulsiones, más allá de lo que la naturaleza le impone. Sólo el ser humano tiene ese poder y puede servirse del mismo para direccionar la agresividad de varias formas. Por ejemplo, la agresividad es un

46 No es objetivo de este trabajo desbandar para la casuística, pero según la distinción propuesta, alguien que por rabia, descontrol, o por intencionalidad política en una manifestación social, destruye un objeto, sin que esto afecte la dignidad de otra persona, no comete un acto violento sino una forma de agresividad. Cuando de forma accidental se atropella en el tránsito a una persona, no se puede calificar ese acto como violencia porque no hubo intencionalidad de hacerlo. Habría que apurar detalles sobre la responsabilidad del conductor, condiciones en que conducía, etc., sabiendo del riesgo que su conducta comporta para otros. Pero, justamente, este ejemplo muestra que la violencia, en sentido estricto, es correlativa a la intencionalidad, más o menos explícita, de negar la alteridad humana. Y que la intensidad de la violencia se mide por la gravedad con que destruye la vida humana y no los meros objetos.

componente esencial de la existencia humana que se canaliza, de hecho, en una potencia agónica existencial: una lucha interior que ayuda a sobreponerse a las contingencias de nuestra condición. La condición agónica de nuestra condición existencial nos confronta de forma consciente con nuestros límites y nos impele siempre a buscar la plenitud. Esa tensión constitutiva de la existencia humana es irresoluble, pues la vida es lucha, tensión, *agón*. Se necesita una cierta capacidad diaria de pulsión vital para enfrentar nuestra condición contingente y los avatares que trae consigo. Sin esa pulsión vital caeríamos en un estado depresivo sin salida. La pulsión vital no es otra cosa que el direccionamiento positivo de la potencia agresiva diagnosticada por los etólogos, entre otros.

La distinción propuesta entre agresividad y violencia nos permite, por un lado, entender que la agresividad no desemboca inextricablemente en violencia. Que los seres humanos tenemos la posibilidad de significar y direccionar la agresividad de varias formas. Y eso, entre otros aspectos, es lo que nos distingue de las otras especies animales. La distinción propuesta también nos permite delimitar que una acción agresiva sólo es violenta cuando afecta negativamente a un ser humano. Por tanto, la gravedad de la violencia será proporcional a la intensidad con que se niega la vida humana. Esa relación hace de la alteridad humana el criterio definidor y valorativo de la violencia. La alteridad de la vida, y en especial de la vida humana, es el criterio ético y político de nuestra acción. En tiempos de relativismo ético propiciado por el utilitarismo, concluir este principio no es algo banal.

La dupla característica de la violencia: su significación simbólica y la negación de la vida humana, la tornan, en el sentido estricto del término, una acción humana demasiado humana. Los animales son agresivos, sólo los seres humanos somos violentos. Tenemos el poder (potencial) de significar nuestras acciones en varios sentidos, entre ellos el de la violencia. No desconocemos la influencia natural de la agresividad y de las pulsiones, así como la pertinencia de cierto funcionalismo utilitario, pero éstos no imponen los contenidos ni las acciones de una moral naturalista. Eso torna la violencia una responsabilidad humana. La violencia es el acto en que nuestra responsabilidad por el otro nos compele con mayor intensidad. La violencia nos interpela, como la voz oculta de Caín, sobre la suerte del otro. La interpelación es el eco de nuestra propia responsabilidad. No podemos ocultar nuestra responsabilidad en la naturaleza, como los otros animales. Aquí encuentra su fundamento la teoría clásica del derecho que dice que el grado de responsabilidad es proporcional a la capacidad intencional de los sujetos.

CONSECUENCIAS BIOPOLÍTICAS DEL NATURALISMO
DE LA VIOLENCIA

10. La confusión conceptual entre agresividad y violencia ha propiciado que a lo largo de los tiempos, desde HOBBS hasta LORENZ, DAWKINS y los nuevos discursos de la sociobiología, neurociencias y primatología, se hiciese de la violencia un instinto tan natural cuanto la agresividad. Las consecuencias políticas de esa indistinción son evidentes. La visión naturalista de la violencia otorga a ésta una potencia que no le pertenece. La lógica del gobierno biopolítico de la vida humana invoca la necesidad de utilizar la violencia (legítima) como único recurso eficiente para neutralizar la violencia que amenaza la vida. Para el naturalismo de la violencia, no hay salida fuera de la violencia. El único medio político de neutralizar la violencia es con más violencia. El derecho es convocado a entrar en este círculo vicioso usando la violencia para triunfar en su acto instituyente, y continúa teniéndola como cómplice necesaria para exigir que el orden establecido por él se mantenga. Al naturalizar la violencia, el derecho que defiende es el mismo que amenaza, porque se (con)funde con la violencia en su origen y mediaciones. WALTER BENJAMIN hizo una crítica pertinente a esta complicidad al afirmar que: “la tarea de una crítica de la violencia puede ser definida como la presentación de sus relaciones con el derecho y la justicia”⁴⁷. Las propuestas (bio)políticas que hacen de la violencia el único medio eficiente para mantener el poder y someter las otras violencias, encierran la vida humana y la política, en un círculo cuyo comienzo y fin remiten a la violencia como solución última de la justicia⁴⁸.

Si la violencia es el medio natural de gobernar políticamente, la excepción se tornará una de sus habituales técnicas de control biopolítico a fin de obtener el derecho a la violencia total. La excepción jurídica es un dispositivo legal (y político) creado por el Estado de derecho para suspender, total o parcialmente, los derechos que protegen la vida. Con ello, la vida humana queda abandonada (tornada bando) a merced de la voluntad soberana. La excepción jurídica se invoca para que el gobernante obtenga plenos poderes sobre la vida de las personas. Ante una supuesta amenaza de violencia, se ofrece cuidar y asegurar la vida amenazada. Lo contradictorio de la excepción es que la misma violencia que defiende es la que amenaza. La paradójica relación que protege amenazando la

47 WALTER BENJAMIN. *Crítica da Violência, Crítica ao Poder*, São Paulo, Edit. Cultrix, 1986, p. 56.

48 Sobre las formas de instrumentalización de la justicia por la violencia en diálogo con W. BENJAMIN, cfr. JACQUES DERRIDA. *Força de lei*, São Paulo, Martín Fontes, 2007.

vida humana torna la excepción un paradigma de gobierno biopolítico profusamente usado en las sociedades modernas⁴⁹. Se invoca la excepción para proteger la vida, pero se la utiliza como técnica de gobierno de las poblaciones. Se gobierna a los amenazados por la suspensión, total o parcial, de todos los derechos y a los protegidos por el miedo que les impele a ceder su autonomía al gobernante que los protege. El miedo de la violencia consigue legitimar el autoritarismo de la voluntad soberana en los contextos de excepción. Y posibilita utilizar la excepción como un medio eficiente para gobernar las poblaciones asustadas.

La naturalización de la violencia hace de la excepción una norma. La excepción es el modo normal de gobernar la vida cuando ésta escapa a los controles cotidianos y se torna una amenaza. La vida no controlada es una vida amenazadora para quien la percibe bajo el prisma de la violencia potencial y natural. Por ello, habrá que establecer dispositivos de control para gobernar el máximo posible controlando el mínimo detalle. La excepción jurídica no surge por acaso como técnica de gobierno. A ella está destinado el objetivo de controlar la vida en su estado puro, despojándola de cualquier derecho, sometiéndola directamente a la voluntad del gobernante. La excepción, como técnica de gobierno y control biopolítico, no es un privilegio de los gobiernos dictatoriales, ella es común al Estado de derecho⁵⁰. Eso nos alerta para las tentaciones autoritarias que se esconden a la sombra del Estado derecho. Ellas vienen a la luz bajo el argumento de defender la vida, y exigen poderes para amenazarla. Su caldo de cultivo ideológico son la teorías de la seguridad, y su cimiento filosófico es la convicción de que la violencia es un mal necesario para el gobierno (bio)político de las sociedades. Este es el umbral sobre el que se forjan los totalitarismos modernos: la indistinción entre derecho y violencia en relación a la vida humana como paradigma de gobierno. HANNAH ARENDT comprendió agudamente la relación entre autoritarismo y violencia: “Cuando el totalitarismo detenta el control absoluto, substituye la propaganda por el adoctrinamiento y utiliza la violencia no para asustar al pueblo (lo que se hace en los estadios iniciales, cuando todavía existe oposición política), sino para dar realidad a sus doctrinas ideológicas y

49 “La declaración de un estado de excepción es progresivamente sustituida por una generalización sin precedentes del paradigma de la seguridad como técnica normal de gobierno”. Cfr. GIORGIO AGAMBEN. *Homo Sacer. O Poder soberano e a vida nua*, cit., pp. 27 y 28.

50 HANNAH ARENDT también reflexionó vastamente sobre este problema: “Las soluciones totalitarias pueden muy bien sobrevivir a la caída de los regímenes totalitarios bajo la forma de fuerte tentación que surgirá siempre que parezca posible aliviar la miseria política, social o económica de un modo digno del hombre”. HANNAH ARENDT. *Entre o passado e o futuro*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1972, p. 29.

a sus mentiras utilitarias”⁵¹. Los autoritarismos tienen diversas gradaciones: lo que diferencia los totalitarismos absolutos de autoritarismos graduales es la intensidad con que se controla y somete la vida humana al gobierno de una minoría o mayoría.

11. La distinción que proponemos también trae consecuencias políticas evidentes de otro signo. Siendo la violencia una producción de sentido, no se la neutraliza negando la agresividad, como piensan las filosofías idealistas, ni aumentando la dosis de violencia, como propugnan los naturalistas. El espacio de neutralización de la violencia se encuentra en el modo como se constituye, es decir, en la posibilidad de significar simbólicamente los impulsos agresivos en un sentido no violento. Los medios para ello son múltiples y complejos, y en todos los casos es necesaria una política de neutralización no violenta de la violencia. El poder que tenemos de significar nuestros impulsos nos permite influenciar de forma activa los valores e inducir acciones que promueven y defienden la vida contra aquellos que pretenden controlarla. Con ello, entramos, una vez más, en el terreno político de los valores simbólicos, de la cultura, de las significaciones sociales. No se niega la influencia natural que el instinto de la agresividad tiene en muchos aspectos. Pero en vez de aceptarlo como mero impulso funcional, nos cabe la responsabilidad de direccionarlo política y socialmente para fines no violentos.

La violencia es una acción significativa que tiene un fin en sí misma: la negación, total o parcial, de la vida humana. Si existe tal negación, no podremos decir que haya violencia. En este punto concordamos con HANNAH ARENDT en que la violencia se utiliza de forma instrumental para conseguir otros objetivos. Pero divergimos de ella en que toda violencia carezca de finalidad. Entendemos que la violencia, aunque sea usada instrumentalmente, contiene una finalidad específica que le es inherente: la destrucción de la alteridad humana. Sin esa finalidad la violencia pierde su característica principal y deja de ser tal. Es cierto que la propia negación de la alteridad humana está siempre al servicio de otros fines, lo que torna a la violencia instrumental. Pero no podemos ignorar que toda violencia tiene una finalidad propia sin la cual no existe: negar la vida humana. La violencia se constituye en relación a un fin: violentar la alteridad humana, y es usada como instrumento para otros fines diversos.

12. Contrariando la lógica biopolítica, las posibilidades de neutralización de la violencia se extienden más allá de la propia violencia. Según las tesis natura-

51 HANNAH ARENDT. *Origens do Totalitarismo*, Rio de Janeiro, RJ Editora, Documentário, 1975, pp. 390 a 393.

listas, la violencia sólo es neutralizable con otra violencia igual o superior. Ese principio legitima el (ab)uso de la violencia como un método útil y necesario para controlar la violencia social. El naturalismo de la violencia no deja otra alternativa para neutralizarla que el uso de más violencia. En esta dinámica, el vencedor justifica su violencia como legítima y condena cualquier otra violencia como ilegítima. El poder se torna necesariamente violento para instituirse y para mantenerse. El derecho se le asocia como dispositivo que instituye con el orden social legítimo y legitima la violencia necesaria para preservarlo.

En sociedades violentas como las que nos toca vivir, el naturalismo de la violencia encuentra fácil eco en la demanda de mayor violencia para neutralizar las amenazas que surgen o se alimentan. La espiral de miedo a la violencia demanda formas cada vez más autoritarias de gobierno. Gobernar con violencia bajo el argumento de la seguridad, atrae sobre la sociedad la sombra del Leviatán hobbesiano como única alternativa segura. En esta encrucijada, el miedo de la violencia es usado políticamente para obtener una obediencia voluntaria a los dispositivos de control social cada vez más sofisticados. Las sociedades atemorizadas por la violencia se someten con facilidad a los arbitrios de una voluntad soberana que promete defenderlos. Los dispositivos de control de la vida se amplían por doquier bajo la excusa de defensa de la vida. A su vez, la necesidad de ser defendido, el miedo del otro, se retroalimenta políticamente como técnica de sumisión voluntaria a los nuevos dispositivos de control tecnológico. Las nuevas tecnologías de la información, electrónica, comunicación digital, etc., permiten ampliar el control social de forma capilar. El consentimiento de los sujetos es obtenido a través de la hipertrofia del miedo a la violencia. Para los candidatos (individuales o corporativos) a gobernar de modo soberano, es conveniente que se incremente la violencia, o al menos el miedo de la misma, para legitimar con más facilidad el uso de dispositivos autoritarios de gobierno. La alta promiscuidad alcanzada entre miedo, violencia y política permite hacer del miedo y la violencia técnicas eficientes de gobierno de la vida. La biopolítica tiende a utilizar el miedo de la violencia como técnica de control de los sujetos. El principio invocado es el derecho a una mayor violencia como única solución eficiente para defender la vida. Se defiende la vida amenazándola. La misma violencia que defiende amenaza. Esta espiral política, cuyo fin desemboca en formas autoritarias de gobierno, tiene sus raíces en la naturalización biopolítica de la violencia:

Al deconstruir el pretendido naturalismo de la violencia abrimos un espacio político para intervenir de forma no violenta sobre ella. Uno de los medios más eficientes para neutralizar la violencia es la memoria: hacer memoria de su barbarie. La memoria entra en el núcleo simbólico instituyente de la violencia,

deconstruyendo su legitimación natural⁵². No cualquier memoria sino la memoria de las víctimas es la que repone efectivamente los efectos perversos de toda violencia. La significación simbólica del mal, inhibe su propagación. El ocultamiento (también intencional) de las consecuencias de la violencia, facilita su expansión. La intervención social y política sobre el universo simbólico que produce y legitima la violencia, tiene el poder eficiente de neutralizar sus efectos miméticos⁵³.

La violencia social que vivimos en gran escala tiene un poder mimético que contamina las relaciones sociales. Ese poder no se neutraliza con el incremento de más violencia, dinámica que nos conducirá inexorablemente al autoritarismo. La posibilidad de neutralizar el mimetismo de la violencia social que nos asola está en el poder simbólico que la constituye. Toda violencia es una forma de simbolizar la destrucción del otro. La contaminación mimética de la violencia nos conduce a una cultura violenta en que los sujetos actúan violentamente de forma naturalizada. Para deconstruir ese ciclo vicioso es necesario intervenir en el núcleo originario de la violencia: su legitimación simbólica. Los medios para hacerlo son variados. Entre ellos, el principal es confrontar a la violencia con las víctimas, que son su resultado más perverso. Ese contraste mostrará la barbarie de toda violencia posibilitando un impacto deslegitimador. Toda violencia pierde su justificación argumentativa cuando es colocada delante de sus efectos: la perversión de la vida aniquilada.

Tal vez haya casos en que se justifique el uso de la violencia en defensa propia, pero nunca se legitimará el uso de la violencia como técnica biopolítica de gobierno de la vida. A sabiendas de que tendremos que convivir con personas violentas de las que hemos de defendernos, no podemos caer en posturas ingenuas o idealistas. Pero ese realismo no nos obliga hacer de la violencia un medio legítimo de gobierno, ni una técnica de administración de los sujetos. La violencia no es solución para sí misma. Al contrario, su neutralización política es posible a través de la construcción de una cultura no violenta que venga a inhibir su propagación como un medio natural de convivencia.

52 Sobre la potencia de la memoria para neutralizar la violencia cfr. BARTOLOMÉ RUIZ (coord.). *Direito a justiça, memória e reparação: a condição humana nos estados de exceção*, São Leopoldo, Leiria, 2010. Una versión digital del libro puede ser consultada y adquirida libremente en [www.unisinos.br/catedra_direitos_humanos].

53 Sobre el mimetismo de la violencia, cfr. RENE GIRARD. *A violência e o sagrado*, São Paulo, Unesp, 1990. Sobre las consecuencias políticas de la violencia, recomendamos una de sus últimas obras, *Clausewitz en los extremos*, Buenos Aires, Katz, 2010.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEM, GIORGIO. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte, UFMG, 2002.
- AGAMBEM, GIORGIO. *Homo Sacer. O Poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2007.
- ARENDT, HANNAH. “Lawlessness is inherent in the uprooted”, *The New York Times*, 28 de abril de 1968.
- ARENDT, HANNAH. *Entre o passado e o futuro*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1972.
- ARENDT, HANNAH. *Origens do Totalitarismo*, Rio de Janeiro, RJ Editora, Documentário, 1975.
- ARENDT, HANNAH. *Origens do Totalitarismo*, São Paulo, Cia Letras, 1989.
- ARENDT, HANNAH. *Sobre la violencia*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.
- ARENDT, HANNAH. “La ausencia de ley es inherente a los desarraigados”, *Revista Arbor*, vol. 186, n.º 742, Madrid, CSIC, 2010.
- AULAGNIER, PIERA. *A violência da interpretação*, Rio de Janeiro, Do Pictograma ao Enunciado, 1979.
- BENJAMIN, WALTER. *Crítica da Violência, Crítica ao Poder*, São Paulo, Ed. Cultrix, 1986.
- CASSIRER, ERNST. *Antropología Filosófica*, México, FCE, 1983.
- CASSIRER, ERNST. *Filosofía de las formas simbólicas*, 3 vol., México, Fondo de Cultura Económica, 1971, 1972 y 1976.
- CASTORIADIS, CORNELIUS. *L’Institution imaginaire de la société*, París, Seuil, 1975.
- DAMÁSIO, ANTONIO. *O Erro de Descartes*, São Paulo, Companhia das Letras, 1996.
- DAMÁSIO, ANTONIO. *Em Busca de Espinosa*, São Paulo, Companhia das Letras, 2003.
- DERRIDA, JACQUES. *Força de lei*, São Paulo, Martín Fontes, 2007.
- DAWKINS, RICHARD. *O Gene Egoísta*, Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 2001.
- FOUCAULT, MICHEL. *Microfísica do Poder*, Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979.

- FOUCAULT, MICHEL. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*, MARIA THEREZA DA COSTA ALBUQUERQUE y J. A. GUILHON ALBUQUERQUE (trads.), Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.
- FOUCAULT, MICHEL. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*, Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.
- FOUCAULT, MICHEL. *Em defesa da sociedade*, São Paulo, Martin Fontes, 2000.
- FOUCAULT, MICHEL. *Segurança, territorio e população*, São Paulo, Martin Fontes, 2008.
- FREUD, SIGMUND. *The Civilization and its Discontents*, Londres, Hogart Press, 1930.
- GIRARD, RENE. *A violência e o sagrado*, São Paulo, Unesp, 1990.
- GIRARD, RENE. *Clausewitz en los extremos*, Buenos Aires, Kazt, 2010.
- LORENZ, KONRAD. *Sobre la agresión. El pretendido mal*, México, Siglo XXI, 1974.
- MARCUSE, HERBERT. *La agresividad en la sociedad industrial avanzada*, Madrid, Alianza Editorial, 1971.
- RUIZ, CASTOR. BARTOLOMÉ *Os paradoxos do imaginário*, São Leopoldo, Ed. Unisinos, 2004.
- RUIZ, CASTOR BARTOLOMÉ (coord.). *Justiça e memória. Por uma crítica ética da violência*, São Leopoldo, Unisinos, 2009.
- RUIZ, BARTOLOMÉ (coord.). *Direito a justiça, memória e reparação: a condição humana nos estados de exceção*, São Leopoldo, Leiria, 2010, disponible en [www.unisinos.br/catedra_direitos_humanos].
- SCHMITT, CARL. *O Conceito do Político*, Petrópolis, Vozes, 1992.
- WILSON, E. O. *Sociobiología: la nueva síntesis*, Buenos Aires, Editorial Omega, 1975.
- WRANGHAN, RICHARD y DAVID PETERSON. *O macho Demoníaco: As Origens da Agressividade Humana*, Rio de Janeiro, Objetiva, 1998.

ANDRÉ-NOËL ROTH D.

*Los Derechos Humanos:
¿medio y/o fin de las políticas públicas?*

Resumen. Las políticas públicas de bienestar fueron inicialmente concebidas como un medio para el reforzamiento del poderío del Estado. Se muestra que, con la Ilustración y el desarrollo de los Derechos Humanos, el Estado moderno asumió como su finalidad el cumplimiento de los derechos humanos. Sin embargo, en la realidad política de los siglos XIX y XX frecuentemente los derechos humanos, cuando no fueron rechazados, han sido un instrumento al servicio de los intereses políticos de los gobernantes. Se aboga por una democracia deliberativa que implica una transformación de la acción pública y del Estado para que los derechos humanos sean considerados tanto el medio como el fin de la acción pública.

Palabras claves. Democracia, Estado, equilibrio de las naciones, participación, bienestar.

FOUCAULT (2006: 355 y ss.) sitúa el origen de las políticas públicas modernas en las ciencias camerales prusianas del siglo XVIII. El objetivo de estas políticas era la satisfacción de las necesidades humanas colectivas entendidas como un *medio* para reforzar el Estado. Es VON JUSTI, ilustre representante de esta disciplina quien, en 1756, propuso principios de administración para “velar por los individuos que viven en sociedad” y “consolidar la vida cívica”. Desde entonces, el trabajo gubernamental consistió en integrar “dimensiones de orden público, de bienestar y de cultura” (LASCOURMES, LE GALÈS, 2004: 17) buscando el “reforzamiento del poder del Estado” en el marco de la construcción progresiva del sistema de equilibrio competitivo de las naciones en el continente europeo. VON JUSTI definió entonces a la política pública (*policy*) como el “conjunto de las leyes y reglamentos que conciernen al interior de un Estado y se consagran a consolidar y acrecentar su poder y hacer un buen uso de sus fuerzas” (citado en FOUCAULT, 2006: 359). Por lo tanto, las políticas públicas se interesaron en el bienestar de la población como un *medio* para permitir el reforzamiento del Estado. Una versión moderna del romano “pan y circo” para contentar el pueblo. En este sentido, es también fiel continuador de MAQUIAVELO en relación a su famosa tesis según la cual, para conservar un Estado, “el fin justifica los medios”. A partir del siglo XVIII, el bienestar o la felicidad de la población de un Estado se convirtió en un elemento central para garantizar el apoyo popular a sus gobernantes, y así dificultar o disuadir un intento de conquista por parte de otro Estado. Es lo que se llamó el “equilibrio de las naciones”, que se desarrolló como una competencia entre las naciones europeas para garantizar la lealtad de sus pueblos mediante el otorgamiento de un cierto bienestar o satisfacción.

A su vez, en el marco de la Ilustración, el desarrollo de la filosofía utilitarista de JEREMY BENTHAM (1748-1832) significó una verdadera revolución cultural. BENTHAM buscó concebir un sistema jurídico y político fundamentado en elementos distintos a la costumbre, la moral o las creencias, que debería permitir la mayor felicidad para la mayoría de las personas. El principio central de la

filosofía de BENTHAM consiste en la consideración de que el individuo es maximizador de su interés y que sus acciones se guían por la búsqueda de una mayor felicidad. El individuo racional privilegia las acciones que le producen felicidad y evita las acciones que le producen infelicidad. Para ello, el Estado se hace necesario como promotor, mediante medidas legislativas y sociales, de la felicidad colectiva y de la maximización de la felicidad total. El Estado tiene que tomar medidas para garantizar recursos mínimos para todos, proteger los bienes y las personas, defender a los ciudadanos de agresiones exteriores, promover el crecimiento económico y demográfico, así como para asegurar una redistribución de las riquezas mediante un impuesto progresivo sobre las sucesiones. BENTHAM consideró también que sólo un Estado democrático podría promover la felicidad del mayor número de ciudadanos.

El carácter hedonista de su filosofía constituyó sin duda un ataque frontal a los principios morales de la Iglesia Católica, la cual postergaba la felicidad del ser humano para el más allá. Las ideas de BENTHAM en relación con la felicidad encontraron eco en la Revolución Francesa, la cual, incluso, lo hizo Ciudadano de Honor en 1792. De igual forma, el proceso de independencia de Estados Unidos señaló que las instituciones políticas debían proteger la libertad y la dignidad humanas y que tenían que velar por la felicidad de los ciudadanos. La idea misma de la Carta de los Derechos Humanos y del Ciudadano establecida por la Revolución Francesa de 1789 representó, aunque basada en los derechos naturales, una guía para enmarcar la acción del Estado, la acción pública, hacia la búsqueda del bienestar de los ciudadanos.

Por lo tanto, se puede considerar que, a partir de una estrategia para el reforzamiento del poderío del Estado mediante el otorgamiento de un cierto bienestar a las poblaciones a cambio de su lealtad hacia los gobernantes (las ciencias camerales), el desarrollo posterior del Estado moderno, a partir de las revoluciones americana y francesa, asumió, por lo menos discursivamente, el reto de la felicidad de los ciudadanos como su *finalidad* misma. De un medio para la conservación del poder, la búsqueda de la felicidad o del respeto a los derechos humanos se convirtió en la finalidad de las acciones del Estado moderno, si no siempre de sus gobernantes. Se trata desde entonces de transformar la sociedad mediante la acción del Estado para aumentar la felicidad de la ciudadanía. Los derechos humanos, como carta universal de navegación de los Estados modernos —que puede entenderse como una versión “juridizada” de las condiciones de la felicidad humana—, y, en particular, la reivindicación de los derechos a la libertad y a la igualdad, en sus diversos sentidos políticos, se constituyeron en motores fundamentales de la vida política. Desde esa época, los Estados republicanos modernos legitiman todas sus acciones a través del acercamiento a la

realización de los derechos humanos. Es la fuente de legitimación de cualquiera de sus políticas. La acción política se convirtió entonces en una tensión entre, de una parte, una perspectiva maquiavélica o “cameralista” que considera el bienestar de la población como un *medio* para obtener o conservar el poder, como finalidad última, y, de otra, una perspectiva que considera este mismo bienestar como la *finalidad* de la acción política. Sin embargo, es de anotar que los derechos humanos no se limitan a señalar unos derechos de tipo materiales (salud, seguridad, etc.), sino que consideran también derechos políticos y de participación ciudadana.

El siglo XIX se caracterizó por las luchas a favor de los derechos civiles y políticos de los individuos frente al Estado (principios de no intervención, Estado mínimo), mediante la instauración de regímenes republicanos y de un sistema de justicia independiente del poder ejecutivo. Se trataba de establecer los principios fundamentales de libertad, igualdad y “fraternidad” (solidaridad) en las instituciones políticas y, a la vez, de limitar la intervención de la autoridad pública, en particular en garantizar la libertad de opinión y el derecho de propiedad. Pero esta perspectiva liberal de limitación de la intervención pública a nombre del equilibrio natural tenía sus enemigos. Por ejemplo, MARX, aunque reconociendo el carácter contradictorio de los derechos humanos con el capitalismo, los criticó radicalmente, como se sabe, considerándoles como derechos formales, derechos egoístas, que servían esencialmente los intereses de una clase, de la burguesía. Algunas corrientes socialistas rechazaban también el sistema político representativo, característico de la República, ya que ésta se apropió del término democracia para instaurar un sistema de representación elitista y fundamentalmente antidemocrático en su sentido estricto¹.

Independientemente de la perspectiva adoptada (medio o fin), la realización de los derechos humanos mediante la intervención del Estado debió franquear muchos obstáculos políticos y técnicos². En particular “la oposición de los intereses”, la necesidad de inventar y construir instituciones o “sistemas adecuados de solidaridad” (PERRIN, 1985: 43), el dogmatismo promovido desde el liberalismo económico (ADAM SMITH) y las tesis formuladas por el darwinismo

1 Es preciso recordar que los republicanos de los siglos XVIII e inicios del XIX se consideraban abiertamente antidemocráticos, ya que por democracia se entendía el gobierno del pueblo por el pueblo, sin intermediarios, sin representantes que actuaran en nombre de los demás. Cfr. sobre este tema GOYARD-FABRE (1989) y DUPUIS-DERI (1999). ROUSSEAU escribió en su *Contrato social*: “À l’instant qu’un peuple se donne des représentants, il n’est plus libre, il n’est plus”.

2 A continuación se retoman algunos apartes de mi texto (ROTH, 2006) con modificaciones.

social³ fueron argumentos que frenaron tal evolución. Durante el largo siglo XIX, el movimiento socialista, en particular desde la Asociación Internacional de los Trabajadores –AIT–, no descansó en inscribir una y otra vez en la agenda política lo que se conoció como la “cuestión social”, anticipando lo que serían los derechos sociales. Así que durante el siglo XIX, diversos sistemas de protección social, con una implicación variable del Estado –seguros estatales, asociaciones mutuales y sindicales, cooperativas, etc.–, fueron progresivamente desarrollados bajo la presión y la acción de los movimientos obreros en las diversas naciones. Se implementaron embriones de políticas públicas sociales más o menos elaboradas (en particular en Alemania con BISMARCK), estableciendo así los gérmenes de un futuro Estado de bienestar garantista de derechos sociales. En 1919, al finalizar la Primera Guerra Mundial y tras la Revolución Rusa, la Organización Internacional del Trabajo –OIT– inscribió en su constitución que la paz universal no era posible sin justicia social (SENARCLENS, 1998: 115). En este sentido, la justicia social es un medio para alcanzar la paz universal, cara a la filosofía kantiana, como finalidad.

Sin embargo, las críticas, desde las derechas y las izquierdas, a los principios y valores fundadores de la democracia liberal, y entre ellos la Declaración de 1789 y los derechos naturales, llegaron a su paroxismo durante las primeras décadas del siglo XX. El debilitamiento del Estado liberal era evidente. En este periodo se preparó y se llegó al “ocaso de los valores y de las instituciones de la civilización liberal”⁴ (HOBBSAWM, 1994: 154). A su vez, se desarrolló en Europa una cierta ciencia política “realista”, de inspiración netamente maquiaveliana⁵

3 Doctrina formulada por DARWIN (1809-1882) donde la lucha por la vida y la selección natural son consideradas como los mecanismos esenciales de la evolución de las comunidades de seres vivos.

4 Según HOBBSAWM (1994: 154), entre estos valores se encontraban la desconfianza hacia las dictaduras y el poder absoluto, y el apego al régimen constitucional con representantes electos, garante del Estado de derecho y de un conjunto de derechos y de libertades civiles.

5 Si durante largo tiempo MAQUIAVELO fue prácticamente equiparado al diablo (maquiavelismo), a partir del siglo XIX, pensadores, en particular filósofos idealistas como FICHTE y HEGEL, participaron en el rescate y la casi santificación de este autor, considerándolo como un ejemplo de patriotismo, un gran defensor de la libertad y un modelo para la acción política liberada de cualquier metafísica. Estos autores, con sus ataques en contra de los derechos naturales, contribuyeron al desarrollo de un virulento e intransigente materialismo en la vida política. Es decir, se legitima una concepción de lo político que descarta cualquier elemento de moralismo o de ética, y en donde la política y el Estado se vuelven totalmente autónomos de la existencia humana y fundados sobre la fuerza: “Luego del derrumbamiento de la teoría de los derechos naturales, se había levantado el último obstáculo en el camino al triunfo del maquiavelismo. No existiría ningún gran poder intelectual o moral para detenerlo o contrabalancearlo; su victoria será completa y aparentemente indiscutible” (CASSIRER, 1993: 196). Para un análisis de Maquiavelo y del papel de estos autores, junto con otros (SPINOZA, CARLYLE, etc.), en la rehabilitación de su teoría política, véase CASSIRER (1993).

compartida en orillas ideológicas opuestas, a través de intelectuales y políticos tan diversos como WILFREDO PARETO y GEORGES SOREL, ROBERT MICHELS y GAETANO MOSCA, LENIN y ANTONIO GRAMSCI⁶, considerando que la conquista y la preservación del poder político, la creación de un nuevo Estado, eran siempre obra de una minoría organizada –llámese elite o vanguardia–. Esta minoría dominaba a las mayorías –las “masas”– psicológica y socialmente consideradas como inferiores o alienadas. En esta época había un consenso prácticamente generalizado entre los teóricos sociales y políticos sobre el hecho de que, según la expresión de uno de ellos (PARETO), “las instituciones sociales se establecen por la fuerza y se mantienen por la fuerza” (citado en RAMOS, 1993). De manera que las instituciones republicanas y demoliberales tenían pocos defensores, ya que desde las izquierdas (marxismo, anarquismo, leninismo, sindicalismo revolucionario) la revolución social debía liquidar estos regímenes burgueses –como ocurrió en Rusia en 1917– para construir una democracia plena, auténtica; y desde las derechas, la Iglesia, los reaccionarios tradicionales y el fascismo confluyeron en expresar su “odio a la Ilustración del siglo XVIII, a la Revolución Francesa y a todo lo que, según la Iglesia, se desprendía de ello: la democracia, el liberalismo y, ante todo y sobre todo, el comunismo ateo” (HOBSBAWM, 1994: 160). Lo que incluía evidentemente también el rechazo a la idea de los derechos humanos, y en particular la noción de igualdad. De este modo, la idea misma de los derechos humanos perdió importancia hasta bien entrada la Segunda Guerra Mundial.

La difusión de estas teorías políticas contribuyó, sin la menor duda, a que líderes políticos como MUSSOLINI en Italia, HITLER en Alemania, LENIN y STALIN en Rusia, se sintieran legitimados en el uso sin restricciones de cualquier método para conquistar o mantenerse en el poder de Estado. Este proceso condujo al derrumbe de prácticamente todos los regímenes democráticos representativos europeos⁷, como preludio a las catástrofes humanas, sociales y políticas que significó para toda Europa el triunfo total del autoritarismo a través del fascismo,

6 Es de recordar que GRAMSCI es el autor, entre 1932 y 1934, de una reflexión sobre la obra de MAQUIAVELO titulada “Noterelle sulla politica del Machiavelli”, en la cual considera al partido político (leninista) como el príncipe moderno. Cfr. PORTANTIERO (2000) y el “Comentario” de GRAMSCI en MAQUIAVELO. *El Príncipe*, Ediciones Pepe, Medellín, s.f.

7 “El liberalismo político conoció un retroceso generalizado durante la ‘Era de las catástrofes’ (1914-1945) y este retroceso se aceleró bruscamente después de que ADOLFO HITLER fue nombrado canciller de Alemania en 1933. En 1920, el mundo contaba tal vez 35 gobiernos constitucionales y electivos [...] Hasta 1938, quedaron 17 Estados de este tipo; en 1944, había sólo 12 Estados sobre un total de 64 Estados” (HOBSBAWM, 1994: 156).

el nazismo y el estalinismo, y que desembocó en la Segunda Guerra Mundial⁸. Pero el fin de los regímenes fascistas y nazis no significó el fin de esta filosofía maquiaveliana, sintetizada en la famosa frase “el fin justifica los medios”. Después de la Segunda Guerra Mundial nuevos seguidores hicieron su aparición, particularmente en la figura de líderes políticos del llamado tercer mundo como MAO, POL POT, AMIN DADA, PINOCHET, VIDELA, SOMOZA o SADDAM HUSSEIN. La guerra fría permitió el desarrollo de una nueva lógica similar al antiguo “equilibrio de las naciones”. Los éxitos sociales e industriales de la Unión Soviética en los primeros años posteriores a la Segunda Guerra Mundial suscitaron, en respuesta, en Estados Unidos el desarrollo de políticas para erradicar la pobreza (*the poverty war*), y los países europeos construyeron un amplio sistema de seguridad social (el estado de bienestar socialdemócrata) para contrarrestar la influencia de partidos comunistas importantes, en particular en Francia e Italia. Posteriormente, el mismo presidente BUSH, con sus cárceles en Guantánamo, Irak y Afganistán, nos mostró que cualquier medio es legítimo para alcanzar un fin considerado como justo o deseable. De la justificación del uso de cualquier medio para alcanzar metas políticas –y en particular del uso de la fuerza o de la coacción física, de la tortura y del terror, de la mentira, de la astucia, del cinismo y del engaño– a la “solución final” del campo de exterminio de Auschwitz, al gulag soviético, a las dictaduras militares del Cono Sur latinoamericano, al genocidio camboyano, etc., el camino resulta más corto de lo que parece: la tentación de usar de todos los medios –incluido el de las políticas sociales– para conservar el poder según las circunstancias es una de las constantes del arte de gobernar inspirado en MAQUIAVELO. Hoy mismo, las políticas sociales asistencialistas son una práctica casi generalizada en Latinoamérica como herramienta clientelar de fidelización electoral⁹. De modo que las políticas públicas de derechos humanos (derechos sociales) suelen tener un carácter instrumental para la conservación, la conquista y la legitimación del poder político.

En el contexto de la guerra contra el eje nazi y fascista (Alemania, Italia, Japón), el tema de los derechos humanos adquirió una importancia considerable como instrumento ideológico y de propaganda por parte de los aliados. Desde 1941, en su Discurso sobre el estado de la Unión, el presidente de Estados Unidos, FRANKLIN D. ROOSEVELT, proponía la visión de un mundo basado en

8 Es importante señalar que no se trata de equiparar nazismo, fascismo y marxismo-leninismo. Lo que se quiere señalar es el “acuerdo” de hecho que se estableció entre estas ideologías en cuanto a concebir la actividad política a partir de la teoría política de MAQUIAVELO y a despreciar los valores y las instituciones democráticas liberales y la noción misma de derechos humanos.

9 Cfr. en Colombia políticas como “Familias en Acción” o en Venezuela las “Misiones”.

cuatro libertades fundamentales: la libertad de expresión, la libertad religiosa, la libertad de estar protegido de las necesidades básicas y la libertad de quedar a salvo del “miedo” mediante la disminución de los armamentos en el mundo (SENARCLENS, 1985: 12). Sin embargo, no hay que olvidar que mientras se organizaban reuniones preparatorias para discutir sobre la futura Organización de las Naciones Unidas –ONU–, y se preparaba una Declaración sobre los Derechos Humanos, los ingleses, en réplica a los bombardeos nazis sobre Rotterdam y Londres, no dudaron en usar, al igual que los nazis, el terrorismo de masas, bombardeando las poblaciones civiles alemanas, en particular la ciudad de Dresden (40.000 muertos civiles en esta ciudad en febrero de 1945); el gobierno de Estados Unidos lanzó dos bombas atómicas, los días 6 y 9 de agosto de 1945, sobre las ciudades de Hiroshima y Nagasaki (más de 200.000 muertos civiles) para obtener la rendición sin condiciones de Japón.

Después de 1945, los derechos humanos encontraron un contexto político favorable para incidir en la reconstrucción de las naciones y de las instituciones, a fin de guiar las relaciones internacionales y fomentar la preservación de la paz mediante el desarrollo económico y social. Entre 1945 y 1948, un proceso de elaboración de proposiciones apuntó a especificar, primero, el mandato de la naciente ONU en el tema y, en segundo lugar, a preparar un texto de Declaración relativa a los derechos humanos. En el marco de la ONU, los países victoriosos en la Segunda Guerra Mundial consideraron, a través de una Declaración, que era necesario, junto a los derechos civiles y políticos –que limitan la acción del Estado y protegen los derechos del individuo–, que se proclamaran otros derechos humanos de alcance universal igualmente importantes: los derechos económicos, sociales y culturales (art. 22 y ss.)¹⁰. Así nació la Declaración Universal de los Derechos Humanos, vinculante para todos los Estados miembros de la ONU, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por su Asamblea General¹¹.

Divergencias filosóficas e ideológicas se enfrentaron en cuanto a la importancia relativa de los diferentes derechos proclamados por la Declaración. De

10 Se trata del derecho a la seguridad social, al trabajo, al sueldo justo, al descanso, a la salud, a la educación, etc.

11 Es de anotar que de los 56 países presentes, ninguno desaprobó la Declaración Universal, pero ocho países se abstuvieron de votarla: la Unión Soviética, Ucrania, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Arabia Saudita, la Unión Sudafricana y Yugoslavia. La Unión Soviética y sus países aliados consideraban que la Declaración no era suficientemente progresista y, además, no mencionaba el “derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos” (este derecho se reconocerá en los pactos de 1966); Arabia Saudita rechazaba los artículos 16 y 17 (matrimonio y derechos iguales entre hombres y mujeres) y la Unión Sudafricana, con su política racial de *apartheid*, no aceptó los derechos económicos, sociales y culturales (SENARCLENS, 1985: 14).

un lado, la tradición occidental y liberal consideraba que era necesario establecer una categorización de los derechos en función de la naturaleza jurídica diferente de éstos. Bajo esta óptica, unos derechos eran considerados como absolutos y de aplicación inmediata: los derechos civiles y políticos; otros derechos, en particular los económicos y sociales, debido a su mecanismo de implementación diferente, precisaban de una aplicación progresiva. Esta concepción dio origen a una categorización de los derechos como de primera y segunda generación. De otro lado, los representantes de los países socialistas consideraban que era imposible categorizar los derechos humanos, y menos en función de una jerarquía de valores universalmente aceptada. Por tanto, había que proteger todos los derechos en forma igual. El debate —en particular en el seno de la ONU— entre cuál de estos dos grupos de derechos humanos era prioritario fue objeto de una larga discordia entre los Estados de régimen liberal y los del entonces bloque socialista, que reflejaba un conflicto “metodológico” sobre cómo armar el rompecabezas de los derechos humanos. Los primeros privilegiando los derechos civiles y políticos individuales (la libertad individual conduce a la prosperidad), y los segundos los derechos económicos y sociales (las condiciones materiales de vida conducen a la libertad auténtica). También surgieron divergencias entre los dos bloques sobre el tema del derecho de los pueblos a su autodeterminación, ya que gran parte de los países occidentales conservaban aún colonias en África, Asia y América.

Se puede concluir que, de forma general, las políticas públicas se han apoyado sobre los derechos humanos para permitir la justificación y la legitimación de los gobernantes de turno, para bien o para mal de las poblaciones. Desde el Estado, los derechos humanos han sido siempre un medio para legitimar el régimen político establecido, y rara vez fueron considerados como un fin en sí mismos. El reconocimiento de los derechos, de nuevos derechos, y la ampliación de otros ha sido producto de una tensión permanente entre, de un lado, poblaciones e individuos que luchan por una mayor libertad, justicia e igualdad, expresada con la fórmula “tengo derecho a...”, y, de otro, instituciones estatales que tienden a limitar esos derechos en función de su propia conveniencia. A nombre de los derechos humanos se puede, a partir de una perspectiva estrecha y sofisticada, justificar la tortura (torturar a unos pocos para garantizar la seguridad de más personas), pero también generar políticas sociales. La perspectiva tradicional de la acción pública ha hecho prácticamente caso omiso de entender la importancia del respeto a los derechos humanos en los mismos *medios* usados para lograr el fin. Si el Estado moderno ha tendido a justificar sus acciones mediante la finalidad de realizar los derechos humanos, lo ha hecho sin que le importen los medios utilizados: no se hacen tortillas sin romper huevos.

Hoy en día, con el reconocimiento siempre más amplio de un derecho humano a la participación en todos los asuntos que afectan nuestras vidas, se reconoce que los medios importan tanto como los fines buscados. Los medios usados para lograr un objetivo son una prefiguración de los fines. Los medios no son independientes de los fines. En la medida en que las políticas públicas son las acciones emprendidas por, o con el concurso de, las autoridades públicas para alcanzar o proteger un bien público, y que los derechos humanos son un bien público de obligatorio cumplimiento para cualquier Estado, la misma elaboración, decisión e implementación de las políticas públicas debe hacerse a través de un proceso respetuoso de los mismos: son medio y fin de la acción pública. La emergencia de los nuevos movimientos sociales durante los años 1960-1970 ha constituido un primer cuestionamiento a la idea de la representación política tradicional. Los nuevos movimientos pretenden actuar directamente, sin pasar por las instituciones que, supuestamente, representan a todo(as) los(as) ciudadano(as). Un derecho a la participación directa emergió y se encuentra en vía de consolidación. Hoy los conceptos de democracia participativa o deliberativa han hecho su entrada como principio constitucional, cuestionando el dominio absoluto de la democracia representativa. Tomar los derechos en serio implica, por lo tanto, revisar las bases filosóficas del funcionamiento de las instituciones políticas que han dominado los procesos políticos de estos dos últimos siglos, en donde el Estado moderno ha sido el actor dominante y excluyente.

Desde esta perspectiva, la mayor parte de las políticas públicas formuladas e implementadas por los Estados deben participar del objetivo de alcanzar uno u otro de los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales, en el anhelo de construir una sociedad que permita la paz, la libertad, la igualdad, la justicia y la “felicidad de todos”, según como lo proclamaron los revolucionarios norteamericanos y franceses hace algo más de dos siglos. Este anhelo ha sido reformulado desde 1948 por la ONU, organismo que tiene, como foro de los Estados, la obligación ética, política y jurídica de propender y velar por el respeto de los derechos humanos en los Estados miembros, ya que, teóricamente, el Estado es un instrumento al servicio de los ciudadanos para conducirlos hacia la “felicidad”.

No obstante, la inscripción en el sistema normativo no es suficiente. Las políticas públicas son conjuntos compuestos por ideas, valores, prácticas, decisiones, acciones y procesos político-administrativos e institucionales que transforman, reformulan y dan vida al discurso con el fin de materializarlo en realidades concretas tanto para los individuos como para las colectividades. En este sentido, hoy en día se presta mayor atención al proceso de diseño de las políticas públicas en el marco de los actuales procesos de reforma del Estado. La

introducción de elementos de democracia participativa o deliberativa constituye un avance hacia una mejor coherencia entre medios y fines. Igualmente, se ha desarrollado una serie de propuestas y de criterios para el diseño institucional, la implementación y la evaluación de políticas públicas, desde un “enfoque de derechos humanos” (Comisión Andina de Juristas, 2004; CUNILL, 2010)¹². En esta perspectiva, los procesos de participación a lo largo del desarrollo de tales políticas por parte de la población en general, de organizaciones sociales y de los ciudadanos en general son primordiales. Desde un enfoque de derechos, la política pública debe entenderse como la herramienta para la realización de los derechos humanos que se construye en base a estos mismos derechos.

Si bien el uso del discurso de los derechos humanos por los Estados puede convertirse en una forma de ideologizarlos, de banalizarlos, para facilitar su reducción y su instrumentalización a los tópicos que convienen a los intereses del poder de Estado y de sus beneficiarios, de los gobernantes o, incluso, de algunos profesionales de lo “humanitario”, es esencial que los ciudadanos y las poblaciones reivindiquen, reclamen y construyan políticas públicas que hagan respetar, profundicen y concreten realmente estos derechos en su pluralidad y totalidad. Se trata ahora de tomar “los derechos en serio” (DWORKIN, 1984), de exigir y participar en la formulación e implementación de éstos como estrategia de emancipación. Así entendida, la lucha por los derechos humanos es la continuación de la misma lucha por la emancipación del ser humano iniciada con la invención de la modernidad. Es la afirmación de la preeminencia de los derechos individuales y colectivos de las personas y los pueblos sobre los poderes instituidos y separados de la sociedad, llámense Dios, Estado, marido o padre. A través del proceso de modernización y de las luchas de los siglos pasados, parte de la humanidad se emancipó de la tutela ejercida por los poderes establecidos. Así, lentamente, con avances, retrocesos y errores, este anhelo emancipador se ha venido concretando a través de la lucha por el reconocimiento formal y material de los derechos humanos individuales y colectivos. Las exigencias de profundización o radicalización democrática (participación, deliberación) en los asuntos políticos continúan este movimiento hacia la emancipación de todo poder separado y superior al ser humano. La realización de estos derechos implica una transformación continua de las instituciones no solamente políticas, sino también sociales y culturales (tradiciones, costumbres). Un trabajo de invención institucional. Una vez legitimado un derecho, se inicia un largo

12 Cfr. también la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana, adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana, Portugal, diciembre de 2009 [www.clad.org].

y tortuoso camino de construcción y transformación de estas instituciones para su concreción efectiva. Las políticas públicas con enfoque en los derechos humanos representan entonces una herramienta para dar un paso más hacia “lo que es posible” en un determinado momento y contexto en el camino de la emancipación. Las políticas públicas son medios provisionales en los cuales se entremezclan y se expresan tanto los ideales políticos trascendentales de los derechos humanos (libertad, igualdad, solidaridad, dignidad), como las posibilidades institucionales del momento (los medios organizacionales, la cultura y las costumbres) y los intereses individuales y colectivos de los grupos sociales. Las políticas públicas son el instrumento para la realización de los derechos humanos, como medio y como fin.

Por eso, la marcha hacia un mayor respeto de los derechos humanos pasa también por cambios en la concepción misma del Estado, de sus modos de hacer, y de su relación con los ciudadanos. Ineluctablemente, a medida que se conquistan nuevos derechos y avanza la emancipación humana a través de la extensión y realización de los derechos humanos, en particular con la profundización de la idea democrática mediante diversos modos de participación ciudadana, el Estado verá sus poderes y sus medios de acción irremediamente redefinidos. La institución estatal debe transformarse progresivamente más en un ente para la organización de la deliberación pública y de coordinación *entre* individuos y grupos sociales que de gobierno *sobre* una población. Desde diversas perspectivas –aun minoritarias– se intenta fortalecer y ampliar la asunción progresiva de lo público desde lo no estatal (BRESSER-PEREIRA y CUNILL, 1998; BRESSER-PEREIRA, 1999). Estos enfoques, a partir de propuestas de reformas a la gestión pública más o menos radicales apuntan de esta manera a ampliar el espacio de la democracia en donde el Estado ejercía tradicionalmente su monopolio de forma autoritaria: en la labor de la administración pública (RAMIÓ, 2001; CUNILL, 1997, 2004). Así se intenta cerrar la brecha entre formulación e implementación de las políticas públicas, entre gobernantes y gobernados, para acercarse a formas de coproducción de las políticas públicas y de autogobierno. Éste es el sentido mismo de lo que está en juego alrededor de las experiencias sociopolíticas y administrativas, y del debate académico y político sobre temas como la democracia participativa o deliberativa en la acción pública. Es también a lo que apuntan las propuestas de “democracia radical” que proponen “reinventar la democracia” (SOUSA SANTOS, 2003) para que las políticas públicas sean el resultado de procesos colectivos de deliberación pública apoyados sobre criterios de justicia o de derechos. Estos elementos implican una redefinición profunda de la relación entre sociedad y Estado y, por tanto, de la concepción misma de éste último. De manera subrepticia, a través de la persecución y la realización de los derechos

humanos en la formulación e implementación de las políticas públicas, se perpetúa el anhelo de la utopía libertaria o anarquista¹³: el fin del Estado. Es decir, el fin del Estado entendido en el sentido del fin de la existencia de una institución de poder, burocrática, separada de la sociedad y que la domina, y que, en gran medida, pretende producirla. Se trata de construir desde la sociedad una nueva institucionalidad pública (postestatal) para la acción colectiva, concebida más como un ente de coordinación horizontal entre las organizaciones sociales, que de dominación y dirección vertical y autoritaria sobre la sociedad. Ahí reside el carácter auténticamente revolucionario de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAUD, PHILIPPE. *Science Politique, L'État*, Paris, Seuil, 1997.
- BRESSER-PEREIRA, LUIZ CARLOS. “Reforma estatal en los noventa: lógica y mecanismos de control”, en MIGUEL GANDOUR P. y LUIS BERNARDO MEJÍA G. (comps.). *Hacia el rediseño del Estado*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, Tercer Mundo Editores, 1999.
- BRESSER-PEREIRA, LUIZ CARLOS y NURIA CUNILL GRAU (comps.). *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, CLAD, Buenos Aires, Paidós, 1998.
- CASSIRER, ERNST. *Le mythe de l'Etat*, Paris, Gallimard, 1993.
- CLAD. *Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana*, adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana, Portugal, diciembre de 2009, [www.clad.org].
- Comisión Andina de Juristas. *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*, Lima, CAJ, 2004.
- CUNILL GRAU, NURIA. *Repensando lo público a través de la sociedad*, CLAD, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1997.
- CUNILL GRAU, NURIA. “La democratización de la administración pública. Los mitos a vencer”, en LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA et al. (comps.). *Política y gestión pública*, Buenos Aires, CLAD, FCE, 2004.

13 En el sentido “europeo” de estos términos, es decir sinónimo de socialismo libertario, opuesto al uso dado a estas palabras por la filosofía política norteamericana, en particular NOZICK, que las utiliza para apoyar la idea de un Estado mínimo ultraliberal o “anarcocapitalista”.

- CUNILL GRAU, NURIA. “Las políticas con enfoques de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 46, 2010.
- DUPUIS-DERI, FRANCIS. “L’esprit antidémocratique des fondateurs de la ‘démocratie’ moderne”, *Revue Agone*, n.º 22, septiembre de 1999.
- DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- FOUCAULT, MICHEL. *Seguridad, territorio, población*, México, FCE, 2006.
- GOYARD-FABRE, SIMONE. “L’idée de représentation à l’époque de la Révolution française”, *Études françaises*, vol. 25, n.º 2-3, 1989.
- HOBBSAWM, ERIC J. *L’âge des extrêmes. Histoire du court XX siècle*, Bruxelles, Editions Complexe, 1994.
- LASCOURMES, PIERRE y LE GALES PATRICK. *Sociologie de l’action publique*, Paris, Armand Colin, 2007.
- PERRIN, GUY. “La reconnaissance de la protection social comme droit de l’homme”, en A. BERENSTEIN et al. *Introduction à l’étude des droits de l’homme*, Genève, Centre d’Études de la Politique Sociale, Université de Genève, 1985.
- PORTANTIERO, JUAN CARLOS. “Gramsci, lector de Maquiavelo”, en VARNAGY, TOMÁS (comp.). *Fortuna y virtud en la República democrática. Ensayos sobre Maquiavelo*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.
- RAMIÓ MATAS, CARLES. “Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional”, *Reforma y Democracia*, Revista del CLAD, n.º 21, Caracas, octubre de 2001.
- RAMOS JIMÉNEZ, ALFREDO. *Comprender el Estado*, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, 1993.
- ROTH D., ANDRÉ-NOËL. *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2002.
- ROTH D., ANDRÉ-NOËL. *Discurso sin compromiso. La política de derechos humanos en Colombia*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2006.
- SENARCLENS, PIERRE DE. “Jalons pour une histoire des droits de l’homme”, en A. BERENSTEIN et al. *Introduction à l’étude des droits de l’homme*, Genève, Centre d’Études de la Politique Sociale, Université de Genève, 1985.
- SENARCLENS, PIERRE DE. *La politique internationale*, Paris, Armand Colin, 1998.

SOSA SANTOS, BOAVENTURA DE. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y de la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1998.

SOSA SANTOS, BOAVENTURA DE. *La caída del Angelus Novas: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2003.

DIEGO MOLANO APONTE

Hacia el mejoramiento de la política social en Colombia

Resumen. Los desarrollos de las políticas sociales en Latinoamérica y específicamente en Colombia se han ajustado a cada momento y contexto en el cual están inmersos. En este proceso, se ha evolucionado desde la caridad pública a principios del siglo XX, al surgimiento de los primeros instrumentos para la protección social, pasando por la superación de la pobreza enfocada en el desarrollo y la redistribución, hasta el afinamiento de políticas sociales cada vez más focalizadas y de mayor envergadura. En este proceso se ha producido un importante avance en todas las iniciativas del Gobierno Nacional. Específicamente, programas como Familias en Acción, JUNTOS y RESA, coordinados por Acción Social, se han caracterizado por el mejoramiento de los criterios técnicos para la selección de beneficiarios, por su cobertura geográfica y por haberse propuesto ir más allá del asistencialismo, convirtiéndose así en programas revolucionarios en términos del impacto y la innovación en el ámbito de la lucha contra la pobreza.

Palabras clave. Política social, innovación, pobreza, políticas públicas, capital social.

El desarrollo de los aspectos sociales en Latinoamérica y específicamente en Colombia se ha ajustado a cada momento y contexto en el cual están inmersos, adaptándose a las nuevas características de sus dimensiones temporal y espacial.

Para principios del siglo XX el país no contaba con la infraestructura necesaria para ofrecer servicios de asistencia pública, por lo tanto, la atención a la población pobre del país estaba en manos de la caridad pública. Es decir, a cargo de las comunidades religiosas auxiliadas por grupos de la élite social y el sector privado que actuaban como benefactores.

Sin embargo, debido a los prolongados efectos negativos de las crisis económicas, el aumento del desempleo y la persistencia de la pobreza, estos programas se han ido convirtiendo cada vez más en componentes permanentes de la política social. Desde mediados del siglo XX, el desarrollo social y la superación de la pobreza hacen parte central de los planes de gobierno de las diferentes administraciones; pese a esto, la manera de enfocar el problema y las soluciones tomadas frente al mismo han cambiado en cada época.

Durante el gobierno del presidente ALFONSO LÓPEZ PUMAREJO en la década de los 30, surgieron los primeros instrumentos para la protección social de los colombianos. En ese entonces se crearon las instituciones básicas de derecho laboral y previsión social para los trabajadores asalariados, proceso que posteriormente dio origen a la reglamentación de un amplio régimen de prestaciones sociales: la creación del Instituto de Seguros Sociales –ISS–, del Sistema de Subsidio Familiar –SSF–, de varias Cajas de Previsión –CP–, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–, y la adopción de normas que protegen el salario y la estabilidad del empleo. Sin embargo, estos programas fueron diseñados para los trabajadores del sector formal, excluyendo de sus beneficios a la población más pobre.

Durante la segunda mitad del siglo XX, los objetivos en términos de superación de la pobreza se remitían a generar condiciones para el desarrollo de la economía, la infraestructura, la creación de empresas, la eliminación de impuestos, la titulación de tierras y el aumento de los salarios. Es por esto que esta época se caracterizó por su énfasis en la construcción de obras de infraestructura y en el desarrollo de sectores como las exportaciones, la minería, las manufacturas y la construcción.

Durante los años 80, la aguda crisis económica que vivía Latinoamérica, sumada a la evidencia de que el desarrollo económico del país no favorecía necesariamente a toda la sociedad colombiana, llevaron a que las políticas estatales se enfocaran cada vez más en la redistribución; no en vano el plan de desarrollo del gobierno de BELISARIO BETANCUR CUARTAS 1983-1986 se denominó el “Cambio con equidad” y su énfasis principal estaba en promover una mejor equidad en la distribución de los beneficios del desarrollo.

Los principios rectores de la nueva política social y de las reformas neoliberales iniciadas a mediados de los 80 y consolidadas en los 90, muestran tres cambios importantes en la política social: la puesta en marcha del sistema de subsidios a la demanda y la prestación de los servicios sociales con mayor competitividad, la descentralización de los servicios de salud y educación y la focalización del gasto social en las poblaciones más pobres y vulnerables. En efecto, durante el gobierno de VIRGILO BARCO, la necesidad de tener intervenciones más focalizadas llevó a desarrollar criterios como los indicadores de Necesidades Básicas Insatisfechas –NBI– y las Líneas de Pobreza –LP– que se convirtieron en la base de los programas sociales de los gobiernos posteriores.

En el gobierno de CÉSAR GAVIRIA TRUJILLO 1990-1994 se propuso reducir la pobreza en cerca de 3,5 millones de personas por medio de la inversión social. Sin embargo, esta idea no se cumplió y al contrario, según el Banco Mundial, la pobreza en Colombia creció en 1992 afectando sobre todo al sector rural, hasta el punto que al final de su cuatrienio, el número de pobres por ingreso se incrementó en 1.900.000 personas.

El gobierno Gaviria tampoco logró cumplir con los objetivos y coberturas propuestas en los campos de salud, educación, vivienda y servicios. En educación, la cobertura neta en la secundaria aumentó de 46 a 48,4%, muy por debajo de la meta propuesta en el Plan de Desarrollo que buscaba alcanzar el 70% para 1995. En salud y seguridad social la cobertura propuesta se aplazó hasta el año 2001. La intención era cubrir a 2,5 millones de colombianos pobres, sin embargo, en caso de que se hubiesen incorporado al sistema 2 millones de personas, sólo se habría podido dar solución al 21% de la población objetivo.

Por último, los programas de vivienda alcanzaron las metas fijadas para 1994 (97%) en la adjudicación de subsidios pero no en la ejecución efectiva, la cual sólo

llegó al 32% en INURBE, al 26% en la cajas de compensación y al 50% en la Caja Agraria. Como parte de la política social del gobierno Gaviria, en 1990 se creó también la Consejería Presidencial para la Juventud, la Mujer y la Familia –CPJMF–. Esta tuvo serios problemas de coordinación con respecto al funcionamiento administrativo, jurídico, técnico y financiero, situación que creó inconvenientes relacionados con la toma de decisiones, rotación excesiva de directivas y funcionarios, y, sobre todo, con la ejecución de los proyectos y del presupuesto asignado. Estos problemas obstaculizaron el buen desempeño de gran parte de los programas y proyectos propuestos, y redujeron la posibilidad de alcanzar mayores coberturas.

En la segunda mitad de los años 90 se observa un cambio de orientación y se empiezan a adoptar nuevas iniciativas con el propósito de atender las múltiples causas y consecuencias de la pobreza. El programa “Salto Social” de ERNESTO SAMPER PIZANO 1994–1998 se enfocó en consolidar al Estado como orientador del desarrollo, lograr mayores niveles de equidad, impulsar una política de empleo y capacitación laboral, y alcanzar un crecimiento de la economía entre 5,2 y un 5,7% en el período del plan.

En el campo de la política social, el Plan se proponía alcanzar el umbral de la universalización y el mejoramiento de la calidad de los servicios sociales a través un importante aumento en el gasto social. Durante este gobierno se creó también la Red de Solidaridad Social, programa especial coordinado por la Presidencia para generar acciones y programas específicos que mejoraran la calidad de vida de los grupos de población más pobres y vulnerables. Su cobertura se inició con 131 municipios, hasta llegar a 450 en 1994, lo que representa el 45% de los municipios del país con una población cercana a los 9 millones de habitantes.

Algunos de los programas de la Red incluían:

Plan de empleo rural de emergencia: creación de 110.000 empleos directos a través de pequeños proyectos rurales, intensivos en mano de obra no calificada.

Plan de empleo urbano de emergencia: creación de 110.000 empleos directos en las áreas de adecuación y mantenimiento del espacio y la infraestructura social, y de servicios comunitarios en los barrios marginales de las ciudades del país.

Capacitación para el trabajo: apoyo, mediante becas, a 123.000 jóvenes de bajos ingresos, bachilleres o egresados del 9.º grado para que adelantaran cursos de habilitación laboral en el SENA.

Programa de Atención Materno Infantil –PAMI–: atención a 400.000 madres gestantes o lactantes, y a sus hijos menores de un año, incluyendo un programa integral de salud y nutrición.

Apoyo alimentario a niños en edad escolar: mejorar las condiciones de 890.000 niños beneficiarios de hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–.

Bono alimentario para niños rurales: bono alimentario a 140.000 niños pobres rurales entre los 1 y 7 años, no cubiertos por los programas del ICBF

Apoyo a mujeres jefes de hogar con hijos en edad escolar: bono escolar para 150.000 niños pobres que estén cursando la primaria.

Revivir: busca mejorar la condición de vida de 240.000 ancianos indigentes, mediante auxilios en dinero.

Vivir mejor: programa de vivienda rural para mejorar las condiciones de la vivienda a 300.000 familias pobres rurales.

Vivienda urbana y mejoramiento del entorno: 500.000 subsidios para el mejoramiento de las viviendas en zonas subnormales con el objetivo de beneficiar a más de 1 millón de familias en los centros urbanos con mayores problemas de informalidad y marginalidad.

Recrear: construcción de 1.700 parques y áreas recreativas en asentamientos marginales.

Talentos deportivos y artísticos: apoyo a 9.000 jóvenes pobres entre 12 y 18 años, mediante becas artísticas o deportivas.

Apoyo a recolectores de material reciclable: se beneficiarán directamente 25.000 personas y a sus familias en 18 ciudades del país.

Apoyo a habitantes de la calle: asistencia a jóvenes menores de 25 años para lograr su inserción en el sistema educativo y en el mercado laboral.

De acuerdo con el documento Conpes 2722 de 1994, se plantea un cumplimiento de 12.319.000 personas entre 1994-1998. Pese a esto, el balance de ejecución del mismo período indica que los programas de la RED beneficiaron a 3.723.527 personas, lo que indica una cobertura de impacto de sólo el 30%.

COBERTURA DE LA RED

Programa	% de ejecución-cobertura
Empleo rural	43
Empleo urbano	120
Capacitación para el trabajo	8
Apoyo alimentario	104
Bono alimentario	67
Apoyo a la mujer jefe de hogar	92
Revivir	32
Vivir mejor-vivienda rural	31
Vivienda urbana	11
Talentos deportivos	38

Fuente: Documento Conpes 2722 de 1994, RED de Solidaridad Social, Memorias 1994-1998.

De acuerdo con el seguimiento y evaluación de resultados llevado a cabo por la Contraloría General de la República, el desembolso de los recursos financieros fue de 85% y los resultados físicos alcanzaron el 66%. Es decir que, a pesar de que se entregaron los recursos, no se logró el impacto deseado en la comunidad.

En la Encuesta sobre Calidad de Vida realizada por la Misión Social durante 1997 se preguntó a los hogares si habían recibido algún beneficio de la RED (en cualquiera de los programas); el 94,6% de los encuestados urbanos respondió no haber recibido ningún beneficio y el 85,6% de los rurales. Entre los hogares pobres, el 90,7% de urbanos no recibió beneficios y el 90,4% de los rurales. El 85,6% de los hogares pobres urbanos no conocía los programas de la RED y el 90,0% de los rurales tampoco tenía conocimiento de ellos.

Entre los motivos por los cuales el alcance de estos programas no llegó a ser el esperado se encuentran: la debilidad en la gerencia social, la corrupción, la desviación de fondos y el clientelismo. De hecho, durante el gobierno Samper, las investigaciones del Ministerio Público se incrementaron cerca del 35% debido a casos de desfalco al erario, omisión o negligencia en el ejercicio de las funciones públicas y de abusos de autoridad. Entre 1994 y 1998 los organismos de control público tuvieron que iniciar investigaciones por malas prácticas en el INURBE (recursos de vivienda de interés social), el Fondo de Inversión Social –FIS–, el sistema de salud (en el caso de Caprecom) y en la Red de Solidaridad Social.

Entre 1996 y 1999 los efectos negativos del conflicto armado sobre la inversión privada, del desbalance fiscal y la crisis de los mercados emergentes se reflejaron en la más grave recesión de los últimos 70 años.

En el gobierno de ANDRÉS PASTRANA ARANGO 1998–2002 se creó el plan “Cambio para construir la paz” con el objetivo de alcanzar crecimiento sostenible con cohesión social y paz, reducir el desempleo, promover social y económicamente a la población, y mejorar la eficiencia y equidad en la asignación de los recursos públicos. En esta coyuntura se creó la Red de Apoyo Social –RAS–, como parte de la estrategia de recuperación económica y social del Plan Colombia. El propósito de la RAS era mitigar el impacto de la recesión económica y el saneamiento fiscal sobre la población más vulnerable, a través de la ejecución de tres programas: i. “Empleo en Acción”; ii. “Jóvenes en Acción”, y iii. “Familias en Acción”.

El programa “Jóvenes en Acción” buscaba mejorar las condiciones de inserción laboral de los jóvenes entre 18 y 25 años, clasificados en el nivel 1 o 2 del Sisben, que habitaban en las ciudades con las tasas de desempleo más altas del país. “Jóvenes en Acción” esperaba mejorar las condiciones de empleabilidad y los niveles de calificación de 100 mil jóvenes. Sin embargo, al final del periodo

de gobierno sólo 50.740 jóvenes entre 18 y 25 años habían sido beneficiarios de este programa.

Por su parte, “Familias en Acción” se propuso mitigar los efectos de la crisis económica de 350 mil familias en situación de pobreza, a través de un nuevo esquema de subsidios de salud, educación y nutrición. El Programa se desarrolló en los municipios con menos de 100 mil habitantes con capacidad de oferta en los servicios de educación y salud. Hasta 2002, 150.154 familias en situación de pobreza se habían beneficiado de este programa.

El programa “Empleos en Acción” pretendía generar 300 mil empleos no calificados en tres años pero llegó a beneficiar sólo a 178.206 personas.

Durante el gobierno de ÁLVARO URIBE VÉLEZ se introdujeron modificaciones trascendentales a los esquemas de protección social en Colombia. Las diferencias con respecto a las intervenciones tradicionales se reflejaron en múltiples aspectos, desde las consideraciones de fondo sobre sus objetivos, alcance y perspectivas de corto y largo plazo, hasta los temas operativos. Sin embargo, la principal característica que diferenció esta intervención de algunas de las políticas anteriores fue el énfasis en la condicionalidad y la corresponsabilidad.

En los programas sociales de Acción Social, la corresponsabilidad marca la diferencia y permite ir más allá del asistencialismo, para generar condiciones de auto subsistencia, en vez de dependencia con los programas. Algunos ejemplos de cómo funciona este concepto son los programas “Generación de Ingresos”, “Familias en Acción”, JUNTOS, “Mujeres Ahorradoras en Acción” y “Familias Guardabosques Productivas”, todos ellos sustentados en el trabajo mancomunado y en la generación de cambios de actitud que se reflejan en la comunidad.

En el caso de JUNTOS, la intervención comienza con la firma de acuerdos de corresponsabilidad en los que el gobierno se compromete a dar acceso preferencial a los servicios del Estado, y las personas a cumplir con las metas planteadas por el cogestor. A la fecha, 1.275.812 familias en 1.060 municipios de 32 departamentos forman parte de esta estrategia.

En “Familias en Acción”, las familias reciben subsidios condicionados para la asistencia escolar y los controles médicos, dando como resultado una reducción del 6% en el trabajo infantil de los niños entre 10 y 13 años en las áreas rurales, y una disminución de la intensidad de la jornada laboral de los niños trabajadores de las áreas urbanas de 14 a 17 años entre 80 y 100 horas al mes. Además de esto, en el marco del programa se realizan procesos de sensibilización sobre los roles familiares, se propicia la socialización de los menores y la estimulación a iniciativas sociales y comunitarias.

Familias en Acción ha iniciado, promovido y financiado un proyecto revolucionario de bancarización en América Latina con una meta de más de 2.700.000

familias con cuentas individuales de ahorro. El proceso ha comenzado a generar ahorro entre las familias que recibieron el pago de subsidios condicionados en sus cuentas, además de constituir una forma de asegurar los recursos de las mismas y alejarlas de sistemas informales costosos y riesgosos.

Igualmente, en Colombia, desde el año 2003, la Red de Seguridad Alimentaria –RESA– busca mejorar el acceso a los alimentos de las familias en condiciones de vulnerabilidad, especialmente aquellas que se encuentran en situación de pobreza, mediante la producción de alimentos para el autoconsumo. Para esto ha diseñado cuatro líneas de intervención que se adaptan a diferentes contextos –urbano, rural, cuna, y maíz y fríjol– a través de las cuales se ha beneficiado a 824.957 familias en 1.013 municipios de 32 departamentos.

Otra característica que diferencia sustancialmente a Familias en Acción, JUNTOS, Familias Guardabosques y otros programas sociales del gobierno Uribe, de otras intervenciones, es la vinculación entre objetivos de corto y largo plazo. A través de estos programas se diseñó, por primera vez, una política para proteger la capacidad de generación de ingresos futura de los niños y niñas más pobres, y para la superación de las trampas de la pobreza.

Los 12.043.351 beneficiarios de los programas de Acción Social durante el gobierno del ALVARO URIBE, superaron con creces los 3.723.527 de la administración Samper, mientras que el programa Familias en Acción alcanzó una cobertura de 2,9 millones de familias, multiplicando los resultados presentados por la administración Pastrana, que para el 2002 registraba 150.154 familias beneficiarias de este programa. A través de una inversión de 9.908.934 millones de pesos entre agosto de 2002 y enero de 2010, los programas sociales del gobierno URIBE VÉLEZ fueron los primeros en la historia del país en alcanzar dimensiones masivas, cuya cobertura abarca los 32 departamentos del país.

Los esfuerzos, canalizados a través de Acción Social, se han visto complementados con otras iniciativas del gobierno en temas fundamentales para la superación de la pobreza como la salud y la educación.

Los crecimientos de cotizaciones al Sena y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en los que ha influido la reforma que trajo la planilla única de declaración y pago, además de la reorientación de las entidades, han permitido multiplicar sus coberturas por siete en el primer caso y por tres en el segundo.

En educación básica la cobertura bruta superó el 80% llegando al 100%, y en educación media superó el 57% alcanzando el 80%, es decir, de 424 mil bachilleres al principio del gobierno pasó a más de 700 mil en 2010.

La cobertura universitaria ha pasado de menos de un millón de estudiantes a cerca de un millón 700 mil, número que incluye la formación titulada del

nivel técnico y tecnológico. En términos relativos, la cobertura pasó del 22 a cerca del 36%.

El ICETEX, una de las 464 entidades reformadas, ha pasado de 60 mil usuarios de crédito a más de 300 mil, cuyas solicitudes se tramitan por Internet a través de las universidades y sin necesidad de recomendación política. También introdujo un programa, todavía pequeño, de subsidios de manutención.

El Sena ha adelantado una verdadera revolución, multiplicando por siete la formación vocacional y por más de diez la matrícula en programas titulados del nivel técnico y tecnológico, enseñando inglés a un millón de estudiantes a través de Internet e instruyendo en formación productiva a más de 160 mil integrantes de las Fuerzas Armadas.

El aumento de la cobertura alimentaria del ICBF, en sólo restaurantes escolares, creció de 2,8 millones de beneficiarios a más de 4,1 millones y de 122 a 180 días de atención; además introdujo el programa de desayunos infantiles para 1,7 millones de niños y mejoró los apoyos a las madres de los hogares comunitarios, llegando a los lugares de más difícil acceso; el ICBF ha ejecutado dos mil obras de mejoramiento y construcción de hogares y jardines de primera infancia.

En cuanto al aseguramiento en salud éste está próximo a ser universal. Se ha pasado de 23 a 43 millones de ciudadanos con acceso a este servicio. La depuración de las EPS, la posibilidad de acceso virtual de los ciudadanos a la Superintendencia y los mecanismos de agilización de pagos deben contribuir al mejoramiento del servicio.

Entre titulaciones y tierras entregadas, las comunidades campesinas recibieron en este Gobierno 4.800.164 hectáreas. Las principales fuentes se incluyen la compra directa a través de convocatorias, los traslados de la Dirección Nacional de Estupefacientes, el Fondo Nacional Agrario, la titulación, las adquisiciones de Familias Guardabosques y las tierras tituladas a resguardos indígenas.

Las reformas a la Ley de Extinción de Dominio y la adopción de mecanismos institucionales más transparentes para administrar estos bienes, con la transformación de la Dirección de Estupefacientes y la creación de la nueva entidad, SAE, al estilo de CISA, auguran una aceleración del ritmo de recuperación de tierras apropiadas ilícitamente por el narcoterrorismo y la corrupción.

Estos esfuerzos han redundado en un exitoso proceso de superación de la pobreza; en estos años Colombia ha reducido la pobreza en cerca de 2 millones de personas, sin considerar el efecto de los apoyos de política social, y en cerca de 4 millones cuando se incluye el impacto del gasto social en el bienestar real de las familias.

Teniendo en cuenta solamente el ingreso propio de las familias, a 2009 la pobreza se redujo en 8%, y la extrema en 3,3%. Los programas sociales cubren

cerca del 60% del déficit de ingreso de las familias pobres. Sin embargo, la pobreza no sólo tiene que ver con la ausencia de ingresos. El Índice Multidimensional de Pobreza elaborado por el Oxford Poverty and Human Development Initiative, y que examina diez dimensiones de educación, salud y estándar de vida, señala en un reciente informe que la pobreza en Colombia, teniendo en cuenta este índice, es del 9%. Al aplicar esta metodología, el Departamento Nacional de Planeación concluye que entre 2003 y 2008 la pobreza disminuyó en 3,9 millones de personas.

A pesar de estos avances, el Gobierno Nacional y Acción Social enfrentan retos importantes que se desprenden de las gestiones realizadas en años anteriores y que se enmarcan dentro de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, entre ellos, mantener y mejorar el programa de Familias en Acción con mayores recursos e incentivos, fortalecer la gestión y el presupuesto de la red JUNTOS para la superación de la pobreza e impulsar la seguridad alimentaria nutricional con base en la vocación agropecuaria del país.

En cuanto a perfeccionar el programa Familias en Acción, se debe terminar el proceso de bancarización, fundamental para asegurar los ahorros de las familias más vulnerables y generar acceso a los servicios financieros formales; definir una propuesta de atención a niños con discapacidad cognitiva; garantizar recursos para pagar todos los ciclos de la enseñanza; impulsar una ley de educación superior que cobije a los participantes de Familias en Acción con subsidios y crédito del ICETEX, y promover programas de capacitación para madres titulares por medio del SENA. Estos elementos tienen que ver con la inversión en el capital humano y, a su vez, con la intención de promover la educación como uno de los eslabones fundamentales para la política de promoción de empleo del actual gobierno.

Para el fortalecimiento de la gestión de la Red JUNTOS se requiere aprobar un documento Conpes de inversiones estratégicas con incentivos a entidades territoriales; asegurar la destinación específica del presupuesto 2011 por parte de las 17 entidades que conforman la estrategia; alcanzar el micro aseguramiento del 100% de las familias JUNTOS para evitar retrocesos en la lucha contra la pobreza, y crear una red de protección ante eventualidades y accidentes; además, lograr 1,5 billones de pesos para el mejoramiento de las viviendas de las familias JUNTOS.

Con el fin de complementar y mejorar la ReSA se plantea lanzar un gran programa de seguridad alimentaria a nivel rural para que los pequeños productores vuelvan a comer en su finca; garantizar recursos para atender a población vulnerable; impulsar el Observatorio Nacional de Seguridad Alimentaria, y destinar un porcentaje de la tierra para siembra de alimentos de pan coger.

Así mismo, nos hemos propuesto ajustar y potencializar programas como mujeres ahorradoras y capitalización de micro emprendimientos, con el fin de que impulsen la generación sostenible de empleos para la población más vulnerable del país.

Finalmente, uno de los principales retos hacia la prosperidad social, consiste en la estabilización de la población desplazada por la violencia; para ello se debe impulsar la estrategia “Retornar es Vivir”, la cual sirve como marco para la garantía de goce efectivo de los derechos de quienes han decidido retornar a sus territorios, ofreciendo acompañamiento para la generación de ingresos sostenible y la restitución de bienes, entre otros.

Teniendo en cuenta los anteriores elementos y a través de la articulación de esfuerzos, este gobierno se propone retomar y potencializar los avances alcanzados durante el gobierno anterior para cumplir con las metas propuestas en el plan de gobierno y con los objetivos de Desarrollo del Milenio en cuanto a la superación de la pobreza y el mejoramiento de la calidad de vida de las poblaciones más vulnerables del país.

JOSEFA BUITRAGO DE POSADA, NUBIA RAMÍREZ Y BETTY MONROY

*El contexto de las políticas públicas en educación con grupos
en situación de desplazamiento forzado: una propuesta
hacia la construcción de una pedagogía diferencial*

Resumen. El presente escrito presenta conclusiones de la experiencia de la Facultad de Educación en el Proyecto de la “Cátedra Unesco”¹. La Facultad desarrolla una propuesta que se ocupa de tres aspectos: desarrollo de investigación en cuanto a la formulación y prueba de un modelo pedagógico que fomente la igualdad y la inclusión en poblaciones en situación de desplazamiento forzado, un análisis de políticas públicas en educación relacionadas con tal población y formación de investigadores y docentes en la línea de desarrollo humano y de valores de la Facultad².

Se plantean conclusiones vinculando dos categorías generales: la pedagogía aplicada y las políticas públicas educativas en relación con poblaciones en situación de desplazamiento forzado. La propuesta de un enfoque de pedagogía diferencial con personas en situación de desplazamiento forzado tiene dos pilares para su construcción: el desarrollo humano y el derecho a la educación.

Palabras clave. Pedagogía aplicada, políticas públicas educativas, pedagogía diferencial, desplazamiento forzado, desarrollo humano, derecho a la educación.

I. PROPUESTA DE UNA PEDAGOGÍA DIFERENCIAL

Desde sus inicios, el proyecto de la Facultad de Educación de la Universidad Externado de Colombia tuvo como una de sus intencionalidades poner a prueba una propuesta pedagógica, cuyo énfasis en desarrollo humano buscó hacer viva una pedagogía diferencial, es decir, una pedagogía que intente mejorar las realidades específicas de los grupos y las personas que son el punto de partida de la educación, manteniendo su esencia. Un supuesto de importancia es cómo se conciben las diferencias humanas y cómo se articula su gestión en los sistemas educativos (y sociales). La finalidad de la pedagogía diferencial es contribuir a sentar las bases de una educación más inclusiva y equitativa con todos los participantes en procesos educativos desde el respeto, la dignidad y el apoyo a la propia diversidad.

La necesidad de un enfoque diferencial se fundamenta tanto en aspectos educativos y culturales de la educación contemporánea como en el principio de igualdad, según el cual, se busca proteger a las personas que se encuentren en cir-

1 Proyecto de Cátedra Unesco, Derechos Humanos y Violencia, Gobierno y Gobernanza, Programa Unitwin, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Educación: Desarrollo de un modelo pedagógico que fomente la igualdad y la inclusión en poblaciones víctimas de desplazamiento forzado y análisis de políticas públicas en educación relacionadas con la población en situación de desplazamiento forzado.

2 Se elaboraron tres tesis en la Maestría en educación con énfasis en Desarrollo Humano y Valores por los autores WILSON MUÑOZ, PAULO BOLÍVAR y SILENNYA JIMÉNEZ; además se desarrollaron seminarios y talleres con educadores.

cunstancias de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta, de manera que se logre la igualdad real y efectiva. La Corte Constitucional ha señalado insistentemente que la atención diferencial constituye “el punto de apoyo para proteger a quienes se hallan en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno”³.

De otra parte, el enfoque diferencial tiene que ver con asumir los efectos psicosociales que produce el trauma del desplazamiento en los niños y las niñas que lo viven. Ellos se enfrentan a la pérdida de sus referentes afectivos: familiares, amigos, vecinos, sus pertenencias y, en general, su relación con el mundo natural y social donde han vivido previamente al desplazamiento. El desplazamiento expone a los menores a un choque cultural y social, al encontrarse con un espacio diferente de su lugar de origen y grandes cambios en las relaciones que viven a diario con los adultos que les rodean, quienes se adaptan difícilmente al medio al cual llegan.

Con base en la estrategia pedagógica aplicada⁴ se derivan las siguientes conclusiones:

I. I. DESARROLLO HUMANO PLENO

Este concepto se trabaja desde las siguientes categorías: identidad, interculturalidad, desarrollo afectivo, desarrollo social como convivencia y formación ciudadana, pluriculturalidad, conocimiento de nuevos contextos, desarrollo laboral y salud.

a. La pedagogía diferencial se basa en *la construcción de la identidad de los educandos*. Por ello, se trabajó en la construcción del sí mismo con base en los *anclajes de la identidad*⁵ que propone HARRÉ (1984): cuerpo, nombre (es un derecho de todas las personas en el mundo)⁶, conciencia de sí mismo, y la memoria y la interacción como elementos de cohesión y de fortaleza yoica. La pérdida de la confianza conduce a la *exclusión* de las relaciones sociales, a la *despersonalización* (WEIGERT, 1983): no se puede sostener una identidad viable si no existe confianza del sujeto y ésta debe mantenerse a través del compromiso inquebrantable con

3 Corte Constitucional. Sentencia T-050 de 1993.

4 En el artículo de 2008 se describe la estrategia pedagógica aplicada.

5 Anclaje es una metáfora para dar a entender que hacemos una estructura personal (en lo posible, flexible) que permita fijar una posición, y resistir cambios y fluctuaciones de la vida. La identidad permite aferrarse para no ser arrastrado a la deriva. Hacen la metáfora con el bambú, planta que se dobla y se mece con la fuerza de los vientos, pero no se quiebra

6 En 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los Derechos del Niño. El Principio III consagra el derecho a un nombre y a una nacionalidad desde el nacimiento.

la propia identidad” (REVILLA, 1998: 20). Es difícil entonces la interacción con otros sin el encuentro consigo mismo porque *cada sujeto es diferente*. Y desde sí mismo se mantienen y enriquecen las diferencias. Esta es una pedagogía de construcción del sujeto.

b. La construcción de una pedagogía diferencial implica la *pluriculturalidad y la interculturalidad*; se insiste en la existencia de diversas identidades y culturas, es decir, relaciones y vínculos de convivencia de las diferentes culturas en su diferencia, y desde la vivencia cotidiana entre diversos grupos, personas con sentidos propios y distintos de existencia. Si bien es cierto que el desplazamiento interno tiene muchas causas y acostumbrarse a convivir no es suficiente solución, sí es fundamental el hecho de aprender a compartir diferencias para construir un país distinto, donde quepamos todos en la comprensión de que las diferencias constituyen riqueza. La convivencia es una labor conjunta en diferentes espacios, inclusiva de todos los actores, para construir en la práctica, en el día a día, la convivencia como proceso de vida en conjunto y en la diferencia.

Lo anterior lleva a comprender y aceptar la multiculturalidad que subsume una variedad de creencias, políticas y prácticas en educación que pretende dar una provisión de conocimientos y actitudes en una sociedad multiétnica. La educación multicultural se refiere a la implementación del pluralismo y la diversidad en todas las propuestas pedagógicas, recogiendo las profundas raíces que el multiculturalismo presenta en la sociedad (COHEN y ARATO, 1986: 2 y 68).

c. De otra parte, en una experiencia basada en pedagogía diferencial se observa que los estudiantes requieren programas específicos de *atención socio-afectiva* que conduzcan a su fortalecimiento emocional. El enfoque psicosocial busca identificar y comprender las interpretaciones que los individuos, familias y colectivos dan a los hechos, las particulares maneras de enfrentarlos y, en este sentido, poder evaluar el significado que éstos tienen para sus vidas. Al mismo tiempo, busca favorecer una elaboración de las experiencias (dotarlas de sentido) y potenciar los recursos internos (individuales, familiares y colectivos) que disponen quienes han sido víctimas de este fenómeno, así como aportar en la capacidad para agenciar los recursos externos.

Los proyectos de recuperación emocional deben apuntar a que las personas superen la “situación” de desplazados para que puedan asumirse nuevamente como sujetos valorados, reconocidos y autónomos. Recuperarse emocionalmente, implica no sólo la elaboración de los duelos⁷ y de los eventos del pasado (a

7 Los duelos son entendidos como las formas empleadas por las personas para hacer frente a las pérdidas. Generalmente, consisten en un proceso que contempla diversas etapas: negación del hecho, cólera por la

pesar de la importancia que ello tiene); significa sobre todo, la posibilidad de vivir el presente, ganar nuevamente la capacidad para “poder controlar sus vidas”, lo cual supone, a la vez, superar las situaciones que dan lugar a los sentimientos de indignidad, incertidumbre, exclusión y estigmatización social.

d. Otro aspecto de una pedagogía diferencial se refiere a la *integración de nuevos contextos*. Este reto se refiere a que las personas se apropien de nuevos contextos sociales para asumir códigos urbanos, estilos de vida y comprender las dinámicas sociales del lugar a donde llegan por efecto del desplazamiento. En este aspecto es de particular interés la integración al contexto *escolar* porque los niños y niñas deben llegar a otras escuelas con características muy diferentes a la que tenían. Estas diferencias pueden ser curriculares, metodológicos y de evaluación, o los muchachos llegan en condición de extraedad o no hay proceso de inducción a la nueva escuela o, como en el caso de los adultos, algunos no cuentan con experiencia escolar.

e. El otro aspecto importante del desarrollo humano en la población en situación de desplazamiento forzado es la *integración productiva*, para que adultos y jóvenes desarrollen conocimientos y habilidades que les permitan desempeñarse como personas productivas, obtener medios para alcanzar una vida digna y para ampliar sus horizontes (y esperanzas) de vida económica y de participación en la sociedad.

La integración productiva requiere los siguientes elementos:

- Un *proyecto colectivo* que convoque la participación activa de las personas en situación de desplazamiento, establezca relaciones sociales entre las personas y los grupos y desarrolle planes de desarrollo por zonas o regiones para lograr tal inclusión.
- Un *tejido social nuevo que acoja a las personas*, el propio se rompe con el desplazamiento, que involucre organizaciones de base de todo tipo (económicas, comunales, generacionales, ambientales, culturales) con perspectivas económicas y proyección social.
- Una capacidad de *liderazgo* que se forme para renovar, potenciar y movilizar a gestores sociales a la luz de proyectos colectivos de desarrollo.
- *Recursos para emprendimiento* que consideren procesos de formación, desarrollo y monitoreo empresarial en relación con empresas nacionales e internacionales que estimulen el desarrollo y ofrezcan oportunidades de vida digna.

pérdida, negociación (ambivalencia y toma en consideración de distintos puntos de vista y sentimientos), depresión y aceptación. Sin embargo, las diversas formas y tiempos requeridos para la elaboración de los duelos responden, además de las características personales, a diferencias culturales: CARLOS BERISTAIN. *Reconstruir el tejido social. Un enfoque crítico a la ayuda humanitaria*, Icaria Editorial, Barcelona, 1999, p. 100.

- *Grupos, instituciones públicas y privadas* que trabajen en procesos de acercamiento, negociación y concertación con los actores sociales y comunitarios para establecer lazos de confianza y cooperación en el marco del proyecto colectivo de desarrollo y promover unas formas nuevas de relación entre el Estado y la comunidad y promover así la gobernabilidad y competitividad de los grupos en general y las personas en particular.

f. *Reconocimiento de sí mismo y de los otros*. En el ámbito de una *pedagogía conversacional*, se acude al lenguaje para que amplíe, como una manera de vivir juntos, las interacciones de los miembros de una comunidad y se convierta en una fuente de saberes y experiencias, así como en una red de lecturas cruzadas y acciones consensuadas, que generen la complejidad de vivir en los juegos del lenguaje (WITTGENSTEIN, 1956). El lenguaje es la capacidad de expresión y de contacto con los otros, y un área de trabajo vital con las personas víctimas de desplazamiento interno, porque en la escuela el sujeto debe *reconocerse a sí mismo y a los otros* para comprender la relación que hay entre una construcción de expresión de sí mismo, que crea sentidos compartidos, para *oír decir, oír un decir que nos dice algo, nos alcanza* y el movimiento que, distinguiéndose de las leyes y códigos de una institución escolar, lleve a un proceso de acercamiento entre sí, a la tarea permanente de la amistad.

g. Escuela como ámbito de *constitución de sujetos ciudadanos*. La escuela tiene una importante función en la formación ciudadana (participación, discusión, toma de decisiones). Tiene una función política: construir entre todos sentidos colectivos de vida en común. En la categoría de construir una *pedagogía para reencontrarse con el mundo*, la estrategia pedagógica permite que las personas desarrollen algunas operaciones cognitivas⁸ y que cada una aprenda a comprender el mundo que la rodea para vivir con *dignidad*, desarrollar sus capacidades, comunicarse y apreciar el conocimiento para vivir, descubrirlo y formarse como sujetos ciudadanos. Así, se entiende que la educación es un modo de desarrollar a las personas y por ello se plantea una estrategia que implica construir. Una nueva cultura política a partir de la escuela propone efectos positivos de valores compartidos, normas sociales y culturales, y formación para generar capacidad de asociación, como capital social que impulse la construcción de redes y un clima de confianza, siendo entonces los grupos humanos mucho más inteligentes al utilizar sus recursos para mejorar su calidad de vida (RAFFAGHELLI, 2001: 1).

8 Desarrollo de procesos psíquicos y de aprendizaje que permiten a las personas apropiarse de nuevos conocimientos, reconstruirlos, y construir o producir otros nuevos u otras aplicaciones de los mismos a la vida.

La formación ciudadana se va logrando en la medida en que se generen procesos sociales, culturales y políticos más incluyentes, que propicien la participación y la deliberación entre ciudadanos, agentes y organizaciones de la sociedad. Esto significa fomentar procesos de construcción reflexiva de la vida ciudadana, y la democratización de la sociedad a la luz de los avances de la humanidad y de las exigencias de la globalización imperante (GARAY, 2000: 39).

1.2. LOGROS DERIVADOS DE LA ESTRATEGIA PEDAGÓGICA

El cuadro siguiente presenta una forma de concreción de logros de la propuesta pedagógica con profesores que tienen alumnos en situación de desplazamiento:

Categorías generales	Acciones	Logros
Identidad	Teorización y contextualización.	Visibilidad de cada una de las personas participantes. Interacción entre las personas. Reconocimiento personal y social.
Sentir la vida	Interpretación. Fortalecimiento de vínculos.	Amistad como ámbito de recuperación. Diálogo como fuente de interacción. Expresión simbólica en diferentes formas.
La escuela como referente vital	Teorización. Discusión. Aplicación.	Reconocimiento de su protagonismo en la escuela. Participación para construir y enriquecer la vida en la escuela. Creación de sentidos colectivos como eje del fortalecimiento de las comunidades educativas.
La construcción de sujetos ciudadanos	Conocimiento. Aplicación. Diseño.	<ul style="list-style-type: none"> – La solidaridad como centro de la vida cotidiana. – El reconocimiento de la ciudad como referente en la construcción colectiva de identidades. – La participación en la formulación de decisiones. – La información como función pública de la escuela. – El acuerdo como eje de decisiones que afectan a los actores. – El reconocimiento de sí mismo y de los demás como fundamento pedagógico de construcción de identidades y subjetividades autónomas. – La comprensión de la vida cotidiana. – La construcción de alternativas culturales, sociales y productivas.

2. NORMAS RELACIONADAS CON LA EDUCACIÓN DE POBLACIÓN EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO⁹

La normatividad propuesta como un proceso que conduce a la toma de decisiones con participación conjunta del Estado y la sociedad civil, con la actuación de los poderes públicos que penetran las diferentes relaciones educativas, el conjunto de decisiones para transformar y producir cambios en la sociedad con la realización de acciones necesarias en la esfera de lo público, es decir, directamente relacionado con el logro del bien común. Para una formulación de política pública que comprometa al ciudadano como protagonista en la consecución de los objetivos políticos definidos en las esferas de decisión social. En estos sentidos, la política pública tiene que ver con la vida social, económica y política de las comunidades, como dice HABERMAS (1981: 15) sobre la esfera de lo público:

Es un escenario de participación política indispensable para que un régimen político pueda nombrarse como democrático. La participación política propia de este escenario es dialógica, de interacción discursiva y por lo tanto de deliberación e interlocución, de debate. Los sujetos de la interacción discursiva se definen a sí mismos como ciudadanos y ciudadanas libres en capacidad de pensar y examinar los asuntos que les son comunes. Los escenarios están institucionalizados y hacen parte de la dimensión de las asociaciones democráticas, propia de las prácticas constitutivas de una esfera pública democrática. Los asuntos sobre los que se delibera en la esfera pública adquieren carácter político y en esta medida (idealmente) no están sometidos a la lógica del mercado (compra-venta).

En cuanto a la política pública en educación para población en situación de desplazamiento forzado, se muestra la existencia de normas y disposiciones en los ámbitos nacional e internacional.

2.1. A NIVEL NACIONAL

En relación con Políticas Públicas en el campo de la educación para personas en situación de desplazamiento forzado, en Colombia se ha encontrado específicamente la Ley 387 de 1997, donde se mencionan aspectos educativos particulares; el decreto 250 de 2005, que constituye el Plan Nacional para la Atención Inte-

9 En este aspecto, se hicieron entrevistas y revisiones documentales, con responsables de programas, políticas y acciones atinentes a la población, para determinar el tipo de actividad que se realiza, identificar debilidades y fortalezas, y proponer acciones de coordinación intersectorial.

gral a la Población Desplazada; la Constitución Nacional de Colombia, la cual consagra el derecho a la educación en el sentido, como derecho fundamental y como derecho prestacional; el Decreto 2562 de 2001 por el cual se reglamenta la Ley 387 del 18 de julio de 1997, en cuanto a la prestación del servicio público educativo a la población desplazada por la violencia; la Sentencia T-025 del 2004, por la cual se dictan medidas urgentes para garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran en esta situación por causa del conflicto armado; el Auto n.º 176 del 29 de agosto de 2005 de la Corte Constitucional, que ordena al Ministro de Hacienda, al director del Departamento de Planeación Nacional y a los miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada cumplir el fallo de la sentencia respectiva del 2004.

LEY 387 DE 1997

Esta Ley define la estructura de la política pública para la prevención y atención al desplazamiento interno forzado y regula todos sus aspectos básicos. Crea el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada –SNAPD–, a partir de dos instrumentos estructuradores: la Red Nacional de Información y el Observatorio sobre Desplazamiento Forzado. En los dos casos estamos ante la necesidad de desarrollar estrategias de caracterización adecuada del fenómeno del desplazamiento en sus particularidades regionales, culturales, socioeconómicas y hasta geopolíticas y estratégicas, sin lo cual ni el Estado ni las organizaciones de la Sociedad Civil pueden articular intervenciones efectivas acordes con la naturaleza diversa del problema.

Así, la política consta básicamente de tres elementos principales:

– La prevención del desplazamiento forzado, mediante la intervención del Estado para neutralizar los factores que lo generan.

– La atención humanitaria de emergencia, mediante la cual se provee a la población desplazada de alimentos, utensilios, alojamiento, salud básica, atención psicosocial y educación para los niños.

– La estabilización socioeconómica, mediante la provisión de soluciones de ingresos (empleo o ingresos por cuenta propia a través de proyectos productivos), vivienda y servicios básicos, e integración social.

La estabilización socioeconómica puede tener lugar en tres modalidades: mediante el retorno al sitio de origen, mediante la estabilización en el sitio de recepción (en adelante, integración local), o mediante la relocalización en un sitio diferente al de origen y al de recepción (en adelante, reasentamiento).

DECRETO 250 DE 2005

Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada.

- Guía de atención integral a la población desplazada por la violencia.
- Carta de derechos básicos de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE COLOMBIA

La Constitución consagra el derecho a la educación en dos sentidos: la educación como derecho fundamental y como derecho prestacional.

En el *primer sentido*, el artículo 27 establece que el Estado tiene obligación de garantizar las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; el artículo 44 dispone que la educación es un derecho fundamental de los niños y niñas. Los incisos primero y tercero del artículo 67 disponen que la educación es un derecho de todas las personas y que su realización es responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia. Al Estado le corresponde regular y ejercer suprema vigilancia de la educación con el fin de velar por la calidad, el cumplimiento de los fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos. Igualmente, le compete garantizar el adecuado cubrimiento del servicio, y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sector educativo. Asimismo los incisos tercero y cuarto del mismo artículo, disponen que la educación es obligatoria entre los 5 y 15 años de edad, comprende mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica y expresa que la educación es gratuita sin que la gratuidad entre en contradicción con los derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

La Corte Constitucional extendió la protección del artículo 67 de Constitución Política hasta los 18 años.

En el *segundo sentido*, el artículo 67 dispone, en razón de la función social de la educación, que es una función prioritaria del Estado y debe prestarse de manera permanente, regular, continua y eficiente, bajo estándares mínimos de calidad y precios al alcance de todas las personas.

Los artículos mencionados dicen así:

Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formara al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y

la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.

[...]

Artículo 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La Ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación. La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente. Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa. Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

Artículo 71. La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

Artículo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

DECRETO 2562 DE 2001

Este Decreto establece servicios educativos a la población desplazada por la violencia, fija la competencia de las entidades territoriales para garantizar la prestación del servicio público de la educación en los niveles de preescolar, básica y media, en donde quiera que se ubiquen las poblaciones desplazadas por la violencia, tanto en la etapa de atención humanitaria como en la de retorno o reubicación. Establece, además, criterios y requisitos que rigen el acceso de la población desplazada al servicio público educativo: la persona desplazada por la violencia que aspire a un cupo educativo, deberá estar incluida en el registro único de población desplazada conforme a lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 387 de 1997 y el Título III del Decreto 2569 de 2000.

Según el Decreto, la Red de Solidaridad Social (Acción Social) y las secretarías de educación departamentales, distritales y municipales, deben impulsar la creación de cooperativas que presten el servicio educativo a la población desplazada por la violencia. Igualmente se ha de promover la integración de líderes comunitarios para que contribuyan a la prestación del servicio educativo al segmento de la población desplazada.

El decreto plantea adecuación de instalaciones provisionales donde se puedan desarrollar los programas educativos de emergencia para la población escolar; así mismo deberá garantizar la seguridad y salubridad a los desplazados, la formación y actualización de docentes, de acuerdo con planes de las secretarías de educación a través de los comités departamentales y distritales de capacitación, los cuales desarrollarán programas de formación y capacitación para los docentes que atienden población desplazada, en la forma y términos del Capítulo II del Título VI de la Ley 115 de 1994.

Por último, la atención educativa deberá prestarse en sitios de retorno, de reubicación o reasentamiento. Una vez superada la atención humanitaria de emergencia y determinado el sitio de retorno o reubicación, la secretaría de educación del departamento, distrito o municipio, según el caso, atenderá con prioridad a la población en edad escolar garantizando el cupo en los establecimientos educativos de su jurisdicción.

SENTENCIA T-025 DEL 2004

Por la cual se dictan medidas urgentes para garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran en esta situación por causa del conflicto armado. La sentencia es el resultado de muchas peticiones de ciudadanos y ciudadanas colombianas a la justicia colombiana, para que se hagan efectivos y se garanticen los derechos humanos en su condición de desplazamiento forzado interno¹⁰.

El problema del desplazamiento forzado interno en Colombia, cuya dinámica actual tuvo su inicio en la década de los años 80, afecta a grandes masas poblacionales. La situación es tan preocupante, que en distintas oportunidades la Corte Constitucional la ha calificado como a. “Un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado”; b. “Un verdadero estado de emergencia social”, “una tragedia nacional, que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas”, y “un serio peligro para la sociedad política colombiana”; y, más recientemente, c. Un “estado de cosas inconstitucional” que “contraría la racionalidad implícita en el constitucionalismo”, al causar una “evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenidas en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos”.

También ha resaltado esta Corporación que, por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas –en su mayor parte mujeres cabeza de familia, niños y personas de la tercera edad– que se ven obligadas “a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional” para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor

10 “Las personas desplazadas (o desplazados internos) son personas civiles que huyen de situaciones de violencia que ponen en riesgo su vida, su salud o su dignidad, sin llegar a atravesar las fronteras de su propio país. Se diferencian de los refugiados en que estos últimos atraviesan fronteras nacionales, estando protegidos por una rama del Derecho Internacional denominada Derecho de los Refugiados. En un conflicto interno, las personas desplazadas están protegidas en virtud del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra (cfr. P8) y del Protocolo II [...] En el derecho humanitario se prohíben los desplazamientos forzados de la población; son posibles, únicamente si son indispensables para garantizar la seguridad de la población, o por imperiosas razones militares. Además, la protección general que en el derecho humanitario se garantiza a la población civil debería poder limitar los desplazamientos”: disponible en [www.icrc.org/Web/spa/sitespao.nsf/html], octubre de 2005.

de vulnerabilidad, lo que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades:

“Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado”. En ese mismo orden de ideas, ha indicado la Corte “la necesidad de inclinar la agenda política del Estado a la solución del desplazamiento interno y el deber de darle prioridad sobre muchos otros tópicos de la agenda pública”, dada la incidencia determinante que, por sus dimensiones y sus consecuencias psicológicas, políticas y socioeconómicas, ejercerá este fenómeno sobre la vida nacional. La Sentencia atiende asimismo el Derecho a la Educación, en particular el de los menores de edad que sufren un desplazamiento forzado y se han visto obligados, por ende, a interrumpir su proceso de formación.

AUTO N.º 176 DEL 29 DE AGOSTO DE 2005
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Ésta ordena al Ministro de Hacienda, al director del Departamento de Planeación Nacional y a los miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada¹¹ cumplir el fallo de la Sentencia del 2004. La Corte consideró que si bien el gobierno nacional ha realizado esfuerzos presupuestales para atender la crisis humanitaria que soportan los desplazados internos, éstos no son suficientes, pues no se ha superado el *estado de cosas inconstitucional*, es decir, los derechos humanos de los desplazados en Colombia continúan siendo vulnerados y desconocidos por las instituciones del Estado. “O cumplen el fallo o se van a la cárcel” (CODHES¹², octubre 2005).

El auto ordena al Ministro de Hacienda, al director de la ACCI y al director de Planeación Nacional entregar antes del 1.º de diciembre de 2005, un cronogra-

11 El Consejo Nacional de Atención a la Población Desplazada se creó por medio del artículo 6.º de la ley 387 de 1997, por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado, la atención protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos. Está integrado por un delegado del Presidente de la República, quien lo presidirá; el Consejero Presidencial para los Desplazados, o quien haga sus veces; el Ministro del Interior; el Ministro de Hacienda y Crédito Público; el Ministro de Defensa Nacional; el Ministro de Salud; el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural; el Ministro de Desarrollo Económico; el Director del Departamento Nacional de Planeación; el Defensor del Pueblo; el Consejero Presidencial para los Derechos Humanos, o quien haga sus veces; el Consejero Presidencial para la Política Social, o quien haga sus veces; el Gerente de la Red de Solidaridad o quien haga sus veces y el Alto Comisionado para la Paz, o quien haga sus veces.

12 Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES–.

ma que señale los mecanismos y los tiempos para la asignación de recursos para la implementación de la Política Pública de atención a la población desplazada. Ordena a Planeación Nacional que actualice el estimativo calculado, de tal forma que incluya las personas desplazadas que deben ser atendidas en cada periodo fiscal. Y ordena a las instituciones públicas responsables de atender población desplazada, brindar toda la información a los responsables de implementar la política pública en mención.

La Corte ordena implementar un plan de acción que responda a las necesidades de la población afectada en los términos que esta determina “a más tardar el 31 de marzo de 2004”, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente.

2.2. A NIVEL INTERNACIONAL

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (1948, APARTADO PRIMERO, ARTÍCULO 26)

Esta declaración establece que la educación es un derecho de todas las personas y que por lo menos la educación básica es gratuita y obligatoria; que los fines esenciales de la educación están directamente interconectados con el libre desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y, que los representantes de las personas menores de 18 años tienen la facultad para elegir la educación que consideren más favorable para el desarrollo de niños y niñas. Estos principios fueron adoptados y ratificados por el Estado colombiano e imponen una serie de obligaciones. Los artículos más relacionados con el tópico de la investigación son los siguientes:

Artículo 1.º Igualdad, dignidad y libertad en el disfrute de los derechos.

Artículo 7.º Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

[...] Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

[...] Artículo 26. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

– La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

– Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

– Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES –PIDESC–, ARTÍCULOS 13, 14 Y 15

El *artículo* 13, en primera instancia, establece como obligaciones para los Estados:

– Garantizar que la enseñanza primaria sea obligatoria, asequible y gratuita para todas las personas.

– Asegurar que la enseñanza secundaria, incluso técnica y profesional, sea generalizada y accesible para todas las personas.

– Asegurar que la enseñanza superior sea accesible para todas las personas, sobre la base de la capacidad de cada una, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

– Fomentar la educación fundamental para las personas hayan terminado el ciclo de la educación primaria.

– Proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de enseñanza, implantar sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones materiales del profesorado.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O
“PACTO DE SAN JOSÉ” Y PROTOCOLO ADICIONAL EN MATERIA
DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES O
“PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”

En el Capítulo III se presenta un artículo dedicado a derechos económicos, sociales y culturales y establece que los Estados se comprometen a adoptar providencias, a nivel interno y externo, para lograr la efectividad plena de los derechos que derivan de las normas de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Esta Convención tiene dos artículos consagrados al derecho a la educación: el *artículo 28*, que establece obligaciones de los Estados parte, y el *artículo 29*, que establece fines y propósitos de la educación.

Los Estados deben garantizar los siguientes aspectos:

- Implementar la educación primaria y gratuita para todos los niños y niñas;
- Implementar de manera progresiva la enseñanza secundaria y superior gratuitas, como medida para que las personas puedan disponer y acceder a estos niveles;
- Hacer la enseñanza superior accesible a todas las personas con base en la capacidad por cuantos medios sean apropiados.

PRINCIPIOS RECTORES DE LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS
DE LAS NACIONES UNIDAS

Existe hoy día el convencimiento general de que los desplazamientos internos, que afectan en todo el mundo a más de 25 millones de personas, se han convertido en uno de los fenómenos más trágicos de nuestro tiempo. Los desplazamientos, consecuencia habitual de experiencias traumáticas de conflictos violentos, violaciones manifiestas de los derechos humanos y causas similares en las que la discriminación tiene un papel significativo, generan casi siempre condiciones de sufrimiento y penalidad para las poblaciones afectadas. Provocan la ruptura familiar, cortan los lazos sociales y culturales, ponen término a relaciones de empleo sólidas, perturban las oportunidades educativas y niegan el acceso a necesidades vitales como la alimentación, la vivienda y la medicina, y exponen

a personas inocentes a graves actos de violencia en situaciones de alta vulnerabilidad y precariedad en término de protección y asistencia.

En términos de lo educativo, el *principio 23* dice lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la educación.

Para dar efecto a este derecho las autoridades competentes se asegurarán de que los desplazados internos, en particular los niños desplazados, reciben una educación gratuita y obligatoria a nivel primario. La educación respetará su identidad cultural, su idioma y su religión.

Se harán esfuerzos especiales por conseguir la plena e igual participación de mujeres y niñas en los programas educativos.

Tan pronto como las condiciones lo permitan, los servicios de educación y formación se pondrán a disposición de los desplazados internos, en particular adolescentes y mujeres, con independencia de que vivan o no en campamentos.

2.3. TODOS SOMOS SUJETOS DE DERECHOS

– En concordancia con la Constitución Nacional de Colombia se promueven principios como la equidad, la atención a las diferencias entre grupos y personas. Las oportunidades de acceso, la inclusión y el respeto por la diferencia.

– De otra parte, se promueven criterios de pertenencia, incorporación a los derechos civiles, políticos y sociales. En el caso específico de la educación, se busca estimular el acceso a la educación de la población vulnerable en el caso de las personas en desplazamiento forzado; vulnerabilidad se refiere a situaciones de inseguridad e indefensión, debilidad, precariedad y fragilidad en relación a los vínculos económicos, familiares, laborales y culturales.

– Desde la normatividad se especifican aspectos de vulnerabilidad en términos de salud física, pobreza e indigencia, carencia o escasez de servicios básicos de calidad: educación, salud y vivienda, baja calidad de los servicios públicos.

– Desde el planteamiento anterior se propone, en forma genérica, la necesidad de atención psicológica ante trastornos psicológicos por el problema del desplazamiento.

– El Código de la Infancia y la Adolescencia señala que su finalidad es “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (art. 1.º) y establece como principios rectores de las políticas públicas de infancia y adolescencia el interés superior del niño, niña

o adolescente, la prevalencia de sus derechos, la protección integral, la equidad, la integralidad y articulación de las políticas, la solidaridad, la participación social, la prioridad de las políticas públicas sobre niñez y adolescencia, la prioridad en la inversión social y la perspectiva de género (art. 203). El Código se queda corto frente a la obligación de protección y atención diferenciada que niños y niñas en situación de desplazamiento merecen, en caso de que el deber de prevención se incumpla y estos derechos adquieran particularidades al momento de su ejercicio por parte de aquellos que han sido desplazados forzosamente, de manera que es necesario considerar qué condiciones hacen que se realicen de manera diferente.

A partir de la revisión documental con base en las normas y los planteamientos de la Procuraduría General de la Nación (mayo de 2006), se pueden colegir principios de acción como estos:

- El derecho a la educación se asocia a calidad y ésta se asocia a la pertinencia del currículo, a la preparación de los docentes, a la disponibilidad de recursos financieros, materiales y didácticos, a los procesos de gestión y administración, a los resultados y los logros.

- La calidad educativa también está estrechamente vinculada con la equidad como condición interdependiente para el cumplimiento del derecho fundamental a la educación. Un sistema es equitativo cuando brinda acceso a la educación a toda la población, sin distinguir del nivel socio-económico, procedencias étnicas, culturales, religiosas o de cualquier índole.

- Para que la educación cumpla con su papel, es necesario identificar los factores asociados que afectan a los niños, niñas y jóvenes para permanecer en la escuela.

- Los procesos educativos deben buscar la integración de los niños y niñas, como pertenencia e incorporación a los derechos civiles, políticos y sociales.

- Se requiere que los procesos educativos hagan énfasis en la equidad como principio de justicia que tiene en cuenta las diferencias entre personas y grupos sociales, y ofrezca oportunidades de acceso, de inclusión y de respeto a la diferencia.

- Se observan dificultades y limitaciones para lograr la pertinencia, flexibilidad e integración curricular con el mundo del trabajo en correspondencia con el desarrollo de las múltiples dimensiones y necesidades de las personas en situación de desplazamiento.

- Se observa también dificultad de cumplimiento por parte del Estado y de la sociedad para materializar el derecho a la educación. Hay deficiencias en la formulación de las políticas públicas y en la destinación de los recursos que garanticen la disponibilidad, el acceso y la permanencia en el sistema educativo,

con proyectos pertinentes, y en condiciones de equidad e igualdad y sin ningún tipo de exclusión (emergencia *vs.* estabilización).

– Se observa énfasis en cobertura, en aspectos de asistencia por la emergencia y que las experiencias pedagógicas se dan más en el ámbito de las ONG y de la iniciativa privada. En últimas, la política en materia de educación de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento debe superar el enfoque cuantitativo para ir más allá de los cupos y generar una escuela amable que incentive y valore las innovaciones de los y las maestras, que fomente la participación de los estudiantes y que sea uno de los ejes para la garantía de los derechos de niños y niñas, de manera sostenible y articulada con otras iniciativas.

– En algunas ciudades (Bogotá, Medellín) comienza a aplicarse la política de gratuidad en educación básica para la población en general. En el sentido de atención a la población en situación de desplazamiento, se desarrollan políticas públicas como la que atiende la salud de esta población, durante los primeros 45 días de arribo, a la red pública hospitalaria del Distrito, antes de ser vinculada al registro o sistema nacional de desplazados –Sipod– actividad que ejecuta Acción Social, organismo de la Presidencia de la República, donde se efectúa la valoración de los hechos que generaron el desplazamiento, información que se entrega en declaración ante el Ministerio Público.

– Las políticas públicas del Distrito Capital se desarrollan con los principios constitucionales de subsidiariedad, complementariedad y corresponsabilidad. Es decir, en el tema de atención humanitaria de emergencia, la administración distrital hace la primera atención de urgencia con la entrega de un bono alimentario, y Acción Social contribuye con más ayuda alimentaria, con los implementos de aseo, de cocina, el vestuario y la asignación de recursos para el pago de arriendo. La administración de la Capital atiende el proceso de estabilización socioeconómica y restablecimiento de derechos de las personas desplazadas por medio de Unidades de Atención y Orientación –UAO– de la Secretaría de Gobierno.

La educación es un derecho fundamental y el Estado garantiza su obligatoriedad. En 1991, con la proclamación de la Constitución Nacional, se estableció un nuevo orden nacional bajo el cual se trabaja en el desarrollo del país con base en la inversión productiva, el fortalecimiento institucional y la cohesión social como fundamento para alcanzar la equidad en un Estado Social de Derecho fundado en los principios de libertad, solidaridad y democracia.

Para cumplir con el mandato constitucional y frente a la preocupación por la tendencia generalizada de asumir la educación como servicio público, la Procuraduría General de la Nación planteó, en mayo de 2006, que la educación es universal, indivisible, interrelacionada e interdependiente, y que su garantía y disfrute debe abordarse desde cuatro dimensiones:

– *Asequibilidad*. Significa presupuesto suficiente, escuelas y maestros necesarios, infraestructura y dotaciones pertinentes;

– *Accesibilidad*. Significa gratuidad, accesibilidad económica, material y geográfica a las instituciones escolares.

– *Adaptabilidad*. Significa pertinencia del currículo y la oferta educativa de acuerdo con contextos y características de poblaciones específicas.

– *Aceptabilidad*. Significa calidad de la educación asociada a las necesidades, intereses y expectativas de las comunidades y poblaciones en desplazamiento forzado interno.

El siguiente cuadro comparativo relaciona los componentes de la estrategia pedagógica con los componentes del Derecho a la Educación:

Categorías del Derecho Categorías propuesta pedagógica	Asequibilidad	Accesibilidad	Adaptabilidad	Aceptabilidad
Todos somos sujetos de derecho.	Gratuidad, atención socio-económica, solidaridad. Compromiso de diferentes sectores nacionales (Sena, universidades, ICBF...). Apoyo a investigación educativa para atender a poblaciones diversas. Atención de esta población con criterios de equidad, justicia y reparación. Vinculación de la educación al desarrollo humano del País.	Educación obligatoria y gratuita. Ninguna discriminación. Asignación presupuestal adecuada. Transporte y útiles escolares. Profesores preparados. Retención escolar.	Educación para distintos sujetos y grupos sociales. Libertad para optar por escuela. Ámbitos diversos para estimular convivencia. Escuelas con características propias de diferentes contextos culturales. Pedagogías flexibles y apropiadas.	Educación en derechos humanos. Derecho internacional. Escuela de calidad. Procesos educativos diferenciales.

continúa en p. 353

viene de p. 352

Categorías del Derecho propuesta pedagógica	Asequibilidad	Accesibilidad	Adaptabilidad	Aceptabilidad
Derecho al desarrollo humano pleno.	<p>Salud física, atención psicosocial, psicoterapia, recursos, profesionales de la salud.</p> <p>Ambientes saludables.</p>	<p>Permanencia en la escuela.</p> <p>Escuela como ámbito de protección.</p> <p>Desarrollo de comunidades de aprendizaje.</p> <p>Formación de equipos docentes móviles.</p> <p>Declaración de zonas de emergencia educativa.</p> <p>Educación a través de medios de comunicación.</p> <p>Realización sostenida de programas de textos y materiales</p> <p>Formación general en Derechos Humanos.</p> <p>Propuestas educativas a través de las tecnologías de la información y la comunicación.</p>	<p>Programas específicos.</p> <p>Profesionales preparados.</p> <p>Escuela como ámbito de protección.</p> <p>Trabajo en identidad, multiculturalidad y convivencia.</p> <p>Desarrollo de la personalidad.</p> <p>Derecho a imaginarios y opciones de futuro.</p>	<p>Programas apropiados a los niños y niñas.</p> <p>Programas específicos de atención socioafectiva.</p> <p>Formación productiva para ampliar sus horizontes de vida económica y participación en la sociedad.</p>
Escuela como ámbito de constitución de sujetos ciudadanos.	Derecho a matrícula y a calidad escolar.	Respeto y promoción de derechos humanos.	<p>Participación.</p> <p>Vivencias democráticas.</p> <p>Diseño de currículos flexibles apropiados.</p> <p>Desarrollo de investigaciones para generar saberes y producir respuestas apropiadas.</p>	Formación en derechos humanos.

continúa en p. 354

viene de p. 353

Categorías del Derecho Categorías propuesta pedagógica	Asequibilidad	Accesibilidad	Adaptabilidad	Aceptabilidad
Escuela como ámbito de constitución de sujetos ciudadanos.	Derecho a matrícula y a calidad escolar.	Respeto y promoción de derechos humanos.	Participación de las comunidades para formarse como comunidades de aprendizaje apoyadas por pedagogos. Apoyo emocional por parte de expertos. Formación de emprendedores	Formación en derechos humanos.
La escuela como referencia.	Contexto de desarrollo humano.	Comprensión y adaptación a nuevos contextos escolares y sociales.	Integración a las culturas, la ciencia y las tecnologías.	Construcción de referentes geográficos sociales y afectivos. Una educación con pedagogías específicas. Una educación con cultura. Una educación con visión de sistema. Una educación para la convivencia. Una educación para la expresión.

CONCLUSIONES

Desde el contexto de las políticas públicas se hizo evidente en las estadísticas recogidas que se amplía la oferta del servicio de cobertura e integración de la población desplazada. Así mismo se establecen garantías en el restablecimiento de algunos derechos vulnerados, entre ellos la igualdad de oportunidades y el respeto a la identidad cultural.

En ciudades como Bogotá y Medellín, de gran volumen de recepción, en las cuales el enfoque diferencial ha sido orientador, se firma en 2005 un acuerdo de voluntades denominado “Iniciativas para fortalecer las políticas públicas de

atención al desplazamiento interno”, en el cual se establecen planes integrales de atención al desplazado.

En este sentido la política pública expresa formas institucionalizadas que rigen la interacción entre sociedad-estado –orden de competencias y responsabilidades–, y la composición interna del sistema jerárquico de autoridad, que da cuenta de los fenómenos particulares que representan exclusión o inclusión de actores sociales al sistema.

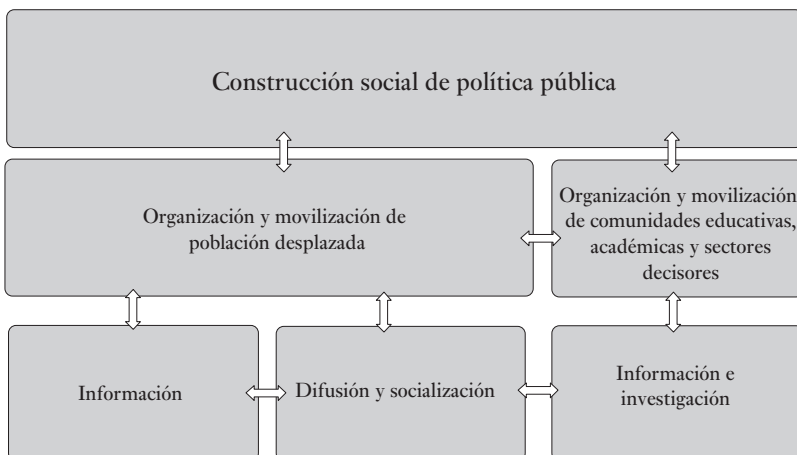
A pesar de los esfuerzos por parte de organizaciones públicas y privadas todavía, en términos de porcentaje, encontramos un déficit de atención de forma integral y con cooperación efectiva.

El conflicto armado interno, y la presión de algunas ONG y de la comunidad internacional, llevaron al reconocimiento de la problemática, presionando al Estado a formular la política pública (CONPES 2804 de 1995).

Al contrastar los objetivos y las finalidades, desde la relación costo-beneficio y costo-eficiencia, se analiza si el problema queda resuelto o la demanda fue atendida.

Aunque en materia de educación se han logrado avances (en el caso de las IED oficiales se han implementado programas de nivelación –articulación–) todavía falta lograr metas que apunten precisamente a diseñar un modelo educativo que atienda de manera diferencial a la población desplazada, superando el accionar coyuntural por una política estable, asignación de cupos, exoneración de matrículas, y pensiones, entre otros.

Se requiere un proceso de construcción social de política pública en educación con población en situación de desplazamiento. El esquema siguiente surge del análisis realizado, de las necesidades de participación y decisión de la población en situación de desplazamiento y de potenciar la articulación agencias públicas y privadas, nacionales e internacionales para atender un asunto tan grave y de tantas proporciones en el País:



BIBLIOGRAFÍA

- BELLO, MARTHA; ELENA MARTÍN y FERNANDO ARIAS (eds.) *Efectos psicosociales y culturales del desplazamiento*, Bogotá, Universidad Nacional, Fundación Dos Mundos y Corporación Avre, 2000.
- BELLO, MARTHA NUBIA. *Desplazamiento forzado y reconstrucción de identidades*, Bogotá, Icfes, Ministerio de Educación Nacional, Premio Nacional de Ensayo Académico Alberto Lleras Camargo, 2001.
- BELLO, MARTHA NUBIA. “Identidad, dignidad y desplazamiento forzado. Una lectura psicosocial”. en *Desplazamiento forzado interno en Colombia: Conflicto, Paz y desarrollo*, Bogotá, ACNUR-CODHES, 2001.
- CODHES. *La consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento. Sistema de información sobre el desplazamiento*, 2008.
- CODHES y Conferencia Episcopal de Colombia. *Desafíos para construir nación. El país ante el desplazamiento, el conflicto armado y la crisis humanitaria 1995-2005*, Bogotá, Ruben's impresores, 2006.
- Contraloría General de la Nación. “Bienestar y macroeconomía 2002-2006: el crecimiento inequitativo no es sostenible”, Bogotá, Centro de Investigaciones para el Desarrollo -CID-, Universidad Nacional de Colombia, junio de 2006.
- Corte Constitucional. Sentencias T-416 de 1996 y T-373 de 1993.
- Decreto 173 de 1998
- Decreto 2562 del 2.001
- Defensoría del Pueblo. *Desplazamiento Forzado. Sentencia T-025 de 2004*, Bogotá, Panamericana Forma e Impresos, 2004.
- Diagnóstico sobre la población desplazada en seis departamentos de Colombia*, Bogotá, Organización Internacional para las Migraciones -OIM-, 2002.
- Defensoría del Pueblo. *El Derecho a la Educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, 2003.
- Defensoría del Pueblo. *Evaluación de la política pública en procesos de restablecimiento de la población desplazada desde un enfoque de derechos humanos*.

- Defensoría del Pueblo. *Sistema de seguimiento y evaluación de la política pública educativa a la luz del derecho a la educación*, Bogotá, 2004.
- FREIRE, PAULO. *Pedagogía para la autonomía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- FREIRE, PAULO. *Pedagogía de la indignación*, Madrid, Ediciones Morata, 2001.
- FREIRE, PAULO. *Pedagogía de la esperanza*, Madrid, Ediciones Morata, 2001.
- GÓMEZ, CLARA ELENA; JUAN FERNANDO VÉLEZ y RUBÉN FERNÁNDEZ. “Recorrer la ciudad para conocerla. Aprendizajes significativos sobre la ciudad en jóvenes que han vivido desplazamiento forzado en Medellín”, en *Develando mitos. Ensayos sobre subjetividad y ciudadanía*, Medellín, Corporación Región, 2004.
- GRAJALES, CÉSAR. *El dolor oculto de la infancia*, Colombia, Unicef, 1999.
- GREENSPAN STANLEY I. y BERYL LIEFF BENDERLEY. *El crecimiento de la mente y los ambiguos orígenes de la inteligencia*, Madrid, Editorial Paidós, 1997.
- HABERMAS, J. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, G. Gili, 1981.
- JIMÉNEZ, SANDRO et al. “Identidad social y restablecimiento urbano de población exiliada internamente en Colombia”, *Revista de Investigación y Desarrollo*, vol. 11, n.º 2, octubre de 2003.
- MATURANA, H. R. “Ontología del conversar”, *Terapia Psicológica*, 10, 15-23, 1998b.
- Ministerio de Educación Nacional. *Lineamientos de política para la atención educativa a poblaciones vulnerables*, Bogotá, 2005.
- MOLINA BOLÍVAR, PAULO ALBERTO. *El derecho a la Educación en Colombia: análisis crítico de la política pública educativa, en educación básica, para la población desplazada*, Tesis de grado, Facultad de Educación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- PINILLA VÁSQUEZ, RAQUEL. *La palabra cuenta. Relatos de niñas y niños en condición de desplazamiento*, Centro de Investigaciones y Desarrollo Científico, Bogotá, Universidad Distrital Francisco José de Caldas, 2006.
- Procuraduría General de la Nación. *El derecho a la educación. La educación en la perspectiva de los derechos humanos*, Bogotá, 2006.
- RESTREPO, LINA RAQUEL y HENRY DANIEL ESPINOSA. “Adolescencia y desplazamiento. Entre el cambio y la migración”, *Poesis* n.º 15, *Revista Electrónica de Psicología Social*, dis-

ponible en [<http://www.funlam.edu.co/poiesis/Ediciono15/Adolescenciaydesplazamiento.EspinosayRestrepo.pdf>].

RICOEUR, PAUL. *Sí mismo como otro*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2003.

SALDARRIAGA, JAIME. “¿Educación de desplazados o transformación de la Escuela?”, *Revista Desde la Región* n.º 37, Medellín, Corporación Región, 2002.

Sentencia C-410 de 1994.

Sentencia T-025 de 2004.

TOMASEVSKY, KATARINA. *El asalto a la Educación*, Intermón Oxfam, España, 2004.

TOURAINÉ, ALAINE. *¿Podremos vivir juntos?: iguales y diferentes*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997.

TRUYOL, DENIS BEATRIZ. *El derecho a la educación de niños, niñas y jóvenes en situación de desplazamiento forzado en Santafé de Bogotá*, CODHES y UNICEF, Bogotá, 1999.

JOÃO RICARDO W. DORNELLES

*Derechos Humanos y pensamiento crítico:
por una criminología de la liberación*

Resumen. El surgimiento de la Criminología Crítica, a partir de los años de 1960, representó un marco de ruptura con la Criminología oficial hegemónica, de corte positivista. Este amplio movimiento científico nos remite a una reflexión sobre como los procesos de criminalización expresan relaciones de poder en sociedades con desigualdades sociales. Su base es el pensamiento crítico y nos remite a tratar los temas estructurales de las sociedades contemporáneas.

Palabras clave. Criminología, pensamiento crítico, derechos humanos, violencia.

La expresión “criminología de la liberación” nos remite al campo de la “nueva criminología”, más precisamente a la “criminología crítica” y a las reflexiones sobre Derechos Humanos, principalmente a través de autores como LOLA ANIYAR DE CASTRO, ROSA DEL OLMO, ALESSANDRO BARATTA, GEORG RUSHE, OTTO KIRCHHEIMER, DARIO MELOSSI y MASSIMO PAVARINI, entre otros.

La criminología crítica se caracteriza por la confrontación frontal con los principios y metodología de la criminología tradicional, de corte positivista. La criminología crítica se constituye como un amplio movimiento científico con un eje central de identidad basado en el cuestionamiento de la vieja criminología, una criminología de represión tanto en su vertiente clínico-antropológica como en la sociológico-ambiental que se revelaron como versión oficial para explicar el fenómeno del crimen y proponer políticas criminales de combate al crimen basadas en la represión. Dichas corrientes conservadoras utilizan conceptos de patología (individual y social), normalidad y corrección.

Para la criminología conservadora el individuo transgresor es el objeto de preocupación del estudioso y de las políticas estatales de contención, combate, represión y “recuperación”. Políticas correccionales que parten de una referencia de normalidad y que identifican como amenaza todas las prácticas, conductas y situaciones consideradas desvíos en relación a este padrón que sirve de referencia para el conjunto de la sociedad.

La criminología crítica, al contrario de la criminología oficial hegemónica, no centraliza sus estudios en los métodos de identificación, clasificación y control del delincuente y de los segmentos considerados peligrosos de la sociedad. Su objetivo es identificar el orden social y el orden legal existente como determinantes en la selección de comportamientos y grupos sociales que deben ser controlados a través de un proceso criminalizador.

El proceso de criminalización expresa relaciones de poder e intereses en sociedades con visibles niveles de desigualdad social.

La criminología crítica cuestiona los aportes pretendidamente científicos de la criminología positivista y su función política de legitimación y reproducción del orden social. Su atención se dirige al estudio del Estado, de las relaciones de

poder, de las relaciones económicas y socioculturales, y de la constitución de un determinado sistema de control social y dominación política.

De hecho, los mecanismos formales de control social penal (policía, justicia, sistema penitenciario, conocimiento producido en el área penal, criminología, etc.) se articulan con la existencia de una inmensa red informal de control no estatal que se extiende a través de la sociedad civil. En ésta, el rol de formación de opinión y la difusión de ideas por los medios de comunicación de masa, por el sistema educacional, por la religión, son importantes en el proceso criminalizador y estigmatizante de los sectores sociales considerados peligrosos para el orden vigente. Se produce, así, un sentido común punitivo que potencia los mecanismos de criminalización ampliada y de selectividad del sistema.

El proceso de crítica a los principios de criminología oficial, tradicional, de corte positivista, comenzó a partir de la década de 1960, llevando a algunos criminólogos a una interpretación crítica¹ de los procesos de criminalización en los países capitalistas centrales.

Las condiciones históricas para el surgimiento y desarrollo de las tendencias críticas en el campo de la criminología nos remiten a los acontecimientos socio-políticos de las décadas de 1960 y 1970. Éstos marcaron profundamente todas las sociedades y expresaron las contradicciones, luchas y reivindicaciones sociales de un período histórico de ruptura con los padrones culturales predominantes hasta entonces.

El mundo de los años 60 y 70 estuvo marcado por los acontecimientos de la posguerra, con una serie de situaciones de conflicto y cuestionamientos sobre los padrones dominantes. En América Latina, en 1959, la Revolución Cubana sirvió de inspiración para muchas luchas de liberación en todo el continente. En Estados Unidos, la lucha de la población afro-descendiente por los derechos civiles, los protestos contra la escalada estadounidense en Vietnam, las rebeliones en las cárceles de Áttica, San Quentin y Soledad, las revueltas y movilizaciones estudiantiles, las nuevas reivindicaciones de género, los movimientos contra la degradación ambiental. En Europa, además de las luchas ambientales, contra lo nuclear y por los derechos de las mujeres, hubo el Mayo del 68 en París, la Primavera de Praga, el Otoño “Caldo”.

El contexto sociopolítico de los años 60 y 70 posibilitaba la concientización de la existencia de crímenes más violentos, en masa, crímenes que alcanzan la

1 Cuando hablamos en pensamiento crítico estamos refiriéndonos a la tradición que viene de los autores de la primera generación de la Escuela de Frankfurt, más precisamente pensadores como TH. ADORNO, WALTER BENJAMÍN y M. HORKHEIMER. En el campo de la criminología podemos indicar como precursores a GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER con la obra frankfurtiana *Punición y estructura social*.

humanidad como un todo. Crímenes más graves que los crímenes convencionales, objeto de la criminología tradicional positivista: la criminalidad de “cuello blanco”, los crímenes ambientales, el belicismo, el sexismo, el racismo y las diferentes formas de discriminación, etc. El ambiente político de la época tendía a avalar profundamente los pilares de la cultura existente y cuestionaba directamente la forma de organización de la estructura social, llevando al desarrollo de movimientos alternativos de contracultura, de los *hippies*, de las alternativas existenciales que se alejaban de las convenciones comportamentales conservadoras con sus referencias puritanas, y de movimientos radicales como la criminología crítico-radical y la antipsiquiatría. Todo este contexto de transformación y ruptura con las convenciones conservadoras embolsó las generaciones de aquellos años, influenciando la cultura, la música, el cine, el arte, cuestionando los padrones de civilización moderna occidental y procurando alternativas en todos los campos de existencia, de la sexualidad a la política.

Es en este cuadro —a comienzos de la década de 1960, en Estados Unidos—, que se desarrolló un primer enfoque de carácter radical sobre el comportamiento desviacionista y la criminalidad en el interior del movimiento político denominado *New Left* (Nueva Izquierda), con base en los movimientos estudiantiles, grupos de intelectuales y académicos críticos, y en el movimiento negro. Éstos cuestionaban la ortodoxia de la izquierda tradicional reformista y se integraban en la lucha de diferentes grupos de minorías como los afro-descendientes, los latinos, los trabajadores inmigrantes, los homosexuales, los presidiarios, además de las luchas feministas, ambientalistas, pacifistas, etc.

A partir del movimiento *New Left* se cuestionaba el rol imperialista de la política externa estadounidense, las relaciones autoritarias de poder, la amenaza nuclear y la carrera armamentista de la guerra fría, el involucramiento de las elites políticas con los mecanismos fraudulentos de acumulación de capital, la especulación financiera, la corrupción gubernamental, la discriminación por raza, género u opción sexual y la desigualdad social.

En este clima político nació una generación de nuevos criminólogos críticos que encontró espacio de actuación en la Escuela de Criminología de la Universidad de Berkeley, en California, organizando el *Union of Radical Criminologist* (Sindicato de los Criminólogos Radicales) bajo la influencia de jóvenes profesores como TONY PLATT, BARRY KRISBERG, PAUL TAKAGI, HERMAN y JULIA SCHWENDIGER, entre otros.

El grupo de Berkeley combatía radicalmente el sistema de control social y dominación política implantado en Estados Unidos, la política externa expansionista e imperialista, la guerra de Vietnam, la lógica injusta del capitalismo estadounidense, además de la estructura moralista, alienadora, excluyente,

prejuiciosa y pretendidamente democrática del *american way of life*. Además de teórico, el criminólogo debería ser un activista político, un militante de los Derechos Humanos integrado a los movimientos sociales y a las luchas por la emancipación social.

La experiencia de Berkeley duró hasta 1976, cuando fue reprimida y extinta, obligando a sus seguidores a buscar otros espacios para su actuación académica y política.

En Inglaterra, en 1968, surgió la *National Deviancy Conferency*, en el Instituto de Criminología de Cambridge. Algunos de los nombres principales de esta experiencia eran IAN TAYLOR, PAUL WALTON y JOCK YOUNG.

Los criminólogos críticos británicos cuestionaban la posición positivista, reformista y correccional de la criminología conservadora oficial europea, además del pragmatismo de las políticas criminales practicadas por la social-democracia de la Europa Occidental.

En septiembre de 1972, en Florencia, Italia, se constituyó el Grupo Europeo para los Estudios del Desvío y del Control Social con la publicación de un manifiesto denunciando la ideología racista, prejuiciosa y clasista que impregnaba el estudio del crimen y el tratamiento del delincuente. La base teórica del grupo era el marxismo no ortodoxo.

En el año 1975 se publicó la revista *La Question Criminale*, aglutinando el Grupo de Boloña formado por ALESSANDRO BARATTA, DARÍO MELOSSI, FRANCO BRICOLA, GUIDA NEPPI MODONA, PIETRO INGRAO, etc. Aquí también se procuró formular una interpretación marxista sobre la violencia, la criminalidad y el sistema de control social contemporáneo.

El objetivo político del Grupo de Boloña era elaborar una política criminal alternativa, vinculada a las necesidades de constitución de un nuevo poder con base en el movimiento operario italiano. Una política criminal alternativa bajo el control del movimiento popular apoyado en profundas reformas estructurales como primera etapa para la consecución de amplias transformaciones sociales que avancen en el sentido del socialismo.

Con el surgimiento de los movimientos radicales en Estados Unidos y Europa Occidental, se desarrolló en América Latina una reflexión propia, original, adecuada a la realidad de las sociedades periféricas dependientes.

Uno de los principales polos de la criminología crítica en América Latina fue Venezuela con las contribuciones de ROSA DEL OLMO y LOLA ANIYAR DE CASTRO. En Argentina, las producciones de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI y ELÍAS NEUMAN fueron una gran contribución para el desarrollo de un análisis en nuestro continente.

En Brasil, la contribución pionera de ROBERTO LYRA FILHO y de otros precursores como JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, JUAREZ TAVARES, NILO BATISTA, WANDA CAPELLER, ELYZABETH SÜSSEKIND y ESTHER KOSOVSKI fue fundamental para la formación de una criminología crítica brasilera.

La base de actuación de los criminólogos crítico-radicales son los Derechos Humanos, definidos en su totalidad e indivisibilidad como derechos civiles y políticos, derechos humanos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos. O sea, la garantía de derechos que aseguren igualdad social, seguridad personal y colectiva y bienestar social.

El desarrollo de la criminología crítica posibilitó el examen de prácticas criminosas antes no previstas por la ley, como el sexismo, el racismo, el belicismo, el ecocidio, los crímenes contra la humanidad, el imperialismo, el terrorismo de Estado, la explotación de clase, etc. O sea, diferentes características presentes en las sociedades capitalistas contemporáneas.

La criminología crítico-radical surgió con el claro compromiso de combatir las desigualdades sociales, apuntando a la necesidad de una nueva organización social con el fin de la explotación económica y la opresión política. Desde su nacimiento ha sido una corriente que combate la antigua criminología de la represión (criminología tradicional positivista) con una nueva propuesta de emancipación social. De este modo, se alinea a las corrientes críticas del pensamiento y a los grandes movimientos sociales que procuran construir otra realidad para los seres humanos. Parte de un compromiso político e ideológico en su elaboración teórica y en su práctica militante, cuestionando las prácticas de moralización social, de correccionalismo represivo y de rehabilitación como instrumentos meramente modernizadores de la estructura social que apenas mantienen en funcionamiento el sistema existente.

La criminología radical confronta el orden del sistema, no propone su modernización y manutención, cuestiona las políticas asistenciales en el trato de los problemas sociales (entre otros, el crimen). Entiende que estas prácticas oficiales hacen parte de la estrategia de manutención de un orden injusto e inhumano que se constituye en un gran aparato de control social en dominación política. Se propone participar y contribuir en la substitución de este viejo orden por otro más igualitario, más libre, más justo y solidario. Así, percibe la existencia de contradicciones de clases en las sociedades capitalistas y no separa la teoría criminológica de las teorías y prácticas en los campos social, económico y político.

La práctica de los criminólogos radicales desenmascara la idea de derecho penal igualitario. Demuestra el rol selectivo y opresor del sistema penal. Desmitifica el sistema de control social revelando su naturaleza selectiva, clasista, racista y discriminatoria. Cuestiona las condiciones criminológicas del modelo

capitalista identificándolo como productor de la criminalidad, tornándola, inclusive, funcional al sistema por justificar la existencia de todo un aparato sofisticado de represión y control, y su práctica de vigilancia e intimidación social.

Las contradicciones del sistema capitalista explican el proceso criminológico apoyado en la lógica de funcionamiento de la relación capital-trabajo. La fuerza de trabajo directamente integrada a la producción vive la desigualdad de la relación entre la energía gastada y la recompensa por la cesión de su tiempo de trabajo al capital. La fuerza de trabajo excedente, desempleada, se ve obligada a garantizar su existencia a través de artificios y estrategias de supervivencia que incluyen una variedad enorme de actividades económicas informales, las cuales pueden ir de las “changas” al crimen. Lo que se verifica, principalmente en tiempos de capitalismo de barbarie como el adoptado por el orden neoliberal, es que los contingentes humanos que se encuentran en situación de vulnerabilidad y exclusión social son cada vez mayores en todo el mundo, y que esta multitud de seres humanos es identificada como enemiga del orden y peligrosa. De este modo, su existencia y condiciones de vida no son tratadas como resultado de este modelo de acumulación de capital sino como segmentos que deben ser criminalizados.

La criminología crítica no tiene como objeto de análisis el hombre delincuente, como la tradición positivista lombrosiana, o las áreas sociales consideradas anormales y amenazadoras al orden, como el positivismo funcionalista. Su objeto es el sistema de control social de la sociedad capitalista. Al tratar este tema partimos de los estudios de STANLEY COHEN², que entiende el control social como el conjunto de mecanismos del que dispone una sociedad para responder a los individuos y/o grupos sociales que, por algún motivo, colocan en riesgo el orden existente. El autor parte del principio de que en las sociedades contemporáneas los mecanismos de control social son variados y que identifican el orden a partir de una referencia de valores que se expresan en las prácticas sociales, en las instituciones, creando expectativas para el conjunto de la sociedad. Cualquier comportamiento o evento que se aleje de esta referencia de orden será visto como desvío, una amenaza al orden establecido. A partir de la existencia de estos mecanismos de control social, los individuos o grupos sociales son definidos, clasificados como desviaciones, transgresores, rebeldes, peligrosos, delincuentes, sospechosos, amenazadores, inadaptados, problemáticos, subversivos, indeseables, enemigos, etc. Este mecanismo procura inducir la conformidad con el orden social establecido. Así, según COHEN, el control social puede manifestarse como

2 STANLEY COHEN. *Visiones de control social*, Barcelona, PPU, 1987.

una parte del aparato coercitivo del Estado o como una parte de las instituciones de la sociedad civil. Procura la conformidad al modelo dominante, la asimilación y aceptación acrítica de la realidad existente con el objetivo de la manutención y reproducción continua de un determinado orden social.

Los mecanismos de control social son variados, algunos públicos, otros privados. Estos mecanismos son utilizados para adiestrar, controlar, adecuar, excluir, segregar, vigilar, punir, tratar, corregir, aniquilar a quienes coloquen en riesgo el orden social (en cualquiera de sus niveles). Su objetivo también es procurar la integración de quienes amenacen el orden a través de medios de adiestramiento, educación, corrección, resocialización, reforma y medicalización³.

MICHEL FOUCAULT, con el concepto de control social, analizó cómo las sociedades urbano-industriales elaboraron mecanismos disciplinares, medios e instrumentos de control con alto grado de sofisticación basados en las ciencias sociales, en el conocimiento científico, en la medicalización de los espacios sociales y en la planificación social. A este mecanismo lo llamó orden disciplinar.

Por otro lado, autores como ZYGMUNT BAUMAN y ALESSANDRO DE GIORGI, relocalaron la cuestión de los mecanismos contemporáneos de control social a partir de la constatación del pasaje de una sociedad capitalista basada en una economía fordista a una economía capitalista pos-fordista. Los procesos de transformación que se desarrollaron a partir de inicios de los años 1980 y culminaron con el advenimiento del orden neoliberal trajeron modificaciones significativas en el campo de la acumulación del capital que repercutieron en todas las dimensiones de la vida social, incluyendo las prácticas de control social, especialmente las de control social penal.

Según BAUMAN, el pasaje del orden capitalista fordista al orden neoliberal, o de la modernidad rígida a la modernidad líquida, flexibilizó también los mecanismos disciplinares tratados por MICHEL FOUCAULT. No se trata más del orden basado en la industria con la existencia de una fuerza de trabajo excedente, un ejército industrial de reserva, con un rol útil en el proceso de acumulación del capital. El modelo flexible del neoliberalismo adoptó la lógica de la flexibilización de la producción, del mercado de trabajo flexible. La consecuencia más notable de estas transformaciones fue la ampliación del desempleo, donde el trabajo flexible fue la referencia y la incertidumbre y vulnerabilidad la regla general, llevando a la exclusión social en larga escala. En este orden social deja de tener

3 JOÃO RICARDO W. DORNELLES. *Conflito e Segurança. Entre Pombas e Falcões*, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2003, p. 21.

sentido el ejército industrial de reserva. O, por lo menos, deja de desempeñar el rol anterior.

Con estas transformaciones estructurales que se extienden a todas las relaciones de la sociedad se verificó una modificación de los roles desempeñados por las instituciones de control social, especialmente las relacionadas con el control penal. El sistema penitenciario, que desde el siglo XIX tenía sentido como institución disciplinar de encuadramiento de la fuerza excedente, deja de cumplir este rol en una sociedad de control que no tiene espacio para los indeseables. A partir de esta mudanza de referencia los diferentes grupos humanos descartados, excluidos, colocados en situación vulnerable, comenzaron a ser controlados apenas –o casi solamente– por los mecanismos penales. Los amplios procesos de criminalización, el advenimiento del derecho penal máximo, o de emergencia, incluyendo allí su versión de derecho penal del enemigo, se transformó en un mecanismo poderoso de control social, dominación política e, incluso, de exterminio de los indeseables, considerados un peligro social.

El sociólogo LOÏC WACQUANT ha estudiado la realidad contemporánea de los encarcelamientos en masa como mecanismo de control social penal del orden neoliberal. La prisión no más como en el modelo fordista, pre-neoliberal, con el objetivo de “tratar” y “reeducar” para “resocializar” aquellos que serían aprovechados en los procesos productivos a través de políticas de recuperación social. Ahora, en la era neoliberal, se trata de un encarcelamiento en masa de las multitudes que no encuentran más lugar en la sociedad. Son aquellos que BAUMAN llamó de “consumidores fallidos”. Aquellos que están al margen de la sociedad de consumidores pero que no tienen acceso a los beneficios del ultra capitalismo tecnológico. Esta multitud diversificada de excluidos y vulnerables son los que LOÏC WACQUANT llamó “*urban underclass*”, o los “desproletarizados”.

Los procesos ampliados de “desproletarización” fueron acompañados por los procesos de degradación social cuya consecuencia directa fue la segregación y estigmatización de amplios segmentos de las sociedades industriales.

El sistema de control social actúa directamente sobre los segmentos excluidos y vulnerables, sobre la fuerza de trabajo marginalizada y sobre amplios sectores populares, bajo el pretexto de dar protección al ciudadano honesto. Tal actuación produce un efecto multiplicador de control sobre toda la sociedad y, principalmente, un efecto intimidador y disciplinar sobre la fuerza de trabajo activa, integrada directamente a los procesos productivos. La tradicional criminología de la represión sugiere la adopción de prácticas de contra-insurgencia como forma de subordinación de las clases populares.

El esfuerzo teórico desempeñado por los criminólogos críticos presenta como resultado una metodología de análisis e interpretación del problema delictivo

vinculado a un claro compromiso de transformación social, afirmando que las reformas penales no son más que nuevas formas de control político sobre las clases populares a través de nuevas prácticas punitivas. Su fundamento, como vimos, es la filosofía crítica, la cual, además de comprender la realidad, procura modificarla, rompiendo con el orden existente. Es una criminología crítica porque persigue alternativas transformadoras. Es política por considerar que la realidad no es neutra. Es radical porque se propone revelar las raíces más profundas de la realidad y descubrir la esencia de los fenómenos sociales derrumbando mitos y estigmas de la existencia constituyéndose, así, en una verdadera criminología de la liberación.

BIBLIOGRAFÍA

- ANITUA, GABRIEL IGNACIO. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2008.
- BARATTA, ALESSANDRO. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1999.
- BATISTA, NILO. *Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil Hoje*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1990.
- BATISTA, VERA MALAGUTI. *Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia y Freitas Bastos Ed., 1998.
- BAUMAN, ZYGMUNT. *Globalização: as conseqüências humanas*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1999.
- CASTRO, LOLA ANIYAR DE. *A Criminologia da Reação Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- CASTRO, LOLA ANIYAR DE. *Criminologia da libertação*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2005.
- CIRINO DOS SANTOS, JUAREZ. *Raízes do Crime*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- CIRINO DOS SANTOS, JUAREZ. *A Criminologia da Repressão*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- COHEN, STANLEY. *Visões de control social*, Barcelona, PPU, 1987.
- DE GIORGI, ALESSANDRO. *A Miséria governada através do Sistema Penal*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2008.
- DEL OLMO, ROSA. *A América Latina e sua Criminologia*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2007.

- DORNELLES, JOÃO RICARDO W. *Conflito e Segurança. Entre Pombos e Falcões*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003.
- DORNELLES, JOÃO RICARDO W. *O que é Crime*, São Paulo, Editora Brasiliense, 2008.
- DORNELLES, JOÃO RICARDO W. *O que são Direitos Humanos*, São Paulo, Editora Brasiliense, 2009.
- FOUCAULT, MICHEL. *Vigiar e Punir. A história da violência nas prisões*, Rio de Janeiro, Ed. Vozes, 1998.
- MELOSSI, DARÍO y MASSIMO PAVARINI. *Cárcere e Fábrica. As Origens do Sistema Penitenciário (Séculos XVI-XIX)*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2007.
- RUSCHE, GEORG y OTTO KIRCHHEIMER. *Punição e Estrutura Social*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2007.
- SOBRINHO, SERGIO FRANCISCO CARLOS GRAZIANO. *Globalização e Sociedade de Controle. A Cultura do Medo e o Mercado da Violência*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2010.
- ZAFFARONI, E. RAÚL. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2007.
- ZAFFARONI, E. RAÚL. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1991.

DANIEL ÁNGEL BORRILLO

*Sobre el derecho penal ambiental y la criminalidad
ecológica en la Unión Europea**

Resumen. El Tratado de Lisboa introduce la materia penal como un elemento fundamental de la construcción judicial europea y acrecienta la competencia de la Unión para crear incriminaciones comunes entre los distintos Estados de la Unión. Una directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal establece una serie mínima de acciones que deben considerarse delitos medioambientales graves y obliga a los Estados miembros a prever sanciones penales más disuasorias para este tipo de infracciones, cuando se cometan dolosamente o por imprudencia grave. Actualmente en proceso de armonización en los distintos Estados miembros, la nueva disposición europea ha abierto un amplio debate académico y en el seno de la militancia ecológica. El momento es histórico ya que por primera vez el medio ambiente es tutelado por una norma supranacional de naturaleza penal. A partir de algunos ejemplos nacionales, el presente artículo introduce el análisis de la directiva comunitaria en el marco general del renovado debate sobre la protección del medio ambiente en Europa.

Palabras clave. Derecho penal ambiental, delitos ecológicos, protección del medio ambiente, directiva comunitaria sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal.

INTRODUCCIÓN

La preocupación por la preservación del medio ambiente se generalizó a partir de la segunda mitad del siglo XX, al mismo tiempo que las sociedades desarrolladas constataban los límites de un sistema económico basado en el consumo indiscriminado de recursos naturales no renovables el cual produjo una degradación, a menudo irreversible, del ambiente¹. Ante el empobrecimiento de los medios naturales, los Estados han comenzado a tomar conciencia de la amplitud del problema y han adoptado una cantidad de medidas específicas con el fin de paliar a dicha situación. El primer compromiso internacional en la materia fue la decisión de las Naciones Unidas de declarar 1970 “Año internacional del medio ambiente”. Desde entonces, las disposiciones jurídicas internacionales susceptibles de proteger el bien medioambiental no han cesado de multiplicarse: Declaración de la ONU sobre medio ambiente, de 1972; Convenio de Berna sobre la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa, de 1979; Carta Mundial de la Naturaleza de la ONU, de 1982; Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 1985; Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 1987; Convenio sobre Cambio

* Este artículo corresponde a una contribución del proyecto PREFALC.

1 La noción de “desarrollo sostenido” tiende justamente a integrar el medio ambiente en la definición misma de la economía en tanto que capacidad para aprovechar de los recursos naturales sin acabar con ellos tratando de satisfacer las necesidades actuales de las personas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas.

Climático, del 9 de mayo de 1992; Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos, de los desechos peligrosos y su eliminación, de 1989; Convenio Marco sobre la Diversidad Biológica, del 5 de junio de 1992; Cumbre para la tierra de Rio de Janeiro, de 1992; Protocolo de Kyoto, de 1997; Cumbre mundial para la tierra, de 1997 (Rio + 5); Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible, de 2002 (Rio + 10); Directiva europea 2004/35 del 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, etc.

El calentamiento climático, el tráfico ilegal de productos radioactivos, la deforestación, la degradación de la biodiversidad, las mareas negras, la contaminación acústica aérea, el vertido de productos tóxicos en ríos y mares, la diseminación de organismos genéticamente modificados o el tráfico de especies protegidas se han convertido en problemas de una tal gravedad que la intervención jurídica en varios niveles es hoy día urgente, tanto de manera preventiva como represiva.

Todos los ecosistemas del planeta han sido transformados casi estructuralmente por la intervención humana. La pérdida de la biodiversidad es actualmente más veloz que en ningún otro período de la historia. Una gran variedad de especies animales y vegetales se encuentra en peligro ya que la actividad del hombre ha aumentado el ritmo de extinción, el cual es hoy día cien veces superior al ritmo de extinción natural².

JAMES HANSEN, climatólogo del Instituto Goddard de la NASA, declaró que “se ha observado una neta tendencia al recalentamiento climático en los últimos treinta años, principalmente a causa del aumento de emisiones de gas tóxico que destruye la capa de ozono y provoca el efecto invernadero”. La polución de los suelos mediante desechos sólidos industriales, la contaminación generada por residuos urbanos, el uso indiscriminado de pesticidas o productos equivalentes y la devastación de los bosques y selvas son algunos otros de los principales problemas ecológicos de nuestro tiempo.

Según el último informe de la asociación ecologista *Legambiente*, se han producido en Italia 25.776 delitos ambientales y se enterraron en suelo italiano 31 millones de toneladas de residuos, además de otros ilícitos como la construcción de viviendas en áreas protegidas principalmente en las regiones de Campania, Calabria y Sicilia.

2 “Rapport de l’Evaluation des Ecosystemes pour le Millénaire”, 2007, disponible en [<http://www.greenfacts.org/fr/ecosystemes/index.htm>].

EL MEDIO AMBIENTE

Existen varias definiciones de medio ambiente. En sentido amplio se puede considerar como tal al entorno natural y cultural necesario para el desarrollo de la vida. A partir de dicha definición, se protegería no solamente el medio natural sino también el patrimonio histórico, el urbanismo, los idiomas y todas las manifestaciones culturales. Según MARIO DI FIBIO, el ambiente son todas las cosas materiales que circundan al hombre, sean naturales o artificiales³. En sentido restringido se denomina medio ambiente al “espacio natural necesario para la existencia y el desarrollo de la vida en general y de la vida humana en particular”⁴. Para PIETRO NUVOLONE, el medio ambiente debe definirse como “un complejo de bienes que se resumen en los elementos fundamentales del ambiente biológico en el cual nacen y se conservan los seres vivos (humanos, animales y plantas). Esencialmente tal ambiente está representado por la atmósfera y el agua, que son las condiciones imprescindibles de la vida sobre nuestro planeta”⁵.

Todas las ramas del Derecho se han visto concernidas por la ecología: el derecho administrativo, el derecho internacional público (elaboración de convenciones de protección ambiental), el derecho comunitario (competencia civil y competencia penal de la Unión Europea), el derecho constitucional (introducción del medioambiente en varias constituciones nacionales), el derecho administrativo (a través de los sistemas de autorización y evaluación de proyectos ambientales), la responsabilidad civil por daño ambiental, el derecho fiscal (creación de nuevos impuestos para las empresas contaminadoras) y el derecho penal (creación de delitos ecológicos).

En Europa, los naufragios del *Erika*, en diciembre de 1999 y del *Prestige*, en noviembre de 2002, pusieron de relieve la necesidad de reforzar el arsenal de la lucha contra la contaminación proveniente de buques. Sin embargo, los accidentes no son la principal fuente de contaminación. Ésta se debe, en la mayor parte de los casos, a las descargas deliberadas de sustancias contaminantes (operaciones de limpieza de tanques y eliminación de aceites usados). En este sentido, las 390 manchas de petróleo descubiertas en el mar Báltico, y las 596 observadas en el mar del Norte en 2001 han evidenciado la necesidad de poner

3 M. DI FIBIO. *Tutela dell'ambiente naturale. Difesa, gestione e sviluppo della natura e del paesaggio*, Milan, Pirola, 1987, pp. 19 y 20.

4 J. C. SESSANO GOENAGA. “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 de noviembre de 2002.

5 P. NUVOLONE. “La delinquenza ecologica in Italia”, *L'indice penale*, 1978, p. 15.

fin a los millares de descargas voluntarias de desechos y residuos de carga que efectúan los navíos en los mares que rodean Europa. Como respuesta a dicho problema, la Unión Europea adoptó el 7 de septiembre de 2005 la directiva 2005/35 según la cual las descargas de hidrocarburos y de determinadas sustancias líquidas nocivas procedentes de buques deben considerarse una infracción y ser debidamente sancionadas cuando se aprecie intencionalidad, conducta temeraria o negligencia grave. Más tarde, constatando que dicha normativa no era suficiente para, por un lado, prevenir y, por otro, sancionar los comportamientos lesivos, la Unión Europea decidió elaborar una regla jurídica más general, común para los 27 Estados que la componen, ya que los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales no respondían de la misma manera y con la misma eficacia ante el crimen ecológico. La directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 “Relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal” tiene como objetivo obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales para algunos comportamientos que perjudican gravemente al ambiente. Se trata del primer texto supranacional de carácter penal que pune comportamientos dolosos o de imprudencia grave tanto proveniente de personas físicas como jurídicas. En Europa coexiste con la normativa comunitaria una normativa nacional, haciendo así más efectiva la lucha contra la criminalidad ecológica, pues nada obsta para que cada Estado de la Unión vaya más lejos y adopte una protección penal del medio ambiente mucho más amplia que lo exigido por la directiva.

El presente artículo tiene como objetivo presentar los principales instrumentos jurídicos europeos en materia de protección penal del ambiente consagrando una atención especial al derecho español, uno de los más desarrollados en la materia. Asimismo la directiva comunitaria será objeto de estudio ya que, luego de su adopción por los 27 países de la Unión Europea, permitirá la puesta en marcha de un dispositivo penal común, verdadero laboratorio jurídico para el resto de las naciones del mundo.

EL BIEN JURÍDICO MEDIOAMBIENTAL

La doctrina penalista puede dividirse en dos grandes corrientes: aquella que considera al medio ambiente como un bien jurídico autónomo que desborda la óptica puramente individual (ecocentrismo) y la que estima que sólo se deben sancionar conductas que afecten a bienes jurídicos individuales como la salud, la vida o la integridad física (antropocentrismo). Según la visión ecocéntrica, son objeto de tutela penal los recursos naturales en sí mismos. Dicha concepción es la adoptada por el Código Penal español de 1995 cuyo artículo 325.1 reza:

Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

La última parte de dicho artículo introduce la visión antropocéntrica pero únicamente como circunstancia agravante. Sin embargo, el artículo 45.1 de la Constitución española parece consagrar la concepción individualista al establecer que “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. El párrafo siguiente matiza dicha concepción al estatuir que “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

Para los defensores de la concepción ecocéntrica, el medioambiente debe considerarse patrimonio común de la humanidad y merece protección en tanto tal. Los opositores a dicha visión colectiva consideran a la misma demasiado imprecisa y piensan que la tutela del ambiente es legítima y eficaz sólo cuando puede limitarse a la protección de un bien jurídico individual. Para los antropocentristas, la naturaleza no es protegida en sí misma sino en tanto que bien al servicio, actual y futuro, del ser humano. Según HOHMANN no sólo se atenta contra la vida, la integridad y la salud (bienes individuales) por el homicidio o las lesiones corporales sino también de manera mediata por la contaminación de los recursos naturales y del medioambiente. El artículo 324 del Código Penal alemán es para la mayoría un delito de lesión de un bien jurídico ecológico en tanto que para HOHMANN se trata de un delito de peligro abstracto para la vida y la salud de las personas⁶. Según BELTRÁN BALLESTER, el bien jurídico protegido no es el medio ambiente sino el “derecho al disfrute del medio ambiente”⁷. DE LA CUESTA AGUADO, tenor de la corriente ecocéntrica, considera que se debe

6 Cfr. M. C. ALOSTUEY DOBÓN. *El delito de contaminación ambiental*, Granada, Edit. Comares, 2004, p. 28.

7 BELTRÁN BALLESTER. “El delito ecológico”, *Medio ambiente*, citado por JUAN ANTONIO MARTOS NÚÑEZ. *Derecho penal ambiental*, Madrid, Exlibris Ediciones, 2006.

distinguir el medio ambiente como bien jurídico, de los diferentes elementos que lo componen como el agua, el suelo, el aire, las especies animales protegidas, etc. Lo que constituye el medio ambiente, según dicho autor, es el equilibrio entre todos los elementos que lo integran⁸. NURIA MATELLANES RODRÍGUEZ, propone un concepto integrador de medio ambiente, considerándolo como

El conjunto de equilibrado de recursos naturales, interrelacionados entre sí formando los ecosistemas (dimensión natural), sobre los que se precisa una actuación efectiva a fin de que todo el sistema natural en su conjunto se conserve y evolucione en ese equilibrio (aspecto dinámico) y, así, pueda lograrse una calidad de vida y un desarrollo de la persona adecuados (aspecto antropocéntrico)⁹.

Más allá de estas diferentes posturas doctrinales, lo importante es encontrar, de modo práctico, los mecanismos jurídicos adecuados que permitan tutelar el ambiente no sólo cuando determinadas infracciones lesionan de manera inmediata bienes individuales, como la salud o la integridad física, sino también, cuando de manera abstracta y mediata, producen daños a las personas (delitos de peligro abstracto). Ahora bien, al sancionar penalmente comportamientos que implican probablemente perjuicios a generaciones futuras, de hecho se está protegiendo de alguna manera el medio ambiente en sí, ya que es casi imposible determinar con exactitud una sucesión de lesiones futuras para el ser humano. De todos modos, como señala J. BUSTOS RAMÍREZ¹⁰, los bienes jurídicos colectivos (como el medio ambiente) son complementarios de los individuales, de tal modo que no habría inconveniente alguno en que el derecho penal asuma la tutela de los primeros, pues según ALOUSTEY DOBÓN,

Lo verdaderamente específico del medio ambiente como bien jurídico, que lo distingue sustancialmente de los demás bienes jurídicos colectivos es que su relación con los bienes jurídicos individuales no se limita a aquellos de los que son portadores las generaciones actuales, sino que trascienden a éstas, pues el medio ambiente es condición de la vida de las generaciones futuras, no sólo en el sentido de subsistencia, sino también en lo que respecta el ejercicio de los bienes jurídicos de esas generaciones¹¹.

8 DE LA CUESTA AGUADO. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2.^a ed., Valencia, 1999, p. 64.

9 NURIA MATELLANES RODRÍGUEZ. *Derecho penal del Medio Ambiente*, Madrid, Iustel, 2008, p. 48.

10 *Manual de Derecho penal*, 4.^a ed., aumentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALAREÉ, Barcelona, Editorial PPU, 1994, p. 103.

11 M. C. ALOUSTEY DOBÓN. *El delito de contaminación ambiental*, cit. p. 39.

El Tribunal Supremo español ha zanjado la controversia teórica y en repetidas sentencias recuerda que el medio ambiente

Es un jurídico comunitario de los denominados intereses difusos pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica –en mayor o menor medida– a toda una colectividad. Su protección se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de intervención de los Poderes Públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución¹².

Una sentencia del la Sala 2.^a del 29 enero 2007 declaraba ya que el delito sancionado no es un delito contra las personas, sino contra el medio ambiente, por lo que no es necesario un peligro concreto de las personas, la vida animal, los bosques o los espacios naturales. Lo que el tipo requiere es una grave alteración de las condiciones de existencia y desarrollo de tales objetos de protección.

La directiva comunitaria de 2008 adopta las dos posiciones. Es antropocéntrica cuando establece que la infracción “cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas” y ecocéntrica cuando dispone “o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas” (art. 3a).

La consagración de bien jurídico penal, pone de manifiesto la importancia que la protección del medio ambiente ha adquirido en las sociedades modernas. Como lo subraya MATELLANES RODRÍGUEZ,

... efectivamente nos encontramos ante un elemento altamente amenazado respecto del cual la comunidad reclama protección, pero no simplemente porque eso sea útil para la asegurar el funcionamiento del sistema social sino, sobre todo, porque la protección medioambiental es esencial para la misma existencia del ser humano...¹³.

En ese sentido la sanción penal tiene una dimensión no sólo disuasoria sino también simbólica ya que determina el grado de importancia que para las sociedades modernas tiene la protección ambiental.

12 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia del 13 de febrero de 2008.

13 NURIA MATELLANES RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 34.

LA CONDUCTA ECOLÓGICAMENTE RAZONABLE

A partir de la concepción del medio ambiente como un bien común, en el sentido que pertenece a todos los individuos y responde a necesidades del conjunto de los miembros de la comunidad, el tratamiento del mismo debe responder a reglas jurídicas adecuadas. Decir que el ambiente pertenece a todos, incluso a las generaciones futuras, significa jurídicamente que cada uno de los miembros de la comunidad no puede comportarse como si fuera propietario del mismo. Se trata entonces de alguna manera de un *ius in re aliena*, vale decir que el conjunto de las personas tiene derecho a gozar del medio ambiente pero la nuda propiedad estaría reservada a la humanidad en tanto que tal y no a cada uno de los individuos que la componen. Como usufructuarios, éstos disponen del derecho de disfrutar de bienes ajenos con la obligación de conservar su sustancia, como lo establece la antigua definición del derecho romano *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. A partir de dicha analogía con este derecho real, podemos decir que el comportamiento ecológicamente razonable es el del *bonus pater familias ecologicus*. En tanto que usufructuarios, las facultades que los individuos detentan sobre el medio ambiente están limitadas en el tiempo y cada generación debe restituir al nudo propietario (vale decir a las generaciones futuras de la humanidad) un entorno natural que no se encuentre sustancialmente alterado. Así, cada generación usufructuaria tiene especiales deberes de conservación y cuidado, vale decir, debe abstenerse de todo comportamiento que disminuya o menoscabe la potencia fructífera del medio ambiente. La ley obliga asimismo a realizar los cuidados de mantenimiento de la cosa usufructuada, y el usufructuario debe dar cuenta al nudo propietario del uso normal de la cosa. Para que dichas obligaciones sean eficaces, la ley civil ha establecido dos obligaciones accesorias a cargo del usufructuario: el inventario y la fianza. La obligación de inventariar (descripción del estado en el que se toma posesión de la cosa) permite proteger los intereses de quien ha de recibirla al extinguirse el usufructo. La fianza garantiza el cumplimiento de la obligación de mantener la cosa por lo menos en el estado en que se recibió.

A partir de la analogía con la figura civil del usufructo se podría pergeñar un sistema internacional de inventario por las agencias oficiales tanto de las Naciones Unidas como de los Estados (con la participación de las ONG) y una fianza internacional establecida en función del grado de contaminación de cada Estado, de tal manera que la sustancia medioambiental no pierda su potencial y que los futuros usufructuarios puedan continuar a gozar de los recursos naturales, por lo menos como lo han hecho las generaciones pasadas. El principio contaminador

pagador (quien contamina paga) permite de alguna manera resarcir en parte los costos del perjuicio producido por la polución ambiental, pero dicho principio no exonera de la responsabilidad penal a quienes contaminan deliberadamente o a quien actúa de manera negligente.

DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL

Una vez presentada la conducta ecológicamente responsable podemos ocuparnos del tratamiento de aquellos comportamientos graves que perjudican el equilibrio ecológico, de los cuales es objeto la criminología ecológica y el derecho penal del medio ambiente. Este último puede definirse como el conjunto de normas que regulan las infracciones al ambiente en tanto que la primera se ocupa del estudio de los comportamientos antijurídicos que, de manera dolosa o por negligencia grave, producen daños al sistema ecológico.

En sentido amplio se entiende por medio ambiente los recursos naturales, la fauna, la flora, el patrimonio histórico y cultural, el ordenamiento del territorio y la calidad de vida. En sentido estricto, entendemos por medio ambiente el equilibrio ecológico de los diferentes sistemas naturales incluyendo la vida humana. Según que se adopte una u otra definición, serán materia del derecho penal ambiental no sólo la protección de la flora, la fauna y los diversos recursos naturales (mares, ríos, atmosfera, suelos, subsuelos, etc.) sino también el desarrollo armonioso de la población mundial, la protección de la calidad de vida, el fomento de economías y técnicas no nocivas para el ecosistema, la protección del patrimonio histórico y cultural de los pueblos, el ordenamiento equilibrado del territorio tanto urbano como rural.

A efectos de eficacia y seguridad jurídica, es necesario concretizar los elementos que han de dar lugar a una definición del medio ambiente como bien jurídico tutelado por la norma penal. Sin embargo, existen legislaciones que tipifican el delito ecológico como infracción autónoma en el Código Penal (España, Alemania, Portugal, Italia...) y otras en las que las sanciones están dispersas en diferentes legislaciones (Código del Medio Ambiente, leyes administrativas, infracciones penales puntuales...) como Francia, por ejemplo. Además algunos países han decidido una protección del medio ambiente como tal y otros han tutelado penalmente elementos naturales como el suelo, el agua, el aire. El problema de una regulación internacional es aun más complejo pues ni siquiera existe una definición unificada del medio ambiente. Detengámonos en algunos ejemplos nacionales. El artículo L110.1 del Código francés del Medio Ambiente se refiere a los espacios, los recursos naturales, los paisajes, la calidad del aire, las especies animales y vegetales, la diversidad y los equilibrios biológicos. De

la lectura de los artículos 2.º, 9.º y 32 de la Constitución italiana se puede deducir un concepto de medio ambiente a partir de los elementos que lo componen tales como el paisaje, el patrimonio histórico y artístico de la nación, revistiendo particulares connotaciones culturales. La Carta constitucional francesa del medio ambiente hace referencia a los recursos y equilibrios naturales, al medio natural, la diversidad biológica, el desarrollo sostenido. La Ley chilena 19300, “Sobre bases generales del Medio Ambiente” (D. O. 9 marzo 1994) propone la siguiente definición:

ii) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.

La directiva comunitaria de 2008 entiende por medio ambiente al hábitat natural, la flora y la fauna, el aire, la capa de ozono, el suelo, las aguas y las especies protegidas, excluyendo de su normativa el patrimonio cultural.

En función de la definición del medio ambiente existente en cada sistema jurídico, el derecho penal extenderá su protección. Por lo general, las normas penales ambientales reenvían para su aplicación a normas administrativas (leyes penales en blanco) en las cuales encontramos definiciones tanto del medio ambiente cuanto de comportamientos lesivos.

En función de los argumentos presentados anteriormente, podemos proponer una definición minimalista del derecho penal del medio ambiente como la rama del derecho penal económico que estudia los tipos penales destinados a la protección del entorno natural.

LOS PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN AL DERECHO PENAL AMBIENTAL

El derecho penal ambiental, en tanto que rama del derecho penal, está sometido a los principios que rigen éste último entre los cuales encontramos el principio de subsidiaridad, según el cual el derecho penal debe ser utilizado con precaución y luego de haberse agotado las demás vías jurídicas como las sanciones civiles (nulidad de negocios jurídicos, reparación de daños y perjuicios...) y administrativas (multas, privación de concesiones...). MIR PUIG, comenta el principio de subsidiaridad en estos términos: “para proteger los intereses sociales, el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma

subsidiaria, una *ultima ratio*¹⁴. Sin embargo, como lo recuerda el Tribunal Supremo español:

El medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el art. 45.1 de la Norma fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de ‘intervención mínima’ cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan¹⁵.

Los delitos ecológicos son manifestaciones antijurídicas novedosas que no pertenecen al núcleo tradicional del derecho penal como los delitos contra la vida, el honor, el patrimonio, etc. A diferencia del derecho penal clásico, el derecho penal ambiental reclama una protección anticipada, es decir anterior a la producción de la lesión. Por ello, se denomina habitualmente a la infracción ecológica “delito de peligro”. Contrariamente a los delitos de lesión que comportan la destrucción o el menoscabo del bien jurídico protegido (el homicidio en relación a la vida o el robo en relación al patrimonio, p. ej.), los delitos de peligro se caracterizan porque la conducta incriminada comporta simplemente la amenaza del bien jurídico en cuestión.

Otra particularidad del derecho penal ecológico consiste en su dependencia del derecho administrativo a causa del funcionamiento de las normas penales en blanco, también denominadas normas penales incompletas, ya que recurren a normas extrapenales (administrativas) que completan el tipo penal sancionado. Por lo general, las leyes penales ambientales no contienen de manera exhaustiva la definición de la conducta prohibida y se necesita por lo tanto recurrir a normas administrativas para imponer una sanción. El carácter accesorio del derecho penal del medio ambiente respecto de otras ramas del derecho y en particular respecto del derecho administrativo puede provocar una serie de problemas ya que el reenvío no se produce hacia leyes del mismo rango, toda vez que la ley penal tiene carácter orgánico, en tanto que las disposiciones administrativas no lo tienen necesariamente. El tribunal constitucional español ha zanjado el problema de las leyes penales en blanco considerando que la norma penal tiene que contener el núcleo esencial de la prohibición de la conducta, pudiendo dejar a

14 SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte general*, 1985.

15 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia 1705/2001.

normas extrapenales la determinación concreta de las modalidades comisivas, remisión que, en todo caso, deberá ser expresa¹⁶.

La protección de un bien jurídico supraindividual como el medio ambiente, sumado al hecho de que a menudo el daño no se puede evaluar al momento de la comisión del hecho delictivo, hace necesario un uso “elástico” de los principios clásicos de subsidiaridad y legalidad. A ello se suma la dinámica del principio de precaución que permite “elastizar” aún más los principios del derecho penal liberal.

La Carta constitucional francesa del medio ambiente introduce expresamente el principio de precaución cuando no se pueda probar la inocuidad de un producto o un procedimiento. Dicho principio consagra la cautela como matriz de la acción en materia medioambiental obligando principalmente a las empresas a tomar medidas de protección antes de que se produzca el daño ecológico.

El principio de precaución inspira la noción de peligro (abstracto o concreto) del derecho penal ambiental. El delito de peligro permite tomar distancia del dolo clásico para imputar penalmente una conducta. Su incorporación en los códigos penales, como subraya CHAVES TORRES:

Responde a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos más allá de la conducta lesiva de los mismos, ya sea por su relevancia, bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta, o debido a que los medios técnicos actualmente necesarios para la vida social pueden ocasionar, indebidamente utilizados, riesgos intolerables¹⁷.

16 STC 53/1994 del 24 de febrero: “Como recientemente se ha declarado por este Tribunal en la STC 111/1993, fundamento jurídico 6.º, que esta exigencia de determinación estricta y precisa de la conducta constitutiva de delito no supone que sólo sea constitucionalmente admisible ‘la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos’ (SSTC 127/1990 y 118/1992). El principio de legalidad no queda infringido cuando la definición del tipo ‘incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación’, si los mismos responden a bienes jurídicamente protegidos y la concreción de estos es la dinámica y evolutiva (STS 62/1982) y también es conciliable con el artículo 25.1 CE la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales abiertas (STC 122/1987); esto es, aquellas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadamente prevista en la ley penal, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, incluso de carácter reglamentario, si bien el reenvío normativo a normas no penales sólo procederá si se dan ciertos requisitos: “Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la STC 122/1987, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte de esta manera salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

17 “Justificación del delito de peligro común”, disponible en [www.monografias.com].

ELEMENTO MATERIAL DEL DELITO ECOLÓGICO

Siguiendo la clasificación de URRAZA ABAD¹⁸, los principales comportamientos delictivos en materia ambiental son:

1. Polución por los detritus industriales. Caracterizada por la actividad propia de las sociedades industriales; dentro de esta primera clasificación encontramos la contaminación atmosférica, la contaminación de las aguas y la contaminación de los suelos, debidas, por ejemplo, al vertido de residuos sin depurar.

2. Polución generada por los residuos urbanos. Junto con la contaminación industrial encontramos hoy en día una creciente polución producida por los residuos urbanos como, por ejemplo, el vertido de las aguas residuales o el vertido de desperdicios y basura.

3. Polución agrícola: pesticidas y productos equivalente. Dicha contaminación se ha incrementado con el desarrollo de la industria agropecuaria que necesita cada vez más accesorios químicos (pesticidas, conservantes, colorantes, etc.) o genéticos (organismos genéticamente modificados) para garantizar niveles de competitividad elevados.

4. Polución por la energía nuclear. La crisis petrolera y el agotamiento de recursos no renovables como el gas o el carbón han llevado a desarrollar energías alternativas entre las cuales la energía nuclear ocupa un lugar privilegiado. Además de los problemas relacionados con eventuales accidentes como por ejemplo la catástrofe de Chernobyl, la eliminación de los residuos de la industria atómica continúa siendo un problema casi irresoluto.

5. Polución acústica. El transporte aéreo, el crecimiento del parque automotor, las instalaciones industriales, entre otros, se han convertido en fuente de ruidos excesivos que alteran la salud de la población.

6. Devastación de recursos naturales por uso abusivo de la flora y la fauna.

Son constitutivos de infracciones penales exclusivamente los comportamientos mencionados que se efectúen en contravención a “leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”¹⁹. Dicho de otro modo, para que haya delito ambiental tiene que existir previamente una sanción administrativa. Así lo establece por ejemplo el artículo 325 del Código Penal español cuando dice “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”

18 J. URRAZA ABAD. *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Madrid, La Ley, 2001.

19 Artículo 325 del Código Penal español.

La directiva Europea 2008/99 define, en su artículo tercero, los actos delictivos:

a. El vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;

b. La recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos), que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;

c. El traslado de residuos contra las normativas vigentes;

d. La explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que, fuera de dichas instalaciones, causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;

e. La producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;

f. La matanza, la destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas de fauna o flora silvestres, a excepción de los casos en los que esta conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie;

g. El comercio de ejemplares de especies protegidas de fauna y flora silvestres o de partes o derivados de los mismos, a excepción de los casos en los que esta conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie;

h. Cualquier conducta que cause el deterioro significativo de un hábitat dentro de un área protegida;

i. La producción, la importación, la exportación, la comercialización o la utilización de sustancias destructoras del ozono.

La norma comunitaria sanciona dichas conductas sólo si son ilícitas y reenvía a la ilegalidad los actos materiales mencionados cuando son contrarios a todas las disposiciones administrativas y medioambientales del derecho comunitario

(tratados, reglamentos, directivas) o cualquier ley o reglamento de un Estado miembro, así como todas las especies protegidas de fauna y flora silvestres. Los Estados miembros garantizarán asimismo que la complicidad en un hecho inculminado y la incitación a cometerlo también sean sancionables.

El Código Penal español sanciona tanto a quién realiza directamente el acto como al que ayuda a provocarlo, inclusive indirectamente. Es claro que se trata de un delito de peligro y no meramente de lesión ya que el artículo 325 del Código Penal no exige la lesión del bien jurídico ambiental sino que se basta con que el resultado provocado ponga en peligro el equilibrio de los sistemas naturales. Vemos en ese sentido que el sistema penal español va más lejos de lo exigido por la directiva comunitaria ya que permite sancionar no sólo conductas explícitamente tipificadas sino cualquier resultado que altere gravemente el equilibrio ambiental. De no alcanzar dicho nivel de gravedad²⁰, el comportamiento podrá sólo ser sancionado administrativamente²¹.

En fin, el acto material debe “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, según la ley penal española. La puesta en peligro es entonces constitutiva del delito. La doctrina se encuentra dividida en cuanto a si dicha exigencia del artículo 325 debe interpretarse como un delito de peligro concreto o de peligro abstracto. Se trata de un peligro abstracto cuando se incumple cualquier norma protectora del medio ambiente y de un peligro concreto cuando en un caso específico se pone en peligro real y efectivo un sistema ecológico. En todo caso queda claro que se trata de un acto o un efecto grave cuyos elementos, según SILVA SÁNCHEZ, son: “a) la probabilidad mayor o menor de lesión y b) la magnitud de la lesión previsible en función de la extensión en el espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación o incidencia”²².

El Tribunal Supremo español, a partir de una sentencia del 1.º de abril de 2003, viene aplicando una noción intermedia denominada “delito de peligro hipotético”. Según dicha concepción, no es necesario probar que se puso en peligro concretamente un ecosistema sino que de manera general la conducta inculminada pondría en peligro el medio ambiente. Así, por ejemplo, verter una sustancia tóxica en un río ya contaminado puede constituir un delito si partimos de la concepción del peligro hipotético pero no si lo hacemos a partir del peligro concreto.

20 Según el Tribunal supremo de España (STS) “parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante y a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo”: STS 30 julio de 2004.

21 STS 30 de julio de 2004.

22 JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 79.

LOS SUJETOS DE LA INFRACCIÓN

Pueden ser infractoras tanto las personas físicas como las personas jurídicas²³. Aunque son éstas últimas, sin lugar a dudas, los principales sujetos activos de la delincuencia ambiental. En efecto, la mayoría de las conductas sancionadas por los códigos penales se refieren a las empresas industriales ya que rara vez un individuo aislado puede provocar emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas o captaciones de aguas capaces de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, tal como lo contempla el Código Penal español.

A tal fin, los diferentes sistemas jurídicos ha pergeñado mecanismos para garantizar la eficacia de la sanción, bien sea a través de la teoría del “levantamiento del velo”, de tal modo que se pueda desenmascarar a la persona moral para sancionar a la persona física que se oculta detrás de la ficción de la sociedad, o por la creación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como lo establece el artículo 121-2 del Código Penal francés.

En España, si bien no existe la responsabilidad penal de la persona moral, el artículo 31 del Código Penal dispone:

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

No sólo las empresas y sus representantes sino también las administraciones pueden ser pasibles de sanciones. Así, una sentencia del Tribunal Supremo de España del 29 de septiembre de 2001, condenó al intendente y al concejal de obras y servicios y al concejal de obras públicas y medio ambiente por no haber denunciado el funcionamiento defectuoso de una depuradora de aguas residuales que produjo la contaminación de un río. También pueden ser punidos los órganos de gobierno por una actuación (generalmente negligente) relacionada con la gestión competente. Fue el caso de varios técnicos del Ministerio de Fomento español por haber tomado la decisión de alejar el petrolero “Prestige”

23 En general no se trata de un delito especial, el Código Penal español, por ejemplo, comienza la tipificación por la frase “el que”, vale decir, cualquier persona que cometa la conducta antijurídica.

de la costa cuyo hundimiento en 2002 produjo una marea negra que afectó particularmente a Galicia.

El artículo 329 del Código Penal español crea una responsabilidad penal específica para los funcionarios públicos al establecer que:

La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código²⁴ y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

La creación de una responsabilidad penal específica para funcionarios por delitos contra el medio ambiente²⁵, aparece como la única solución eficaz para evitar que la Administración, generalmente detentora de la información necesaria para alcanzar una investigación medioambiental, se comporte de manera reticente al momento de abrir procesos contra sus propios agentes.

Tanto el derecho francés como la Directiva Comunitaria consagran la responsabilidad penal de la persona jurídica. En aquellos países donde dicha responsabilidad no existe, como España, la adopción de la Directiva 2008/99 integrará dicha responsabilidad al menos en materia medioambiental. Las sanciones penales deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias.

Los Estados miembros deberán prever la responsabilidad de las personas jurídicas cuando los delitos hayan sido cometidos en su beneficio por cualquier persona, a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que tenga una posición directiva en la persona jurídica cuando ésta dispone de un poder de representación de la persona jurídica, una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica. Esta responsabilidad puede ser de naturaleza penal o administrativa, en función del sistema jurídico del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros deberán prever una acción que permita

24 Se trata de la pena por delito de prevaricación sancionado con inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

25 R. DE VICENTE MARTÍNEZ. *Responsabilidad penal del funcionarios por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993.

exigir la responsabilidad de las personas jurídicas en los casos en que una persona, bajo la autoridad de una persona jurídica, hubiera incumplido su deber de supervisión o control cometiendo, de este modo, algún delito en beneficio de la persona jurídica (art. 6.º).

El sujeto pasivo de la infracción puede ser tanto un individuo determinado como una cantidad indeterminada de personas. Puede tratarse tanto de individuos contemporáneos a la infracción o de generaciones futuras. Como hemos visto, dicha peculiaridad del delito ecológico, obliga a pergeñar sistemas idóneos para que la sanción mantenga su carácter persuasivo y no se convierta en una mera declaración de principios. El Código francés del medio ambiente estipula en su artículo 132:

Los espacios, recursos y medios naturales, los sitios y paisajes, la calidad del aire, las especies animales y vegetales, la diversidad y el equilibrio biológico en el que participan forman parte del patrimonio común de la nación. Se consideran de interés general su protección, su restauración, su estado y su gestión, teniendo presente un objetivo común de mantener un desarrollo perdurable, que satisfaga las necesidades y la salud de las generaciones presentes y que no comprometa las expectativas y obligaciones de conservación de las generaciones futuras.

Podríamos decir entonces que los Estados, e incluso la humanidad, se podrían constituir en sujeto pasivo de infracciones ecológicas, lo cual nos reenvía a la compleja cuestión procesal de la defensa de intereses difusos y las acciones de clase (*class actions*) o acciones colectivas. El tribunal Supremo español establece al respecto que

... en los delitos contra el medio ambiente se perjudica negativamente ya no derechos de tercera generación, sino a la ciudadanía en general e incluso a las generaciones futuras. En estos casos el cauce de la acción popular es el más adecuado para dar curso a las actuaciones de los legítimamente interesados en la persecución de los delitos contra los aludidos bienes colectivos²⁶.

ELEMENTO MORAL

Además de contravenir a disposiciones protectoras del medio ambiente, para el derecho penal español, el comportamiento debe de ser de naturaleza dolosa o por imprudencia grave²⁷, vale decir, que quien lo realiza debe tener conciencia

26 STS 1318/2005 del 17 de noviembre 2005.

27 Artículo 331 Código Penal español: "Respecto a la culpabilidad, la STS de la Sala 2.ª del 28 marzo 2003

no sólo de que comete un acto de contaminación contrario a la legislación sino que dicha contaminación altera gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si, además, el infractor tiene conciencia del daño producido a la salud de las personas, se le aplica la circunstancia agravante del artículo 325.1 del Código Penal español. Son también circunstancias agravantes, según el artículo 326, que la industria o actividad funcione clandestinamente²⁸, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones; que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior; que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma; que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración; que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico y por fin, que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.

No hace falta que se produzca un perjuicio concreto, basta con que se cometa la conducta tipificada penalmente. El Tribunal Supremo, en una sentencia del 11 de diciembre de 2000, sancionó penalmente a una empresa dedicada al refinado de aceite comestible que vertía grasa en el río considerando que “el tipo penal se realiza con la realización del vertido contaminante sin que sea necesaria la producción de un perjuicio”. Dicha decisión conforta la concepción ecocéntrica del derecho penal ambiental y pone de manifiesto la naturaleza de las infracciones ecológicas, consideradas en España como delitos de peligro. La tentativa y la culpa grave son asimismo sancionadas penalmente. Así, SILVIA SÁNCHEZ considera que puede ser sancionada la empresa que contrata con otra pero omite su deber de control para evitar daños al medio ambiente²⁹. El artículo

afirma que es doctrina jurisprudencial que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otros bienes y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, y que es la situación de riesgo deliberadamente creada. En el delito ecológico el riesgo requerido por el tipo se encuentra causalmente vinculado con la acción que genera el peligro concreto producido y debe serle atribuido al autor a título de dolo eventual cuando, como sucede en la generalidad de los casos, no consta la intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo. En esos casos (como se establece en la STS Sala 2.ª del 13 marzo 2000 y STS Sala 2.ª del 30 enero 2002) las reglas de la lógica, de la experiencia y el recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción”: disponible en [<http://actualidadjuridicaambiental.wordpress.com/2009/02/17/comentario-analisis-jurisprudencia-del-delito-ecologico/>].

28 Según el Tribunal Supremo “la clandestinidad de una industria o actividad material no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino con el sentido jurídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico. Concretamente lo serán las empresas carentes de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones” (875/2006 del 6 de septiembre).

29 SILVIA SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 35.

331 del Código Penal español dispone que los delitos contra el medio ambiente “serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave”.

La directiva europea de 2008 sanciona tanto el dolo como la culpa grave al establecer en su artículo tercero: “Los Estados miembros se asegurarán de que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave”. En todo caso la imputación debe ser necesariamente subjetiva (dolo, dolo eventual o culpa grave) descartándose cualquier forma de imputación objetiva.

LA PRUEBA DEL DELITO AMBIENTAL

La designación del delito ecológico como un delito de peligro y el debate sobre si se trata de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto repercute directamente en el sistema probatorio. Efectivamente, como lo señalan PRAT GARCÍA y SOLER MATUTES:

Si conceptualizamos el delito ecológico como delito de peligro concreto, deberá probarse, para que la conducta sea punible, que unos concretos bienes jurídicos han sido amenazados. En otras palabras, que se ha puesto en peligro concreto el equilibrio de unos sistemas naturales determinados. En cambio, si consideramos que el delito ecológico es un delito de peligro abstracto, no se requerirá, para que tenga lugar la antijuridicidad penal, que el peligro inherente a la comisión del delito haya realmente amenazado a bienes jurídicos concretos, dignos de protección penal. Solamente requerirá la prueba de la idoneidad o capacidad lesiva de la conducta típica³⁰.

Como en el derecho penal general, la carga de la prueba corresponde a la parte demandante.

Del análisis de la jurisprudencia española se deduce que los principales medios de prueba son la prueba pericial, la prueba documental y, en menor medida, la prueba testimonial. La complejidad de la materia ambiental hace necesario el auxilio de peritos (ingenieros, químicos, geólogos, etc.) en el proceso, capaces de aportarle al juez los elementos necesarios para determinar la responsabilidad. Los informes procedentes de organismos públicos constituyen una prueba pericial privilegiada debido a las garantías técnicas de seriedad y objetividad que dichos organismos otorgan.

30 J. M. PRAT GARCÍA y P. SOLER MATUTES. *El delito ecológico*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2000, p. 57.

La prueba documental goza también de un importante valor probatorio ya que en muchos casos la ley obliga a las empresas a llevar registros de vertidos, emisiones o, inclusive, transporte de sustancias peligrosas. No sólo los documentos escritos tienen el valor de prueba documental sino también los videos, informaciones informatizadas, etc.

Los testigos pueden ser un importante medio de prueba tratándose, en particular, de empleados de empresas capaces de informar técnicamente sobre determinados comportamientos de la dirección.

Como la mayoría de los delitos ecológicos son producto de la actividad de sociedades industriales, la jurisprudencia utiliza a menudo también la prueba indiciaria. Así, en una decisión de 1994, del Tribunal Constitucional español, al ser imposible identificar el autor material de un vertido de aguas residuales en un río, se sancionó al director de la empresa en base a ciertos indicios, por ser éste el responsable del buen funcionamiento de la planta y comprobar que nadie podía tener acceso a la válvula sin su expresa autorización³¹.

Por último cabe señalar que para la obtención de determinadas pruebas, la justicia necesita la intervención policial en el lugar donde se supone se está produciendo una actividad delictiva, para lo cual se requiere, en la mayoría de los casos, una autorización judicial.

La cuestión de la prueba de la causalidad es asimismo compleja en materia de delitos ecológicos, en cuanto a la relación del daño con el tiempo y el espacio. En efecto, en muchos casos el perjuicio no sobreviene inmediatamente y sin embargo la conducta es penalmente sancionada pues puede comprometer al derecho de generaciones futuras; del mismo modo, una polución puede no constatarse en las proximidades de la fuente contaminante sino a varios kilómetros de allí (p. ej., en los ríos o en la atmosfera). De todos modos ha de señalarse que para muchos sistemas jurídicos no es necesario probar la causalidad, ya que como lo nota una sentencia de la Sala 2.^a del 29 enero 2007 del Tribunal Supremo español, el delito ecológico, como tipo de peligro, no requiere la comprobación de la causalidad del daño, sino el carácter peligroso del vertido, es decir un pronóstico de causalidad. Desde esta perspectiva lo único que se requiere es establecer si el vertido tiene la aptitud para generar tales peligros, y la tipicidad será la de apreciar inclusive cuando el vertido pueda caer sobre zonas ya contaminadas, dado que la finalidad del tipo penal no es sólo evitar contaminación, sino también impedir el incremento de la ya existente, pues esto contribuiría a dificultar la reparación del daño ya causado.

31 STC 62/1994 del 28 de febrero (BOE 24 de marzo de 1994, recurso de amparo n.º 1720/91).

LA SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES ECOLÓGICAS

La mayoría de los delitos ecológicos implican la pena de prisión. A modo de ejemplo, el artículo 324 del Código Penal alemán sanciona con pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa a quien “sin autorización contamine las aguas, o de cualquier modo altere perjudicialmente sus cualidades propias”. El artículo 58.4 del Código Penal italiano penaliza con arresto de seis meses a un año, y con multa, a quien por acción u omisión y violando las disposiciones administrativas provoque un daño a las aguas, al suelo, al subsuelo y a los recursos ambientales, o bien, habiéndose determinado un peligro concreto de contaminación ambiental, no tome las oportunas medidas de seguridad o no sanee y restablezca a su correcto estado ni las áreas contaminadas ni las instalaciones de las que pueda provenir el daño o un peligro de contaminación. En Francia, entre otros comportamientos, está sancionado con dos años de prisión y 75.000 euros de multa el transporte de sustancias radioactivas sin satisfacer las prescripciones administrativas correspondientes. La mayor parte de las incriminaciones se encuentran fuera del Código Penal³² ya que, como lo hemos señalado, no existe un capítulo específico consagrado a esta forma de criminalidad por lo que es necesario frecuentemente referirse a tipos penales de carácter general (homicidio, lesión, exposición a un daño...).

La protección penal medioambiental tiene carácter constitucional en España. El último párrafo del artículo 45.1 de la Constitución dispone no sólo la obligación de reparar el daño causado sino también la sanción penal. Las sanciones previstas para las infracciones del Código Penal español son de seis meses a cuatro años de prisión, además de multa e inhabilitación profesional (art. 325.1 CP).

Se denominan consecuencias accesorias a las penas establecidas en el artículo 327 las referentes a la clausura de la empresa y a su intervención judicial.

El artículo 328 del CP español sanciona asimismo con pena de prisión de cinco a siete meses y multa de 10 a 14 meses a quienes establezcan depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42 CP español) produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recaiga. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros cargos análogos,

32 La única incriminación específica es la del artículo 421-2 que sanciona el terrorismo ecológico.

durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos y cargos sobre que recae la inhabilitación.

La inhabilitación especial para profesión, industria, oficio o comercio, por su parte (art. 45), priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena y, también, ha de concretarse expresamente en la sentencia.

La pena de multa, que está incluida en casi todos los delitos contra el medio ambiente, consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria por el sistema de días/multa. Se puede imponer un mínimo de cinco días/multa y un máximo de dos años/multa. El Juez impondrá, según su criterio pero atendiendo a la situación económica, cargas familiares y otras circunstancias personales del reo, una cantidad por cada día/multa. También se establecerá en proporción al daño y al valor del objeto del delito. En el caso de que no se pague, existe “responsabilidad personal” y se puede imponer la pena subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos de multa o, también, trabajos en beneficio de la comunidad.

A pesar de sanciones severas, tanto los delitos ecológicos como los delitos económicos continúan gozando de una relativa impunidad en los diferentes países de la Unión Europea y particularmente en España.

La Directiva Europea no establece un régimen punitivo, limitándose a señalar que “las sanciones penales deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias”.

CONCLUSIÓN

La degradación ambiental obliga a actuar de manera firme y urgente. Si el derecho penal aparecía como la *ultima ratio* en las sociedades modernas, la post-modernidad ha hecho que en materia medioambiental la norma penal tenga una función tanto represiva cuanto pedagógica a fin de evitar nuevos y a menudo irreversibles daños a la naturaleza. La eficacia de la protección del medio ambiente pasa, en el ámbito jurídico general, por considerar al ambiente como un bien jurídico colectivo y, en el ámbito específico del derecho penal por desarrollar la técnica de los denominados delitos de peligro abstracto tanto a nivel nacional como internacional. La situación es de una gravedad tal que si no se considera cualquier puesta en peligro del medio ambiente de manera dolosa, o por culpa grave por infracción de las normas generales como una infracción, la capacidad disuasoria del sistema penal perderá su razón de ser. Asimismo, es necesario que los magistrados estén formados de manera idónea en una materia tan compleja y que puedan contar con peritos eficaces; para ello, las facultades de Derecho

deberían poner en marcha un curriculum específico en derecho ambiental y en derecho penal del medio ambiente.

La Directiva Europea, actualmente en proceso de adopción en los diferentes Estados de la Unión, constituye un primer paso en la puesta en marcha de una política penal internacional de protección del medio ambiente y erige a la Unión Europea como el primer laboratorio jurídico en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

ALOSTUEY DOBÓN, M. C. *El delito de contaminación ambiental*, Granada, Edit. Comares, 2004.

BELTRÁN BALLESTER. “El delito ecológico”, *Medio Ambiente*, citado por JUAN ANTONIO MARTOS NÚÑEZ. *Derecho penal ambiental*, Madrid, Exlibris Ediciones, 2006.

CUESTA AGUADO, DE LA. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2.ª ed., Valencia, 1999.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.. *Responsabilidad penal del funcionarios por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993.

DI FIBIO, M.. *Tutela dell’ambiente naturale. Difesa, gestione e sviluppo della natura e del paesaggio*, Milan, Pirola, 1987.

“Justificación del delito de peligro común”, disponible en [www.monografias.com].

NUVOLONE, P. “La delinquenza ecologica in Italia”, *L’indice penale*, 1978.

MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO. *Derecho penal ambiental*, Madrid, Exlibris Ediciones, 2006.

MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA. *Derecho penal del Medio Ambiente*, Madrid, Iustel, 2008.

Manual de Derecho penal, 4.ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALAREÉ, Barcelona, Editorial PPU, 1994.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte general*, 1985.

PRAT GARCÍA, J. M. y P. SOLER MATUTES. *El delito ecológico*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2000.

“Rapport de l’Evaluation des Ecosystèmes pour le Millénaire”, 2007, disponible en [<http://www.greenfacts.org/fr/ecosystemes/index.htm>].

SESSANO GOENAGA, J. C. “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 de noviembre de 2002.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia del 13 de febrero de 2008.

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia 1705/2001.

URRAZA ABAD, J. *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Madrid, La Ley, 2001.

III
LA JUSTICIA TRANSICIONAL
Y LOS RETOS DE LA REPARACIÓN

JOSÉ MARÍA GÓMEZ

*Notas sobre la justicia transicional y
la política internacional de posguerra fría**

Resumen. El objetivo del presente artículo es explorar una serie de elementos de análisis sobre la genealogía conceptual, los significados, los mecanismos principales y las implicaciones políticas de la justicia transicional en el contexto internacional de la posguerra fría. Si bien sus raíces directas se remontan al final de la Segunda Guerra Mundial como resultado de los cambios introducidos al orden internacional emergente en materia de justicia internacional, derechos humanos y derecho humanitario, la justicia transicional propiamente dicha nació durante los años 80 de la mano de los llamados “procesos de transición hacia la democracia”, y se expandió a partir de la década de 1990, tras el final de la guerra fría, para convertirse en un componente importante de la institucionalidad normativa y de la dinámica de la política mundial contemporánea. Dada la naturaleza problemática y multidimensional de la cuestión (espacial, temporal, política, ética, jurídica, histórica, epistémica), los enfoques pluridisciplinarios que suscita (Derecho internacional, Ciencia política, Relaciones internacionales, Historia, Filosofía) y el carácter por definición conflictivo de las interpretaciones y acciones que ella moviliza, este artículo no es más que un ejercicio de interrogación acerca del papel constitutivo de lo internacional en los procesos concretos de justicia transicional, los cuales, por lo demás, continúan siendo analizados frecuentemente en el cuadro estricto de las sociedades nacionales.

Palabras clave: Política internacional posguerra fría; globalización de los derechos humanos; justicia transicional; memoria, historia y política

El término justicia transicional surgió en la década de 1980 a raíz de las experiencias de “transición hacia la democracia” en América Latina y Europa del Este, se expandió en el escenario internacional a partir de los años 90 irrumpiendo en el vasto campo teórico y práctico de los derechos humanos, del derecho humanitario y de la resolución de conflictos armados. Desde entonces no ha cesado de crecer, en difusión y aceptación, para designar con su uso las respuestas dadas por las sociedades que transitan de situaciones de guerra hacia situaciones de paz o de cambio de regímenes altamente represivos hacia democracias liberales, con el fin de enfrentar las atrocidades en masa y los abusos sistemáticos heredados del pasado (genocidio, tortura, ejecuciones sumarias, desaparición forzada, violación, esclavitud y demás crímenes contra la humanidad y crímenes internacionales) (FREEMAN y MAROTINE, 2007).

* El presente trabajo recoge una serie de apuntes preparatorios sobre la dimensión y trayectoria internacional de la justicia transicional, uno de los ejes de análisis del proyecto de investigación del autor que lleva por título “O legado da ditadura militar e a justiça transicional no Brasil (1985-2010). Bloqueios, dilemas e perspectivas”. Este proyecto hace parte del proyecto mayor que está realizando el equipo de investigación del Núcleo de Direitos Humanos de la Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), en el marco de la Red UNITWIN de la Cátedra UNESCO, cuyo título es: “Violência, exceção permanente e Estado Democrático de Direito: A herança das violações dos direitos humanos da ditadura militar e as políticas de justiça, verdade, memória e reparação no Brasil contemporâneo”.

EL “AJUSTE DE CUENTAS” CON EL PASADO VIOLENTO
Y EL NUEVO CONSENSO INTERNACIONAL

De hecho, ni los crímenes en gran escala ni las reivindicaciones de justicia que ellos suscitan constituyen una novedad histórica, así como los acontecimientos y los procesos de cambio político que hoy se inscribirían en la problemática de la justicia transicional no podrían ser considerados como atributo exclusivo de los regímenes políticos modernos, ni siquiera de los democrático-liberales (ELSTER, 2006). Entretanto, lo que sí es nuevo en el mundo contemporáneo es la diseminación del sentimiento de que “alguna cosa puede y debe ser hecha” para detener las atrocidades, obligar a los responsables a rendir cuentas, tornar los hechos conocidos y socorrer de distintas maneras a las víctimas (ROTH-ARRIAZA, 2006a).

En realidad, cualquier observador atento del escenario político mundial percibe que al respecto “muchas cosas” se están haciendo. En primer lugar, existe ya un denso campo de normas jurídicas que consagra obligaciones legales vinculantes, y no meras aspiraciones morales, sobre la exigencia de los Estados de procesar perpetradores de crímenes contra la humanidad y crímenes internacionales, revelar la verdad de lo sucedido, proveer reparación a las víctimas, reformar instituciones predatorias y promover la reconciliación. En ese sentido, tanto el derecho internacional, y su interpretación y aplicación por tribunales y organismos internacionales (Corte Penal Internacional, Tribunales Internacionales de la ex Yugoslavia y de Ruanda, Comité de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros), como las orientaciones y la implicación directa de las Naciones Unidas y del Consejo de Seguridad en sociedades en conflicto o posconflicto, señalan patrones de conducta claros que los Estados deben respetar al enfrentar las violaciones pasadas de los derechos humanos. En segundo lugar, el activismo transnacional de derechos humanos se ha revelado un actor fundamental en la lucha por la responsabilidad legal y política de abusos graves y sistemáticos que tienen lugar en distintas partes del planeta, a través de campañas, informes, coaliciones con organizaciones de defensa locales, influencia en la elaboración de normas jurídicas internacionales y en el control de su implementación, etc. Por último, y sin duda el factor más significativo, procesos políticos concretos de justicia transicional, sean ellos nuevos o antiguos recientemente reactivados, proliferan en numerosos países de América, Europa, África y Asia. Así, en relación con las políticas de verdad y justicia punitiva, baste recordar que entre mediados de las décadas de 1980 y 2000 se establecieron 35 comisiones de verdad en el mundo (75% de las cuales concentradas en América y África), en tanto que los juicios criminales a represores (por medio de diversos tribunales domésticos,

extranjeros, internacionales e híbridos) presentaban, sobre todo a partir de la década de 1990, un crecimiento constante (SIKKINK y WALLING, 2006).

Si bien tales indicadores muestran un elevado consenso normativo internacional en torno a una determinada concepción de justicia subyacente (internacionalizada y de claro sesgo liberal), ello no autoriza a considerarlo absoluto e incontestable y, menos aún, a suponer que los objetivos buscados, los mecanismos formalizados y los resultados esperados sean de fácil y plena realización. Al contrario, lo que la evidencia histórica indica es la diversidad de concepciones de justicia que los actores involucrados en las relaciones de poder necesariamente ponen en movimiento y en disputa cuando se levantan las injusticias del pasado. Además, siempre que la sociedad internacional, las fuerzas sociales y los gobiernos se vuelcan sobre las cuestiones concretas de justicia transicional, se ven obligados a confrontarse con situaciones históricas complejas e inciertas atravesadas de contradicciones, dilemas y paradojas de distinta índole (políticos, éticos, sociales, jurídicos, culturales, económicos) y de difícil respuesta y resolución práctica.

De todos modos, se puede decir que la justicia transicional contemporánea es la resultante de un conjunto heterogéneo de discursos, prácticas, normas y actores que, operando en diferentes escalas espaciales (global, regional, nacional, local) y temporales (pasado, presente, futuro) y persiguiendo una amplia gama de propósitos, abarca diversos ámbitos: las políticas aplicadas por los Estados, los procesos de normativización e intervención de instituciones internacionales, los estudios académicos, el saber y las luchas de los activistas de derechos humanos (BARAHONA DE BRITOS, 2009). Según la concepción prevaleciente (que presenta variaciones y no pocas controversias), su campo de referencia específico está constituido por aquellos procesos domésticos e internacionales que, en estrecha imbricación, ponen en funcionamiento, de forma combinada o parcial, simultánea o secuencial, una diversidad de mecanismos (comisiones de verdad, juicio de represores por tribunales, compensación a las víctimas por los daños sufridos, informes, expurgos administrativos, entre otros) dirigidos, en lo esencial, a la producción de verdad sobre las violaciones cometidas, a la responsabilidad penal de los culpables, a la reparación de las víctimas, a la construcción de la memoria colectiva y a la reforma de las instituciones estatales implicadas (ROTH-ARRIAZA, 2006; BARAHONA DE BRITOS, 2009; FREEMAN y MAROTINE, 2007). Así, movidos por un sentido de justicia en relación a las violaciones de los derechos humanos y crímenes internacionales del pasado, y tendientes cada vez más a adoptar un abordaje integral donde los citados mecanismos se complementan y se refuerzan mutuamente, tales procesos tienen como objetivo primordial alcanzar la pacificación y reconciliación de pueblos y comunidades dilacerados por conflictos

violentos o regímenes altamente represivos. Al tiempo que se procura crear o recrear la confianza cívica en y entre las víctimas, ciudadanos e instituciones, a través de un conjunto de acciones y condiciones (Estado de Derecho, régimen liberal-democrático, ayuda humanitaria y ayuda al desarrollo, misiones de paz, intervenciones humanitarias, reconstrucción del Estado, etc.) consideradas indispensables tanto para proteger y promover los derechos humanos como para prevenir futuras repeticiones de violaciones y masacres en masa (TEITEL, 2000 y 2003; VAN ZYL, 2009).

NÚREMBERG, LA JUSTICIA INTERNACIONAL DE LOS
“VENCEDORES” Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS

Este entendimiento predominante de la justicia transicional, íntimamente vinculado a las transformaciones profundas de la política mundial y del orden liberal global posguerra fría, reconoce, sin embargo, dos precedentes o fases anteriores fundamentales, con sus correspondientes concepciones de justicia y trazos distintivos en ellas configurados (TEITEL, 2000 y 2003; BARAHONA, 2002 y 2009; ROHT-ARRIAZA, 2002 y 2006): la primera se inició inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, cuando los vencedores de la contienda se lanzaron a la definición y búsqueda de legitimación de las bases normativas e institucionales que presidirían el nuevo orden internacional. En el diseño estratégico de los aliados, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (seguido luego por el de Tokio) jugó el rol clave de juzgar, condenar y ejecutar miembros del alto comando de las potencias vencidas por la perpetración de los crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, esa figura nueva del Derecho Penal Internacional, frente a la cual los responsables no podrían alegar el principio de legalidad previa, ni el de obediencia debida, ni siquiera el de no injerencia en los asuntos internos del estado (DONNELLY, 2007; FORSYTHE, 2006).

Al introducir el principio de la responsabilidad individual de las más altas autoridades políticas y militares por los crímenes de Estado (el cual, además de servir como justificativo para la entrada de los aliados en la guerra, reafirmaba un enfoque liberal ambicioso de justicia internacional procurando universalizar los derechos fundamentales y el Estado de Derecho), Nuremberg representó un punto de inflexión del Derecho Internacional que abrió camino hacia la tensión-debilitamiento del principio de la soberanía estatal y el surgimiento de una jurisdicción universal (TEITEL, 2000). Más aún, podría decirse que fue el desencadenador y una de las fuentes principales de la “revolución de los derechos humanos” que marcó, con un sistema inédito de protección y promoción,

el orden normativo internacional pos-1945 hasta la actualidad, no obstante sus claras limitaciones, parcialidades e irregularidades legales inherentes a un acto típico de “justicia de los vencedores” (STEINER y ALSTON, 2006; ZOLO, 2007; DONNELLY, 2007; GÓMEZ, 2009a).

Esta fase inaugural de la justicia transicional se completó con una breve ola de “desnazificación” que alcanzó a distintos países europeos (Holanda, Bélgica, Francia, Austria, Alemania y otras naciones del este europeo). Ello implicó que se llevase adelante, a nivel nacional (aunque en Alemania, al comienzo, los procesos fueron conducidos directamente por Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Unión Soviética), juicios y depuraciones administrativas de acusados subalternos, hasta ser rápidamente frenados por las políticas de clemencia y de olvido de los años 50 y 60, en función del clima de la guerra fría y de sus desdoblamientos internos (DEÁN, GROSS y JUDT, 2000; BARAHONA DE BRITTO, 2009; TEITEL, 2000). Aún así, en la década de 1990, ya en el nuevo contexto de posguerra fría de consolidación y ampliación de la noción de justicia transicional, una serie de iniciativas de revisión, celebraciones de memoria y juicios emblemáticos a los responsables por antiguos crímenes bajo el nazismo (BARBIE y TOUVIERS en Francia, PRIEBKE en Italia) mostró la persistente presencia del pasado, no obstante el interés y la voluntad de las elites gobernantes por clausurarlo definitivamente (BARAHONA DE BRITTO, AGUILAR FERNÁNDEZ y GONZÁLEZ ENRIQUE, 2002; TRAVERZO, 1995 y 2005; VINYES, 2009).

TRANSFORMACIONES DEL CONTEXTO INTERNACIONAL, “TRANSICIONES HACIA LA DEMOCRACIA” Y POLÍTICAS NACIONALES DE JUSTICIA TRANSICIONAL

La segunda fase de la justicia transicional se configuró entre mediados de los años 70 y el inicio de los 90, a partir de la “tercera ola” (HUNTINGTON, 1994) de democratización de los regímenes políticos que comenzó en la Europa del Sur, continuó en América del Sur y culminó en Europa del Este y América Central, para luego extenderse a numerosos países de África y Asia. En estos procesos de “transición hacia la democracia”, según la denominación consagrada por la literatura especializada (O'DONNELL, SCHMITTER y WHITEHEAD, 1988; PRZEWORSKI, 1994; HELD, 1993), los gobiernos que enfrentaron las violaciones a los derechos humanos de los antiguos regímenes privilegiaron, al contrario del modelo internacionalizado universal y punitivo de Nuremberg, respuestas estrictamente nacionales e incluso locales que ampliaban el abanico de mecanismos utilizados (juicios penales, comisiones de verdad, expurgos administrativos, reparación a las víctimas, reformas de instituciones, apertura de los archivos de los aparatos

represivos, restitución de propiedades y bienes confiscados, amnistías o anulación de amnistías de los antiguos regímenes, etc.). Bajo una amplia diversidad de contextos, condiciones y contingencias políticas internacionales y domésticas, las modalidades de justicia transicional puestas en práctica no podían sino adquirir una multiplicidad de formas y contenidos. Al mismo tiempo surgían los primeros estudios sistemáticos, se generalizaba el uso del término, y la propia noción evolucionaba en función de dos vectores íntimamente entrelazados. Uno, que provenía de las experiencias directas diseminadas en distintos países y regiones con características y consecuencias singulares, cuyas dinámicas suscitaban interpretaciones que apuntaban a una serie de dimensiones y aspectos considerados relevantes: la historia de las sociedades concernidas; la naturaleza y alcance represivo de los regímenes precedentes; el tipo de transición política; los reclamos y luchas sociales por justicia; y, ciertamente, las medidas de justicia transicional tomadas por los nuevos gobiernos. El otro, que se nutría de las transformaciones profundas y aceleradas que afectaban el sistema internacional y la política mundial a lo largo de los años 80 y, sobre todo, a comienzos de los 90: la intensificación de los procesos de globalización económica, política y cultural; el triunfo hegemónico del capitalismo globalizado neoliberal; los drásticos cambios geopolíticos que culminarían con el colapso soviético; el fin de la guerra fría y la incontestable hegemonía del poder global estadounidense; la afirmación de un nuevo orden global liberal cosmopolita celebrando la universalidad de los derechos humanos, del Estado de Derecho y de la democracia liberal; la irrupción de graves conflictos armados y guerras civiles de cuño étnico-religioso en diferentes regiones periféricas, etc.

Tales transformaciones no sólo tornaron posible sino que impulsaron la ascensión vertiginosa y el fortalecimiento del régimen global (y de los regímenes regionales) de derechos humanos, a pesar de sus ambivalencias, de sus fragilidades constitutivas y de la persistencia de viejas violaciones y de Estados recalcitrantes junto a la emergencia de nuevas violaciones generadas por los procesos, estructuras y relaciones de poder inmanentes a la forma dominante de la globalización (BIRNS, 2002; GÓMEZ, 2009a; DOUZINAS, 2007 y 2009). Al menos así lo ponían en evidencia importantes desarrollos del período. De un lado, la proliferación de normas jurídicas e instituciones de protección, la implantación de procedimientos e instancias de monitoreo, la influencia creciente de las ONG, los movimientos sociales y las redes transnacionales de activistas en la elaboración e implementación de normas y en la solidaridad a las organizaciones locales de defensa, etc. (DONNELLY, 2007; GÓMEZ, 2009a). De otro lado, las dos consecuencias entrelazadas que derivan de la confluencia de los factores anteriores: el incremento de los condicionamientos internacionales legales y políticos

a los Estados y la apertura de una “estructura de oportunidades” para la acción política –de “adentro hacia fuera” y de “afuera hacia adentro”– de activistas y fuerzas socio-políticas nacionales en relación a las violaciones presentes y pasadas (SIKKINK, 2002; TARROW, 2005).

En realidad, podría decirse que la segunda fase nació a mediados de la década del 70 en los países de la Europa del Sur en un contexto internacional y europeo, donde la temática y los sistemas de protección de los derechos humanos empezaban a activarse y a ganar una mayor densidad normativa, institucional y política. En aquella época, la respuesta que los nuevos gobiernos dieron a las violaciones perpetradas por los regímenes autoritarios anteriores mostró, además de caminos diferentes, un abanico de opciones todavía bastante restringido. En Grecia, en 1974, la estrategia combinó el juicio penal a los responsables máximos del “régimen de los coroneles” con depuraciones institucionales. En Portugal, a comienzos de la “*revolução dos cravos*”, se privilegiaron las purgas administrativas en masa de antiguos salazaristas, aunque inmediatamente después fuesen anuladas (COSTA PINTO, 2002). En España, en 1977, se eligió la vía de la amnistía, del silencio y del olvido de las masacres y abusos sistemáticos que caracterizaron la guerra civil y el largo período de la dictadura franquista (ÁGUILAR FERNÁNDEZ, 2002). Aunque más adelante, en la primera década del siglo XXI, esa “herencia del olvido” fue interrumpida por la irrupción de la memoria social, dando lugar a una serie de decisiones gubernamentales, parlamentarias y judiciales al respecto, con no pocas limitaciones y turbulencias políticas (MARTÍN TALLIN y ESCUDERO ALDAY, 2008; REYES MATE, 2008a; VINYES, 2009).

DE EXPANSIÓN Y RECONOCIMIENTO: AMÉRICA DEL SUR, EUROPA DEL ESTE, AMÉRICA CENTRAL Y ÁFRICA DEL SUR

Sin embargo, fue en los países del Cono Sur latinoamericano, especialmente en Argentina y Chile, durante la década del 80, que esta segunda fase ganó contornos definidos y distintos de la fase anterior de posguerra, en cuanto la propia noción de justicia transicional lograba amplio reconocimiento y aceptación. En la raíz del fenómeno se encontraban las políticas efectivas de justicia de transición que los nuevos gobiernos civiles adoptaron y los impactos que éstas generaron, ya fuera en la dinámica interna de los procesos de éstos y otros países de América Latina o de regiones más distantes, o en la absorción de sus innovaciones por los regímenes internacionales de derechos humanos (global e interamericano), o aún en el debate que se desencadenó en torno a la naturaleza, el significado, los mecanismos y el alcance de la justicia transicional.

En Argentina, en función de una transición “por ruptura” (debido al colapso de la dictadura tras la derrota de la Guerra de las Malvinas), y bajo una fuerte presión del movimiento social de derechos humanos que demandaba “verdad y castigo a los culpables” por los millares de asesinatos y desapariciones, el gobierno de ALFONSÍN decidió, en 1983, implantar dos mecanismos orientados a la resolución de las violaciones de los derechos humanos: el juicio penal a los miembros de las tres juntas militares que gobernaron el país entre 1976 y 1982, y una comisión de investigación de notables (la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas –CONADEP–) orientada no hacia la reconciliación sino hacia el conocimiento integral de la maquinaria represiva estatal, de su metodología, lugares, responsables y víctimas. De estos dos mecanismos resultaron dos acontecimientos de gran impacto y significación en el campo de la práctica y del análisis de la justicia transicional: el informe final “Nunca Más” de la comisión (nombre que se transformó en símbolo emblemático de la lucha de los movimientos por la justicia transicional en la región y en el mundo), de amplia difusión en la sociedad, y la primera condenación de jefes militares llevada adelante por un tribunal civil en América Latina (seguida más tarde por Bolivia). Ambos sirvieron de base para la apertura ulterior de causas judiciales que implicaban a centenas de miembros de las fuerzas armadas y de seguridad. Pero, sobre todo, se erigieron en símbolos fundacionales del retorno de la democracia, a pesar de los drásticos vuelcos que, desde entonces, han sufrido las políticas de justicia retrospectiva. O sea, de las leyes de amnistía de ALFONSÍN y de los indultos presidenciales de MENEM, que parecían haber clausurado definitivamente el ciclo inicial, se pasó a su vigorosa actualización y profundización bajo los gobiernos de KIRCHNER y FERNÁNDEZ, dando lugar a mega-procesos y condenaciones judiciales de ex-militares represores, junto a avances en materia de reparación a las víctimas y perseguidos, memoria oficial, verdad, reformas y depuraciones de las instituciones militares.

No es casual que el caso argentino se haya convertido en referente obligatorio para los procesos históricos de la región, así como para los debates académicos en torno de la noción, evolución e impactos de la justicia transicional sobre las instituciones, prácticas y cultura política democráticas (BARAHONA, 2002; TREITEL, 2000; SIKKINK y WALLING, 2006 y 2007; RAFFIN, 2006 y 2009; GÓMEZ, 2008a). Los motivos son varios: fue el primer proceso que combinó de manera simultánea el juicio penal y la comisión de verdad; el que produjo importantes innovaciones normativas y judiciales (p. ej., los “juicios por la verdad” en un momento en que se vigorizaban en el país las leyes de amnistía y los indultos) incorporadas al régimen internacional de derechos humanos, y el que mostró, como en el caso chileno, la constitución de un movimiento de derechos humanos dotado de una

notable capacidad estratégica para explorar y crear social, política y judicialmente, las oportunidades domésticas e internacionales que se abrían con los cambios del contexto global y regional a favor de una mayor responsabilidad legal por las violaciones y abusos de los derechos humanos (articulaciones con redes de activistas transnacionales, propuestas incorporadas en las convenciones internacionales, acciones recurrentes frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estrategias legislativas para la anulación de las leyes de amnistía y de los indultos, etc.) (SIKKINK y WALLING, 2006). De ahí los “efectos de demostración” que esta experiencia desencadenó sobre los procesos de transición política en los países vecinos del Cono Sur, esto es, los desdoblamientos e implicaciones en Brasil, Uruguay y Chile sobre dos aspectos fundamentales: el estímulo y la imitación en las luchas de los organismos y activistas de derechos humanos por la justicia retroactiva y las estrategias de contención de la amenaza de contagio, tanto por los regímenes militares que negociaban las garantías de impunidad jurídica y de olvido político con las formaciones partidarias de oposición, cuanto por estas últimas al conducir la democratización del sistema político en el cuadro de una transición política bajo tutela del actor militar.

En Chile, en función de una transición “pactada” con fuerte veto militar y una democratización incompleta del régimen político (como lo demostraba la vigencia de la Constitución y de la amnistía sancionadas por el régimen militar, además de la inquietante presencia y continuidad del ex-dictador PINOCHET como comandante en jefe de las fuerzas armadas), el gobierno de ALWIN, en 1990, descartó el camino de la justicia punitiva para los responsables por los millares de asesinatos y torturados, y optó exclusivamente por la instalación de una comisión de “Verdad y Reconciliación Nacional”. La composición, el funcionamiento, el significado y el resultado final –el informe Rettig– de esta comisión sirvieron de referencia e inspiración para experiencias similares que acontecieron en otras partes del mundo, en particular, en África del Sur pos-apartheid y en países de América Central posconflictos armados. De todas maneras, una década después, como consecuencia interna del avance de la justicia transnacional y del rol decisivo jugado por el “caso Pinochet” (recuérdese que la detención domiciliar de PINOCHET en Londres entre 1998 y 2000, por parte de las autoridades británicas, atendía a un pedido de extradición –finalmente negado– de un tribunal español a raíz de los crímenes contra la humanidad perpetrados sobre ciudadanos españoles en Chile, durante el periodo de la dictadura), el poder judicial admitió numerosas causas contra el propio PINOCHET e interpretó la ley de amnistía de modo tal que notorios ex-represores pudieran ser procesados y condenados (BARAHONA DE BRITO, 2002; PEREIRA, 2005). Además, siguiendo la tendencia regional e internacional, también se implementaron políticas de reparación a las víctimas, memoria

oficial y retractación pública de las fuerzas armadas. Por su lado, el movimiento de los derechos humanos desplegó, tras el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, un intenso activismo internacional que le permitió beneficiarse —pero que también ayudó a crear— de las oportunidades que se abrían en los sistemas de protección de los derechos humanos, tanto global como interamericano (basta recordar que fue a propósito de la situación específica en Chile que la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General de la ONU se pronunciaron, por primera vez, condenando un país cuyas violaciones internas no eran consideradas una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales).

Ya en los casos de Brasil y Uruguay, que siguieron de cerca el modelo de la transición española, la impunidad y la política del olvido pautaron las estrategias de los primeros gobiernos civiles, aunque con modalidades diferentes entre sí (la ley de amnistía en Brasil, por ejemplo, fue sancionada por el régimen militar cinco años antes de concluir formalmente, mientras que, en Uruguay, el propio Congreso la sancionó un año después del reestablecimiento de la democracia). En ambos países, del mismo modo que en Paraguay, Bolivia y Perú, dada la obstrucción de las comisiones de investigación oficiales, los organismos de derechos humanos produjeron los respectivos “Nunca Más” (en Brasil en 1985 y en Uruguay en 1989). Entretanto, cambios significativos que habían empezado a vislumbrarse desde mediados de la década del 90 (sobre todo en torno de los reclamos y la obtención de mayores informaciones oficiales sobre los muertos y los desaparecidos por la represión estatal) alcanzaron un umbral inédito de intensificación, diversificación y resultados a lo largo de la década 2000 en función de la dinámica internacional consagrada de la justicia transicional, del aliento renovado de las luchas sociales y de una serie de iniciativas gubernamentales y judiciales que marcaron los mandatos del presidente LULA DA SILVA y TAVARÉ VASQUEZ. En el caso uruguayo, finalmente, se instaló una comisión de verdad oficial (Comisión para la Paz), al tiempo que la justicia civil llevaba adelante juicios selectivos y condenas de altos responsables por la represión (no obstante la vigencia de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado proclamada por el Parlamento en 1986 y su confirmación reiterada a través de los referendos populares de 1989 y 2009) y se contemplaban medidas de reparación en beneficio de las víctimas (GÓMEZ, 2008 y 2009).

El caso brasileño también registró avances en los últimos años, especialmente en relación a la política de reparación a las víctimas y perseguidos de la dictadura militar (según las cifras dadas a conocer por la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia encargada de tal política, hasta agosto de 2009, de los 64 mil pedidos de reparación recibidos, 47 mil habían sido analizados y 30 mil fueron aceptados. La mayoría de ellos, sin embargo, no obtuvo indemnización

económica sino apenas el reconocimiento por el Estado de su condición de perseguido político). Hubo, asimismo, pequeños pasos del gobierno orientados a la construcción de una memoria oficial, a la instalación de una futura comisión de verdad (que dependerá de la aprobación del Congreso) y a las tentativas (aisladas y fallidas) de algunos ministros de desarrollar un debate público sobre la necesidad de revisar la interpretación de la ley de amnistía vigente. Más importante aún ha sido el proceso de judicialización que se desencadenó en el plano nacional y en el internacional a propósito de la validez de dicha ley y de la responsabilidad del estado brasileño en investigar y punir los crímenes del pasado, sea a través de las intervenciones de los tribunales inferiores y de la Corte Suprema del país, sea a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que aceptó la acción impetrada por un organismo de derechos humanos, con resolución prevista para los próximos meses). De todos modos, ante la falta de voluntad política de las elites gubernamentales, la decisión reciente del Supremo Tribunal Superior sustentando la validez de la ley de amnistía, la ostensiva resistencia de las fuerzas armadas, y el aislamiento social y político de la lucha de los organismos de derechos humanos, no sorprende que, comparado con el resto de los países del Cono Sur, Brasil continúe siendo el proceso que presenta mayores restricciones y bloqueos en términos de derechos a la justicia, a la verdad y a la memoria (TELES y SAFATLE, 2010; SANTOS, TELES y ALMEIDA TELES, 2008; GÓMEZ, 2008 y 2009).

Los países de Europa Central y del Este (y de la Alemania unificada), por su lado, desencadenaron a comienzos de los años 90, tras la caída del muro de Berlín y el colapso de los regímenes comunistas, procesos de justicia de transición en los cuales se privilegiaron extensas depuraciones administrativas “descomunizantes” (Albania, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Polonia, Rumania, Alemania y Hungría), la apertura de los archivos de la policía política (Hungría, Polonia, Rumania, Bulgaria y Alemania) y una amplia política de restitución o compensación de propiedades y patrimonios que se remonta hasta la Segunda Guerra Mundial. También hubo, aunque en un nivel bajísimo, juicios selectivos de responsables de alto escalafón o de involucrados en crímenes emblemáticos (Albania, Bulgaria, Hungría, Alemania, Polonia y Rumania) así como comisiones gubernamentales o parlamentares de investigación del antiguo régimen (Hungría, Rumania y Polonia). Casi simultáneamente, en América Central, en el marco de los procesos de pacificación e implantación de democracias “contra-insurgentes” que cerraban un largo y sangriento ciclo de conflictos armados (con presencia activa de actores internacionales y organismos de derechos humanos transnacionales), se privilegiaron las políticas de verdad sobre las de justicia criminal contra los responsables por la violencia que victimó a millares de personas. Así lo demostraba el establecimiento de comisiones de verdad (en

Guatemala, Salvador, Nicaragua y también Haití) y la adopción generalizada de medidas de amnistía (Nicaragua, El Salvador, Guatemala) al servicio de los acuerdos de paz y de la estabilización del nuevo régimen (aunque en Honduras y Guatemala, y también en Haití, algunos oficiales militares hayan sido juzgados por violaciones a los derechos humanos) (BARAHONA DE BRITO, 2009). Siguiendo esta misma línea de privilegiar la verdad y no la responsabilidad penal de los perpetradores de violaciones macizas, África del Sur del pos-apartheid ofreció amnistía y reintegración a los perpetradores a cambio de confesión, mientras se instalaba una Comisión de Verdad y Reconciliación focalizada en los relatos de las víctimas, la documentación de las violaciones y las recomendaciones que contribuyeran al cambio político y a la no repetición. Para muchos intérpretes de la época, ésta era una solución no judicial más amplia, completa y eficaz que aquella que derivaría de la intervención penal de los tribunales (ROTH-ARRIAZA, 2006; HAYNER, 2001; LEFRANC, 2006).

DILEMAS, MECANISMOS Y LA PRIORIDAD DE LA PACIFICACIÓN, LA RECONCILIACIÓN NACIONAL Y LA NO REPETICIÓN

Las concepciones de justicia que emergieron en esta segunda fase, a partir de los más diversos contextos y escenarios, revelaron el alto grado de incertidumbre y complejidad que presidía los procesos de transición y las situaciones políticas enfrentadas por regímenes liberal-democráticos aún frágiles. La dinámica de las relaciones de fuerza entre los actores más relevantes planteaba, de hecho, agudos dilemas para una política de justicia retrospectiva, especialmente aquellos que se presentaban en términos de “castigo (justicia penal) versus amnistía” y “castigo versus verdad”, con variantes, combinaciones e innovaciones en cada caso particular. De ahí que con no poco pragmatismo, en nombre de los derechos humanos, de la justicia, de la paz, de la reconciliación e identidad nacional, y de la estabilización de los regímenes democráticos nacientes (aunque sin ignorar, desde luego, los impactos de las luchas sociales internas y de las presiones internacionales), los gobiernos procuraron, salvo algunos casos excepcionales, mecanismos alternativos a los aplicados durante la primera fase (TEITEL, 2003). Hacían parte de esta búsqueda de soluciones alternativas los pedidos de disculpa histórica y perdón, y las confesiones de los represores a cambio de amnistía (los casos de El Salvador y África del Sur), el acceso a los archivos de los antiguos órganos represivos (en la mayoría de los países de Europa del Este), las políticas de reparación a las víctimas (simbólicas, pecuniarias, terapéuticas), las políticas de memoria (lugares, fechas de celebración) y, sobre todo, la instalación de

comisiones de verdad, cuyos ejemplos más influyentes fueron los de Argentina (1983), Chile (1990) y África del Sur (1994).

Esas comisiones servían, como el resto de los otros mecanismos, al objetivo prioritario de preservar la paz y lograr la reconciliación nacional, además de estar animadas por la idea disuasiva de evitar la reedición de catástrofes colectivas. Entretanto, a través de hacer conocer y reconocer lo sucedido, ellas dejaron un importante registro histórico que, como consecuencia no prevista ni deseada, también abría la posibilidad futura de una reanudación de acciones políticas e intervenciones judiciales sobre las injusticias del pasado (TEITEL, 2003). O sea, la posibilidad de volver siempre (en virtud de las transformaciones contextuales, de la fortuna, de la sensibilidad histórica de las nuevas generaciones y, en definitiva, de los cambios en las correlaciones de fuerza entre los principales actores implicados) sobre las cuestiones de la verdad, de la historia, de la memoria y de la justicia con relación a las violaciones en masa del pasado, como lo ilustran, por otro lado, los procesos en España y en varios países del Cono Sur durante la década de 2000. En suma, en esta segunda fase de la justicia transicional, se asistió a la consolidación y expansión de la noción, a la emergencia de ciertos elementos y tendencias que serán “normalizados” en la fase actual, y al predominio de una concepción de justicia a propósito de los crímenes del pasado que prioriza la paz y la reconciliación nacional sobre los propios imperativos del Estado de Derecho y de la democracia política (esto es, las exigencias de establecer la culpa y la responsabilidad por los crímenes perpetrados según los procedimientos legales y judiciales, así como desarrollar un debate sin restricciones en la esfera pública de la sociedad) (TEITEL, 2003). En otras palabras, mas allá de las diferentes modalidades, potencialidades e interpretaciones conflictivas de los procesos concretos, se perfiló un modelo prevaleciente de justicia restaurativa, donde los diversos métodos conciliatorios de las políticas implementadas incorporaban fuertes componentes morales, religiosos y materiales, de acentuado sesgo privatizante (de las compensaciones pecuniarias a la memoria individual, en desmedro de la memoria social o colectiva) y alta despolitización.

¿HACIA UNA JUSTICIA TRANSICIONAL “HUMANITARIA”?

La tercera fase que se configuró rápidamente desde mediados de 1990, consagró, en medio de no pocas tensiones, contradicciones y ambivalencias, una concepción dominante de justicia que combina elementos de las dos fases anteriores con elementos nuevos, imprimiéndole a la justicia transicional un formato legal, una serie de mecanismos específicos, un sentido recortado de justicia retroactiva, y un alcance temporal (anticipado 20 años antes con la afirmación de la imprescripti-

bilidad de ciertos crímenes internacionales) y espacial (local, nacional, regional y global) sin precedentes. Ello ocurrió en el marco del emergente orden global liberal cosmopolita de la inmediata posguerra fría que celebró una era de paz, prosperidad y seguridad internacional basada en la universalización normativa de los derechos humanos y del derecho humanitario, del Estado de Derecho, de la democracia pluralista-representativa y de la “economía de libre mercado”. El contexto histórico, sin embargo, sufría un cambio veloz, que lo obligaba a lidiar con la irrupción, proliferación e impactos de “nuevas guerras” y sangrientos conflictos étnico-religiosos en los Balcanes y diversas regiones de Asia y África (recuérdese, en ese sentido, el importante rol jugado por el genocidio en Ruanda, en 1994, que en sólo tres meses de duración dejó un saldo de casi 800 mil muertos, ante la más absoluta indiferencia occidental).

Fue entonces, frente a este nuevo cuadro de conflictos desestabilizadores en regiones del antiguamente denominado “tercer mundo”, que las grandes potencias occidentales decidieron instituir la jurisdicción de tribunales internacionales para los casos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, al mismo tiempo que reforzaban los poderes del Consejo de Seguridad de la ONU y de otras organizaciones internacionales con el fin de llevar adelante operaciones de paz posconflictos de nuevo tipo e intervenciones militares “humanitarias” (ZOLO, 2007; OXFORD, 2003 y 2009; HEHIR, 2010). Así, en medio de acelerados y profundos cambios de la política mundial, y del nuevo clima ideológico que se instala de que “algo tiene que ser hecho” para detener el daño y el sufrimiento de pueblos sometidos a situaciones de genocidio, guerra civil o violaciones graves de los derechos humanos, la justicia transicional se incorpora y se inscribe en esta demanda universal de justicia y derechos que marca una época dominada por narrativas internacionalistas de construcción del orden mundial. Este clima ideológico respondía, en parte, a las reivindicaciones persistentes de los activistas transnacionales y a círculos académicos que le apostaban a las posibilidades abiertas por el fin de la bipolaridad y por los avances de los procesos de globalización (política, legal, cultural, económica) con vistas a profundizar la institucionalización y el compromiso de una nueva comunidad global en torno a los valores supuestamente compartidos de justicia, paz, derechos humanos, democracia y desarrollo. Tales demandas transformadoras del orden mundial eran formuladas a partir de un enfoque centrado en los derechos humanos cuyas premisas afirmaban la universalidad de la justicia y de los derechos, la posibilidad del empoderamiento de individuos, minorías oprimidas o grupos excluidos, y el carácter eminentemente ético y moral de estos derechos (CHANDLER, 2003 y 2006).

La prioridad de los derechos humanos, entretanto, no tardó en ser rápidamente asumida por el discurso y, en grados variables, por la práctica de todas las

instituciones internacionales, del sistema ONU a la OTAN, de la Unión Africana a la Liga Árabe, pasando por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, sin olvidarse de los Estados –desde los grandes Estados liberales hasta los más recalcitrantes Estados violadores de los derechos humanos. Con lo cual, frente a situaciones de emergencia humanitaria, y en nombre de los derechos humanos y el compromiso con un sentido internacional de justicia, el orden de posguerra fría terminó creando, invirtiendo o remodelando dispositivos de regulación y control que le permitiesen legítimamente intervenir, incluso por medio de la fuerza militar, y en función de los más variados intereses de las grandes potencias y fuerzas económicas y sociales occidentales, contra cualquier amenaza considerada seria a la paz y a la seguridad internacional proveniente de regiones periféricas e inestables. Ello se verificó en sucesivos acontecimientos: primera guerra del Golfo en 1991, intervención estadounidense en Somalia en 1992, intervención militar multilateral en Bosnia en 1993. Hasta culminar en Kosovo, en 1999, esa primera guerra contra un Estado soberano justificada con propósito puramente de derechos humanos. Y continuar aún después de los ataques del 11 de septiembre de 2001, cuando el clima ideológico ya había cambiado de manera súbita y los temas de la vulnerabilidad común, la seguridad, la autodefensa preventiva y la “guerra contra el terror” dominaban la agenda política internacional. O sea, el discurso de los derechos humanos y los argumentos humanitarios no desaparecieron, sólo cambiaron de forma y, en parte, de significado. Por un lado, servían tanto a la búsqueda de legitimación de la violación al régimen internacional de derechos humanos (basta recordar la práctica y la justificación norteamericana de la tortura y detención indefinida de los supuestos terroristas, llamados “combatientes ilegales”, en Guantánamo Bay), como a la invasión militar de Estados Unidos y sus aliados a Afganistán e Irak, con todas las consecuencias de destrucción, desintegración y violencia conocidas (CHANDLER, 2002 y 2006; GÓMEZ, 2008b; ORFORD, 2009). Por otro lado, dada la evidencia de las tensiones generadas entre soberanía e intervención humanitaria con motivo de la acción de la OTAN en Kosovo, la discusión sobre el uso de la fuerza por razones humanitarias fue retomada al iniciar el nuevo siglo. De ella resultó la noción de “responsabilidad de proteger” en torno a la cual se formó un nuevo consenso sobre seguridad internacional que, gradualmente, fue colonizando el debate político y legal sobre intervención humanitaria (ORFORD, 2009). Como expresión del mismo, se afirmaba la norma (adoptada por la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2005 y reafirmada por resoluciones del Consejo de Seguridad en relación a Darfur) de que, si los Estados no son capaces de proteger a sus propios ciudadanos, cabe a la comunidad internacional, bajo la autorización del Consejo de Seguridad, asumir la responsabilidad de protegerlos a través de la

prevención, de la intervención militar y del compromiso de reconstrucción en la fase posconflicto (HEHIR, 2010; ORFORD, 2009).

Es entonces a la luz de este contexto mayor que se revelan las ambivalencias, potencialidades, limitaciones e implicaciones políticas de distinto signo que carga la justicia transicional en el plano internacional durante esta tercera fase. No obstante, parece claro que, en el caso de países periféricos cuyos Estados débiles padecen de agudos procesos de desintegración, la justicia transicional es llamada a operar como un dispositivo central de regulación y control estrechamente articulado a otros (ayuda humanitaria y ayuda al desarrollo, intervención militar humanitaria, reconstrucción del Estado, implantación del Estado de Derecho y la democracia liberal, programas de desmovilización, desarme y reintegración, etc.). Y en cuanto tal, orientado de manera prioritaria, no a la obtención de justicia a cualquier precio, sino a la pacificación y reconciliación nacional de sociedades que, en un pasado próximo, experimentaron la violencia desenfrenada de conflictos armados o regímenes brutalmente represivos.

UNA NOCIÓN PROBLEMÁTICA DE RELEVANCIA PRÁCTICA Y TEÓRICA

De las consideraciones genealógicas arriba expuestas, se desprende el carácter problemático de la noción de justicia transicional. En primer lugar, el propio término “transicional”, que supone el cambio de régimen político, denota antes que nada un corto espacio de tiempo en el cual actúa la justicia retrospectiva. Ahora bien, como lo ilustran varios ejemplos actuales, pueden transcurrir décadas sin que nada ocurra en cuestiones de justicia transicional, hasta el momento determinado en que, por distintas circunstancias y condiciones, se asiste a la irrupción súbita de una lucha por la memoria de injusticias pasadas capaz de desencadenar decisiones y dinámicas políticas inéditas. En segundo lugar, de acuerdo a lo señalado en la segunda y tercera fase, la transición del “qué” y “hacia qué” ya presupone un punto de llegada normativo e institucional único y universal (el Estado de Derecho y la democracia representativa) inherente a una visión liberal que: privilegia con exclusividad las violaciones de los derechos civiles y políticos; supervalora la dimensión jurídico-institucional y los procedimientos legales sobre las dimensiones política, social, económica y cultural; define la justicia retroactiva en términos estrictos de retribución o restauración (excluyendo otros tipos de exigencia de justicia, p. ej., de reconocimiento cultural o de redistribución material); y, finalmente, sólo contempla consecuencias parciales –aunque fundamentales– de los conflictos armados o de la violencia política de un régimen, dejando de lado su origen histórico, su causalidad compleja y demás

consecuencias relevantes. En tercer lugar, el carácter occidental-céntrico de los valores éticos, políticos, jurídicos y económicos que atraviesan y constituyen esta concepción prevaleciente de justicia transicional, en un mundo no sólo de diversidad cultural y normativa sino también de intereses y de asimetrías brutales de riqueza y poder entre los países, la torna presa fácil de teorías hegemónicas y prácticas neocoloniales de las grandes potencias, de las instituciones internacionales y de las fuerzas sociales transnacionales occidentales (o sea, del complejo de tropas, burocracia internacional, especialistas, ONG humanitarias, corporaciones económicas transnacionales). Y, sobre todo, cuando esa concepción se impone por la fuerza de las armas a países periféricos, invocando junto a las razones humanitarias, los derechos humanos, el Estado de Derecho, la democracia liberal y un modelo capitalista de desarrollo económico (ZOLO, 2006). En cuarto lugar, si bien gran parte de la literatura especializada aborda los procesos de justicia transicional en un sentido estricto e integrado (entre los mecanismos principales de verdad, justicia penal, reparación, memoria y reforma institucional), lo cierto es que los diferentes objetivos buscados no son necesariamente compatibles tanto desde el punto de vista de la práctica como de la teoría (LEEBAW, 2008). Por último, la reconciliación nacional deseada se la entiende y se la practica con frecuencia como una reconciliación forzada por o negociada pragmáticamente entre las elites dominantes. Es decir, con un significado exactamente opuesto al de un proceso de reconciliación social que, aunque más demorado, disputado e incierto, tal vez sea el único camino capaz de cerrar las heridas abiertas de los crímenes en masa del pasado, considerados por los sobrevivientes y familiares de las víctimas como “imperdonables e inolvidables” (por eso, algunos autores se recusan a trabajar con la polémica noción de reconciliación y prefieren la de “reconstrucción social”, con sus múltiples significados y niveles –individual, grupal y societal) (ROHT-ARRIAZA, 2006).

La constatación de estos problemas, sin embargo, no le quita relevancia práctica ni teórica al tema de la justicia transicional. Al contrario, lo que ellos exigen es un esfuerzo redoblado de análisis crítico no sólo de los presupuestos, implicaciones y usos de la concepción convencional dominante en el plano internacional, sino sobre todo de los procesos históricos concretos de justicia transicional. O sea, del origen y de la forma de la violencia que lo genera, de las condiciones contextuales domésticas e internacionales en las cuales se desarrolla, de las concepciones y sentidos contrapuestos de justicia que están en juego, de las interacciones estratégicas de los actores involucrados y, por supuesto, de las políticas y mecanismos específicos implementados por los gobiernos, con sus múltiples impactos y consecuencias a corto, medio y largo plazo. Sin ignorar, por otro lado, que procesos singulares y multidimensionales de esta índole siempre

levantan cuestiones substanciales que los transbordan y resignifican, tales como las relaciones entre violencia, poder y derecho, o las que se establecen entre verdad, historia, memoria y política, para cuyo tratamiento se requiere un armazón teórico más robusto y de mayor profundidad (AGAMBEN, 2002, 2004 y 2005; BENJAMIN, 2007; REYES MATE, 2008a, 2008b, 2009a, 2009b, 2009c; RICOEUR, 2004). En otras palabras, se trata de procesos que no sólo obligan a traer a la superficie la compleja trama de escalas temporales y espaciales de la agencia política, con sus limitaciones, contradicciones y potencialidades, sino también los compromisos éticos, políticos y epistémicos inherentes al análisis de cuestiones que, por definición, suscitan inevitables disputas hermenéuticas y de sentido sobre las injusticias del pasado y las exigencias de justicia del presente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, G. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua* 1, Belo Horizonte, UFMG, 2002.
- AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. São Paulo, Boitempo Editoria, 2004.
- AGAMBEN, G. *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer* III, Valencia, Pre-Textos, 2005.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, P. “Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española”, en A. BARAHONA DE BRITO; P. AGUILAR FERNÁNDEZ y C. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (eds.). *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Ediciones Itsmo, 2002.
- AGUILAR, H. O. (comp.). *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México, FCE, 2001.
- Anistia Política e Justiça de Transição*, n.ºs 1 y 2 de 2009, y 3 y 4 de 2010.
- BARAHONA DE BRITO, A.; P. AGUILAR FERNÁNDEZ y C. GONZÁLEZ ENRIQUE. “Introducción”, en A. BARAHONA DE BRITO; P. AGUILAR FERNÁNDEZ y C. GONZÁLEZ ENRIQUE (eds.). *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Ediciones Itsmo, 2002.
- BARAHONA DE BRITO, A. “Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur”, en A. BARAHONA DE BRITO, P. AGUILAR FERNÁNDEZ y C. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (eds.). *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Ediciones Itsmo, 2002.
- BARAHONA DE BRITO, A. (2009). “Justiça transicional e política da memória: uma visão global”, *Revista Anistia. Justiça e política de transição*, n.º 1, enero-junio de 2009.

- BENJAMIN, W. *Conceptos de Filosofía de la Historia*, Buenos Aires, Terramar Ediciones, 2007.
- CHANDLER, D. “Introduction: Rethinking Human Rights”, en D. CHANDLER (ed.). *Rethinking Human Rights: Critical Approaches to International Politics*, New York, Palgrave Macmillan, 2003.
- COSTA, P. y D. ZOLO. (orgs.). *O Estado de Direito. História, teoria e crítica*, São Paulo, Martins Fonte, 2006.
- COSTA PINTO, A. “El ajuste de cuentas con el pasado de una turbulenta transición a la democracia”, en A. BARAHONA DE BRITO; P. AGUILAR FERNÁNDEZ y C. GONZÁLES ENRIQUE (eds.). *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Ediciones Itsmo, 2002.
- DEÁK, I.; J. T. GROSS y T. JUDT. *The Politics of Retribution in Europe: World War II and Its Aftermath*, Princeton, Princeton University Press, 2000.
- DUZINAS, C. *Human Rights and Empire. The political philosophy of cosmopolitanism*, New York, Routledge, 2007.
- DUZINAS, C. *O Fim dos Direitos Humanos*, São Leopoldo, Editora Unisinos, 2009.
- FREEMAN, M. y D. MAROTINE. “La justice transitionnelle: un aperçu du domain”, 2007, disponible en International Center of Transitional Justice [www.ictj.org.].
- GÓMEZ, J. M. “Globalização dos direitos humanos, legado das ditaduras militares no Cone Sul latino-americano justiça transicional”, *Direito, Estado e Sociedade*, n.º 33, jul.-dic. 2008a.
- GÓMEZ, J. M. “Soberania imperial, espaços de exceção e o campo de Guantánamo. Destruturalização e confinamento na ‘guerra contra o terror’”, *Contexto Internacional* vol. 30/2, mayo-agosto, 2008b.
- GÓMEZ, J. M. “Memória, justiça e direitos humanos: a propósito da herança das ditaduras militares do Cone Sul latino-americano”, en E. SÜSSEKIND (coord.). *Memória e Justiça*, Rio de Janeiro, Museu da República, 2009a.
- GÓMEZ, J. M. “As ambivalências da globalização dos direitos humanos. Gênese, avanços, retrocessos”, en R. MATTAR NASSER (coord.). *Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões*, São Paulo, Editora UNESP, 2009b.
- GONZÁLES ENRÍQUEZ, P. “Depuración y justicia políticas en Europa del Este”, en A. BARAHONA DE BRITO, P. AGUILAR FERNÁNDEZ y C. GONZÁLES ENRIQUE (eds.). *Las políticas*

hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias, Madrid, Ediciones Itsmo, 2002.

HAYNER, P. *Unspeakable Truths: Transitional Justice and The Challenge of Truths Commissions*, New York, Routledge, 2001.

HEHIR, A. *Humanitarian Intervention. An Introduction*, London y New York, Palgrave y Macmillan, 2010.

HELD, D. (ed.). *Prospect for Democracy*. North, South, East, West, Cambridge, Polity Press, 1993.

LEEBAW, B. A. "The Irreconcilable Goals of Transitional Justice", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, n.º 1, febrero de 2008.

LEFRANC, S. y L. MATHIEU (dir.). *Mobilisations de victimes*, Paris, Presses Universitaires de Rennes, 2009.

LEFRANC, S. *Réconcilier? Après le conflit*, Paris, M. Houdiard, 2006.

LUTZ, E. "Transitional justice: Lessons learned and the road ahead", en N. ROHT-ARRIAZA y J. MARIEZCURRENA (eds.). *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

MARTÍN PALLIN, J. A. y R. ESCUDERO ALDAY (eds.). *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

O'DONNELL, G.; P. SCHMITTER y L. WHITEHEAD. *Transiciones desde un gobierno autoritario*, 4 t., Buenos Aires, Editorial Paidós, 1988.

ORFORD, A. *Reading Humanitarian Intervention: Human Rights and the Use of Force In International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

ORFORD, A. "What can we do to stop people harming others?," en J. EDKINS y M. ZEHFUSS (eds.). *Global Politics. A new Introduction*. London, Routledge, 2009.

PEREIRA, A. W. *Political (In)justice. Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2005.

PREZEWSKI, A. *Democracia e Mercado no Leste Europeu e na América Latina*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1994.

RAFFIN, M. *La experiencia del horror*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

- RAFFIN, M. “Transición posdictatorial y el “tratamiento del pasado”: una cartografía del caso argentino”, *Direito, Estado y Sociedade*, 35, jul-dic. 2009.
- REYES MATTE. *Memoria de Aushwitz*, 2.^a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009^a.
- REYES MATTE. *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*, Barcelona, An-thropos, 2008a.
- REYES MATTE. *La herencia del olvido*, Madrid, Errata Naturae Editores, 2008b.
- REYES MATTE. “Fundamentos de una filosofía de la memoria”, en C. BARTOLOMÉ RUIZ (org.). *Justiça e Memória. Para uma crítica ética da violência*, São Leopoldo, Editora Unisinos, 2009b.
- REYES MATTE. *Medianoche en la historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin “Sobre el concepto de Historia”*, Madrid, Trotta, 2009c.
- RICOEUR, P. *La memoria, la historia, el olvido*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- ROHT-ARRIAZA, N. *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2005.
- ROHT-ARRIAZA, N. “The new landscape of transitional justice”, en N. ROHT-ARRIAZA y J. MARIEZCURRENA (eds.). *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- SANTOS, C. M.; E. TELES y ALMEIDA TELES *Desarquivando a ditadura. Memória e justiça no Brasil*, São Paulo, Editora Hucitec, 2009.
- SCHMITT, C. *El concepto de político/Teoría del partisano*, Buenos Aires, Folio Edicoonbes, 1984.
- SCHMITT, C. *Teología Política*, Belo Horizonte, Delrey, 2006.
- SIKKINK, K. y C. BOOTH WALLING. “Argentina’s contribution to global trends in transitional justice”, en N. ROHT-ARRIAZA y J. MARIEZCURRENA (eds.). *Transitional Justice in the Twenty-First Century, Beyond Truth and Justice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- SIKKINK, K. y C. B. WALLING. “The impact of Human Rights Trials in Latin America”, *Journal of Peace Research*, 44, 2007.
- STEINER, H. y P. ALSTON. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 2003.

- TELES, E. y V. SAFATLE (eds.). *O que resta da ditadura*, São Paulo, Boitempo Editorial, 2010.
- TRAVERSO, E. *Le passé, modes d'emploi. Histoire, mémoire, politique*, Paris, La Fabrique, 2005.
- TREITEL, R. G. *Transitional Justice*, New York, Oxford University Press, 2000.
- TREITEL, R. G. "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, Spring, 2003.
- VAN ZYL, P. "Promovendo a justiça transicional em sociedade pós-conflito", *Revista Anistia. Justiça e política de transição*, n.º 1, janeiro-junho, 2009.
- VINYES, R. (ed.). *El Estado y la memoria. Gobiernos y ciudadanos frente a los traumas de la historia*, Barcelona, Del Nuevo Extremo, 2009.
- WILSON, R. A. "Justicia y legitimidad en la transición surafricana", en A. BARAHONA DE BRITO, P. AGUILAR FERNÁNDEZ y C. GONZÁLEZ ENRIQUE (eds.). *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Ediciones Itsmo, 2002.
- ZOLO, D. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Buenos Aires, Edhasa, 2007.

JUAN PABLO HINESTROSA

Justicia y verdad como formas de reparación

Resumen. Tanto se ha hablado últimamente sobre verdad, justicia y reparación que todas las referencias se han convertido en frases cliché, sin profundizar efectivamente en su significado.

Así, entonces, con este escrito pretendemos analizar la relación intrínseca e interdependiente entre estos tres conceptos, sus definiciones y aplicación en la realidad cotidiana colombiana y latinoamericana, así como la relación de los referidos conceptos con otros derechos fundamentales.

Al final expondremos que no puede haber una reparación por violación a los derechos humanos sin que se conozca la verdad de lo acontecido, sin que se haya determinado quién o quiénes han sido los causantes de tal violación y su debido procesamiento ante las autoridades judiciales.

Palabras clave: Deber de reparar, derecho a la reparación, derecho a la verdad, derecho a la información, derecho a la justicia, reparación.

INTRODUCCIÓN

Los cánones clásicos enseñaban que la reparación comprendía un único concepto en daños de carácter material e inmaterial: la indemnización¹.

Sin embargo, tal como lo veremos en el desarrollo del presente escrito, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), en especial la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”), modificó el concepto de la reparación, ampliando su contenido de tal suerte que hoy en día los tribunales nacionales e internacionales reconocen otras formas de reparación diferentes a la indemnización, tales como la satisfacción, la rehabilitación, la restitución y la garantía de no repetición. Dentro de tales conceptos tiene cabida el derecho a la verdad y a la justicia como una forma de reparación no pecuniaria a las víctimas².

Actualmente, se habla indistintamente del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, lo que constituye el objetivo del presente trabajo.

Así, entonces, el establecimiento del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, ha sido fruto de un proceso de consolidación jurídica frente a las graves y masivas violaciones de los derechos humanos, surgido como respuesta para converger en una tríada, un trípode que debe ser respetado por todos los Estados

1 HENRI MAZEAUD; LEON MAZEAUD y JEAN MAZEAUD. *Leçons de Droit Civil*, t. XII, *Obligations, Théorie Générale*, Paris, Éditions Montchrestien, 1956, p. 331.

2 Cfr. ALIER HERNÁNDEZ, MAURO SOLARTE, JUAN PABLO HINESTROSA et al. *El daño en Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2010.

con base en las obligaciones consagradas en los instrumentos internacionales y de las cuales emergen tres pilares básicos: *verdad, justicia y reparación*³. Así, por ejemplo, lo ha entendido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”, “la Comisión Interamericana” o “la CIDH”):

El imperio de la ley debe proveer las fórmulas para llegar a la verdad, juzgar a quienes infrinjan las normas vigentes y reparar a las víctimas⁴.

Igualmente, la Corte IDH estableció este principio desde sus primeros casos:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación⁵.

En el sistema universal también se arraigó y consolidó ese trípode. Así entonces, desde 1985 se presentó en el seno de la extinta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, un “Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos⁶”. Posteriormente, el relator especial sobre la cuestión de la impunidad en los autores de violaciones de los derechos humanos, LOUIS JOINET, emitió su informe⁷, presentando una serie principios para combatir la impunidad en las violaciones a los Derechos Humanos, dentro de los cuales está el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación⁸, tales principios han sido desarrollados y complementados en varias ocasiones. En la actualidad⁹, siguen siendo un trípode básico para el sistema universal de los DH¹⁰.

3 Cfr. CIDH. “Informe sobre el proceso de desmovilización de las AUC en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.120 Doc. 60.

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9, rev. 1, 26 de febrero de 1999, Consideración Final n.º 2.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C n.º 4, Párr. 174.

6 E/CN.4/Sub.2/1985/16/Ver.1.

7 E/CN.4/Sub.2/1996/18.

8 Ídem.

9 Naciones Unidas. “Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación”, intervención del señor MICHAEL FRUHLING, director de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, 16 de septiembre de 2003.

10 Cfr. “Promoción y protección de los Derechos Humanos. Impunidad”, informe de DIANE ORENTLI-

Igualmente, encontramos disposiciones similares en el DIH¹¹ sobre el derecho a la verdad¹². En especial, el artículo 8.º del Protocolo II¹³ expresa¹⁴:

CHER, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1.

- 11 Sobre la aplicación del DIH cfr. CIDH. Informe 55/97, caso 11.137 *Avella vs. Argentina*; Informe 26/97, caso 11.142, *Arturo Ribón Avila vs. Colombia*; Informe 136/99, *supra*. Igualmente, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Bámaca Velásquez*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C n.º 70.
- 12 Cfr. Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949: Convenio I, artículos 15 a 17; Convenio II, artículos 18 a 20; Convenio III, artículos 120-121; Convenio IV, artículo 130.
- 13 Al respecto, la Corte Internacional de Justicia expresó: “Un gran número de reglas del derecho humanitario aplicable en caso de conflicto armado son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y constituyen principios elementales de humanidad, que todos los Estados han de cumplir esas normas, hayan o no ratificado los convenios que las estatuyen, porque constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario. En opinión de la Corte, tales reglas incorporan obligaciones que son esencialmente de carácter *erga omnes*”. Corte Internacional de Justicia. “Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, 13 de julio de 2004, párr. 157.
- 14 “En particular, es el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros. De acuerdo con el artículo 122 del Tercer Convenio de Ginebra, cada parte en un conflicto, así como cada Potencia neutral o no beligerante que recibe a esas personas en su territorio, debe establecer una oficina de información oficial de los prisioneros de guerra en su poder. Esta oficina está encargada de reunir información en relación con ‘cambios, liberaciones, repatriaciones, evasiones, hospitalizaciones y fallecimientos’ de prisioneros de guerra y responder a preguntas en relación a los prisioneros de guerra. Además, debe establecerse una Agencia Central de información sobre prisioneros de guerra en un país neutral para facilitar la transferencia de información sobre los prisioneros de guerra a sus países de origen. En casos de fallecimiento de prisioneros de guerra, el artículo 120 establece procedimientos específicos que deben seguirse en relación con la preparación del certificado de defunción, envío de la información a la oficina de información sobre prisioneros de guerra, el examen médico del cuerpo y la sepultura adecuada. La Potencia detenedora debe establecer un servicio de registro de tumbas, de modo que éstas se puedan ubicar. El Cuarto Convenio de Ginebra contiene requisitos similares con respecto al mantenimiento de información respecto del destino de los civiles internados en el curso del conflicto armado [...] De acuerdo con el artículo 33 del Protocolo I, las partes en un conflicto tienen la obligación de buscar a las ‘personas cuya desaparición haya señalado una Parte adversa’ y de suministrar la información obtenida sobre tales personas a un organismo del Comité Internacional de la Cruz Roja. Las partes también tienen la responsabilidad de reunir información sobre las personas que se mantienen en cautiverio o que han muerto como resultado de las hostilidades, para facilitar el proceso de respuesta a las solicitudes de información. Además, las ‘Partes en conflicto se esforzarán por ponerse de acuerdo sobre disposiciones que permitan que grupos constituidos al efecto busquen, identifiquen y recuperen los muertos en las zonas del campo de batalla; esas disposiciones podrán prever, cuando proceda, que tales grupos vayan acompañados de personal de la Parte adversa mientras lleven a cabo esas misiones en zonas controladas por ella’. Por último, el Primer Protocolo Adicional contiene una disposición que requiere el establecimiento de una Comisión Internacional de Encuesta para realizar una ‘investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave tal como se define en los Convenios o en el presente Protocolo’. *Estos derechos y responsabilidades complementan y refuerzan en tiempos de guerra el ‘derecho a la verdad’ amparado por el derecho internacional de los derechos humanos, que se describió anteriormente*”. CIDH. “Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5, rev. I, corr. 22 de octubre de 2002, párrs 304-305 (cursiva fuera de texto).

Siempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos a fin de protegerlos contra el pillaje y los malos tratos y asegurarles la asistencia necesaria, y para buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos¹⁵.

Es así como la presente exposición comprenderá entre otros aspectos, el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. Iniciemos pues hablando sobre las generalidades de la reparación.

I. EL DEBER DE REPARAR

El artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), expresa:

Artículo 63.1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertades protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Así entonces, tenemos un marco dividido en tres (3) partes¹⁶:

15 “El Protocolo I contiene una sección *relativa a las personas desaparecidas y fallecidas en la que se ha estipulado concretamente la obligación de buscar a las personas cuya desaparición haya señalado la parte adversa, la cual debe comunicar todas las informaciones útiles para facilitar esas búsquedas* (art. 33. Desaparecidos, párr. 1, Protocolo I). El artículo 34 (Restos de las personas fallecidas) establece, en especial, el señalamiento de las tumbas. No habría sido realista estipular tales normas detalladas para las circunstancias particulares de los conflictos armados no internacionales. *Sin embargo, conviene señalar cuán importante es para las familias conocer la suerte que han corrido sus parientes desaparecidos y, en caso dado, el emplazamiento de su sepultura, sobre todo en un conflicto interno fratricida.* Esto puede ser también, cuando cesan los enfrentamientos, un factor que favorezca el retorno a la paz. La experiencia demuestra la importancia de esas informaciones acerca de las personas desaparecidas; en efecto, en los países en conflicto donde una delegación del CICR realiza sus actividades de asistencia y protección, de conformidad con el cometido humanitario que le ha sido confiado, las solicitudes de búsqueda de familias son siempre numerosísimas. *Las autoridades responsables deben hacer todo lo posible para informar a las familias de la suerte de sus miembros o, en su caso, facilitar la tarea del CICR en este ámbito, que constituye una actividad humanitaria fundamental en favor de las víctimas de un conflicto armado de cualquier índole que sea*” (cursivas fuera de texto): Comité Internacional de la Cruz Roja. “Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional” (Protocolo II). Comentario al artículo 8 del Protocolo II (cursivas fuera de texto).

16 Cfr. J. P. HINESTROSA VÉLEZ. *La reparación a los daños inmateriales diferentes al daño moral en el Derecho Internacional de los Derechos humanos (Una comparación del tratamiento del tema en el Comité de Derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos humanos y el Tribunal Europeo de Derechos humanos)*, cit.

1. La declaración del Tribunal sobre la responsabilidad por violación a las obligaciones contenidas en el tratado.
2. La segunda parte es aquella en la cual se basa la potestad del Tribunal para decretar las reparaciones cuando ya se ha declarado la responsabilidad del Estado en la sentencia.
3. La última parte corresponde a la forma como se otorgarán las reparaciones¹⁷.

En aplicación de este concepto, la Corte IDH manifestó:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los Derechos Humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo *que todo menoscabo a los Derechos Humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención*¹⁸ (cursiva fuera de texto).

En resumen, una vez establecida la responsabilidad del Estado, surge la obligación de reparar.

17 Faltaría agregar que el texto de la CADH omite conceptos propios de la reparación a víctimas de violaciones a los DH, tales como restitución, rehabilitación, garantía de no repetición (cfr. *infra*) y satisfacción: “La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: a) Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas; b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles”. Naciones Unidas, ECOSOC, Comisión de DH, “Los derechos civiles y políticos...”, cit, p. 22. Tales conceptos se han desarrollado a nivel jurisprudencial, como lo veremos a lo largo del presente escrito.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 20 de Enero de 1989, párr. 164.

¿De dónde surge la obligación de reparar?: surge de un axioma común en el derecho interno e internacional¹⁹. En desarrollo de esta tesis, la CIJ, expresó lo siguiente en el caso estrecho de Corfú:

... is answered in the affirmative, it follows from the establishment of responsibility that compensation is due²⁰.

Entonces, se tiene que una vez establecida la responsabilidad, surge la obligación de reparar y otorgar así una satisfacción a la víctima. Por ende, la obligación de reparar surge por la comisión de un ilícito internacional²¹.

En este sentido, el proyecto de resolución de la Asamblea General de la ONU, sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos señala:

Artículo 1. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

Es atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y

Constituye una violación de una obligación internacional del Estado²².

Es decir, el ilícito internacional consiste en la infracción a una obligación internacional consagrada en un tratado internacional²³ o en la costumbre²⁴ en razón de una acción u omisión por parte de un sujeto (los sujetos de Derecho Internacional son los Estados, las Organizaciones Internacionales y los individuos²⁵).

19 A. AGUIAR. *Derechos humanos y Responsabilidad del Estado*, Caracas, Ed. Monte de Ávila, 1997 p. 35.

20 ICJ. Corfu Channel, “United Kingdom vs. Albania, 1947-1949”, pp. 23-24.

21 L. A. TORRES ACOSTA. *La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 8.

22 Naciones Unidas. Asamblea General. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones, Proyecto de resolución II, “Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos”, 26 de noviembre de 2001, A/56/589, p. 6.

23 Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. “Los tratados internacionales son fuente de Derecho Internacional”.

24 Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. “La costumbre internacional es fuente de Derecho Internacional”.

25 Cfr. MANUEL DIEZ DE VELASCO. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. 1, Madrid, Editorial Tecnos, 1994.

En el DIDH, el ilícito internacional es la violación a una norma de DH por parte del Estado²⁶, pues la responsabilidad en el DIDH, tiende a ser objetiva²⁷.

En aplicación del marco normativo interamericano, la Corte IDH precisa que la reparación es consecuencia directa del daño:

Tal como lo ha señalado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación²⁸.

Sin embargo, el cauce que se pretendió establecer en el texto del referido tratado internacional de DH ha sido sobrepasado ampliamente, pues las contingencias de los casos han hecho que las fórmulas reparatorias tengan que amoldarse a la realidad, ya que la CADH es un instrumento vivo y dúctil. Y en desarrollo de este principio, la Corte IDH manifestó:

Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causee est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos.

Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable²⁹.

26 Cfr. J. P. HINESTROSA VÉLEZ. *La Reparación a los Daños Inmateriales...*, cit.

27 “La responsabilidad internacional por violaciones de los Derechos Humanos responde, en todo caso, a la imputabilidad que se le atribuye al Estado por actos de sus agentes y en ejercicio de sus funciones. Ello por cuanto opera la teoría objetiva de la responsabilidad, la cual no toma en cuenta eximentes en función de dolo o negligencia en la conducta del agente, aspecto reservado a la responsabilidad subjetiva que es materia del Derecho Interno”: V. RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 133.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Cesar*, Sentencia del 11 de marzo de 2005. Serie C n.º 123, párr. 121.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C n.º 15, párr. 48.

Es por todo esto, y en aplicación del interés superior de la víctima³⁰, que las fórmulas reparatorias empleadas por la Corte IDH, responderán en parte a los retos que la situación de vulnerabilidad de las víctimas de violaciones a los DH les plantea, aplicándose en principio el concepto dúctil de Reparación.

A. DERECHO A LA REPARACIÓN

Así, entonces, como respuesta a la cruda realidad que se vive en el DIDH, el relator especial de las Naciones Unidas para el “Estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, THEO VAN BOVEN³¹ planteaba en su estudio las siguientes formas de reparación:

La restitución tendrá por objeto restablecer, en lo posible, la situación en que se hallaba la víctima antes de las violaciones de los derechos humanos...

La indemnización se proporcionará en relación con los daños resultantes de violaciones de los derechos humanos que puedan evaluarse económicamente...

La rehabilitación incluirá la atención y los servicios jurídicos médicos, psicológicos y de otra índole, así como medidas para restablecer la dignidad y reputación de las víctimas.

La satisfacción y las garantías de no repetición incluirán: a) La cesación de las violaciones aún existentes; b) La verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad; c) Un fallo declaratorio en favor de la víctima; d) Una disculpa, incluido el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad; e) El enjuiciamiento de las personas a quienes se considere responsables de las violaciones; f) La celebración de conmemoraciones y homenajes a las víctimas; g) La inclusión de datos exactos sobre las violaciones de los derechos humanos en los planes de estudios y el material didáctico; h) La prevención de una repetición de las violaciones del modo siguiente: i) sometiendo a las fuerzas militares y de seguridad a un control efectivo de la

30 Cfr. OEA. Consejo Permanente. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. Documento de soporte técnico de la misión de Colombia en la sesión de la comisión de asuntos jurídicos y políticos “Diálogo sobre el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos entre los Estados miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, OEA/Ser.G CP/CAJP/INF, 50/07, 24 de mayo de 2007.

31 Sobre la aplicación de este estudio en el sistema interamericano como documento de análisis, cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C n.º 110, párr. 230; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Myrna Mack Chang*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101, párr. 274.

autoridad civil; ii) limitando las competencias de los tribunales militares; iii) reforzando la independencia del poder judicial; iv) protegiendo a los abogados y a quienes trabajan en pro de los derechos humanos; v) enseñando a todos los sectores de la sociedad, en particular a las fuerzas militares y de seguridad y a los oficiales encargados de aplicar la ley, a respetar y conocer mejor los derechos humanos³².

En relación con estos aspectos, la Corte IDH ha definido la reparación integral en los daños inmateriales de la siguiente manera:

No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir y que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la víctima³³.

Igualmente, la Corte IDH anotaba:

Las garantías generales de satisfacción requieren de medidas tendientes a remediar el agravio padecido por la víctima, incluyendo la cesación de violaciones continuadas; la verificación de los hechos constitutivos de crímenes internacionales; la difusión pública y completa de los resultados de las investigaciones destinadas a establecer la verdad de lo sucedido, sin generar riesgos innecesarios para la seguridad de víctimas y testigos; la búsqueda de los restos de los muertos o desaparecidos; la emisión de declaraciones oficiales o de decisiones judiciales para restablecer la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas y de las personas a ellas vinculadas; el reconocimiento público de

32 THEO VAN BOVEN. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales*, ONU, Ecosoc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, pp. 64 y 65. Igualmente: C. BASSIOUNI. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad*, “El derecho de restitución indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, ONU, Ecosoc. E/CN.4/2000/62 y “El derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Doc: E/CN.4/2005/59.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos humanos), Sentencia del 19 de noviembre de 2004, Serie C n.º 116, párr. 80; Caso *De la Cruz Flores*, Sentencia del 18 de noviembre de 2004, Serie C n.º 115, párr. 155; y Caso *Tibi, supra*, párr. 242.

los sucesos y de las responsabilidades; la recuperación de la memoria de las víctimas; y la enseñanza de la verdad histórica³⁴.

A raíz de los conceptos del profesor VAN BOVEN y de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección a los DH, tuvo cabida el derecho a la justicia y el derecho a la verdad. Así, entonces, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos, y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, establecieron que la reparación debe ser adecuada, efectiva y con celeridad. Igualmente, se dispuso que el objetivo de la reparación es promover la justicia y debe ser proporcional al daño sufrido.

La reparación se realiza mediante la restitución, la indemnización, la rehabilitación y la garantía de no repetición³⁵. Es decir, se trata en general de la reparación en el sentido de un conjunto que tiene como elementos la restitución, la rehabilitación, la indemnización, y esta última comprende a su vez los daños materiales e inmateriales que se le hubieren podido causar a la víctima.

En desarrollo de ese concepto complejo de reparación, el DIDH ha incluido, como medidas de satisfacción, el establecimiento del derecho a la verdad (cfr. *infra*); igualmente, para la Corte IDH el derecho a la justicia es una forma de satisfacción y en ese sentido las fórmulas reparatorias deben permitir el acceso a la justicia de las víctimas y la superación de la impunidad (cfr. *infra*); además, la garantía de no repetición se ha interpretado como una expresión del derecho a la verdad³⁶, veamos, pues, en qué consiste este último concepto.

II. EL DERECHO A LA VERDAD COMO FORMA DE REPARACIÓN

El derecho a la verdad, es un concepto que comprende varios derechos y garantías consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos; sin embargo, este conjunto ha cobrado identidad propia, y justificación jurídica y política independiente.

34 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre el proceso de desmovilización de las AUC en Colombia”, *supra*, párr. 46.

35 Naciones Unidas. *Los derechos civiles y políticos. El derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, *supra*, pp. 20 y 21.

36 Cfr. ALIER HERNÁNDEZ, MAURO SOLARTE, JUAN PABLO HINESTROSA et. al. *El daño en Justicia y Paz*, cit.

En este sentido, la Corte Interamericana lo ha definido como un derecho

... a ser informados sobre los hechos y los responsables³⁷.

Así mismo, la Comisión Interamericana ha denotado que el derecho a la verdad es un derecho de doble dimensión: colectiva, pues es esencial para los regímenes democráticos tener acceso a la información, e individual en relación con los familiares de las víctimas. Esta doble dimensión también es compartida por el sistema universal de protección a los DH³⁸.

De acuerdo con el informe Joinet³⁹, la búsqueda de la verdad contiene

... el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes⁴⁰.

A su vez, dicha búsqueda de la verdad debe estar encaminada hacia el establecimiento de

... la verdad sobre la estructura represiva que condujo a la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluyendo las líneas de mando, las órdenes impartidas, los establecimientos que se hayan utilizado y los mecanismos utilizados conscientemente para asegurar la impunidad y el secreto de estas operaciones⁴¹.

Y tiene un fin específico en relación con aquellos que deben gozar del disfrute del derecho a la verdad:

Para que las víctimas, las familias y los defensores de derechos humanos recuperen su dignidad, esas investigaciones deberán guiarse por el afán de hacer reconocer la parte de verdad que durante el período de referencia se negó constantemente⁴².

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidad Moiwana*, Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C n.º 124, párr. 147.

38 Cfr. E/CN.4/2005/102/Add.1, *supra*, Principios 2 y 4.

39 *Supra*.

40 Principios contra la impunidad. Principio 2, *supra*.

41 JUAN MÉNDEZ. *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, pp. 6 y 7. Cfr. Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas –Conadep–, Buenos Aires.

42 Informe Joinet, *supra*, Principio 5.

Ahora bien, al ser el derecho a la verdad y a la justicia conceptos dúctiles, la mejor forma de explicarlos consiste en ver como se interrelacionan con otros derechos.

A. LA RELACIÓN DEL DERECHO A LA VERDAD CON ALGUNOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. EL DERECHO A LA VIDA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VERDAD Y A LA JUSTICIA

En relación con el derecho a la vida, el Estado contrae una serie de obligaciones, consistentes en no tolerar o realizar conductas que atenten contra la vida de las personas (dimensión negativa) y, además, establecer todas las medidas tendientes a permitir y proteger el goce del derecho (dimensión positiva)⁴³.

Dentro de la dimensión positiva, se encuentra la obligación según la cual el Estado, cuando ha ocurrido un deceso, o una desaparición, debe investigar las circunstancias sobre su ocurrencia (Derecho a la verdad y a la justicia [cfr. *infra*]). Esta obligación configura un deber ineludible para el Estado, así lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴ (En adelante “la Corte Europea” o el TEDH), y la CIDH:

... es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida y castiguen a todos sus responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales, ya que de no ser así, se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida⁴⁵.

Por tanto, la investigación a realizar cuando ocurre un deceso, en desarrollo del derecho a la verdad y a la justicia, debe cumplir con una serie de requisitos, los cuales, inicialmente, implican que la investigación a efectuar se haga con la debida diligencia, característica que ha sido definida por la Corte como un deber de actuación judicial, en un plazo razonable, en el cual se deben realizar los trá-

43 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 *Comerciantes*, Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C n.º 109, párr. 153.

44 European Court of Human Rights. *Mc. Cann and others vs. UK* (Merits and just satisfaction), Sentencia del 27 de septiembre de 1995, párr. 161.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C n.º 110, párr. 130; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Myrna Mack Chang*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C n.º 101. Párr. 156.

mites necesarios con un fin definido: la intención de obtener el resultado que se persigue, pues de lo contrario tal investigación se vuelve ineficaz⁴⁶.

La Corte Europea ha manifestado que, en los casos de desapariciones, debe realizarse una investigación efectiva acorde con el derecho a la vida, violación que es continua y permanente hasta que no se esclarezcan los hechos⁴⁷. En este mismo sentido la Comisión ha reiterado que el derecho a la verdad implica esclarecer los hechos e identificar a los responsables⁴⁸; idénticas apreciaciones tienen la Corte Interamericana⁴⁹ y el Sistema Universal de protección a los DH⁵⁰.

2. EL DERECHO A LA VERDAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA JUSTICIA Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

En relación con el derecho a la verdad y la libertad de expresión, la Comisión expresó:

Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad, supone no coartar la libertad de expresión...⁵¹.

Como habíamos visto, el trípode tiene una relación interdependiente entre el derecho a la reparación, a la verdad y a la justicia, por tanto, tal interdependencia la vemos reflejada en los principios de Joinet que establecen ciertas labores de las

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Hermanas Serrano Cruz*, Sentencia del 1.º de marzo de 2005, Serie C n.º 120, párr. 83.

47 European Court of Human Rights, *Cyprus vs. Turkey*, Grand Chamber, Sentencia del 1.º de mayo de 2001, párr. 136.

48 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 25/98, *supra*, párr. 91, Informe 29/92, Uruguay, Punto Resolutivo 3.

49 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 19 de noviembre de 2004, Serie C n.º 116, párr. 96; Caso *Tibi*, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C n.º 114, párr. 256 y Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C n.º 110, párr. 229; entre otros.

50 “Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”: E/CN.4/2005/102/Add.1, *supra*, Principio 4.

51 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 25/98, *supra*, párr. 92.

comisiones especiales de investigación o procedimientos especiales de investigación, por parte de los órganos judiciales o cuasijudiciales de un Estado⁵²:

Sea que un Estado establezca o no un órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos⁵³.

Igualmente, estos principios consagran que toda persona tiene derecho a saber si se encuentra en tales archivos⁵⁴; más aún, conforme lo establecen los principios contra la impunidad, se debe facilitar la consulta de los archivos en interés de las víctimas y sus familiares para hacer valer sus derechos⁵⁵.

Por último, tal como lo considera el principio 15 de los principios contra la impunidad, no podrán aplicarse formalidades de autorización con fines de censura⁵⁶, Pues como bien lo denota la Comisión:

El proceso destinado a establecer la verdad requiere del libre ejercicio del derecho a buscar y recibir información, así como de la formación de comisiones investigadoras y la adopción de las medidas necesarias para habilitar al poder judicial a emprender y completar las investigaciones correspondientes⁵⁷.

En síntesis, el derecho a la verdad converge con muchos de los derechos y garantías consagrados en la CADH; así, para cumplir con este requisito se debe procurar la libertad de expresión (prohibición de censura, información de carácter público, etc.), las adecuadas investigaciones (derecho a la justicia, cfr. *infra*) y, sobre todo, debe ser utilizado como un elemento simbiótico para permitir el desarrollo del derecho a la justicia.

3. EL DERECHO A LA VERDAD Y ALGUNOS EJEMPLOS DE REPARACIÓN

Así, entonces, de acuerdo con lo expuesto en el presente escrito, la Corte IDH ha ordenado como formas de reparación del derecho a la verdad entre otras las

52 Que generalmente son los fiscales o jueces de instrucción, las oficinas de medicina legal, etc..

53 *Supra*.

54 Principio 18.b Joinet: Principio 15 de los principios contra la impunidad.

55 Principio 15.

56 Ídem.

57 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Informe sobre el proceso de desmovilización de las AUC en Colombia", *supra*, párr. 30.

siguientes: la publicación de la sentencia en un medio de circulación nacional⁵⁸; la cancelación del registro criminal o del registro de antecedentes penales⁵⁹, que se permita, por parte de los familiares de la víctima, su acceso a los procesos penales originados por las violaciones a los derechos de su familiar⁶⁰, la búsqueda de los restos mortales en casos de desaparición forzada⁶¹, etc...

III. EL DERECHO A LA JUSTICIA

En relación con el derecho a la justicia, los tratados internacionales de DH consagran la posibilidad de acceder a los tribunales y tener un recurso efectivo, con el fin de obtener la identificación de los responsables y su consecuente sanción penal por la responsabilidad en los crímenes que se hubieren cometido, pues como lo ha dicho la Corte Interamericana:

La investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad⁶².

Por ejemplo, en relación con las leyes de amnistía y el acceso a la justicia, tenemos que el DIDH ha abordado el estudio del tema, conformando una *opinio iuris universalis*.

En este sentido la Corte Interamericana ha manifestado:

58 En casi la totalidad de las sentencias de fondo y reparaciones ha ordenado tal medida. Al respecto cfr. J. P. HINESTROSA VELEZ. Ob. cit.

59 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de enero de 2009 Serie C n.º 193 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C n.º 107, entre otros.

60 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serie C n.º 192; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C n.º 205, entre otros.

61 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C n.º 109 y Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de mayo de 2001, Serie C n.º 76, entre otros.

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Masacre Plan de Sánchez*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 9.

[...] ninguna ley o disposición interna –incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción– podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si no fuera así, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de protección efectiva. Este entendimiento de la Corte es conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho internacional. Posee especial preeminencia entre dichos principios el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que se asegure un efecto útil de las disposiciones de un tratado en el plano del derecho interno de un Estado Parte⁶³.

Esta posición jurisprudencial, la ha señalado la Corte en otras ocasiones, siendo una posición reiterada⁶⁴.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha establecido una jurisprudencia reiterada, uniforme y constante sobre las leyes de amnistía y su imposibilidad de otorgar el derecho a la justicia:

En el presente informe uno de los hechos denunciados consiste en el efecto jurídico de la sanción de las Leyes y el Decreto, en tanto en cuanto privó a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de los delitos cometidos. En consecuencia, se denuncia como incompatible con la Convención la violación de la garantías judiciales (art. 8.º) y del derecho de protección judicial (art. 25), en relación con la obligación para los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos (art. 1.1 de la Convención)⁶⁵.

En relación con el proceso de desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia, la Comisión fue más enfática al afirmar que:

Toda vez que la conducta de quienes participan en el conflicto armado se traduzca en crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y/o violaciones a los derechos humanos a través de la comisión inter alia de asesinatos, desapariciones forzadas, violaciones sexuales, traslados o desplazamientos forzosos, torturas, actos inhumanos destinados a causar intencionalmente la muerte o graves daños a la integridad física y mental, ataques contra la población civil o sus bienes, reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años de edad, los Estados tienen –conforme al derecho internacional consuetudinario y los tratados– la obligación perentoria de investigar los hechos y juzgar y sancionar a los responsables. Se trata de

63 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidad Moimana*, *supra*, párr. 167.

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Barrios Altos*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C n.º 75, párr. 41.

65 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 28/92, Argentina, párr. 50. Igualmente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 29/92, Uruguay, párr. 50.

*crímenes de derecho internacional de carácter imprescriptible, no susceptibles de amnistía, cuya falta de debido esclarecimiento puede generar la responsabilidad internacional del Estado y habilitar la jurisdicción universal a fin de establecer la responsabilidad penal individual de los implicados*⁶⁶ (cursiva fuera de texto).

Así entonces, el derecho a la justicia implica, en conjunción con el debido proceso y las garantías judiciales (consagrados en la CADH), el obtener una decisión judicial dentro de un plazo razonable y que el recurso ejercido sea eficaz y expedito⁶⁷. Esto de manera independiente a que el resultado final del proceso sea o no favorable a los peticionarios⁶⁸.

A. EL DERECHO A LA JUSTICIA COMO FORMA DE REPARACIÓN

De acuerdo con lo expuesto, el derecho a la justicia como forma de reparación implica que se pueda procesar a los responsables, que no existan amnistías o indultos *prima facie* y que el juez o funcionario que investigue lo haga con la debida diligencia; es decir, abarcar el contexto general del caso, explorar todas

66 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el proceso de desmovilización, *supra*, párr. 34.

67 “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar ‘las debidas garantías’ que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Yatama*, Sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C n.º 127, párr. 148. Igualmente, “Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción”: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C n.º 125. Párr 62. También, “El artículo 8(1) dispone que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 23/02, caso 11.517. Diniz Benito da Silva vs. Brasil, párr. 38.

68 “El Tribunal considera que una demora tan prolongada constituye *per se* una violación de las garantías judiciales, que difícilmente podría ser justificada por el Estado”: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidad Moimana*, Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C n.º 124, párr. 160; “La Corte considera que una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C n.º 125, párr. 86; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ricardo Canese*, Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C n.º 111, párrs. 149–151. En este mismo sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Baggeta*, Sentencia del 25 de junio de 1987.

las hipótesis fácticas posibles y incluir las hipótesis planteadas por los otros sustentos probatorios⁶⁹.

Así, entonces, la Corte Interamericana, en relación con el derecho a la justicia, ha exigido, entre otras cosas, que se inicien, continúen o reinicien las investigaciones penales a nivel interno en el caso objeto de demanda, para investigar y sancionar a los responsables de tales violaciones, así como la remoción de todos los obstáculos *de facto* y *de iure* que impidan una adecuada investigación penal.

Igualmente, utilizar todos los medios y procedimientos disponibles para hacer expedita la investigación⁷⁰ y sobre todo que los operadores judiciales del Estado actúen con la debida diligencia⁷¹ (cfr. *supra*).

CONCLUSIONES

Así entonces, con base en lo expuesto podemos concluir que:

– El establecimiento del trípodé verdad, justicia y reparación ha sido fruto de un proceso de evolución histórica, donde el concepto clásico de reparación se ha quedado corto frente a las graves y sistemáticas violaciones a los DH.

– Hay una relación simbiótica entre verdad, justicia y reparación, que genera una interdependencia de tales conceptos en las violaciones a los DH.

– Esta interdependencia convierte al derecho a la verdad, justicia y reparación, en conceptos complejos que se definen y validan al estar relacionados con otros derechos humanos tales como la vida, la libertad, la integridad personal, el debido proceso, la libertad de información, etc...

– No obstante y solamente con fines académicos, podemos decir que el derecho a la verdad implica conocer por parte de las víctimas y la sociedad en general los autores, motivos y responsables de las graves violaciones a los DH.

– A su vez, el derecho a la justicia implica investigar y sancionar a los responsables de tales violaciones; se entiende igualmente comprendida dentro de este derecho la garantía de acceso a la investigación a los familiares de las víctimas de violaciones a los DH.

69 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de la Rochela *vs.* Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C n.º 163.

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia, Sentencia del Fondo, Reparaciones y Costas, *supra*.

71 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de la Rochela *vs.* Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra*.

– Por último, el derecho a la reparación comprende en su significado amplio el derecho a la verdad y la justicia, pues, como lo habíamos visto, la reparación comprende formas diferentes a la indemnización.

– Así, entonces, cuando hablemos de satisfacción y garantías de no repetición, como formas de reparación a las violaciones a los DH, nos encontraremos que son ejemplos o expresiones de dichas formas de reparación el derecho a la verdad y a la justicia, tal como lo vimos en el presente escrito.

BIBLIOGRAFÍA

- A. AGUIAR. *Derechos humanos y responsabilidad del Estado*, Caracas, Monte de Avila, 1997.
- DIEZ DE VELASCO MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. I, Madrid, Tecnos, 1994.
- HERNÁNDEZ ALIER; MAURO SOLARTE, JUAN PABLO HINESTROSA et al. *El daño en Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2010.
- HINESTROSA VÉLEZ, J. P. *La reparación a los daños inmateriales diferentes al daño moral en el derecho internacional de los derechos humanos (Una comparación del tratamiento del tema en el Comité de Derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos humanos y el Tribunal Europeo de Derechos humanos)*, Alcalá, Universidad de Alcalá de Henares, 2004.
- MAZEAUD, HENRI; LEON MAZEAUD y JEAN MAZEAUD. *Leçons de Droit Civil*, t. II, *Obligations, Théorie Générale*, Paris, Montchrestien, 1956.
- MÉNDEZ, JUAN. “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, *IIDH*, San José, 1996.
- RODRÍGUEZ, VÍCTOR. “Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos”, en *IIDH* n.º 23, San José.
- TORRES ACOSTA, L. A. *La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

TRATADOS INTERNACIONALES

- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

BASSIOUNI, C. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad*. “El derecho de restitución indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ONU, Ecosoc, E/CN.4/2000/62.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre el proceso de desmovilización de las AUC en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1, corr. 22 de octubre de 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 29/92, Uruguay.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 55/97, caso 11.137 *Avella vs. Argentina*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 26/97, caso 11.142, *Arturo Ribón Ávila vs. Colombia*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 136/99, *Ignacio Ellacuría vs. El Salvador*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 23/02, caso 11.517, *Diniz Benito da Silva vs. Brasil*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1. 26 febrero 1999.

Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Comentario al artículo 8.º del Protocolo II.

E/CN.4/Sub.2/1985/16/Ver.1.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. “El derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Doc. E/CN.4/2005/59.

Naciones Unidas. Asamblea General. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° período de sesiones, Proyecto de resolución II, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 26 de noviembre de 2001, A/56/589.

Naciones Unidas. “Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación”, Intervención del señor MICHAEL FRÜHLING, Director de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, 16 de septiembre de 2003.

Naciones Unidas, Ecosoc. Comisión de DH. “Los derechos civiles y políticos. El derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, E/CN.4/Sub.2/1996/18.

“Promoción y protección de los derechos humanos. Impunidad”. Informe de DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1

OEA. Consejo Permanente. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. Documento de soporte técnico de la misión de Colombia en la sesión de la comisión de asuntos jurídicos y políticos “Diálogo sobre el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos entre los estados miembros y los miembros de la comisión interamericana de derechos humanos y los jueces de la corte interamericana de derechos humanos”: OEA/Ser.G CP/CAJP/INF. 50/07, 24 de mayo de 2007, Washington.

VAN BOVEN, THEO. “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales”, ONU, Ecosoc, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C n.º 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C n.º 15.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barrios Altos*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C n.º 75.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) *vs.* Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de mayo de 2001, Serie C n.º 76
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Myrna Mack Chang*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C n.º 101
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C n.º 107.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 *Comerciantes*. Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C n.º 109.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C n.º 110.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ricardo Canese*, Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C n.º 111.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *De la Cruz Flores*, Sentencia del 18 de noviembre de 2004, Serie C n.º 115
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos humanos), Sentencia del 19 de noviembre de 2004, Serie C n.º 116.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Hermanas Serrano Cruz*, Sentencia del 1.º de marzo de 2005, Serie C n.º 120.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Cesar*, Sentencia del 11 de marzo de 2005, Serie C n.º 123.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidad Moiwana*, Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C n.º 124.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C n.º 125.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C n.º 163
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serie C n.º 192

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán Donoso *vs.* Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009 Serie C n.º 193.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C n.º 205

Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Opinión de 13 de julio de 2004.

European Court of Human Rights, *Mc. Cann and others vs. UK*, (Merits and just satisfaction) sentence of September 27 of 1995. Párr. 161.

European Court of Human Rights, *Cyprus vs. Turkey*, Grand Chamber, sentence of May 10 of 2001.

ICJ. *Corfu Channel (United Kingdom vs. Albania)* (1947-1949).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Baggeta*, sentencia de 25 de junio de 1987.

JORGE IVÁN CUERVO R.

*Los estándares de reparación de la Corte Interamericana:
¿un estándar muy alto para la realidad colombiana?*

Resumen. Los estándares de reparación integral a las violaciones de los derechos humanos establecidos por la Corte Interamericana deben ser el referente de un proceso de justicia transicional en Colombia, no sólo para asegurar su legitimidad, sino también para blindar el proceso frente a eventuales juicios internacionales, en busca de suplir el déficit de verdad, justicia y reparación que pueda darse en un proceso jalonado por el pragmatismo político.

Palabras clave. Justicia transicional, reparación integral, estándares, Corte Interamericana.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH–, ha evolucionado desde la proclamación de la Declaración Universal de 1948 hacia un escenario donde la protección de la persona humana es el centro de gravedad de la soberanía estatal. Este es un cambio significativo que implica de parte de los Estados una actuación responsable con la vida, la integridad y la libertad de sus ciudadanos.

El Estado tiene que proteger y respetar los derechos (deber de respeto), garantizar su goce efectivo (deber de garantía), crear los escenarios normativos e institucionales para el disfrute de esos derechos y su realización efectiva (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), y reparar cuando se produzca una violación de esos deberes que implique la vulneración de uno o varios derechos (deber de reparar). El DIDH exige que las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado o por particulares con la participación u omisión de los agentes estatales sean debidamente reparadas. La reparación de un derecho trasciende la reparación indemnizatoria allí donde no sea posible restablecer el derecho a su estado original de goce y disfrute. La reparación integral busca restablecer la dignidad de la persona que ha sido objeto de una violación, así como la confianza de esa persona y de su círculo familiar en los lazos de sociabilidad y en las instituciones encargadas de garantizar los derechos.

LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS¹

En Derecho Internacional Público se ha establecido que toda violación de un derecho consagrado en un tratado o que haga parte del derecho consuetudinario debe ser reparada. Así lo estableció en su momento la Corte Internacional de

1 JORGE IVÁN CUERVO RESTREPO. “Estándares internacionales de verdad, justicia y reparación. La aplicación de la Ley 975 de 2005 o Ley de “justicia y paz”, en *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales. A propósito de la ley de justicia y paz*, JORGE IVÁN CUERVO R. et al. (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Justicia de la Haya en el caso de la *Fábrica de Chorzow* en la Sentencia del 27 de julio de 1927 cuando señaló:

... es un principio de derecho internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada².

La doctrina internacional ha convenido en señalar cuáles son los elementos que componen el llamado ilícito internacional que da origen a la responsabilidad del Estado:

- i. La existencia de un acto o de una omisión que viole una obligación consagrada en una norma de derecho internacional vinculante para el Estado.
- ii. Que dicho acto u omisión le sea imputable al Estado en su calidad de sujeto de derecho internacional público.
- iii. Que se produzca un daño como consecuencia del acto u omisión³.

Un sector de la doctrina considera que el daño no es un elemento consustancial a la responsabilidad internacional del Estado, y basta con la violación de la norma jurídica internacional y el juicio de atribución del Estado. Sin embargo, creemos que la responsabilidad internacional del Estado no se aleja del fundamento de la responsabilidad civil en el sentido de que todo daño debe ser reparado y el autor debe sufrir una sanción⁴.

Las transformaciones del Derecho Internacional Público en función de la protección de la persona han modificado las pautas de la responsabilidad internacional del Estado, la cual antes se entendía en el contexto de obligaciones recíprocas entre los Estados. Hoy el Estado tiene obligaciones más allá de la conservación de la paz mundial, que se concretan en la protección de la dignidad

2 Corte Internacional de Justicia. Caso *Fábrica de Chorzow*, Sentencia del 27 de julio de 1927, párr. 21.

3 CLAUDIO NASH ROJAS. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2004, p. 9.

4 En materia de responsabilidad por derechos humanos ha hecho camino la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado donde no cuenta la conducta del Estado ni la intención del agente estatal: basta con que el Estado viole una norma para que se genere responsabilidad. Como lo ha señalado el Juez de la Corte Interamericana, ANTONIO CANÇADO TRINDADE, en varios votos disidentes y razonados: “En mi entender, la responsabilidad internacional del Estado se compromete a partir del momento en que deja él de cumplir una obligación internacional, independientemente de la verificación de falta o culpa de su parte, y de la ocurrencia de un daño adicional. Más que una presunta actitud o falla psicológica de los agentes del poder público, lo que realmente es determinante es la conducta objetiva del Estado (la debida diligencia para evitar violaciones de los derechos humanos). Se puede, así, ciertamente llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o ‘absoluta’ del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los derechos humanos. Sobre dicha responsabilidad objetiva reposa el deber de prevención”: voto del Juez CANÇADO TRINDADE en la Sentencia de Interpretación del caso *El Amparo*, resolución de abril de 1997.

humana asegurando una serie de derechos consagrados en tratados internacionales y en las Constituciones.

En Colombia las víctimas de violaciones a los derechos humanos tienen varias vías para obtener una reparación. Existe la vía contenciosa ante la justicia contenciosa administrativa, donde encontramos una importante tradición de responsabilidad por parte de los tribunales administrativos y el Consejo de Estado. Esta vía tiene una limitación, equivalente al tiempo de caducidad de la acción de reparación directa (dos años desde el momento en que se cometió la violación), lo que implica que muchas víctimas que quieren obtener una reparación sobre violaciones cometidas con anterioridad a dos años, se encuentran con un obstáculo insalvable. En un escenario tan complejo y tan extendido en el tiempo como el que se da en Colombia, esta vía tiene enormes limitaciones para las llamadas víctimas históricas que han sufrido graves violaciones de derechos humanos y no han tenido un recurso judicial efectivo para acceder a la justicia reparativa.

En otro sentido, esta vía es restrictiva en el caso de las infracciones al derecho internacional humanitario cometidas por grupos armados ilegales, salvo que se demuestre una grave omisión por parte del Estado, como lo ha reconocido el Consejo de Estado en numerosa jurisprudencia y la Corte Interamericana en casos como Mapiripán y Pueblo Bello, donde se evidenció una grave omisión de parte de la Fuerza Pública. Si bien allí se trató del accionar de grupos paramilitares que actuaban en connivencia con agentes estatales, creemos que esa doctrina de la grave omisión podría aplicarse también en casos de ataques de grupos guerrilleros, de suerte que casos como Bojayá o Machuca podrían ser objeto de un tratamiento similar.

Otra vía para la obtención de reparación es la de la acción civil, bien sea en el contexto de un proceso penal, a través del incidente de reparación, o bien por medio de la acción civil de reparación autónoma, muy poco utilizada dada su complejidad y la morosidad de la justicia civil.

Ante estas vías ordinarias, por llamarlas de alguna manera, en el contexto de los procesos de desmovilización y de negociación con los grupos armados ilegales, el Estado colombiano ha creado otras vías para obtener reparación por parte de las víctimas. Una es la que se deriva de la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, y otra, la derivada del Decreto 1290 de 2008, que ha dado origen a la llamada reparación administrativa, y que puede ser usada indistintamente y de manera excluyente por las víctimas tanto de violación de derechos humanos como de infracciones al DIH.

En última instancia, las víctimas podrían acudir a la reparación en los escenarios internacionales previo agotamiento de los recursos de jurisdicción interna.

En ese sentido, una víctima o grupo de víctimas podría acudir a escenarios como el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, o a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vía Comisión, con el fin de obtener una reparación integral, e incluso está abierta la posibilidad de acudir a la Corte Penal Internacional para hechos ocurridos con posterioridad a noviembre de 2001 en caso de violaciones a los derechos humanos, y hechos ocurridos con posterioridad a noviembre de 2009 en casos de infracciones al DIH o crímenes de guerra.

Este abanico de posibilidades es en sí una complicación para las víctimas, quienes no tienen claridad sobre cuál es el recurso más efectivo y garantista. En el marco de lo que se ha llamado en Colombia un proceso de justicia transicional sin transición⁵, se ha establecido un marco de reparación con la aplicación de la ley de justicia y paz, y el decreto de reparación administrativa, que no satisface las exigencias de reparación integral de las víctimas por cuanto ha concentrado la reparación a una acción indemnizatoria económica, descuidando otros aspectos como la búsqueda de la verdad, la justicia proporcional al daño causado, las medidas de reparación colectiva y simbólica, y las garantías de no repetición. Esto, incluso, contradiciendo las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación creada por la Ley de Justicia y Paz, la cual en su documento “Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa” sugiere adoptar el concepto de reparación integral que implica la necesidad de “concebir las reparaciones como parte del proceso de justicia transicional, que incluye además el esclarecimiento de la verdad, la reconstrucción de la memoria histórica, la aplicación de la justicia y las reformas institucionales (necesarias para que los hechos no vuelvan a repetirse), y el necesario balance que debe darse entre las reparaciones materiales y las simbólicas y entre las reparaciones individuales y colectivas”⁶.

No es el objeto de este artículo hacer un balance de la reparación integral en el marco del proceso de justicia transicional que a medias se lleva en Colombia⁷.

5 RODRIGO UPRIMNY; CATALINA BOTERO, ESTEBAN RESTREPO y MARÍA PAULA SAFFON. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.

6 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. “Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa”, Bogotá, 2007.

7 En ese sentido se recomienda consultar los textos *Anotaciones sobre la ley de justicia y paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2007; FLORIÁN HUBER. “La Ley de Justicia y paz, desafíos y temas de debate”, *El Otro Derecho*, n.º 37, Bogotá, 2007; *El Derecho de las víctimas a la reparación integral, balance y perspectivas*, Bogotá, Ilsa, 2007, y MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ. *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Universidad del

El objeto será el de poner en evidencia cuál es el estándar que ha definido la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a la reparación integral, el cual debería ser tenido en cuenta por parte del Estado colombiano para que el proceso de justicia transicional se realice, de manera que las graves violaciones de derechos humanos y de infracciones al DIH se reparen en un horizonte de restablecimiento de dignidad y de reconciliación.

LA REPARACIÓN INTEGRAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en un sentido amplio, comprende tanto la justicia como la verdad y la reparación. Reparar una violación de un derecho, obligación que está inicialmente en cabeza del Estado, comprende, pues, el derecho de las víctimas a que se establezca qué pasó, a que se identifique, procese y condene a los responsables de la violación, y a que se indemnice el daño, tanto en el plano individual como en el plano colectivo, y en el ámbito material e inmaterial.

En estricto sentido, la reparación exige medidas de compensación y/o indemnización, y las garantías de no repetición.

El deber de reparación es una obligación de parte del Estado contenida tanto en la Declaración Americana como en la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que hacen parte de la normatividad colombiana y se integran a la Constitución por vía del bloque de constitucionalidad.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en lo que tiene que ver con el derecho a la justicia, puede leerse:

Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Rosario, 2009, entre otros, donde se hace un balance de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y de la reparación integral. Y para textos de debate sobre el alcance de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz en el marco de los estándares internacionales y las posibilidades nacionales, se recomienda, EDUARDO PIZARRO y LEÓN VALENCIA. *Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Editorial Norma, Semana, Colección Cara y Sello, 2009, y de IVÁN OROZCO ABAD. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2009.

Así mismo, en la Convención Americana de Derechos Humanos es necesario resaltar la cláusula general de responsabilidad internacional consagrada en el artículo 1.1, que señala:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por otra parte, la obligación de tomar medidas para garantizar el goce y disfrute de los derechos humanos contenida en el artículo 2.º de la Convención que señala:

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Estas obligaciones se complementan con el artículo 8.º sobre garantías judiciales y el artículo 25 sobre protección judicial⁸ y, especialmente, con el artículo 63.1 que establece:

Artículo 63.1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se

8 Artículo 8.º “Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” [...] Artículo 25. “Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Desde su jurisprudencia más temprana la Corte Interamericana sentó el principio de la reparación integral como una obligación en cabeza de los Estados. Así lo expresó en el caso *Velásquez Rodríguez*:

[...] Como consecuencia de esta obligación (la contenida en el artículo 1.1 de la Convención) los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁹.

En la misma sentencia, más adelante, señaló la Corte:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación¹⁰.

Para la Corte Interamericana existe un vínculo entre la obligación de prevenir las violaciones de los derechos y la de reparar el daño causado, en el sentido de interpretar el deber de reparar como la necesidad de hacer justicia respecto de las víctimas, de la sociedad en su conjunto y respecto de los victimarios.

En el mismo sentido que los pronunciamientos del sistema de Naciones Unidas, la Corte Interamericana ha señalado que la reparación debe comprender medidas para restablecer la verdad, hacer justicia, indemnizar los daños y garantizar la no repetición de las circunstancias que dieron origen a las violaciones. Veamos cada una de estas dimensiones en la jurisprudencia más relevante de la Corte.

A. DERECHO A LA VERDAD

Es el derecho que tienen las víctimas y la sociedad en su conjunto de saber qué pasó en relación con las violaciones de derechos humanos o las graves infrac-

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1998, párr. 166.

10 *Ibid.*, párr. 174.

ciones al DIH. En esa medida tiene una dimensión individual e inmediata sobre el hecho mismo de la violación, y una dimensión colectiva y mediata sobre las circunstancias históricas que hicieron posible y pueden explicar las violaciones. Tal y como señala TATIANA RINCÓN¹¹, existe una verdad histórica y una verdad procesal o judicial. La verdad histórica trasciende a la verdad judicial habida cuenta de que la investigación en casos de violaciones de derechos humanos es muy compleja, como quiera que la violación conlleva la desaparición de las pruebas que permitan identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometieron. Por eso, el esfuerzo de restablecimiento de la verdad va más allá de la intervención de la justicia formal, generalmente con la conformación de comisiones extrajudiciales.

Sobre el derecho a la verdad la Corte Interamericana ha señalado:

El derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad¹².

Como lo señaló CEJIL en su *Amicus Curiae* ante la Corte Constitucional en el proceso de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), este derecho de las víctimas de conocer la verdad se desprendería, además de los ya señalados, y especialmente de los artículos 8.º sobre garantías judiciales y 25 sobre protección judicial¹³, del artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto allí se establece que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección¹⁴.

11 TATIANA RINCÓN COVELLI. “La verdad histórica; una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas”, *Revista Estudios Socio-jurídicos*, n.º especial, vol. 7, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, pp. 332-354.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Myrna Mank*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, párr. 274; cfr. también caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 230.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barrios Altos*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 45; cfr. también caso *Bámaca Velásquez*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 191 y caso *Villagrán Morales y otros*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, párrs. 169 y 170.

14 CEJIL. *Amicus Curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia, expediente D-6032, proceso de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, Washington, 2005.

El fundamento del establecimiento de la verdad histórica es el de prevenir que los hechos que dieron origen a las violaciones no vuelvan a repetirse como quiera que saber qué fue lo que pasó ayuda a una profunda reflexión individual y colectiva sobre lo sucedido. La dimensión del perdón por parte de las víctimas y del arrepentimiento por parte de los victimarios, que están en la base de un proceso de reconciliación, sólo es posible si parte del establecimiento de la verdad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos así lo expresó:

[t]oda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro¹⁵.

B. DERECHO A LA JUSTICIA

En el sistema interamericano, el derecho a la justicia se sustenta en dos pilares: el deber de investigar y el deber de sancionar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH. Una efectiva investigación que lleve a la identificación de los responsables y a la imposición de penas proporcionales y efectivas para el crimen cometido es un supuesto de reparación¹⁶. Así lo ha señalado la Corte, por ejemplo cuando en el caso *Tibi* señaló:

[...] *Para reparar*, en este orden, las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los responsables. Los procesos internos deben versar sobre las violaciones a los derechos [...] ¹⁷ (cursiva fuera de texto).

El deber de investigar y de sancionar es una consecuencia del deber de garantía de los Estados y de los derechos de garantía judicial (art. 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos) y de protección judicial (art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Este deber de investigar y sancionar debe ser efectivo, orientado a identificar los autores intelectuales y materiales,

15 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe Anual 1985-1986”, Washington.

16 Es necesario insistir en que para la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la reparación integral es un concepto amplio que incluye la verdad, la justicia y la reparación. Una lectura restringida de la reparación asociada a medidas compensatorias o indemnizatorias puede conducir a una patrimonialización de la reparación.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi*, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, párr. 258.

y no una mera formalidad, tal y como se estableció, entre otras, en la sentencia del caso *Myrna Mack*:

[L]a investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad¹⁸.

En materia de violaciones a los derechos humanos es muy importante la identificación de los autores materiales, pero también la identificación de los determinadores o autores intelectuales. Cuando esas violaciones están asociadas a la actividad de grupos paraestatales, es mucho más apremiante la identificación de los determinadores, en calidad de instigadores, financiadores, ideólogos, porque ello opera, a su vez, como garantía de no repetición. Es posible que la sola desarticulación de los aparatos militares no resuelva el tema de estructuras políticas y sociales que favorezcan el surgimiento de grupos armados paraestatales en el futuro. El deber de justicia debe entonces ser todo lo exhaustivo que sea necesario para desactivar en su conjunto el fenómeno que dio origen a ese factor de violencia que generó las violaciones de los derechos.

Otro componente fundamental del deber de investigar es facilitar la participación de las víctimas en los procesos penales que se adelanten para identificar a los responsables. En esa medida, el Estado debe crear todas las condiciones jurídicas, institucionales, de protección y de consideración para que las víctimas y sus familiares puedan tener acceso a los procesos en los incidentes de reparación, presentar pruebas, impugnar decisiones y verificar que las distintas hipótesis sean exploradas por los organismos de investigación. En el caso *Moimana* la Corte señaló:

[L]as víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación¹⁹.

Otra consecuencia del derecho a la justicia y su correspondiente deber de investigar y sancionar, es la referida a la imposición de penas proporcionales al daño causado. Lo primero es la prohibición de amnistías y de indultos con los más graves crímenes. La sentencia pionera en señalar la incompatibilidad de

18 *Ibid.*, caso *Myrna Mack*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, párr. 273.

19 *Ibid.*, caso *Comunidad Moimana*, Sentencia del 15 de junio de 2005, párrs. 145 y 146.

las amnistías con el derecho a la justicia fue la de *Barrios Altos*, donde la Corte señaló:

Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos...

La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2.º de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8.º y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8.º y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2.º de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente²⁰.

La Corte Interamericana ha sido enfática en la necesidad de imponer sanciones proporcionales a la gravedad de los crímenes para evitar una impunidad disfrazada. En el caso de los hermanos *Gómez Paquiyauri*, sentenció:

El Tribunal no entrará a analizar los beneficios carcelarios establecidos en la legislación interna ni tampoco los otorgados a Francisco Antezano Santillán y Ángel del Rosario Vásquez Chumo. No obstante, la Corte considera, sin excluir ninguna categoría de condenados, que el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad²¹.

CEJIL ha propuesto un test de proporcionalidad para establecer si una pena es proporcional o no al crimen cometido que debería tener los siguientes elementos²²:

20 Ibid., caso *Barrios Altos*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, párrs. 41 y 43.

21 Ibid., caso *Gómez Paquiyauri*, Sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 145.

22 CEJIL. *Amicus Curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia, cit.

- La gravedad del crimen.
- El papel del condenado en la comisión del crimen (si fue autor material o autor intelectual).
- Las circunstancias de agravación y de atenuación.
- La contribución del condenado a la verdad, la justicia y la reparación.
- La contribución del condenado a la reconciliación, con actos de arrepentimiento y disculpas públicas.
- La confesión plena de los delitos.
- La actitud hacia el futuro en un horizonte de reconciliación deben ser condicionantes de la conservación de los beneficios penales que se otorguen.

C. DERECHO A LA REPARACIÓN

Constituye un principio de derecho internacional público que todo daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación por parte de un sujeto de derecho internacional debe ser reparado. En el DIDH este principio se refuerza aún más, en cuanto el incumplimiento de las obligaciones de respeto y de garantía de los Estados puede producir un daño que implica la restitución del derecho. Así lo ha señalado la Corte Interamericana en varias de sus sentencias. Por ejemplo, en el caso *Lori Berenson* sentenció:

... es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente²³.

La primera forma de reparación la constituye la sentencia misma en la que se establece la responsabilidad del Estado²⁴. Pero de otro lado se busca la llamada *restitutio in integrum* o plena restitución, que supone el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación²⁵. Cuando la naturaleza de la violación impide la plena restitución se ordena la adopción de medidas compensatorias e indemnizatorias para que se reparen las consecuencias del derecho violado.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Lori Berenson Mejía*, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 230.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Molina Theisen*, Sentencia de reparaciones, párr. 66.

25 MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ. “Estándares regionales e internos para los procesos de paz y de reinserción en Colombia”, *Revista Estudios Sociojurídicos*, n.º especial, cit., pp. 355-408; cfr., también, CLAUDIO NASH ROJAS. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit.

Este principio fue recogido en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, como lo ha señalado la Corte, es una norma consuetudinaria que constituye el fundamento de la responsabilidad de los Estados. En ese sentido se ha pronunciado la Corte en la sentencia de reparaciones del caso *Trujillo Oroza*, en los siguientes términos:

Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. La obligación de reparar que se regula, en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno²⁶.

En términos generales, hay cuatro tipos de medidas: de restitución; de rehabilitación; de indemnización patrimonial y no patrimonial, simbólicas, colectivas e individuales, y de satisfacción garantía de no repetición.

La Corte en este sentido ha usado un concepto amplio de reparación que va más allá de lo patrimonial cuando no sea posible la plena restitución. Así, por ejemplo, se entiende que son medidas de restitución: en los casos de detención arbitraria, la reincorporación de la víctima a su trabajo pagándole los salarios y prestaciones dejados de percibir; permitir la publicación de un escrito o la exhibición de una película cuando el derecho conculcado es la libertad de expresión; impedir que se aplique una sanción cuando ella entrañe la violación de un derecho fundamental, por ejemplo, cuando se exige la visita conyugal en una prisión para personas del mismo sexo²⁷.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Trujillo Oroza*, Sentencia de Reparaciones del 27 de febrero de 2002; cfr también, caso *Cantoral Benavides*, Reparaciones, párr. 40; caso *Cesti Hurtado*, Reparaciones, párr. 35, y caso *“Niños de la Calle”* (VILLAGRÁN MORALES et al.), Reparaciones, párr. 62.

27 “[...] La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede

Cuando no es posible la plena restitución del derecho violado, el derecho internacional público²⁸ ofrece la alternativa de la indemnización pecuniaria a título de compensación.

Esta indemnización incluye el *daño material*, tanto en lo que hace referencia al daño emergente como al lucro cesante. El *daño emergente* lo constituyen los gastos en que incurrió la víctima o los familiares de la víctima con ocasión de la violación del derecho, como pueden ser los gastos de búsqueda de una persona desaparecida, gastos de viajes, de llamadas, los gastos psicológicos en que pudieron haber incurrido miembros de la familia ante el hecho ilícito, los gastos de abogados y otros profesionales, e incluso, los costos del litigio tanto interno como externo²⁹.

El *lucro cesante* o la pérdida de ingresos de la víctima hasta la edad en la que puede estimarse su muerte por causas naturales, constituye un importante concepto para tratar de restablecer las condiciones económicas del entorno familiar cuando ha sucedido una violación. La Corte ha oscilado en calcular el monto del lucro cesante entre criterios de medición sobre las proyecciones de ingreso con base en salarios mínimos de acuerdo con la legislación interna de cada país, y en un criterio de equidad en consideración a la naturaleza de la actividad de la víctima y del tipo de ingresos que recibe la familia por otros conceptos. Esto se pudo ver, tal como lo señala NASH ROJAS³⁰, en las sentencias del caso *Cantoral Benavides* y, posteriormente, en *Bámaca Velásquez*, donde reconoció lucro cesante a Efraín Bámaca Velásquez en favor de su compañera y de sus padres con posterioridad a 1997, año en que se firmaron los acuerdos de paz entre el gobierno de Guatemala y la URNG, como quiera que no lo hizo entre 1992 y 1997, tiempo en que estuvo en poder de las autoridades en calidad

hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 189; caso *Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 199). “La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos”. Caso *Garrido y Baigorria*, Sentencia de reparaciones del 27 de agosto de 1998, párr. 41.

28 En una clara referencia al concepto de responsabilidad del derecho privado.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Juan Humberto Sánchez*, Sentencia del 7 de junio de 2003, párr. 166; cfr. también caso *Maritza Urrutia*, Sentencia del 27 de noviembre de 2003, párr. 159.

30 CLAUDIO NASH ROJAS. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit.

de comandante guerrillero, actividad que no podía estimarse como remunerada. La suma que reconoció fue establecida con criterios de equidad. Así lo dijo la Corte:

... el segundo período, se inicia en el mes de marzo de 1997 y se extiende durante los años restantes de la expectativa de vida de la víctima. Sobre el particular, este Tribunal reconoce que no resulta posible establecer con certeza cuál habría sido la ocupación y el ingreso del señor Bámaca Velásquez al momento de su eventual incorporación a la actividad laboral de su país. Teniendo presente la carencia de elementos probatorios ciertos sobre los posibles ingresos que hubiese obtenido la víctima, *la Corte en equidad* decide fijar en US\$100.000,00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) la cantidad como compensación por la pérdida de los ingresos para el período de que se trata (cursiva fuera de texto)³¹.

Por otra parte está el llamado *daño inmaterial* que comprende el *daño moral*, que es la aflicción síquica y afectiva que sufren la víctima y los familiares de la víctima ante un hecho violatorio de derechos humanos. Es lo que la doctrina civilista ha llamado el *pretium dolores* y que constituye una dimensión un tanto restringida que ha sido superada por la Corte a lo largo de su jurisprudencia al sumar otros dos conceptos como son *el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones y la alteración de las condiciones de existencia o afectación del proyecto de vida de la víctima o de sus familiares*³², por ejemplo, cuando la víctima queda con secuelas físicas que le impiden llevar una vida normal —por ejemplo, en su sexualidad o en el desarrollo de un oficio o arte— o con secuelas psicológicas que implican tratamientos que alteran el curso normal de una persona. También cuando la ausencia de la víctima altera la vida de los familiares más cercanos, como sería el caso de la ausencia del padre o de la madre en los actos más significativos de sus hijos: ceremonias de graduación o fiestas emblemáticas como las de los 15 años³³.

La Corte Interamericana también ha desarrollado un concepto de *reparación inmaterial colectivo* cuando ordenó, en el caso de la comunidad *Mayagna Awas Tingni*, inversiones compensatorias de interés colectivo, a diferencia de como lo

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Bámaca Velásquez*, Sentencia de reparaciones del 22 de febrero de 2002, párr. 51b.

32 *Ibid.*, párr. 56 y caso *Trujillo Oroza*, Sentencia de Reparaciones, párr. 77.

33 Este concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano bajo el nombre de “daño en vida de relación”. Así mismo, el Consejo de Estado ha reconocido el componente de daño fisiológico, distinto al daño moral propiamente que podría ser incorporado por la Corte Interamericana para seguir ampliando su visión de la reparación compensatoria.

había hecho en el caso *Aloeboetoe* cuando ordenó indemnizar individualmente a los miembros de esa comunidad³⁴.

Otras formas de reparación las constituyen la adopción de medidas legislativas e institucionales (medidas de satisfacción) y las medidas como garantías de no repetición. Entre las primeras están: la búsqueda de los desaparecidos; exhumación de los cadáveres; inhumación de los restos de acuerdo con las convicciones religiosas de los familiares de las víctimas; implementación de mecanismos legislativos e institucionales orientados a prevenir las violaciones de derechos humanos; cursos de capacitación en derechos humanos a los miembros de la Fuerza Pública; remoción del cargo —no como sanción de servidores públicos con récord negativo en derechos humanos—; actos públicos de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado; perdón público de parte de los victimarios; designación de edificaciones públicas con el nombre de las víctimas; erección de monumentos recordatorios en homenaje a las víctimas; publicación de las decisiones de los órganos judiciales o extra judiciales; suscripción y ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos; ajuste de la legislación interna a los estándares internacionales de derechos humanos, entre otros³⁵.

EL ESTÁNDAR DE REPARACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como se puede observar, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado un concepto amplio y garantista de la reparación más allá del aspecto patrimonial. Es un enfoque integral, donde no sólo se incluye la indemnización compensatoria —no punitiva—, sino también el derecho a la verdad, el derecho a

34 “La Corte considera que debido a la situación en la cual se encuentran los miembros de la Comunidad Awas Tingni por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debe además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. En las circunstancias del caso es preciso recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa. Por lo expuesto y tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte estima que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana”: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidad Mayagna Awas Tingni*, Sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 167.

35 La Corte Interamericana ha ordenado medidas de satisfacción y de garantía de no repetición entre otros casos en: *Gómez Paquiyauri*, *Maritza Urrutia*, *Juan Humberto Sánchez*, *Marco Antonio Molina Theissen*, *Villagrán Morales*.

la justicia, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, siempre pensando en restablecer la situación de la víctima.

La reparación integral debe entenderse como un todo indivisible, tanto en los términos de los estándares definidos por la Corte Interamericana, como de los derivados de los informes de los relatores de Naciones Unidas³⁶.

Cuando no es posible restablecer las cosas al estado en el que se encontraban al momento de la violación (*restitutio in integrum*), la reparación integral se logra con otra serie de medidas más allá de lo económico: el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, los ofrecimientos de disculpas públicas, los actos simbólicos de desagravio, y otras de naturaleza política, tales como modificaciones legislativas, continuación de la investigación de los hechos e identificación de los responsables y establecimiento de mecanismos extra judiciales de verdad (p. ej., las comisiones de verdad).

Hasta dónde deben extenderse las medidas de reparación es un dilema que no está resuelto de antemano. Lo que ha fijado la Corte son unos parámetros que se mueven entre mínimos y máximos, y que dan margen al Estado para que, según las características del cuadro de violaciones de derechos humanos, adopte medidas de reparación integral en aplicación de lo que fijó la Corte desde las sentencias emblemáticas contra Honduras (Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz), cuando señaló que:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima la adecuada reparación (caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1989, Serie C, n.º 4, párr. 174)³⁷.

En el caso de Colombia, la Corte ha tenido varios pronunciamientos en los que ha definido algunos estándares de reparación que deben ser tenidos en cuenta en los procesos de justicia transicional. En los casos donde los hechos implican

36 En Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente en el ámbito de Naciones Unidas, se habla de la doctrina Joinet/Bassiouni/Van Boven/Orentlicher para hacer referencia a los relatores especiales que han elaborado informes que sustentan la promulgación por parte de la Comisión de Derechos Humanos –hoy Consejo de Derechos Humanos– de los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparación*.

37 Para una evolución del estándar de reparación de la Corte Interamericana cfr. MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ. *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, cit.

la participación de grupos paramilitares, tales como *Pueblo Bello*, *Mapiripán*, 19 *Comerciantes*, *El Aro-Ituango* y *La Rochela*³⁸, la Corte ha reiterado la necesidad de enfocar la reparación como un todo, donde debe haber medidas de justicia, verdad y reparación entendidas como indemnización, tanto individual como colectiva, y garantías de no repetición. Podría decirse que en un proceso de justicia transicional en los tiempos actuales de desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados cuentan con unos mínimos y unos máximos que deben modular de acuerdo a las características de cada proceso.

El caso colombiano resulta atípico en los procesos de justicia transicional que se han conocido en las dos últimas décadas. No sólo porque el conflicto sigue desarrollándose con uno de los actores –las guerrillas–, y con una porción de grupos paramilitares no desmovilizados reciclados en bandas criminales, sino porque el proceso con los grupos paramilitares es una combinación inédita de porciones de justicia transicional con sometimiento a la justicia en el que el escenario internacional ha jugado un papel determinante, especialmente en lo que tiene que ver con la injerencia del gobierno de Estados Unidos que ha hecho valer su derecho de juzgar a muchos de los jefes paramilitares por delitos de narcotráfico, lo que ha dificultado el normal desarrollo de los procesos en Colombia. Y es excepcional, porque al decir del presidente de la CNRR, EDUARDO PIZARRO, es una apuesta alta puesto que en medio del conflicto se está intentando reconocer de manera simultánea el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, en una dimensión de tiempo que busca esclarecer los hechos del pasado, los del presente y prevenir los del futuro.

Si como señala OROZCO ABAD³⁹, los procesos de justicia transicional suelen debatirse entre el maximalismo moral –generalmente del lado de las víctimas– y el pragmatismo político –generalmente del lado de los gobiernos–, y ante la indiferencia de la opinión pública nacional y la expectativa de la comunidad internacional de derechos humanos las posibilidades de sostenibilidad de dichos procesos no descansan solamente en el poder moral de las víctimas o en el poder político de los gobiernos –que en el caso colombiano está mediado por la ambigüedad de que el proceso que dio origen a la ley de Justicia y Paz, en una primera instancia, durante su aprobación en el Congreso de la República, es-

38 Cfr. ETHEL NATALY CASTELLANOS MORALES. *Justicia transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2008, y RODRIGO UPRIMNY (coord.). *Reparaciones en Colombia: análisis y propuestas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

39 IVÁN OROZCO ABAD. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, cit.

tuvo marcado por una sobre representación de los victimarios, pero ya en una segunda instancia, con la intervención de la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-370 de 2006 en su condición de tribunal contra mayoritario, el punto de vista de las víctimas se hizo presente y dicha ley se ajustó, por lo menos en los principios de aplicación a los estándares internacionales⁴⁰, sino en la capacidad que tenga la sociedad, a través de sus instituciones, de procesar una fórmula que logre compatibilizar las exigencias de verdad, justicia y reparación en un horizonte de paz y reconciliación, y de restablecimiento de ciudadanía y de dignidad, tanto para víctimas como para victimarios.

BIBLIOGRAFÍA

- BOTERO MARINO, CATALINA y ESTEBAN RESTREPO SALDARRIAGA. “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, ANGELIKA RETTBERG (comp.), Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales, CESO.
- CEJIL, Amicus Curiae ante la Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-6032, proceso de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, Washington, 2005.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Lineamientos principales para una política integral de reparaciones”, Washington, 2008.
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, Bogotá, 2007.
- CUERVO R., JORGE IVÁN; EDUARDO BECHARA y VERÓNICA HINESTROZA. *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales. A propósito de la Ley de justicia y paz*, Serie pre-textos n.º 32, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- DE GREIFF, PABLO. “Elementos de un programa de reparaciones”, en *Cuadernos del Conflicto. Justicia, verdad y reparación en medio del conflicto*, Bogotá, Legis, Semana, Fundación Ideas para la Paz, 2005.

40 Otra cosa es que en su implementación y en su reglamentación, haya habido retrocesos y se haya perdido la integralidad de las medidas de reparación, por ejemplo, desconociendo la realidad de los crímenes de Estado, sin cuyo esclarecimiento y juzgamiento el proceso de justicia transicional colombiano, por más que se avance en relación con los otros actores –paramilitares y guerrillas–, quedará incompleto.

- DE GREIFF, PABLO. “Reparación de víctimas en Proceso de Paz”, en *Cuadernos del Conflicto. Justicia, verdad y reparación en medio del conflicto*, Bogotá, Legis, Semana, Fundación Ideas para la Paz, 2005.
- DÍAZ CATALINA (ed.). *Reparaciones para las víctimas de la violencia política. Estudios de caso y análisis comparado*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Serie Justicia Transicional, 2008.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 3, México, 1999.
- ILSA. “El derecho de las víctimas a la reparación integral. Balance y perspectivas”, *Revista El Otro Derecho*, n.º 37, Bogotá, 2007.
- MORALES, ETHEL NATALY. *Justicia transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2008.
- NASH ROJAS, CLAUDIO. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Universidad de Chile Centro de Derechos Humanos, 2004.
- OROZCO ABAD, IVÁN. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2009.
- PIZARRO, EDUARDO y LEÓN VALENCIA. *Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Norma y Semana, Colección Cara y Sello, 2009.
- QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. “Estándares regionales e internos para los procesos de paz y de reinserción en Colombia”, *Revista Estudios Sociojurídicos* n.º especial, vol. 7, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005.
- RANGEL SUÁREZ, ALFREDO (ed). *Justicia y paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*, Bogotá, Intermedio Editores, 2009.
- RINCÓN COVELLI, TATIANA. “La verdad histórica; una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas”, *Revista Estudios Sociojurídicos* n.º especial, vol. 7, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2005.
- RODRÍGUEZ RESCIA, VÍCTOR M. “Las reparaciones en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista de IIDH*, vol. 23, enero-julio, San José de Costa Rica, 1996.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO (coord.). *Reparaciones en Colombia: análisis y propuestas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO y MARÍA PAULA SAFFON SANÍN. “¿Al fin, Ley de justicia y paz? La Ley 975 de 2005 tras el fallo de la Corte Constitucional, en *¿Justicia Transicional sin Transición. Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.

CLARA RAMÍREZ BARAT

*Hacia una interpretación expresivista
del castigo en el ámbito penal internacional*

Resumen. Partiendo del desarrollo que ha experimentado durante las últimas décadas el Derecho penal internacional, y en especial cómo tal marco jurídico se ha venido empleando en los contextos de la llamada justicia transicional, este capítulo busca examinar en qué medida los argumentos de corte preventivo que normalmente se han utilizado para justificar los juicios a perpetradores de abusos de Derechos Humanos en procesos de democratización, pueden hacer frente a las críticas que se han venido realizando, de manera recurrente y desde diversos flancos, sobre su adecuación y eficacia en contextos nacionales. Admitiendo que, efectivamente, la versión disuasoria de justificación del castigo, no logra dar cuenta satisfactoriamente de algunas de las críticas más importantes planteadas, en este texto, sin embargo, trato de argumentar, aún de manera tentativa que, abandonando dichos presupuestos consecuencialistas y adoptando una versión expresivista de la justificación del castigo en el contexto internacional, es posible resolver algunos de estos problemas.

Palabras clave. Derecho penal internacional, justicia transicional. teorías del castigo. teoría expresivista del castigo. teoría disuasoria del castigo. corte penal internacional. paz contra justicia.

Durante las últimas décadas hemos sido testigos de la emergencia de la justicia transicional en situaciones de posconflicto o post-autoritarismo, entendida como un conjunto de medidas de carácter fundamentalmente legal que, en su conjunto, buscan responder a los abusos de Derechos Humanos de la etapa anterior y, al mismo tiempo, contribuir a la reconstrucción del sistema democrático, fomentar la reconciliación social y prevenir la recurrencia de este tipo de violaciones en el futuro.

Dentro de este paradigma –y probablemente relacionado con el hecho de que las prácticas de justicia transicional hayan sido principalmente promovidas por activistas y defensores de los Derechos Humanos directamente vinculados con el ámbito legal internacional– merece la pena destacar el importante desarrollo que ha experimentado en los últimos años la justicia penal. Esto no significa solamente que la justicia penal se haya venido convirtiendo en el mecanismo de responsabilización por excelencia para hacer frente a los abusos de Derechos Humanos de la etapa anterior, sino también que, de forma paralela, haya ido cobrando una importancia capital dentro del contexto internacional. De esta forma, y significativamente tras la creación de los tribunales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda a mediados de los 90, han venido sucediéndose en cadena toda una serie de procesos penales que habrían usado fórmulas diversas en su realización, como la aplicación de la jurisdicción internacional en casos como los de PINOCHET o HISSÈNE HABRÉ, la creación de los tribunales híbridos como los de Timor del Este, Kosovo o Sierra Leona, y finalmente, el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

Así, podríamos decir que desde las primeras experiencias en América Latina y los debates iniciales en la literatura sobre si las jóvenes democracias tienen el deber de castigar a los responsables de abusos de Derechos Humanos cometidos en el pasado¹ y sobre el llamado *dilema entre la paz y la justicia*,² la justicia penal habría experimentado un desarrollo fundamental en un contexto en el que el papel de la comunidad internacional habría evolucionado también de manera significativa. Las dos manifestaciones más visibles de este cambio serían, por un lado, una mayor disposición de actuar en los procesos de democratización de acuerdo con la prohibición en el Derecho internacional contra la concesión de amnistías por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y, por el otro, aunque relacionado con el primero, el establecimiento de la Corte Penal Internacional que, por lo menos, cuestiona en términos internacionales los efectos de una amnistía nacional por esos crímenes³. Todos estos desarrollos delimitan una nueva comprensión del contexto legal internacional a los ojos de aquellos que depositan su esperanza en el avance del sistema de justicia global y la erosión del sistema post-wesfaliano de soberanía de los Estados cuando se trata de cuestiones relacionadas con la protección y garantía de los Derechos Humanos. Así, lo que hace unos años se consideraba una cuestión que dependía fundamentalmente de la discreción de los Estados, se ha convertido en un

-
- 1 Sería representativo de este tipo de preocupaciones la agenda de la conferencia patrocinada por el *Aspen Institut* en 1988, *State Crimes: Punishment or Pardon* que, según su organizadora, A. H. HENKIN, tenía como objetivo “discutir los asuntos morales, políticos y jurisprudenciales que surgen cuando un gobierno ha participado en graves violaciones de derechos humanos, es sucedido por un régimen más inclinado a respetar dichos derechos” (Queenstown, Aspen Institute, 1989, p. 1). La bibliografía sobre esta cuestión es, en cualquier caso, muy extensa. En relación al papel del derecho internacional sobre la obligación de perseguir este tipo de crímenes pueden verse, en general, D. F. ORENTLICHER. “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *The Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, pp. 2537-2615; C. EDELENBOSC. “Human Rights Violations. A Duty to Prosecute?”, *Leiden Journal of International Law*, 1994, vol. 7, Iss. 2, pp. 5-22 y el conjunto de artículos publicados en el volumen especial dirigido por M. C. BASSIOUNI. “Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, Iss. 4.
 - 2 Casi todos los textos que tratan el tema de la responsabilidad jurídica por los abusos de derechos humanos en procesos de transición democrática tocan esta problemática. Puede verse un planteamiento del problema en A. NEIER. “What Should be Done about the Guilt?”, *The New York Review of Books*, 1990, vol. 37, pp. 32-35; J. BENOMAR. “Confronting the Past. Justice after Transitions”, *Journal of Democracy*, 1993, vol. 4, pp. 3-14; L. HUYSE. “A Devil’s Choice: Dilemmas of Backward-Looking Justice”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, vol. 2, pp. 120-40, y J. DUGARD. “Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?”, *The Third Manfred Lachs Memorial Lecture*, 1999.
 - 3 P. DE GREIFF. “Contributing to Peace and Justice – Finding a Balance Between DDR and Reparations”, en *Building a Future on Peace and Justice International Conference*, Nüremberg, 25-27 de junio de 2007, p. 1.

tema de relevancia internacional, de tal manera que habría dejado de estar en manos de los primeros decidir qué hacer con los perpetradores de abusos de Derechos Humanos al mismo tiempo que se habría avanzado hacia la constitución de un *ethos* internacional, más o menos compartido, sobre cómo actuar en estos casos⁴.

Ahora bien, este desarrollo del ámbito penal internacional no ha estado exento de problemas ni ha sido ajeno a toda una diversidad de críticas que se han venido levantando desde los flancos más variados. Así, a los recelos tradicionales contra cualquier concepción normativa de la relaciones internacionales expresados por los defensores de la *realpolitik* se han añadido, más recientemente, los de aquellos que se muestran escépticos ante la relación que se establece entre los ámbitos internacional y nacional en relación a la justicia penal y los límites del primero para intervenir adecuadamente en los márgenes del segundo. Las presiones internacionales a favor de la justicia penal suscitan problemáticas de índole diversa, tanto en lo que a su aplicación procedimental se refiere, como a su relación con otros programas y la correspondiente competición por los recursos materiales, y, finalmente, aquellas que derivan de la autoridad de los procesos internacionales, importantes no sólo en la medida en que se habla de injerencia en los asuntos internos de cada Estado, sino también en términos de eficacia.

Si bien todas estas críticas, algunas de naturaleza exclusivamente práctica, deben ser evaluadas en su justa medida, es posible identificar una preocupación compartida que vuelve a poner en la palestra, desde una óptica novedosa, un viejo problema que ya preocupaba a finales de los ochenta a autores como ZALAUQUETT y NINO cuando se preguntaban por el papel que debía tener el Derecho internacional a la hora de delimitar el ámbito de acción de una joven democracia en las situaciones de posconflicto⁵. Más allá de las posturas escépticas

4 Precisamente bajo el marco de la ONU han venido elaborándose una serie de documentos que delimitan con bastante precisión estos parámetros. Así, por ejemplo, Organización de Naciones Unidas. Informe del Secretario General. “El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, Doc. ONU S/2004/616; Organización de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2005. “El conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad”, Doc ONU. E/CN.4/2005/102/Add.1, y, finalmente, Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 60/147, del 21 de marzo de 2006. “Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Doc. ONU A/RES/60/147.

5 Del primero, cfr. J. ZALAUQUETT. “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, en A. H. HENKIN. *State Crimes*, cit., pp. 23-69, y del segundo, C. S. NINO. “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context. The Case of Argentina”, *The Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, pp. 2619-40.

o realistas, este tipo de planteamientos esconden recelos más sutiles que, lejos de poner duda el valor normativo del discurso internacional de protección de los Derechos Humanos, se muestran preocupados por la relación que se establece entre el contexto legal internacional y los procesos de democratización nacionales, abogando por formas alternativas de entender la interacción entre ambos y resaltando el margen de actuación que debería tener una democracia sobre las decisiones que afectan a su propio futuro. Si bien la pregunta última que se esconde detrás de este debate tiene que ver directamente con la autoridad (normativa y fáctica) que cabe atribuir al sistema internacional de derecho y su relación con la autoridad de los regímenes democráticos, es posible abordar el problema de manera preliminar analizando los presupuestos de corte consecuencialista que se encuentran detrás de la justificación del castigo imperante en el contexto internacional. Aquí me gustaría argumentar que, abandonando dichos presupuestos y adoptando una versión expresivista de la justificación del castigo a nivel internacional, es posible resolver algunos de estos problemas.

El presente trabajo está organizado en cuatro apartados. En el primero se introducirá, de manera esquemática, el desarrollo del marco normativo internacional en relación con el individuo a partir de la gestación de la doctrina internacional de los Derechos Humanos y de la responsabilidad penal internacional, así como su relación con las situaciones de posconflicto o postautoritarismo. En el segundo apartado se recogerán en líneas generales los rasgos que caracterizan a la versión disuasoria del castigo en el contexto internacional, para mostrar, en el tercer apartado, algunas de los problemas que dicha trama de justificación plantea. Finalmente, un cuarto y último apartado propondrá, de manera aún tentativa, una forma alternativa de justificación del castigo en el contexto internacional a partir de una concepción expresivista del mismo y tratará de esbozar cuáles son las consecuencias más importantes que de la misma se siguen.

I. EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS SITUACIONES DE JUSTICIA TRANSICIONAL

El Derecho Internacional es un complejo entramado de normas jurídicas producido en el seno de la Comunidad Internacional que regula el comportamiento de los Estados en relación con una gran diversidad de materias que afectan a los intereses compartidos o enfrentados de éstos y cuyo último objetivo sería mantener y garantizar el orden mundial. Si antes de 1945 el individuo no existía como sujeto de derechos en el sistema internacional de derecho y, por tanto, las normas sólo funcionaban a nivel interestatal, la situación cambia tras el final de la Segunda Guerra Mundial. Es a partir de este momento, y podemos decir en

parte también como resultado del horror que supuso la experiencia de la guerra, que se introducen en el panorama legal internacional un conjunto de estándares normativos que afectan directamente a los individuos a través de dos procesos diferentes.

Por una parte, la promulgación de la *Carta de las Naciones Unidas* mediante la cual, por primera vez, se reconocen en el contexto internacional los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, marca el inicio del desarrollo del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, según el cual el sujeto amparado por la norma pasa a ser la persona individualmente considerada y, por tanto, los Estados a tener la obligación de cumplir el Derecho también en relación con ella. La responsabilidad del Estado entra en juego en tanto que éste tiene la obligación de respetar y asegurar el cumplimiento de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos sobre la base de los tratados de Derechos Humanos internacionales o el Derecho internacional consuetudinario, especialmente en relación con las normas con carácter perentorio⁶.

Pero además, por otra parte, el fin de la Segunda Guerra Mundial inaugura un capítulo en la historia del Derecho internacional, significativamente a partir de los juicios de Núremberg, cuando el sujeto pasa también a ser depositario de responsabilidad penal internacional. Este tipo de responsabilidad supone que hay una serie de crímenes que se consideran internacionales, prohibidos por el Derecho internacional, y que, en consecuencia, pueden ser juzgados internacionalmente, o bien por un tribunal internacional que tenga jurisdicción sobre los mismos de manera permanente o *ad hoc*, o bien por un tribunal nacional de otro Estado que se arrogue en ejercicio de la jurisdicción internacional. De esta forma, el Derecho penal internacional se convierte en un mecanismo que permite la intervención internacional en los asuntos internos de los Estados cuando se trata de una serie de crímenes, los llamados crímenes internacionales que, históricamente conformados por constituir crímenes aberrantes, condicionan el margen de discreción que tienen los Estados a la hora de hacer frente al legado de los abusos cometidos en el pasado y prohíben el uso de amnistías, indultos y otro tipo de mecanismos políticos que tradicionalmente se habrían empleado en los procesos de resolución de conflictos. Este avance del marco normativo internacional establece así una situación novedosa que se vuelve clave para el desarrollo de las situaciones de posconflicto o postautoritarismo, en la medida

6 T. VAN BOVEN. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe final, presentado en el ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión sobre la prevención de la discriminación y protección de las minorías, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8, p. 16.

en que impone una serie de directrices sobre la forma de proceder con los perpetradores de abusos de Derechos Humanos de la época anterior en los procesos transición democrática, los cuales habrían estado tradicionalmente movidos por las retóricas de reconciliación, acompañadas de amnistías generales, indultos y otras formas de exoneración de culpas.

Ahora bien, por otra parte, es importante tener en cuenta que las situaciones transicionales presentan una serie de rasgos excepcionales que dificultan una interpretación tradicional del Derecho y que, además, nos advierten, a la hora de pensar en la aplicación de la justicia penal, de lo difícil que resulta hacer transferencias automáticas desde un domino de justificación ordinario a otro que podríamos denominar *extraordinario*. Como han puesto de relieve muchos autores, todos los sistemas legales trabajan sobre el supuesto de que el comportamiento que rompe las normas y causan un perjuicio a las víctimas es más o menos excepcional⁷. Es decir, presuponen que hay, en primer lugar, un cumplimiento generalizado de las normas. Por ello, un sistema de justicia penal puede ser viable y eficaz en momentos normales en los que se respeten de manera generalizada los presupuestos del Estado de derecho. Sin embargo, esta comprensión ordinaria de la justicia penal no parece poder proporcionar el marco jurídico ideal para resolver problemas de naturaleza colectiva y de gran magnitud. Las situaciones de transición democrática suelen estar caracterizadas por la necesidad de hacer frente a un legado de violaciones masivas y sistemáticas de Derechos Humanos. Hablamos de momentos en los que las estructuras estatales suelen estar seriamente erosionadas, haciendo costoso, muchas veces, el cumplimiento de la justicia por motivos simplemente físicos. Además, suelen ser momentos en los que hay cierta urgencia de tomar decisiones y los recursos materiales son limitados, de manera que las distintas políticas que puedan llevarse a cabo compiten muchas veces directamente entre sí. Por si esto no fuera poco, los episodios de abusos de Derechos Humanos en manos de las fuerzas estatales, suelen dejar detrás de sí un número muy elevado de perpetradores (y, por ende, de víctimas); procesar de manera justa a todos y cada uno de esos perpetradores puede suponer el colapso del sistema penal de un país. Y, finalmente, tampoco debemos olvidar que estamos hablando de sociedades que se encuentran fuertemente escindidas por motivos políticos en las que no hay una visión compartida del bien común, ni una lectura unánime del pasado. Y esto

7 Cfr. JO. M. PASQUALUCCI. "Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: a Critical Assessment of Current Practice and Procedure", *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, 1996, pp. 1-58, y P. DE GREIFF. "Justice and Reparations", en id. *The Handbook of Reparations*, New York, Oxford University Press, 2006, pp. 451-477.

no sólo es importante en términos prácticos, sino también normativos en la medida en que un proceso de transición democrática reconoce la importancia de lograr una serie de metas que se consideran, además, legítimas y que, sin embargo, establecen entre ellas una relación compleja, cuando no problemática: la necesidad de superar las divisiones sociales (reconciliación), la necesidad de reconstruir el Estado de derecho y el sistema democrático (democracia), y la importancia prevenir la recurrencia de este tipo de violaciones o garantizar la paz futura (paz).

En esta situación la pregunta sobre la justificación o finalidad del castigo se vuelve relevante en un contexto novedoso; es decir, ya no sólo se trata de esgrimir una justificación plausible sobre por qué debemos castigar a los responsables de abusos de Derechos Humanos, sino que tal justificación se aplica a un dominio de funcionamiento diferente al habitual que es, como ha señalado Pablo de Greiff, *muy imperfecto*⁸. Así pues el reto sobre la propiedad de castigar a los responsables de abusos de Derechos Humanos no sólo refleja una tensión entre la teoría y la práctica, por otra parte habitual en los asuntos políticos y morales, que nos alerta de la necesidad de ejercer el juicio prudencial en cada situación particular, sino que también pone en evidencia que la posibilidad de poner en práctica ciertos mecanismos afecta a la forma de entender teoría misma y exige, por tanto, que seamos capaces de pensarlas de forma conjunta. De esta manera, si bien sería inadecuado supeditar la relevancia de los principios normativos a cuestiones meramente prácticas, la complejidad que deben enfrentar estas situaciones, y precisamente en la medida en que nos preocupan las consideraciones de justicia, si que nos llama a ejercer cierta dosis de prudencia o cautela. Se trata pues de reconocer que hay una diferencia entre lo que podría contar como una justificación ordinaria del castigo y lo que podríamos denominar la justificación del castigo en situaciones excepcionales en las que la propiedad de poner en marcha juicios penales no sólo depende de la teoría del castigo en general que utilicemos, sino que también debe tener en cuenta las circunstancias particulares y concretas siendo capaz, por tanto, de dar cuenta de la finalidad del castigo en las mismas pero, al mismo tiempo, también de sus limitaciones. Es decir, no sólo se trata de saber por qué castigamos, sino también de entender por qué castigamos a los perpetradores de abusos de Derechos Humanos en situaciones de posconflicto y postautoritarismo.

8 P. DE GREIFF. "International Courts and Transitions to Democracy", *Public Affairs Quarterly*, 1998, vol. 12, Iss. 1, pp. 79-99.

Pero, además, en la medida en que introducimos el marco de lo particular en nuestro marco de reflexión general dos consideraciones adicionales se vuelven importantes a la hora de pensar la justicia internacional: primero, debemos tener cuidado con distinguir el dominio de justificación internacional y el nacional cuando hablamos de justicia penal, siendo también cuidadosos de no trasladar de manera automática y acrítica el funcionamiento de la justicia de uno a otro; y, segundo, es importante también pensar la relación que se establece entre los dos marcos en ambas direcciones, es decir, ya no trata sólo de plantear el problema del castigo desde la perspectiva internacional, sino también, desde la perspectiva nacional. Desde esta segunda óptica la pregunta no es ya qué debe hacer una democracia para cumplir las directrices establecidas por el Derecho internacional, sino más bien, de qué manera puede el Derecho internacional contribuir de manera más satisfactoria al establecimiento de una democracia en ciernes.

II. LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Como decíamos más arriba, si bien es cierto que hay antecedentes históricos en la responsabilización penal individual⁹, el enjuiciamiento de personas por crímenes de Derecho internacional es algo relativamente novedoso. El sistema penal internacional vigente tiene un claro antecedente en el desenlace y las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, que no sólo se plasmó en la celebración de los juicios de Núremberg, en los que los altos mandatarios del nazismo fueron juzgados por emprender una *guerra de agresión*, sino que, precisamente, marca la creación de la ONU como un sistema de organización internacional entre Estados con el objetivo principal de mantener la paz y la seguridad mundiales. Así, podríamos decir que la creación de la ONU coincide en el tiempo con la cristalización de una suerte de noción de justicia global que vinculaba los objetivos de la paz y la seguridad mundiales con el principio de humanidad, tal y como emergió en el seno de la comunidad internacional en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia de la toma de conciencia colectiva de que los horrores que en ella fueron cometidos no debían volver a repetirse nunca en ningún lugar del mundo.

9 Cfr., por ejemplo, J. CHINCHÓN. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid, Ediciones Parthenon, 2007, pp. 71-88; también se puede cfr. H. BALL. *Prosecuting War Crimes and Genocide. The Twentieth-Century Experience*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999.

A partir de aquel momento se empieza hablar de crímenes contra la humanidad entendidos como aquellos que representan conductas que, por su naturaleza misma y por su gravedad, ofenden a la humanidad en su conjunto. Pero, además, estos crímenes, y precisamente en la medida en que ofenden a la humanidad en su conjunto, pueden ser juzgados por un tribunal internacional. Así, como dice DIANE ORENTLICHER, *el principio de universalidad* en el que se basaba la aserción de jurisdicción de los aliados sobre los criminales de guerra nazis, inauguraba una rama del Derecho internacional que reconocía y protegía los Derechos Humanos¹⁰.

Ahora bien en la doctrina internacional este principio de universalidad va mas allá de establecer la jurisdicción internacional sobre una serie de crímenes que se consideran intereses fundamentales de la comunidad mundial, dado que, además, como argumenta JAVIER CHINCHÓN, los valores que protegen deben tener prioridad sobre cualquier otro interés o exigencia nacional.

De este modo la trascendencia internacional de ciertos crímenes encuentra una justificación clara que aboga porque la responsabilidad de los autores de tales crímenes supere los ámbitos estatales y se sitúe en la esfera internacional. Será entonces dentro de la misma donde hay que terminar cuándo y de qué forma esos crímenes deben ser perseguidos y sancionados¹¹.

Este argumento nos advierte que cierto tipo de violaciones o crímenes, por sus propias características (*principio de humanidad*), son objeto de preocupación internacional (*principio de universalidad*). Sin embargo, y aún admitiendo la fuerza moral de este razonamiento, todavía quedan algunas preguntas abiertas que este planteamiento debe responder. En primer lugar, podemos suponer que lo que hace que ciertos crímenes sean considerados de trascendencia universal es algo que necesita algún tipo de respuesta. Si bien una contestación inmediata estaría en la existencia del consenso internacional que tipifica ciertas conductas como crímenes, es evidente que, en el momento que hablamos de autoridad de la ley, el simple consenso no aporta una respuesta completamente satisfactoria. Así, y sin entrar en la cuestión de qué significa ese consenso internacional, merece la pena notar que la inmoralidad de ciertas conductas no parece ser suficiente para que se consideren de trascendencia internacional; de hecho, existen un sinnúmero de conductas inmorales que, en el sistema internacional actual, se consideran sólo incumbencia de los Estados. Sería completamente razonable

10 D. F. ORENTLICHER. "Settling Accounts", cit., p. 2557.

11 J. CHINCHÓN. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, cit., p. 160.

pues que nos preguntáramos qué conductas, y por qué éstas y no otras, son consideradas bienes jurídicos de incumbencia internacional. Pero, además, y en segundo lugar, precisamente en la medida en que no toda conducta inmoral en el interior de un Estado justifica la intervención de terceros Estados, también es necesario responder por el funcionamiento del principio de universalidad, máxime en la medida en que parece establecer una prioridad sobre la soberanía de los Estados, avalando el ejercicio de la jurisdicción internacional.

En resumidas cuentas, aunque fuera posible determinar un criterio de selección que vaya más allá del mero consenso histórico y que también sea éste el que confiera autoridad para juzgar ciertos delitos, es importante que notemos que los principios de universalidad y humanidad por sí solos no constituyen un argumento a favor de la justicia penal o del castigo, sino que nada más establecen el dominio de trascendencia de la ofensa en cuestión. Sin embargo, la doctrina penal internacional no sólo tipifica una serie de conductas como crímenes internacionales, sino que también establece cómo deben ser tratados, es decir, impone la necesidad de castigo. O mejor, pensando ahora en el caso que nos ocupa, el Derecho penal internacional establece qué debe hacer en un período de transición política una joven democracia en relación con los abusos de Derechos Humanos cometidos en el pasado. Aquí aparece un nuevo reto de justificación, ya que no sólo se trata de determinar por qué cierto tipo de crímenes tienen una trascendencia internacional o quién tiene autoridad para juzgarlos, sino también por qué el castigo es la mejor respuesta a los mismos y, por tanto, se hace necesaria la elaboración de una teoría del castigo. Pero, además, si recordamos ahora lo que decíamos más arriba sobre la excepcionalidad de las situaciones de transición democrática, parece razonable, y en la medida en que queramos saber cómo puede el Derecho internacional ayudar a esta joven democracia en ciernes a fomentar la causa de la justicia, que tal teoría pueda acomodar las dificultades específicas que se presentan en tales circunstancias.

Si bien la doctrina internacional dispone de diversas teorías a las que podría recurrir a la hora de justificar la pertinencia del castigo, hay dos ideas, estrechamente relacionadas además con el surgimiento histórico de la doctrina penal internacional, que cobran una relevancia especial a la hora de hacerlo: la impunidad y el mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales. Así, por ejemplo, en el preámbulo al Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia leemos que, “en la circunstancias particulares que reinan en la ex-Yugoslavia, la creación por el Consejo de Seguridad de un tribunal internacional, como medida *ad hoc*, y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario [...] contribuirían

a la restauración y el mantenimiento de la paz”¹². El Estatuto de la Corte Penal Internacional sostiene, igualmente, que los crímenes de Derecho internacional “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” y que están “[D]ecididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. Adoptando un argumento de corte consecuencialista, los textos legales establecen así un claro vínculo entre la justicia y la paz.

Efectivamente, estas ideas han sido recogidas y desarrolladas por los defensores de la justicia penal internacional. Así, por ejemplo, en un artículo ya clásico en la literatura de justicia transicional, DIANE ORENTLICHER trataba de argumentar, en medio del debate de los años 90 sobre el dilema entre la paz y la justicia, que el Derecho internacional contribuye a garantizar la supervivencia de las democracias frágiles en la medida en que su firme declaración saca ciertos crímenes atroces del contexto limitado de la política interna de un país y los ubica directamente dentro de un ámbito de preocupación internacional y conciencia de todas las personas civilizadas. Desde este punto de vista el eje central de la argumentación a favor de la sanción penal sería que ésta es la garantía más efectiva contra las violaciones futuras, en la medida en que el enjuiciamiento penal puede disuadir a los agresores potenciales e inocular a la sociedad en contra de las tentaciones futuras de colaborar con la violencia de Estado. La versión negativa de este argumento cobra más fuerza, y apuntala la validez de su versión positiva, en la medida en que resalta que si fallamos en castigar las violaciones de Derechos Humanos en el pasado estaríamos transmitiendo un mensaje de impunidad que pudiera llegar a constituir una amenaza a la paz y la seguridad de la humanidad. Así, ORENTLICHER concluye que “en la medida en que la lógica de la disuasión justifica el castigo de los crímenes de Estado, el objetivo subyacente está mejor servido si el Derecho internacional impide la posibilidad de la impunidad”¹³.

12 Consejo Seguridad ONU. *Resolución 827*, 25 de mayo 1993, UN Doc. S/RES/827, énfasis. Dicha afirmación se repite en el estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda: “Expresando una vez más su profunda preocupación por los informes que indican que se han cometido en Ruanda genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del derecho internacional humanitario. Habiendo determinado que esta situación sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Decidido a poner fin a esos crímenes y a tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los responsables. Convencido de que, en las circunstancias particulares de Ruanda, el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario permitiría alcanzar este objetivo y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y el mantenimiento de la paz”. Consejo Seguridad ONU. *Resolución 955*, 8 de noviembre de 1994, UN Doc. S/RES/955, énfasis.

13 D. F. ORENTLICHER. “Settling Accounts”, cit., p. 2545. Cfr. también N. ROHT ARRIAZA. “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, *California*

Ahora bien, tras reconocer en él una lógica consecuencialista basada en la disuasión como forma de garantizar la paz y proteger la seguridad de la humanidad, es importante notar que este argumento es sumamente complejo en la medida en que tiene un marco de justificación más amplio, temporal y territorialmente, que el que está centrado en un proceso de cambio político concreto, asentándose, en última instancia, sobre la creencia de la capacidad que tiene la ley internacional para hacer valer una serie de principios que representan ciertas normas universales. Esta realidad introduce otro elemento en nuestro análisis que no debe, en absoluto, ser pasado por alto, y que no será otro que resaltar lo lejos que está hoy en día el sistema internacional, a pesar de su fuerza moral, de ser un sistema de protección y garantía de derechos capaz de secundar de forma autoritativa, igualitaria y eficaz esos valores.

III. PROBLEMAS CON LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Como veíamos más arriba, la teoría empleada en el contexto internacional para justificar la propiedad del castigo vincula los principios de humanidad y universalidad con el mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales, arguyendo, precisamente, que éste es una herramienta capaz de prevenir nuevos crímenes; tanto es así, que sería posible justificar también la injerencia internacional en los asuntos internos de los Estados. Ahora bien, es evidente, que este argumento plantea una serie de problemas.

En primer lugar, y pensando en el tipo de crímenes que caracterizan a las sociedades democráticas, sería razonable que nos preguntáramos en qué medida el orden y la paz mundiales se ven amenazados por la conducta que un Estado determinado muestra hacia sus propios ciudadanos. Como supone CHARLES BEITZ no es difícil imaginar gobiernos que son opresivos internamente, pero cuya conducta internacional no es “agresiva y peligrosa”. Y lo que es aún más importante, el estatus normativo de los Derechos Humanos no depende del interés estratégico de la estabilidad internacional. Es decir, la razón por la cual las personas tienen derecho, por ejemplo, a no ser torturadas, no parece que dependa del hecho de que los regímenes que torturan son peligrosos para otros

Law Review, 1990, vol. 78, pp. 451-513; M. C. BASSIOUNI. “Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, pp. 1-28, y P. AKHAVAN. “Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?”, *American Journal of International Law*, 2001, vol. 95, pp. 7-31.

regímenes¹⁴. Una idea parecida encontramos en el trabajo de NINO, quien llama la atención sobre el hecho de que si fuera cierto que los juicios a los violadores de Derechos Humanos pudieran disuadir futuros golpes de Estado –aún siendo de forma indirecta una forma de prevenir violaciones masivas de Derechos Humanos– no estaría claro que esta lógica justificara el castigo en todos los escenarios posibles, entre otras cosas porque sería posible alcanzar los mismos objetivos criminalizando los actos de rebelión en lugar de hacerlo de manera indirecta criminalizando las conductas –las violaciones de Derechos Humanos– que normalmente son consecuencia de la rebelión¹⁵.

Pero, además, en segundo lugar, este argumento, debe hacer frente a otro problema suscitado por la estructura causal, y por ende empírica, que se establece entre la paz y la justicia, a partir de la idea de que esta segunda, en tanto que lucha contra la impunidad, promueve la paz futura. Ahora bien, antes de examinar esta cuestión resultaría oportuno trazar una diferencia entre dos conceptos de impunidad que, a menudo, no son claramente diferenciados en la literatura y que nos permiten distinguir dos escenarios diferentes que son relevantes a la hora de considerar el papel disuasorio del castigo. En primer lugar podríamos hablar de una suerte impunidad general o un clima de impunidad respecto a los abusos de Derechos Humanos en el contexto internacional y distinguirlo, en segundo lugar, de lo que se ha denominado, especialmente en relación con la experiencia de América Latina, *la cultura de la impunidad*, un concepto que refleja las consecuencias de las sociedades posconflicto, y que, a mi modo de ver, esconde un problema mucho más complejo en relación el funcionamiento general de las estructuras estatales, erosionando de forma generalizada el grado de confianza cívica en un país.

Pero empecemos analizando esa primera noción de impunidad más general. Si bien es cierto el efecto disuasorio del castigo no puede ser completamente descartado cuando tratamos de evaluar la importancia de la justicia penal como respuesta a los actos de violación de los Derechos Humanos, a la hora de la verdad, no se trata de la mejor forma de justificar la propiedad de la justicia penal en los procesos transicionales. Y es que la pregunta de si el castigo puede ser una forma eficiente de prevención, es, a fin de cuentas, una pregunta de carácter contingente. Considerar el efecto que tanto el castigo como la impunidad puedan tener sobre el futuro es fruto, solamente, de una suposición probable. No

14 C. BEITZ. "Rawls' Law of Peoples", *Ethics*, 2000, vol. 110, pp. 669-696, p. 685.

15 C. S. NINO. *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 145.

existe manera de predecir el comportamiento futuro de los actores implicados¹⁶. Si la evidencia empírica sobre la efectividad de la disuasión en los sistemas de justicia penal nacionales es poco concluyente, es aún más difícil demostrar ese impacto en el contexto de las violaciones masivas de Derechos Humanos. Según AUCKERMAN, existe un debate dentro de algunos círculos académicos, sobre si los crímenes y los criminales que están tras las violaciones masivas de abusos de Derechos Humanos pueden ser de alguna forma disuadidos. Y es que, en este sentido, el cálculo de costes y beneficios que opera en un contexto de crimen ordinario, pasa a ocupar un lugar diferente tanto por el contexto como por la naturaleza y alcance de los crímenes¹⁷. El problema de esta teoría es que confía demasiado en un cálculo racional en el comportamiento de personas que están dispuestas a cometer actos irracionales. Pero además, en tales decisiones intervienen muchos otros componentes, aparte de la eventual posibilidad del castigo, que reflejan, sin lugar a dudas, una situación mucho más compleja de lo que la teoría está dispuesta admitir. Precisamente porque la teoría disuasoria se apoya en un cambio de actitud basado en un análisis de costes-beneficios, la posibilidad de disuadir actúa sobre unos supuestos de probabilidad, en el caso de actos como empezar una guerra o llevar a cabo un golpe de Estado, muy difuminada. Y es que la percepción que dichos líderes tienen de la posibilidad de que sean puestos en manos de la justicia en dicho momento es altamente remota¹⁸. Por otra parte, como dice JON ELSTER siguiendo esta misma lógica, aquellos dictadores que están en el poder tratarán de permanecer más tiempo en él aplicando incluso métodos más violentos para retenerlo, como sucedió en Uruguay ante los juicios en Argentina¹⁹.

Por otra parte, también es importante considerar a quién se quiere disuadir. Como sostiene MALAMUD-GOTI, mirando al caso argentino, el efecto disuasorio se atenúa entre el grueso de la comunidad militar, donde factores organizativos y temporales interferían con los efectos disuasorios del castigo, en tanto que el fuerte sentido de lealtad a los camaradas debilita el efecto del castigo a medida

16 J. MÉNDEZ. "In Defense of Transitional Justice", en J. McADAMS. *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1997, pp. 1-26, p. 3, y J. MÉNDEZ. "National Reconciliation, Transnational Justice, and the International Criminal Court", *Ethics and International Affairs*, 2001, vol. 15, Iss.1, pp. 25-44.

17 M. J. AUKERMAN. "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, 2002, vol. 15, pp. 40-97, p. 69. Cfr. también D. GRAY. "An Excuse-centered Approach to Transitional Justice", *Fordham Law Review*, 2006, vol. 74, pp. 2662-2680.

18 J. ELSTER. *Ulises y las Sirenas*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979.

19 J. ELSTER. *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 50.

que uno desciende por la escala militar²⁰. Pero, disuadir a los futuros dictadores o líderes represivos parece una empresa aún más difícil. Y es que hay que pensar que, en dichos contextos, un futuro dictador racional puede pensar que los beneficios de adquirir el poder exceden a los costes de no conseguirlo, cuando no sentirse justificado en la comisión de sus delitos no llegando a percibirlos como tales o, peor aún, en casos aún más extremos de fanatismo y egolatría –piénsese en un líder talibán o en un personaje como HITLER– incluso el futuro dictador puede no dar importancia a su destino personal en relación a la empresa que está llamado a acometer.

Consideremos ahora el segundo escenario, en el que la lucha contra la impunidad no se refiere ya a ese ámbito global más ambicioso, sino simplemente a los límites establecidos de un determinado país en el que se supone que la acción de la justicia internacional tendrá un grado considerable de impacto en el mantenimiento de la paz. El problema es que en estos casos, y a no ser que construyéramos un concepto de paz de carácter fundamentalmente normativo, sería tan factible argumentar esto como lo contrario. Es decir, que sería posible sostener que, en un conjunto de circunstancias dado, el objetivo de la prevención se logra mejor a partir de una política de perdón y olvido²¹. De hecho, este es precisamente el argumento que utilizan a menudo los abogados de la *realpolitik* para defender las amnistías.

Pero, además, otra cosa que llama la atención en este argumento es la confianza que deposita en la capacidad que tiene el castigo para reformar las estructuras internas de un país en un momento de posconflicto; y esto de dos maneras: primero, simplificando la complejidad de la situación real en la que opera el castigo en las sociedades transicionales; y, segundo, otorgándole a éste más funciones de las que en realidad tiene. La estabilidad y el buen funcionamiento de una democracia están vinculados con toda una serie de factores complejos relacionados con el Derecho penal que va más allá del mantenimiento de un Estado policial. Ningún teórico del castigo ha argumentado hasta la fecha que éste pueda poner fin a la cultura de la impunidad en sociedades sin ley, y es que, de hecho, resulta complicado pensar que tal deba ser su cometido. El castigo sólo es el eslabón final de una cadena muy compleja, siendo la prueba última, podríamos decir, de que el sistema funciona. Pero, también hay que notar que, el hecho de que el sistema funcione no exige por sí solo que la forma de tratar los crímenes en

20 J. MALAMUD-GOTL. "Dignity, Vengeance, and Fostering Democracy", *The University of Miami Inter-American Law Review*, 1998, vol. 29, pp. 417-50, p. 424.

21 J. MÉNDEZ. "National Reconciliation, Transnational Justice, and the International Criminal Court", cit., p. 31.

una sociedad sea a través del castigo, ya que sería posible imaginar un sistema democrático que funcionara perfectamente con un modelo que tratara con la criminalidad social a partir de un sistema de corte restaurativo.

Ahora bien, por otra parte, también es cierto que esta objeción no debería ser en exceso sólida ya que el hecho de que la justicia penal no pueda probar su eficacia a la hora de poner fin a la cultura de la impunidad, no invalida el valor que ésta pueda tener a la hora de hacer responsables a los perpetradores de abusos de Derechos Humanos. Sin embargo, el problema es que tal y como está planteado el argumento consecuencialista precisamente la fuerza normativa del castigo descansa sobre su eficacia, haciendo al mismo tiempo una delicada extrapolación desde el dominio de justificación internacional al nacional que hace más complejos los problemas de autoridad de la propia ley, que se construye, además, como algo externo a cada contexto nacional dado. Y es aquí donde el general establece una compleja relación con el particular, en la medida en que el primero se impone desde fuera, olvidando de paso, lo que cada situación tiene de único y especial en sus características. En este sentido, el problema ya no reside exclusivamente en la tensiones que las presiones internacionales puedan generar en un proceso de democratización concreto, sino también en el hecho de que, simplemente, hay veces en las que ciertos mecanismos, más aún si son impuestos desde fuera, no funcionan como pudiera esperarse y, por tanto, pueden tener nulas o nefastas consecuencias para el país en el que se implementan, convirtiéndose al mismo tiempo en puros formalismos vacíos de contenido que acaban, además, por socavar el valor que como medidas de justicia pudieran tener. Y esto, sobre todo, si tenemos en cuenta que iniciar un proceso cuando no se dispone de medios adecuados para llevarlo a buen término puede ser pernicioso, no sólo porque genera expectativas que no se verán cumplidas sino porque, una vez perdida la oportunidad del momento, reabrir el proceso o iniciar otro nuevo será aún más difícil durante un período razonable de tiempo.

Ejemplos de esto no faltan; entre ellos estarían las comisiones de la verdad de Guatemala y el Salvador. En este último caso, precisamente el hecho de que la comisión fuera internacional, fue usado por el gobierno de la nación una semana después de la publicación del informe para declarar una amnistía general por abusos de Derechos Humanos. Este acto, no sólo sería contrario a la obligación de perseguir cierto tipo de crímenes sino que, al mismo tiempo, restaba credibilidad al propio trabajo de la comisión y, por ende, a la importancia o papel que pueden jugar este tipo de mecanismos en el futuro. También podemos pensar en la incapacidad que han demostrado los tribunales de Yugoslavia y Ruanda de involucrar a la población en el proceso de adscripción de responsabilidad

a los genocidas²². En Yugoslavia, a veces, incluso la población ha manifestado más apoyo hacia los mismos, como reacción a lo que sería una percepción de *intrusismo* extranjero²³.

IV. DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA TEORÍA 'EXPRESIVISTA' DEL CASTIGO

Si recordamos todo lo dicho hasta ahora, la doctrina penal internacional combina los principios de humanidad y universalidad con una teoría consecuencialista de la justificación del castigo que incide no sólo en la fuerza de la disuasión sino que, en la medida en que éste apoya sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales, tiene problemas para acomodar la relación entre el particular y el universal que, además, se vuelven más complejos cuando se ponen de relieve la cuestión de la autoridad y la eficacia de la ley internacional en el ámbito nacional. Esta justificación se hace débil ante la crítica empírica y al serlo pone también en evidencia el valor del fin que persigue haciéndolo más susceptible de ser visto como una imposición externa. La fuerza de este argumento, apelando al mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales, acaba por convertirse en su debilidad desde el momento en que falla²⁴.

Sin embargo, existe otra forma de entender la dimensión internacional del Derecho penal que, perdiendo fuerza en relación con sus aspiraciones, no la pierde, sin embargo, en términos del valor de sus normas, ni debilita el compromiso que debería tener la comunidad internacional en su mantenimiento,

22 Cfr. a este respecto los trabajos de J. E. ÁLVAREZ. "Crimes of State/Crimes of Hate", *Yale Journal of International Law*, 1999, vol. 24, pp. 365-392, y E. STOVER y H. M. WEINSTEIN (eds.). *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

23 J. SNYDER y L. VINJAMURI. "Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice". *International Security*, 2003, vol. 28, pp. 5-44, p. 21. Es importante notar que, entre otras cosas, precisamente la constitución de tribunales híbridos tras las experiencias de Ruanda y Yugoslavia que tenían prioridad jurisdiccional, ha sido un intento de respuesta a muchos de estos problemas.

24 Resulta evidente que sería plausible argumentar, entonces, a favor de una teoría retributivista del castigo. Ésta es probablemente la senda que, de hecho, se ha tomado en el derecho internacional durante los últimos años en el momento en que se ha defendido la importancia del castigo apelando al reconocimiento que merecen de las víctimas. Siendo éste un tema especialmente delicado, e independiente de los problemas que tiene toda teoría retributiva del castigo, creo que hay buenas razones para desvincular el reconocimiento de las víctimas de cualquier versión de la justificación del castigo que manejemos. Tratar el tema con la propiedad que merece excede los propósitos del presente trabajo. Este problema lo he tratado con más detalle en C. RAMÍREZ BARAT. *La justicia en el tiempo. Una aproximación al concepto de justicia en los procesos de transición la democracia*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2007, pp. 182-192.

logrando, al mismo tiempo, ser más sensible a las circunstancias particulares y construyendo una lectura diferente del *principio de universalidad*. Si bien aquí no hay espacio suficiente para desarrollar estas ideas con propiedad, si que resulta necesario avanzar algunos de los argumentos principales, que deberán, sin embargo, ser refinados en otro lugar.

Así, a la hora de evaluar la pertinencia del castigo internacionalmente sancionado podríamos echar mano de otro tipo de teorías que, además, dan especial cuenta del contexto político y social en el que se desarrollan las prácticas punitivas, atendiendo a su carácter simbólico y expresivo, según las cuales: primero, el castigo constituye una forma de reprobación social de los abusos del pasado y, segundo, articula los valores morales que se encuentran bajo las leyes fomentando la cohesión social. Las teorías *expresivistas* entienden el castigo como la expresión de una condena, más que como un instrumento de disuasión o una forma de incapacitar a los perpetradores. Pero, además, piensan que esa expresión no sólo captura el significado del castigo, sino también, justifica, en sí misma, dicha práctica. Es J. FEINBERG quien introduce esta idea de una función expresiva para distinguir las meras sanciones del castigo dentro del marco de la justicia penal. Según él, “[E]l castigo es un mecanismo convencional para expresar actitudes de resentimiento e indignación y juicios de desaprobación y reprobación, tanto por parte de la autoridad que castiga misma, como de aquellos ‘en cuyo nombre’ el castigo es infligido. En pocas palabras, el castigo tiene una significación simbólica, de la que carecen en gran parte otro tipo de sanciones”²⁵. En el centro de la propuesta de FEINBERG estaría articulada la idea de que al tratar de elaborar una definición del castigo deben ser consideradas tanto la idea del “tratamiento duro” como la de la función reprobadora, aunque cada uno de estos aspectos dé lugar a diferentes tipos de preguntas sobre la justificación del castigo en tanto que práctica general. Pero lo específico de la propuesta de FEINBERG, frente a autores como HART, es que piensa que el acto de condena y las consecuencias desagradables esenciales de la respuesta punitiva no serían elementos separados, sino más bien que, precisamente, este tratamiento duro habría devenido el símbolo convencional con el que expresar nuestra condena de cierto tipo de actos²⁶.

25 J. FEINBERG. *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 98.

26 Esta brecha entre el castigo y la reprobación es algo que tratan de cerrar todos los teóricos expresivistas del castigo. Sin embargo, como ha mostrado P. DE GREIFF, hay buenas razones para sostener que se mantengan separados. Cfr. P. DE GREIFF. “Deliberative Democracy and Punishment”, *Buffalo Criminal Law Review*, 2002, vol. 5, n.º 2, pp. 373 a 403.

Ahora bien, es importante notar que propuesta de justificación del castigo, y aún asumiendo que éste responde a ciertos fines sociales, no depende estrictamente de las consecuencias del mismo, como veíamos, ocurría con la teoría disuasoria. Las teorías expresivistas otorgan un valor regulativo al castigo que reconoce que la eficacia y la validez de la ley dependen, como no podría ser de otra forma en un contexto legal, de su aplicación. El castigo es necesario por el valor que tiene para una sociedad la norma que prohíbe cierto tipo de actos. La justicia penal se convierte, desde esta perspectiva, en el mecanismo institucional más adecuado —aunque no en el único y sólo en la medida en que se dirige a la ofensa como trasgresión del marco público de convivencia— que existe en nuestra cultura legal para reforzar algunas normas morales, contribuyendo a la comprensión común de que cierto tipo de comportamiento está mal, que es, en definitiva, inaceptable. Y, en este sentido, la labor del castigo no consiste únicamente en reflejar ciertos valores morales, sino que, de manera importante, contribuye también a darles forma.

El orden mundial actual es resultado de un proceso histórico de convergencia sobre la validez de una serie de normas en el seno de la comunidad internacional. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo de la doctrina internacional de los Derechos Humanos y del Derecho penal internacional, marcan el establecimiento de un conjunto principios que regulan unos estándares normativos mínimos con los que evaluar la actuación de los distintos gobiernos de cara a sus ciudadanos y en tal medida establecen también ciertos límites a la doctrina de la soberanía nacional. Es importante subrayar tanto el origen histórico de este consenso como el significado del mismo y la estrecha relación que hay entre ambos; es decir, como, con la intención de proteger a los individuos más allá del marco nacional al que pertenecen, la comunidad internacional establece ciertos límites a la conducta de los Estados sobre sus ciudadanos. De esta manera, para que cierto tipo de conducta se considere un crimen de trascendencia internacional debe ser, frente a los crímenes ordinarios, un crimen, que se ha llamado, de Estado. La intuición que se esconde tras las conductas internacionalmente criminalizadas es que existen ciertos límites sobre las formas en las que los Estados pueden hacer uso de su autoridad y, lo que es más importante, asume que se trata una cuestión de preocupación y relevancia mundiales, que afecta al conjunto de la comunidad internacional y que, en consecuencia, no sólo cobra sentido, sino que también se hace necesaria una condena mundial de los responsables que refleje el valor que la comunidad internacional otorga a dichos límites. Se trata así de reforzar la creencia de que ciertos crímenes —los crímenes de Estado y en tanto que crímenes— son reprochables y que en nin-

gún caso puede justificarse el ejercicio abusivo del poder que viola los Derechos Humanos más fundamentales.

Desde esta perspectiva, y recuperando la intuición de las teorías expresivistas del castigo, es posible argumentar que el Derecho penal internacional es una forma que tiene la comunidad internacional de construir un discurso normativo que expresa la condena más fuerte posible de cierto tipo de conductas, una condena universal. Así, la importancia de internacionalizar la criminalización de ciertos actos se justifica por el valor que tiene para la propia comunidad internacional la norma que los prohíbe. Y es precisamente la existencia de un conjunto de estándares normativos lo que crea la comunidad internacional como entidad normativa, dibujando una dimensión expresiva del castigo que trasciende fronteras nacionales. De hecho, es posible imaginar la creación de la Corte Penal Internacional como la constitución de un foro capaz de conformar el tipo de universalidad en cuyo nombre se expresa esta condena.

Si bien el argumento expresivista pierde fuerza imperativa frente al de corte consecuencialista, descansando sobre presupuestos fundamentalmente normativos, sin embargo, es capaz de superar los problemas de rigidez que veíamos en el primero, avanzando una posible reinterpretación del principio de universalidad. Una teoría expresivista del castigo reconoce los límites de la justicia penal y esto no sólo ofrece un espacio más amplio para elaborar comprensiones más complejas de la justicia transicional (es decir, la importancia e interdependencia de las diversas medidas que la conforman) sino que, al dejar de lado el elemento disuasorio, la importancia del castigo no sólo puede explicarse con independencia de su eficacia, sino que, además, ya no es el marco internacional el que determina el dominio prioritario de justificación del castigo y por ende el estatus normativo de los Derechos Humanos se desvincula completamente del interés estratégico de la estabilidad internacional. Este movimiento, además, permite reconocer el propio interés de cada marco nacional concreto a la hora evaluar la adecuación de poner en marcha procesos penales, recuperando la centralidad de cada proceso de cambio y del bien que se quiere proteger, es decir, la creación de una democracia. Este cambio de perspectiva, y la centralidad del proceso de democratización como proceso normativo y fáctico, introduce en el debate sobre las cuestiones de justicia penal consideraciones sobre qué es lo que tiene más posibilidades de promover el desarrollo y afianzar las actitudes e instituciones democráticas. La pregunta que cabe hacerse pues desde el Derecho internacional, ya no es en abstracto qué se exige a cada país en materia de Derechos Humanos, sino, como decíamos más arriba, de qué manera puede el Derecho internacional ayudar y asistir a las jóvenes democracias en sus esfuerzos por hacer justicia con el pasado. Este cambio de perspectiva, enfatiza la dimensión particular de cada

caso y subraya la importancia de tener en cuenta la inexistencia de directrices rígidas que puedan adecuarse de igual manera a todo tipo de circunstancias. Se reconoce pues, como sostenía NINO, que

... el conocimiento necesario de las circunstancias fácticas de cada caso, y en la medida en que se busca encontrar soluciones justas y prudentes, excluye la actitud epistemológica elitista de intervención directa por parte de poderes externos, al mismo tiempo que permite la existencia del tipo de presiones que incitan a la gente a discutir y decidir por ellos mismos la mejor manera de proteger sus propios derechos²⁷.

Por otra parte, estas afirmaciones tampoco deben entenderse de forma que los principios de soberanía y autogobierno –y lo mismo podríamos decir de cierto tipo de particularidades culturales– puedan utilizarse de forma automática y acrítica como excusa para no emprender medidas de justicia penal favoreciendo la promulgación de amnistías generales en los procesos de transición a la democracia. En este sentido, es necesario subrayar la importancia de la existencia de un contexto internacional último que establezca, no sólo el tipo de condena que cierto tipo de crímenes merecen atendiendo a esa comprensión expresivista del castigo, sino también un marco referencia al que puedan recurrir los Estados a la hora de emprender procesos penales internos, solventar problemas como los de la retroactividad de las normas y solicitar asistencia.

Pero, además, la existencia de ese marco internacional también es importante en la medida en que permite argumentar, no ya sobre la existencia de una obligación de los Estados a enjuiciar a los responsables de abusos de Derechos Humanos en el pasado, sino a favor de un *derecho* de la comunidad internacional a procesar dentro de los foros internacionales, como la Corte Penal Internacional, cierto tipo de crímenes que, por sus propias características, tienen una relevancia internacional²⁸, al mismo tiempo que subraya la necesidad de que la comunidad internacional se comprometa de forma efectiva en la defensa de los valores que quiere proteger. De esta manera, el principio de universalidad deja de ser visto como un mecanismo de *prioridad jurisdiccional e intervención* y se

27 C. S. NINO. *Radical Evil on Trial*, cit., p. 189.

28 Para desarrollar con mayor precisión el estatus de este derecho sería necesario, como veíamos en la introducción de este capítulo, construir una interpretación de la autoridad de la ley en el contexto internacional que, además, pueda tener en cuenta el lapso que existe en la actualidad entre la dimensión moral y política de la comunidad internacional. Este desarrollo es fundamental a la hora de articular de forma completa una teoría expresivista del castigo, en la medida en que éste expresa precisamente los juicios morales de cierta comunidad; si bien no cuento aquí con el espacio para ampliar estas ideas y completar la panorámica que aquí se presenta, ellas deberán ser recogidas en otro lugar. De momento, a este respecto cfr. R. A. DUFF. *Criminal Responsibility, Municipal and International*, manuscrito, 2008.

convierte en uno de *asistencia* según el cual se establece un deber, no ya sobre los Estados, sino sobre la propia comunidad internacional que se ve comprometida en el cumplimiento de las normas que ella misma ha creado, tanto a través del respaldo material, financiero y técnico a un previamente creado sistema judicial interno *ad hoc* que dé preferencia al enjuiciamiento de los crímenes de Derecho internacional y las violaciones de Derechos Humanos del pasado; como mediante su colaboración en la creación de tribunales híbridos y mixtos²⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- AKHAVAN, P. "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?," *American Journal of International Law*, 2001, vol. 95.
- ÁLVAREZ, J. E. "Crimes of State/Crimes of Hate", *Yale Journal of International Law*, 1999, vol. 24.
- AUKERMAN, M. J. "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, 2002, vol. 15.
- BALL, H. *Prosecuting War Crimes and Genocide. The Twentieth-Century Experience*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999.
- BASSIOUNI, M. C. "Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability", *Law and Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, Iss. 4.
- BEITZ, C. "Rawls' Law of Peoples", *Ethics*, 2000, vol. 110.
- BENOMAR, J. "Confronting the Past. Justice after Transitions", *Journal of Democracy*, 1993, vol. 4.
- CHINCHÓN, J. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid, Ediciones Parthenon, 2007.
- Consejo Seguridad ONU. *Resolución 827*, 25 de mayo 1993, UN Doc. S/RES/827.
- Consejo Seguridad ONU. *Resolución 955*, 8 de noviembre de 1994, UN Doc. S/RES/955, énfasis.

29 Cfr. J. CHINCHÓN. *Derecho Internacional*, cit., p. 487.

- DE GREIFF, P. "International Courts and Transitions to Democracy", *Public Affairs Quarterly*, 1998, vol. 12, Iss. 1.
- DE GREIFF, P. "Deliberative Democracy and Punishment", *Buffalo Criminal Law Review*, 2002, vol. 5, n.º 2.
- DE GREIFF, P. "Justice and Reparations", en *id.* *The Handbook of Reparations*, New York, Oxford University Press, 2006.
- DE GREIFF, P. "Contributing to Peace and Justice – Finding a Balance Between DDR and Reparations", en *Building a Future on Peace and Justice International Conference*, Nürtemberg, 25-27 de junio de 2007.
- DUFF, R. A. *Criminal Responsibility, Municipal and International*, manuscrito, 2008.
- DUGARD, J. "Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?", *The Third Manfred Lachs Memorial Lecture*, 1999.
- EDELENBOSC, C. "Human Rights Violations. A Duty to Prosecute?", *Leiden Journal of International Law*, 1994, vol. 7, Iss. 2.
- ELSTER, J. *Ulises y las Sirenas*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- ELSTER, J. *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- FEINBERG, J. *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970.
- GRAY, D. "An Excuse-centered Approach to Transitional Justice", *Fordham Law Review*, 2006, vol. 74.
- HENKIN, A. H. (org.). *State Crimes: Punishment or Pardon*, Queenstown, Aspen Institute, 1989.
- HUYSE, L. "A Devil's Choice: Dilemmas of Backward-Looking Justice", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, vol. 2.
- MALAMUD-GOTI, J. "Dignity, Vengeance, and Fostering Democracy", *The University of Miami Interamerican Law Review*, 1998, vol. 29.
- MÉNDEZ, J. "In Defense of Transitional Justice", en J. McADAMS. *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1997.

- MÉNDEZ, J. "National Reconciliation, Transnational Justice, and the International Criminal Court", *Ethics and International Affairs*, 2001, vol. 15, Iss. 1.
- NEIER, A. "What Should be Done about the Guilt?", *The New York Review of Books*, 1990, vol. 37.
- NINO, C. S. "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context. The Case of Argentina", *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991.
- NINO, C. S. *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- ORENTLICHER, D. F. "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *The Yale Law Journal*, 1991, vol. 100.
- Organización de Naciones Unidas. Informe del Secretario General. "El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", Doc. ONU S/2004/616.
- Organización de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. "El conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad", Doc ONU. E/CN.4/2005/102/Add.1.
- Organización de Naciones Unidas. Resolución 60/147, del 21 de marzo de 2006. "Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", Doc. ONU A/RES/60/147.
- PASQUALUCCI, JO. M. "Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: a Critical Assessment of Current Practice and Procedure", *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, 1996.
- RAMÍREZ BARAT, C. *La justicia en el tiempo. Una aproximación al concepto de justicia en los procesos de transición la democracia*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2007.
- ROHT ARRIAZA, N. "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law", *California Law Review*, 1990, vol. 78.
- SNYDER, J. y L. VINJAMURI. "Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice". *International Security*, 2003, vol. 28.
- STOVER, E. y H. M. WEINSTEIN (eds.). *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

VAN BOVEN, T. “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, Informe final, presentado en el ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión sobre la prevención de la discriminación y protección de las minorías, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8, en p. 16.

ZALAQUETT, J. “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, en A. H. HENKIN (org.). *State Crimes: Punishment or Pardon*, Queenstown, Aspen Institute, 1989.

APÉNDICE A
LA INCIDENCIA DE LA ACADEMIA EN LA
REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS,
EN VIRTUD DE DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN POLÍTICA CRIMINAL

*Concepto técnico presentado a la Honorable
Corte Constitucional en virtud de la demanda de
inconstitucionalidad contra la Ley 30 de 1986,
artículo 20, literal a (parcial) y b*

Bogotá, 1.º de febrero de 2008

Señores
Magistrados de la Corte Constitucional
E. S. D.

Referencia: Concepto Técnico Ley 30 de 1986, Literal A, parcial, y B del artículo 20.
Actor: ENRIQUE ÁLVAREZ POSADA
Magistrado Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Expediente n.º D-7073

1. Resumen de la demanda:

El Sr. ENRIQUE ÁLVAREZ POSADA presentó una acción pública de inconstitucionalidad contra los literales a (parcial) y b del artículo 20 de la Ley 30 de 1986 por considerar que dichas normas violan los artículos 333 y 336 de la Constitución Política de Colombia.

Las normas impugnadas asignan al Ministerio de la Protección Social, a través del Fondo Rotatorio de Estupefacientes, la función de adquirir en el país las drogas que produzcan dependencia y los precursores utilizados en su fabricación y establecen que la importación y venta de dichas sustancias se hará exclusivamente a través del mismo Fondo.

El accionante considera, en primer lugar, que las disposiciones demandadas crean un monopolio del Estado sobre la importación, venta y adquisición de drogas y medicamentos que crean dependencia. Monopolio que no tiene origen ni en la Constitución ni en Tratados Internacionales ratificados por Colombia y que tampoco constituye un arbitrio rentístico; condiciones éstas fundamentales para la creación de un monopolio. Así mismo, considera el demandante que también se viola el derecho a la libre empresa y a la libre iniciativa privada cuando se impide a los particulares la importación producción y comercialización directa de dichas sustancias, ya que dichas operaciones, según la norma demandada, deberán realizarse a través del Fondo Rotatorio de Estupefacientes.

2. Fundamentos del concepto:

PRIMER CARGO: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 336 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En relación con el primer cargo, consideramos que: I. Los literales a (parcial) y b del artículo 20 de la Ley 30 de 1986 están muy lejos de establecer un monopolio del Estado sobre la importación, venta y distribución de drogas y medicamentos que producen dependencia; II. Se trata, en cambio, de una excepción a la prohibición general del tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por la que opta el legislador en desarrollo de su potestad punitiva. Prohibición y excepción éstas, dirigidas a tutelar los bienes jurídicos que el legislador ha considerado se pueden ver vulnerados con la libre comercialización y/o con la prohibición absoluta de acceder a las sustancias que producen dependencia y que pueden ser necesarias para tratamientos médicos.

I. ¿POR QUÉ LOS LITERALES A (PARCIAL) Y B DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 30 DE 1986 NO ESTABLECEN UN MONOPOLIO RENTÍSTICO?

Para empezar es menester entender cuál es la naturaleza de los monopolios rentísticos que el Estado está facultado para crear.

Desde antes de la Constitución de 1991 se reconoció dichos monopolios como instrumentos idóneos para la obtención de rentas públicas, destinadas a fines de interés público o social¹ como la salud o la educación. Recordemos la Sentencia n.º 53 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, del 25 de abril de 1991:

No obstante, el Constituyente de 1991 estimó conveniente consagrar el monopolio, al lado de los sistemas impositivos, *como fuente de ingresos del Estado*. El artículo 31 en tal dirección, atribuye exclusivamente a la ley la facultad de retirar de la órbita privada el ejercicio de actividades económicas cuya rentabilidad sea óptima para producir ingresos que, a título de ganancias, sean empleados en los gastos que demandan las gestiones del Poder Público.

1 “En otras palabras, con independencia de que en el texto constitucional de 1886 se aludiera o no al interés público o social, la noción de monopolio como arbitrio rentístico no era ni es separable de las finalidades de interés público y social, por cuanto las implica, dado que esas finalidades son las únicas capaces de justificar el sacrificio de derechos de contenido económico, tan caros al sector privado”: Corte Constitucional. Sentencia C-316-03, 24 de abril de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Así, la institución del monopolio, es una excepción al régimen político y la propiedad privada, la iniciativa particular y la libre empresa porque su aplicación supone la prohibición al particular de ejercer la actividad (comercio o industria) reservadas privilegiadamente al Estado *con el fin de obtener utilidades (rentas)*...

El monopolio es históricamente una institución, colocada al lado de los tributos, para que la gestión del Estado–empresario produzca ganancias y rentas destinadas a sufragar sus gastos; gestión amparada, por virtud de la ley, en la utilización exclusiva y excluyente del comercio o de la industria que se le ha asignado privilegiadamente² (cursiva fuera de texto).

No se ve cómo el legislador esté persiguiendo la obtención de recursos mediante la creación de una excepción a la regla general de prohibición de venta y adquisición de drogas que producen dependencia, es decir, permitiendo al Ministerio de la Protección Social su importación, venta y adquisición en el país, limitando, además, dicha autorización, a las necesidades sanitarias, médicas y científicas de las que habla la Ley 30 de 1986.

El monopolio rentístico:

... es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas *para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos* con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino *reservarse una fuente de recursos económicos* que le reporte su explotación. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-540 del 22 de mayo de 2001³ (cursiva fuera de texto).

Es esta la única razón que puede motivar al legislador para dar origen a un monopolio rentístico. Razón que no se debe confundir con la necesidad de permitir que ciertos bienes que pueden ocasionar perjuicios a la salud de las personas se comercialicen bajo la responsabilidad del Estado. De ahí que la expresión misma de la Constitución sea tan clara (art. 336): “Ningún monopolio podrá establecerse *sino como* arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley” (cursiva fuera de texto). El arbitrio rentístico o interés de percibir recursos es la finalidad que da origen a dichos monopolios; no se trata, entonces, de un requisito de validez de los mismos sino de la motivación misma que lo origina.

2 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia 53, expediente 2226, 25 de abril de 1991, M. P.: PABLO J. CÁCERES CORRALES.

3 Corte Constitucional. Sentencia C-316, 24 de abril de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Por estas razones consideramos que los literales a (parcial) y b del artículo 20 de la Ley 30 de 1986 no corresponden a la figura contemplada en el artículo 336 de la Constitución Política de Colombia y por lo tanto cualquier valoración acerca de la validez de un supuesto monopolio rentístico desconoce que la naturaleza del mismo es bien distinta de la regulación pretendida con la norma acusada.

II. ¿FRENTE A CUÁL CLASE DE REGULACIÓN NOS ENCONTRAMOS?

Consideramos, además, que las normas demandadas son constitucionales (no porque no constituyan monopolio de arbitrio rentístico) en razón de que la Ley 30 de 1986 no desarrolla ningún monopolio como arbitrio rentístico sino que implementa la potestad penal del Estado para la protección de intereses jurídicos de suma importancia⁴.

El Estatuto Nacional de Estupefacientes es una ley que señala un control especial, con relación a la importación, venta y adquisición de las drogas y medicamentos que producen dependencia, así como de las materias primas, en cabeza del Ministerio de la Protección Social⁵.

Esta exclusividad del Estado se explicaría por la importancia del derecho a la salud⁶ (y su conexidad con el derecho a la vida), a la seguridad pública y al orden público, económico y social. Colombia, como Estado social y democrático

4 Sin embargo el actual debate en torno a la legalización de las drogas ha expuesto argumentos a tener en cuenta. La política criminal represiva ha mostrado no ser la más efectiva contra el narcotráfico: altos costos humanos, políticos y económicos han demostrado su fracaso. La ilegalidad de las drogas genera situaciones de ilegalidad a su alrededor: se crean zonas grises donde fácilmente se vulneran los derechos de quienes allí se encuentran. La criminalización del narcotráfico genera criminalidad para asegurar sus dinámicas (tráfico de armas, lavado de dinero, entre otros); por parte de los traficantes, e igualmente, en la esfera de los consumidores, se presentan infracciones a la ley penal, como el hurto, para procurar el dinero necesario para la compra de las sustancias. La política criminal represiva en este escenario viene a crear más violencia de la que pretende evitar, destruyendo con ello la economía y seguridad de países enteros, y la vida no sólo de aquellas personas que se encuentran vulneradas por las redes de traficantes, sino de los propios consumidores o adictos.

5 De esta manera, y de acuerdo a la importancia que reviste el control de estos productos, el Ministerio de la Protección Social, en aras de la salud pública, ha sido autorizado por el Estatuto de Estupefacientes con el fin de fortalecer los sistemas de vigilancia y control. cfr. también la Resolución 00826 del 2003, emitida por el mismo Ministerio, que determina el sistema de control especial.

6 Si bien es cierto que la Constitución cuenta sólo con el artículo 49 consagrando la prestación del servicio de salud a cargo del Estado, también lo es que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen el derecho a la salud como un derecho fundamental. Es así que el artículo 93 de nuestra Constitución Política incorpora el conjunto de Tratados y Pactos internacionales suscritos por el Estado colombiano en lo que conocemos como “bloque de constitucionalidad”.

de derecho, tiene la obligación de adoptar medidas para la promoción y protección (Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993) de los derechos fundamentales.

Asimismo, y de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se obliga al Estado a la tipificación de delitos en aras de prevenir y reprimir conductas lesivas al orden social, y para garantizar el orden público, el bien común y el interés general⁷.

En consecuencia, y como complemento del artículo 20 de la Ley 30 de 1986, el legislador implementó legítimamente, por su capacidad de configuración normativa, diferentes medios para proteger el interés jurídico de la salud. Ese estatuto tipifica delitos (Capítulo V) y contravenciones (Capítulo VI) y el Código Penal en el Título XIII (“De los delitos contra la salud pública”) señala las afectaciones a la salud pública y penaliza el tráfico de estupefacientes y otras infracciones, de acuerdo a una política criminal (criminalización) desarrollada nacionalmente e internacionalmente.

En la misma ley es importante destacar otras políticas públicas fundamentales, tales como la de la prevención (Capítulo II. Campañas de prevención y programas educativos), el tratamiento y la rehabilitación (Capítulo VIII) como medidas cruciales para manejar esta problemática.

De manera que el Estado colombiano opta por la prohibición del tráfico y fabricación de drogas que produzcan dependencia (arts. 375 a 385 C.P.) por las razones ya expuestas, pero consagra una excepción a dicha regla general permitiendo “la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de estupefacientes, lo mismo que el cultivo de plantas de las cuales estos se produzcan”, para fines médicos y científicos (art. 3.º Ley 30 de 1986).

Vemos entonces cómo el legislador intenta proteger doblemente la salud pública, de un lado, prohibiendo el tráfico de las drogas que producen dependencia, y de otro, permitiendo su importación, adquisición y venta en el país, siempre que ello comporte beneficios para la salud. Pero es claro que si la finalidad es evitar que los ciudadanos accedan o comercien libremente sustancias que pueden provocar graves dependencias, afectar la seguridad pública y el orden económico y social, las excepciones que se hagan a dicha regla han de ser controladas por el Estado, precisamente para evitar que se afecten los bienes que se está pretendiendo tutelar.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-420 del 28 de mayo de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Consideramos entonces que la disposición contenida en los literales a (parcial) y b del artículo 20 de la Ley 30 de 1986, según la cual las importaciones, ventas y adquisiciones en el país de las mencionadas sustancias se deberán llevar a cabo exclusivamente a través del Fondo Rotatorio de Estupefacientes, es constitucional y concuerda con la prohibición del tráfico y fabricación de estupefacientes cuya constitucionalidad ya ha sido verificada por la Corte Constitucional⁸.

SEGUNDO CARGO: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El demandante considera que el artículo 20 de la Ley 30 de 1986 es violatorio del artículo 333 (“Libertad económica e iniciativa privada”).

Frente a esta petición de inconstitucionalidad resulta pertinente señalar que si bien el artículo 333 de la Constitución Política consagra que la actividad económica y la iniciativa privada son libres y que, para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley, no se puede efectuar una interpretación aislada de la norma sino que, por el contrario, ésta debe ser sistemática; así lo ha manifestado la Corte Constitucional al señalar específicamente respecto a este derecho:

... insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y que sus normas deben ser interpretadas de “manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas”, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (art. 1.º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (arts. 333, 334 y 335 CN) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina ha prohijado⁹ (cursiva y comillas fuera de texto).

El derecho a la libertad de empresa no es absoluto; el mismo artículo 333 que lo proclama, en su inciso final, señala textualmente que “la Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Dicho de otro modo, el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance frente a esas especiales condicio-

8 Corte Constitucional. Sentencias C-420 del 28 de mayo de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y C-221 del 5 de mayo de 1994, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-398, del 7 de septiembre de 1995, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

nes, pues la empresa como base de desarrollo, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional,

... tiene una función social que cumplir la que implica ciertas obligaciones [...] el Estado al regular su actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común¹⁰.

Siguiendo con una interpretación armónica de los preceptos se debe tener en cuenta, frente al derecho de libertad de empresa e iniciativa privada, lo dispuesto en el artículo 150 numeral 21 (“Funciones del Congreso”:

Art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes:

[...] 21. Expedir las leyes de intervención económica previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

Artículo que coincide con lo señalado por la norma consagrada en el 334 de la Constitución Política, el cual prescribe que

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá por mandato de la ley en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano... (cursiva fuera de texto).

Resulta claro, entonces, que es el Estado quien dirige la economía del país (art. 334) y le permite al legislador, dentro del ejercicio de sus funciones, expedir leyes de intervención económica (art. 150 num. 21 de la Carta).

Esta delimitación del derecho a la libertad económica y la iniciativa privada es una manifestación del *deber* del Estado de asegurar un orden público a sus asociados, es decir “las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad”¹¹, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia 524 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-476, del 25 de septiembre de 1997, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Así las cosas, si el artículo 20 de la Ley 30 de 1986 pretende que la importación y venta de drogas y medicamentos que producen dependencia se haga exclusivamente a través del Fondo Rotatorio de Estupefacientes del Ministerio de la Protección Social, y que la adquisición de dichos medicamentos y drogas se haga a través del mismo Fondo, es por que el Legislador no busca otra cosa que prevenir delitos y contravenciones (seguridad); prevenir los desórdenes en general, ya sea que se trate de lugares públicos o privados (tranquilidad); prevenir factores patológicos que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad física de los ciudadanos (salubridad); y prevenir manifestaciones externas de conductas que no se ajusten a los principios mínimos de respeto entre las personas y que en algunos casos se encuentren expresamente prohibidas (moralidad)¹².

El legislador entiende —por las consideraciones anteriores— que la afectación al derecho a la libertad económica en ningún caso es desproporcionado, ya que es una restricción legítima y justificada que encuentra su fundamento constitucional en “el Preámbulo de la Carta, haciendo referencia a los elementos estructurales del orden constitucional, se refiere a la vida, a la convivencia pacífica y a la paz como garantes de un orden político, económico y social justo. Este reconocimiento se reitera en los artículos 1.º, 2.º, 11, 15, 16, 22, 24, 28, 95-6-8 y 189-4 de la Carta Fundamental”, por el mantenimiento de un orden público.

El prohibir la importación, producción y comercialización de productos que generen dependencia a quien los consume es una medida que cumple con ese objetivo del Estado de mantener el orden público que, como se analizó, es legítimo. Medida que, por lo demás, resulta idónea para lograrlo, pues entiende el legislador que la tipificación de esta restricción es el medio menos oneroso frente a la libertad de empresa en busca de este específico propósito —orden público—; además, tal medida permite que el final destinatario de los medicamentos y drogas en cuestión pueda conseguirlos en el mercado con las restricciones pertinentes, sin generar riesgo alguno para la salud.

Ahora bien, para el legislador, el permitirle a la empresa privada la importación, producción y comercialización de estos productos (medicamentos y drogas que producen la necesidad repetida de consumirlos con las consecuencias que ello genera) y de sus precursores (acetona, cloroformo, éter etílico, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, amoníaco, permanganato de potasio, etc.), estos últimos, como es de público conocimiento, utilizados no sólo en la producción de medicamentos y drogas que producen dependencia, sino en el procesamiento de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, no es una decisión que busque prevenir el delito, los

12 Ídem.

desórdenes, los factores patológicos físicos o psicológicos o garantizar la moralidad social. Por el contrario, tal supuesto generaría un impacto social, económico y político, que afectaría el orden público y, con él, la política criminal implantada por el Estado que, entre otras conductas, tipifica como delito el suministro o formulación y aplicación de drogas que produzcan dependencia (art. 379 del C. P) y el tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (art. 382 del C.P). Es por ello, que la restricción del artículo 20 de Ley 30 de 1986 se hace necesaria en el ejercicio del Estado de cumplir con el deber legítimo consagrado constitucionalmente –orden público–.

El artículo en cita es restrictivo de la libertad de empresa, pero el beneficio social por tal restricción resulta ser mayor por cuanto, en el caso concreto, el peligro o afectación que por la importación, producción y comercialización de los citados productos se genere a la salubridad, tranquilidad, moralidad y seguridad desencadenaría la amenaza o violación no sólo del derecho a la salud, sino de varios derechos fundamentales como la vida, la salud, la paz, etc.¹³. En consecuencia, no se trata del riesgo a un sólo derecho fundamental, sino de la puesta en peligro de varios, todos ellos fundamentales, como lo es la libertad de empresa.

3. La Universidad Externado de Colombia considera exequibles los literales a (parcial) y b del artículo 20 de la Ley 30 de 1986 de acuerdo a las consideraciones anteriormente expuestas.

13 “Es lo que la doctrina constitucional ha denominado derecho fundamental por conexidad; es decir, cuando el desconocimiento de un derecho que no reviste las características de fundamental, se derive amenaza o violación de otro u otros derechos fundamentales”. Corte Constitucional. Sentencia SU- 476, 25 de septiembre de 1997.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN POLÍTICA CRIMINAL

*Concepto técnico presentado a la Honorable Corte
Constitucional en virtud de la demanda de inconstitucionalidad
contra la Ley 1257 de 2008, artículo 13, numeral 2 y
artículo 19, literales a (parcial) y c y el párrafo 2*

Bogotá, 30 de abril de 2010

Señores
Magistrados de la Corte Constitucional
E. S. D.

Referencia: Expediente D-8027 Ley 1257 De 2008, artículo 13 num. 2 y art. 19 literales a parcial y c, y el parágrafo 2.
Actora: YENNY ÁNGELA CHÁVEZ PARDO
M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

I. RESUMEN DE LA DEMANDA

La señora YENNY ÁNGELA CHÁVEZ PARDO presentó una acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 13 numeral 2, y 19 literales a parcial y c, y el Parágrafo 2.º de la Ley 1257 de 2008, por considerar que dichas normas violan el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

Las normas impugnadas establecen las medidas de sensibilización y prevención, en el ámbito de la salud, en el cual el Ministerio de la Protección Social tendrá como función, entre otras, reglamentar el Plan Obligatorio de Salud, para que incluya las actividades de atención a las víctimas, entre ellas, garantizar la habitación y alimentación a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Las Empresas Promotoras de Salud –EPS– y las Administradoras de Régimen Subsidiado –ARS– lo deberán hacer en las instituciones prestadoras de servicios en salud, o contratarán servicios de hotelería para tales fines. Se garantizará el servicio de transporte de las víctimas y de sus hijas e hijos. Si no acude a los servicios hoteleros disponibles, o no han sido contratados, recibirá un subsidio monetario.

Las EPS y las ARS serán las encargadas de la prestación de servicios médicos, psicológicos y psiquiátricos a las mujeres víctimas y a sus hijos e hijas.

La accionante considera, en primer lugar, que la seguridad social y la atención de la salud, como servicio público, tiene especial amparo constitucional en el artículo 48 de la Constitución Política, le corresponde al Estado garantizar el acceso a los servicios de salud y regular el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial, con el propósito de mantener o recuperar su salud. Para ello la Constitución Política da una asignación

única a los recursos de la salud, estipulando que dichos recursos no podrán ser utilizados en gastos diferentes.

La accionante considera que las normas demandadas dan una destinación diferente a los recursos de la salud, pues el alojamiento y alimentación de las víctimas o de sus familiares no tienen que ver con la recuperación de la salud.

Así mismo considera el demandante que las disposiciones omiten dar una responsabilidad al Estado en materia de asignación presupuestal en materia de cobertura económica para los costos de alojamiento y comida de las víctimas y sus familiares, lo que implica un desequilibrio en las cargas que el sistema de salud debe afrontar, poniendo en riesgo la estabilidad financiera del sistema de salud.

2. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La accionante fundamenta su demanda de inconstitucionalidad en dos motivaciones. La primera por violación de normas constitucionales, y la segunda por inconstitucionalidad fundada en falsa motivación.

En relación con los tres cargos por violación de normas constitucionales consideramos:

PRIMER CARGO: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La demandante considera que los artículos 13 numeral 2, y 19 literales a parcial y c, y el Parágrafo 2.º de la Ley 1257 de 2008 son violatorios del artículo 48 de la Constitución Política que establece la seguridad social, específicamente del inciso que señala que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

El artículo 48 de la Constitución Política establece (la cursiva resalta la parte demandada):

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Según esta norma constitucional, la seguridad social se define como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción, entre otros, al principio de eficiencia, y para ello se estipula, en el mismo artículo, que no se podrá dar una destinación a los recursos para fines diferentes.

La salud es un derecho fundamental que debe ser protegido, tal como dijo la Corte Constitucional en su fallo de Sentencia T-760 de 2008:

... la Corte señaló en la Sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de éstas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. ...

El artículo 19 de la Ley 1257 de 2008, hace parte del Capítulo VI “Medidas de atención”, y se refiere, en particular, a las medidas de atención que reciban las mujeres víctimas de violencia.

En su literal a se establece:

Garantizar la habitación y alimentación de la víctima a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Las Empresas Promotoras de Salud y las Administradores de Régimen Subsidiado, prestarán servicios de habitación y alimentación en las instituciones prestadoras de servicios de salud, o contratarán servicios de hotelería para tales fines; en todos los casos se incluirá el servicio de transporte de las víctimas, de sus hijos e hijas.

Tomando en cuenta que el literal a del artículo 19 habla de las medidas de atención, artículo que se encuentra en el capítulo VI que regula la misma materia, la habitación y alimentación a las que hace referencia no están relacionadas, al menos de forma directa, a la salud. De manera tal que no corresponde al Sistema General de Seguridad Social cubrirlos. Por el contrario, hacerlo sustraería re-

cursos a dicho sistema para garantizar el derecho a la salud de sus usuarios, y dar dicho alojamiento y alimentación “en las instituciones prestadoras del servicio de salud”, disminuiría la capacidad del sistema para albergar a enfermos, personas en tratamiento o en espera de intervenciones quirúrgicas o de otro orden.

Si bien la mujer víctima, al igual que sus hijas e hijos, deben tener derecho a una atención digna que cubra servicios como el alojamiento y la alimentación necesarios para aislarla del agresor, al igual que el servicio de transporte, no correspondería al Sistema General de Seguridad Social en Salud el cubrir los gastos que ello implica.

En efecto, dentro de los fundamentes del Servicio Público que trae el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, se señala que, además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud la equidad, la obligatoriedad, la calidad y la protección integral, entre otros, definiendo a esta última en los siguientes términos:

El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus *fases* de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud.

Dentro de los diferentes conceptos que hacen parte de una protección integral en salud, se abarca una serie de fases y servicios que no incluyen la atención referida. El artículo 162 incluye en la atención integral a la familia la maternidad y la enfermedad en general, en las fases de promoción y fomento a la salud, y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías. Para los afiliados cotizantes del régimen contributivo, y beneficiarios de la familia se incluirán los medicamentos esenciales en su presentación genérica. Los afiliados al régimen subsidiado se han equiparado, en estos conceptos a los del régimen contributivo.

En relación con el literal c del artículo 19 de la citada ley, y con base en los argumentos esbozados en relación con la correspondencia o no de los conceptos que deben ser cubiertos, no encontramos discrepancia entre el precepto constitucional y lo que en él se establece:

c. Las Empresas Promotoras de Salud y las Administradoras de Régimen Subsidiado serán las encargadas de la prestación de servicios de asistencia médica, psicológica y sicuática a las mujeres víctimas de violencia, a sus hijos e hijas.

En efecto, les corresponde a las EPS y las ARS la prestación de servicios de asistencia médica, psicológica y psiquiátrica a las mujeres víctimas de violencia, a sus hijos e hijas, en tanto aquí solamente se establecen gastos referidos con la salud física y psicológica de las víctimas y sus familiares.

De esta manera, en relación con el primer cargo, consideramos que: I. El artículo 13, numeral 2 de la Ley 1257 de 2008 es inconstitucional en relación con el literal a del artículo 19 de la misma ley, al que hace referencia, y constitucional en relación con el literal c del artículo referido; II. De igual forma: i. El literal a parcial del artículo 19 de la Ley 1257 de 2008 es inconstitucional; ii. El literal c del artículo 19 de la Ley 1257 de 2008 es constitucional, y III. De la misma manera, en relación con el Parágrafo 2.º de la Ley 1257 de 2008, se predicará la inconstitucionalidad en relación con el primer literal (a), y la constitucionalidad en relación con el último (c).

SEGUNDO CARGO: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La demandante aduce que el legislador, al decretar la Ley 1257 de 2008, omitió establecer la responsabilidad del Estado en relación con la asignación presupuestal ya que no creó la asignación frente a los costos de alojamiento y alimentación de las víctimas e hijos, ocasionando un desequilibrio en las cargas que el sistema de salud debe afrontar. Además señala que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio en Salud, según la respuesta al Derecho de Petición que dio el Ministerio de Protección Social y que cita la demandante.

El artículo 49 de la Constitución Política señala (la cursiva resalta la parte demandada):

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. *Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.*

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

La respuesta del Ministerio de la Protección Social al derecho de petición accionado por la demandante y que incluye en su libelo señala:

El concepto de esta dirección es que lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 19 de la citada ley *no corresponde a servicios de salud*, que hagan o puedan hacer parte del Plan Obligatorio en Salud como está definido y entendido en el SGSSS y por lo tanto *no son servicios financiados por la UPC*.

Al no crear una asignación presupuestal para el alojamiento y la alimentación no se podrán garantizar tales servicios, y, paradójicamente, se disminuirán los recursos que corresponden efectivamente a la atención en salud.

En efecto, los recursos destinados a la seguridad social en salud tienen que ser asignados y ejecutados de acuerdo a tal asignación, para garantizarla, respondiendo al principio de eficacia en la administración pública que busca que los recursos estatales sean utilizados de la mejor manera para alcanzar los cometidos constitucionales. En virtud de ello, no sólo los recursos deben ser utilizados de acuerdo a lo previamente establecido, sino que ellos deben ser ejecutados de forma racional, buscando alcanzar el mayor beneficio con los recursos disponibles. Para ello se debe buscar garantizar de manera focal el servicio que se busca proveer, para que los dineros a ello asignados cubran a los destinatarios, de forma idónea.

Los recursos para la salud no son suficientes, de manera que se deben crear fuentes para financiarla, buscando no debilitar los existentes, con destinaciones que no corresponden. La crisis presupuestal del sistema de salud se ha hecho evidente en los últimos años, dando lugar incluso a la promulgación del Decreto Legislativo 128 del 21 de enero de 2010, en desarrollo del estado de emergencia social declarado por el Decreto 4975 de 2009, “por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”. El Decreto Legislativo 128 que regulaba, entre otros aspectos, los recursos destinados a la prestación de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, fue declarado inconstitucional el 21 de abril de 2010 por la Corte Constitucional, pero dejó vigentes, hasta el próximo 16 de diciembre, los aumentos de impuestos a los licores, el tabaco y los juegos de azar establecidos en el Decreto Ley 127, justamente por la crisis sector.

De esta manera, en relación con el segundo cargo, consideramos que en efecto la Ley 1257 de 2008 es inconstitucional al omitir dar una responsabilidad al Estado en materia de asignación presupuestal.

TERCER CARGO: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 209 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El artículo 209 de la Constitución Política establece (la cursiva resalta los principios que la demandante considera vulnerados):

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de *igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad* y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

La demandante considera que las normas demandadas son inconstitucionales en tanto van en contra del artículo 209 de la Constitución Política, pero no sustenta debidamente este cargo en relación con cada uno de los principios que señala como vulnerados, limitándose a señalar que la norma demandada, sin indicar a cuál de las tachadas de inexequibilidad se refiere, “... es a todas luces violatoria de los principios de la función pública”, y hace relación, de nuevo, a la destinación diferente de los recursos y a la falta de asignación presupuestal.

Consideramos que el cargo no se encuentra debidamente fundamentado.

CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR FALSA MOTIVACIÓN

La demandante considera que se ha dado una falsa motivación que fundamenta la declaratoria de inconstitucionalidad, ya que los fundamentos de la norma no tienen respaldo en la realidad, y en otros se basan en hechos inexistentes. La accionante aduce normatividad del Código Contencioso Administrativo, doctrina de derecho administrativo y fallos del Consejo de Estado que hacen relación al acto administrativo, para fundamentar la falsa motivación en la expedición del la Ley 1257 de 2008 por parte del Congreso de la República.

Consideramos que la falsa motivación aducida se refiere a actos administrativos y no a la expedición de leyes del Congreso. Además, no se hace una relación de los hechos con base en los cuales se pueda afirmar que los “fundamentos con

los cuales se adoptó la decisión no consultan la realidad”, ni cuáles son los hechos inexistentes que menciona.

Frente a las consideraciones finales que trae la demandante, en efecto existen programas que se han creado para este tipo de víctimas. A más de los citados por la accionante, existen programas en el ámbito de la protección a las víctimas de comportamientos que constituyen infracciones penales. Entre ellos el Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía, o específicamente frente a la infancia, el Sistema Nacional de Bienestar Familiar –SNBF– es el responsable de diseñar y ejecutar programas de atención especializada para niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos que respondan a cada tipo de infracción. Estos programas deben cubrir los gastos de atención a las víctimas de violencia como sujetos pasivos de una infracción penal.

De esta manera deja presentado su concepto la Universidad Externado de Colombia en relación con la demanda de la referencia.

ANDRÉ-JEAN ARNAUD. Director Emérito de Investigación del Centro de Teoría y Análisis del Derecho –CNRS– de la Universidad de Paris X-Nanterre; Director de la Cátedra Unesco “Violencia y Derechos Humanos: Gobierno y Gobernanza” de la Universidad Externado de Colombia, en red UNITWIN con la Universidad Carlos III de Madrid, la PUC-Rio de Rio de Janeiro y la Unisinos de São Leopoldo-RS, Brasil.

CASTOR M. M. BARTOLOMÉ RUIZ. Doctor en Filosofía; profesor investigador del Programa de Posgrado en Filosofía social y política de la universidad Unisinos de Brasil; Coordinador de la Cátedra Unesco-Unisinos de Derechos Humanos y Violencia, Gobierno y Gobernanza de la Universidad Externado de Colombia.

DANIEL ÁNGEL BORRILLO. Profesor de Derecho privado de la Universidad de Paris Ouest; investigador asociado en el Centro de Investigaciones Científicas francés –CNRS–; miembro del Comité Directivo de la Cátedra franco-argentina Juan Bautista Alberdi; autor de varios libros y artículos científicos; especialista en cuestiones de bioética, Derecho ambiental y Derecho de la no-discriminación.

JOSEFA BUITRAGO DE POSADA. Licenciada en Psicología y Ciencias de la Educación de la Universidad Pedagógica Nacional; con Postgrado en Investigación para el Desarrollo Educativo –CINDE–; en la actualidad se desempeña como docente de las áreas de desarrollo humano, desarrollo valorativo y evaluación de procesos cognoscitivos; es docente, investigadora y coordinadora de postgrados de la Facultad de Educación de la Universidad Pedagógica Nacional.

JORGE IVÁN CUERVO R. Abogado, Especialista en Derecho público y Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia; docente e investigador de la Facultad de Gobierno y Relaciones Internacionales y del Cipe de la misma universidad; Magíster en Políticas Públicas de la Universidad de Chile; Especialista en Política Social de la Pontificia Universidad Javeriana; consultor en temas de políticas públicas en Derechos Humanos, justicia y políticas sociales.

JOÃO RICARDO W. DORNELLES. Profesor del programa de Pos-graduación en Derecho de la PUC-Rio (Doctorado y Maestría); Coordinador General del Núcleo

de Derechos Humanos de la PUC-Río; Miembro de la dirección de la Associação Nacional de Direitos Humanos-Pesquisa e Pós-graduação –ANDHEP–.

INGRID DUQUE MARTÍNEZ. Abogada, especialista en Derecho comercial y profesora titular de las facultades de Derecho, Finanzas Gobierno y Relacionales Internacionales, y Administración de Empresas Turísticas y Hoteleras de la Universidad Externado de Colombia; Máster en Derecho de Familia e Infancia de la Universidad de Barcelona; asesora y consultora en materia de Derecho Privado.

JOSÉ MARÍA GÓMEZ. Profesor del Departamento de Direito y del Instituto de Relações Internacionais de la PUC-Río, co-director del equipo de investigación del proyecto del Núcleo de Direitos Humanos en la Cátedra UNESCO, y miembro del Consejo Científico de la Red UNITWIN de la Cátedra UNESCO.

MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA. Abogada, Master en Derecho de Familia e Infancia de la Universidad de Barcelona, docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia.

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO. Docente investigadora; Directora del Centro de Investigación en Política Criminal; coordinadora de la Cátedra Unesco en la Universidad Externado de Colombia; abogada de la Universidad Externado de Colombia, con posgrados en Derecho penal y Política criminal y derechos humanos de la Univeridad de Paris II y Paris X respectivamente. Doctora en Derecho Público de la Universidad d'Artois, Francia [catedraunesco@uexternado.edu.co].

JUAN PABLO HINESTROSA. Abogado de la Universidad Externado de Colombia; Máster en protección a los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá de Henares. Candidato al doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia; se desempeña como docente investigador de la misma universidad.

CIELO MARIÑO ROJAS. Abogada de la Universidad Externado de Colombia; especialista en criminología de la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad de Bolonia, con Maestría de la Universidad Autónoma de Barcelona y doctoranda de la misma universidad. Docente, investigadora y coordinadora del Grupo de Derechos de la Infancia y la Adolescencia del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

DIEGO ANDRÉS MOLANO APONTE. Alto Consejero Presidencial y Director de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional –Acción Social–; fue Director adjunto del Programa MIDAS de USAID, y previamente se desempeñó como Director de Programas Sociales de la misma Agencia; Administrador de Empresas de la Universidad del Rosario con especialización en Integración Internacional de la Universidad Javeriana; con Maestría en Administración Pública de la Universidad de Columbia en Nueva York; catedrático e investigador de la Universidad del Rosario.

CARLOS IVÁN MOLINA BULLA. Médico Psiquiatra y Epidemiólogo; docente investigador de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Externado de Colombia y Catedrático de la Facultad de Medicina de la Universidad del Rosario; Doctorando en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia; se desempeña como Coordinador del Subcomité de Salud Mental Pública y Social de la Asociación Colombiana de Psiquiatría.

ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ. Abogada con especialización en Derecho penal y criminología de la Universidad Externado de Colombia; Magíster en Ciencias penales de las Universidad Central de Barcelona y Pompeu Fabra; investigadora del Centro de Investigaciones en Política Criminal y coordinadora de la línea de investigación en Victimología.

BETTY MONROY HENAO. Licenciada en psicología y pedagogía de la Universidad Pedagógica Nacional; Magíster en psicopedagogía de la misma universidad; con Diploma en Inteligencia Artificial de la Universidad Complutense de Madrid; se desempeña como profesora de la Facultad de Educación de la Universidad Externado de Colombia.

CLARA RAMÍREZ-BARAT. Licenciada y doctora en Humanidades de la Universidad Carlos III de Madrid; ha cursado estudios de Filosofía en la UNED; curso de especialización en Ciencia Política y Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Master of Arts en Filosofía de la Universidad de Columbia, Nueva York; en la actualidad se desempeña como Senior Research Associate en el International Center for Transitional Justice y colabora con la Cátedra “Antonio Beristáin” de Estudios sobre el Terrorismo y sus Víctimas perteneciente al Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

NUBIA ESPERANZA RAMÍREZ RODRÍGUEZ. Licenciada en Psicología y Pedagogía; Magíster en Investigación Educativa; docente investigadora de la Facultad de Educación de la Universidad Externado de Colombia; pertenece al grupo de Gestión y Evaluación Educativa; ha sido coautora de publicaciones sobre Convivencia ciudadana y La escuela en la construcción de lo público.

ANDRÉ-NOËL ROTH DEUBEL. Doctor en Ciencias Económicas y Sociales, con mención en Ciencias Políticas de la Université de Genève (Suiza); actualmente se desempeña como profesor investigador asociado adscrito al Departamento de Ciencia Política y Coordinador académico del Doctorado en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Director del Grupo de investigación Análisis de las Políticas Públicas y de la Gestión Pública –APPGP–. Correo electrónico: anrothd@unal.edu.co

BIBIANA XIMENA SARMIENTO ÁLVAREZ. Investigadora de la Cátedra Unesco de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la misma universidad y Magíster en “Diritto del Minore” de la Universidad La Sapienza de Roma; candidata a Doctora del Doctorado “Derechos fundamentales en la sociedad global” de la Universidad de Camerino (Italia). Correo electrónico: [bxsa2002@yahoo.com].

CAROLINA VÁSQUEZ PINZÓN. Administradora de empresas, especialista en gobierno, gerencia y asuntos públicos de la Universidad Externado de Colombia con certificación de especialista en Government, Management and Public Affairs del SIPA - Columbia University; durante diez años participó en la planeación y ejecución de proyectos sociales en diferentes zonas del país, con énfasis en participación ciudadana, fortalecimiento de la democracia local, democracia deliberativa, control social, formulación de políticas públicas, generación de ingresos y responsabilidad social empresarial; en el último cuatrenio ha colaborado profesionalmente en procesos de investigación y atención relacionados con la estabilización económica y la generación de ingresos de población desplazada y vulnerable, a través de alianzas entre actores públicos y privados; en la actualidad se desempeña como docente e investigadora universitaria.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en octubre de 2011

Se compuso en caracteres Ehrhardt MT Regular de 11.5 puntos
y se imprimió sobre propalibros de 70 gramos
Bogotá - Colombia

Externado
125 años de educación para la libertad
de cara al futuro

