

Cátedra de Investigación Científica
del Centro de Investigación
en Política Criminal

N.º 3

Mecanismos judiciales y administrativos de protección de sujetos vulnerados

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Política Criminal

ISBN 978-958-710-458-5

© 2008, **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 2009

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones
Composición: David Alba
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 del autor.

CONTENIDO

PRÓLOGO <i>Marcela Gutiérrez Quevedo</i>	9
POLÍTICAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA DESDE EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA <i>Amanda Gómez Polo</i>	13
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: VIOLENCIAS QUE SE ENTRECROZAN <i>Cielo Mariño Rojas</i>	39
POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DENTRO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL MARCO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL: RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS PARA LA NIÑEZ MALTRATADA <i>Cielo Mariño Rojas</i>	71
VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO: BARRERAS PARA ACCEDER A LA JUSTICIA <i>Ana Lucía Moncayo Albornoz</i>	103
ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LA LEY DE “JUSTICIA Y PAZ” <i>Ana Lucía Moncayo Albornoz</i>	171
¿QUIÉN REPRESENTA A LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO PENAL? <i>José Ignacio Umbarila Rodríguez</i>	213

CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

DIAGRAMAS DE ARGUMENTACIÓN EN EL DEBATE JURÍDICO - POLÍTICO <i>Fernando Estrada Gallego</i>	251
ESTUDIOS DE FUTURO: ELEMENTOS PRÁCTICOS EN CIENCIAS SOCIALES <i>Carlos Iván Molina</i>	281
ASPECTOS DE LA INVESTIGACIÓN EN LA LÍNEA DE DESARROLLO HUMANO Y VALORES, CON ÉNFASIS EN MODERNA CIUDADANÍA <i>Betty Monroy</i>	301
INVESTIGACIÓN EMPÍRICA	
LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA <i>Ana Elena Abello Jiménez</i>	343
EL ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN PARA EL REESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ MALTRATADA EN EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA <i>Angela Marcela Olarte</i>	375
LA VÍCTIMA COMO INSTRUMENTO DEL CONTROL SOCIAL: ESTUDIO DE CASO DE LAS ZONAS HUMANITARIAS DEL CHOCÓ COLOMBIANO <i>Camilo Eduardo Umaña Hernández</i>	395
EL DERECHO A LA INFORMACIÓN, PRESUPUESTO FUNDAMENTAL PARA LA GARANTÍA EFECTIVA DE LOS DERECHOS A LA VERDAD, A LA JUSTICIA Y A LA REPARACIÓN <i>Nury Salcedo Poveda</i>	419
EL FRAUDE AL CONSUMIDOR DESDE UNA PERSPECTIVA VICTIMOLÓGICA: LA DENUNCIA Y SU CIFRA OSCURA <i>Paola Forero Neyra</i>	445

PRÓLOGO

Marcela Gutiérrez Quevedo

"Si en mi jardín aparto los obstáculos que impiden al sol y al agua fertilizar la tierra, en él surgirán plantas cuya existencia yo no sospechaba. Así, la desaparición del sistema punitivo estatal abre, en una convivencia más sana y más dinámica, los caminos para una nueva justicia".

*Peines Perdues*¹

Louk Hulsman

1984

Dedico este libro a mi profesor y amigo LOUK HULSMAN², quien me enseñó, por un lado, la reflexión crítica, a investigar y a observar la realidad desde diferentes perspectivas y, por el otro, a querer la vida y cuidarla, como él lo hizo con las flores y los jardines de muchos sitios del mundo.

Celebro el tercer libro de la Cátedra de Investigación Científica (2007 - 2008), resultado de seminarios realizados en el Centro de Investigación en Política Criminal, CIPC.

El objetivo general de esta actividad es consolidar el espacio de reflexión denominado *Cátedra de Investigación Científica*³, iniciado en el año 2002, a través de conversatorios

1 *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Trad. de SERGIO POLITOFF. Barcelona, Ariel, 1984.

2 LOUK HULSMAN falleció el 28 de enero de 2009 en Dordrecht, Holanda.

3 Objetivos específicos:

Consolidar la Red de investigadores y el estado de la discusión sobre la materia.

que convoquen a investigadores, estudiantes, organizaciones sociales y operadores jurídicos, para socializar los productos de investigación del CIPC y de los expertos que trabajan en estas áreas.

Quiero recalcar la importancia de este encuentro entre investigadores, profesores y estudiantes, que ha coadyuvado el proceso de investigación en política criminal y en diversas área socio-jurídicas.

Este libro recoge los resultados de investigación de estudiantes e investigadoras del centro, y de expertos invitados a eventos académicos. Son el producto de investigaciones emprendidas en relación con los ejes temáticos del Centro de Investigación en Política Criminal: Derechos de la Infancia y Adolescencia, Victimología y de Política Criminal.

Uno de los temas específicos desarrollados fue el de los *mecanismos judiciales y administrativos de protección de sujetos vulnerados*, como forma de hacer efectivos los derechos que han sido establecidos desde el DIDH y en la legislación interna. En relación con este tema, la doctora AMANDA GÓMEZ POLO ofrece una lectura acerca de la política de protección integral de la infancia desde el Código de la Infancia y la Adolescencia; en relación con la violencia intrafamiliar, la investigadora ; CIELO MARIÑO ROJAS, docente investigadora del ICPC, ofrece una lectura de la violencia intrafamiliar, vista como una violencia donde se entrecruzan otros tipos de violencia y ofrece una reflexión acerca de las políticas de protección dentro de las políticas públicas, en el marco de la protección integral, analizando si se da el restablecimiento de derechos para la niñez maltratada. La investigadora

Realizar la publicación de las memorias de los conversatorios en un anuario denominado –Cátedra de Investigación Científica–.

Participar en el debate en torno a las nuevas estrategias metodológicas en la investigación social.

Formar a nuestros estudiantes de Líneas de Investigación dentro de las nuevas tendencias en la investigación.

ANA LUCÍA MONCAYO, investigadora del ICPC, escribe sobre la violencia sexual contra la mujer y su acceso a la justicia, a la vez que ofrece algunas consideraciones respecto al derecho de acceso a la justicia de Ley de Justicia y Paz. Por su parte, el doctor JOSÉ IGNACIO UMBARILLA RODRÍGUEZ analiza la representación de las víctimas dentro del derecho penal.

De otra parte, la Cátedra de Investigación Científica –CIC– (2008) desarrolló el tema de las *nuevas estrategias metodológicas en la investigación social*. En este libro verán artículos de las diferentes Facultades de la Universidad Externado en donde se muestra como hemos construido poco a poco la interdisciplinariedad. Las últimas actividades de la CIC se centraron en el tema de las nuevas estrategias metodológicas en la investigación social. FERNANDO ESTRADA GALLEGO, investigador del CIPE, habla acerca de los diagramas de argumentación en el debate jurídico-político; CARLOS IVÁN MOLINA BULLA, docente investigador de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, brinda una reflexión acerca de los estudios de futuro, centrándose en los elementos prácticos que dichos estudios tienen en las ciencias sociales; por último, BETTY MONROY, docente de la Facultad de Educación, se centra en los aspectos de investigación en la Línea de Desarrollo Humano y Valores, haciendo énfasis en la moderna ciudadanía.

Asimismo, destaco que esta dinámica se ha implementado para los investigadores jóvenes de 5.º año de Derecho que se han formado en estrategias de investigación cualitativa y cuantitativa y han realizado su proyecto y su Tesis, dentro de nuestro centro de investigación.

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO
Directora Centro de Investigación
en Política Criminal, CIPC

POLÍTICAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA
DESDE EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

*Amanda Gómez Polo*¹

Resumen

[Palabras clave. Representaciones Sociales de Infancia, Plan de Desarrollo, Desarrollo Local, Políticas Públicas de Infancia, Consejos de Política Social, Diagnósticos Sociales Situacionales]

En estudios recientes, la Procuraduría General de la Nación ha logrado demostrar que las acciones destinadas a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes no han sido prioridad en los planes de desarrollos locales y territoriales. El presente artículo intenta mostrar que en tanto persisten representaciones sociales y culturales de la infancia y la adolescencia, que los ignoran, invisibilizan y excluyen por considerarlos “menores”, concibiendo dichas acciones como gasto social y no como inversión, esta situación continuará vigente. De otro lado, el tema no ha sido prioridad para los mandatarios locales, porque es el ICBF,

1 Trabajadora Social, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Administración de Programas de Desarrollo Social, Universidad de Cartagena. Especialista en Prevención del Maltrato Infantil, Pontificia Universidad Javeriana. Aspirante a Magister en Gobierno y Políticas Públicas, Universidad Externado de Colombia.

como ente coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el que desde su creación ha sido el responsable de formular las políticas y lineamientos de los programas y servicios para la atención a la infancia. La entidad de forma centralizada asigna recursos de acuerdo con sus propios criterios, sin que los municipios cuenten con la autonomía para decidir sobre la planeación, asignación y ejecución de los mismos, de acuerdo con diagnósticos situacionales que den cuenta de una realidad que debe ser urgentemente intervenida, como la responsabilidad que otorga la Ley 1098/06 a los entes territoriales.

En este sentido, en los planes de desarrollo la aproximación a la situación de garantía de derechos suele hacerse desde los sectores salud y educación, sin que logren consolidarse políticas públicas transversales e intersectoriales y se promuevan las capacidades locales y territoriales de respuestas sostenibles y articuladas a niveles iguales y superiores de intervención del Estado, desde componentes económicos, sociales, culturales y políticos, que a su vez potencialicen las capacidades de respuesta y corresponsabilidad de las familias para ofrecer esa garantía de derechos a sus hijos e hijas. Prueba de lo anterior son los alcaldes sancionados por la Procuraduría por no haber atendido las disposiciones de la Ley de Infancia en tanto elaborar diagnósticos y destinar recursos para atender las situaciones detectadas.

INTRODUCCIÓN

Este artículo hace parte de los interrogantes planteados desde el ejercicio como estudiante de la Maestría en Gobierno y Políticas Públicas, y surgen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1098/06, la cual se constituye en un importante avance hacia la garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes del país, en tanto intenta posicionar esta tarea en un Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en asocio con otros sistemas, como salud y educación, y promueve, para

ello, la inclusión del tema en los planes de desarrollo y el ejercicio de la construcción participativa de políticas públicas de infancia y adolescencia, teniendo como escenario predilecto el Consejo de Política Social que debe operar en cada ente territorial.

Sin lugar a dudas, lo anterior se constituye en el mayor reto, en un país donde los niños, niñas y adolescentes han sido excluidos de las decisiones presuntamente del ámbito exclusivo de los adultos, donde la incipiente planeación en la mayoría de los municipios obedece a un ejercicio de técnicos, sin diagnósticos rigurosos que la sustenten y en los cuales las comunidades y la misma institucionalidad local se sienta parte, perdiéndose con ello la oportunidad de convertir los planes de desarrollo en herramientas de gestión.

La planeación de políticas públicas de infancia y adolescencia implica el ejercicio de conocer y reconocer las realidades locales a través de diagnósticos sociales situacionales y, con ello, la puesta en marcha de sistemas de información que permitan dar lectura permanente a los avances en el cumplimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia y parte de esos diagnósticos es develar las concepciones o representaciones que acerca de la infancia y la adolescencia subsisten en los imaginarios colectivos locales.

Pero quizás el mayor reto lo constituye la operatividad de este ejercicio, el cambio de paradigma para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, como institución que desde su creación se ha ocupado del proceso de atención, desde la formulación de los programas, proyectos y lineamientos técnicos para los servicios, así como también indirectamente o a través de entidades comunitarias o no gubernamentales ha prestado el servicio y a su vez ejerce supervisión y control.

En su esencia, la Ley está planteando la descentralización de servicios y delegando esta función, como debe ser, en concordancia con la Constitución Nacional, a los entes territoriales. Sin embargo, el panorama no es muy alenta-

dor si se observan las condiciones sociales, económicas y políticas de la mayoría de los municipios del país. Si hacia allá apunta a mediano plazo la implementación de la Ley 1098/06, se requerirán aún más esfuerzos del gobierno nacional, para fortalecer y asistir técnicamente a los entes territoriales, pero sin dudas, el mayor esfuerzo tendrá que ser a nivel financiero, para que se promueva el ejercicio fiscal y se asignen importantes recursos que puedan dar respuestas sostenidas, que se reconozca la heterogeneidad, la diversidad cultural, que sean acciones concertadas con las localidades y respondan a sus realidades y que gradualmente vayan garantizando condiciones de vida digna para la población menor de 18 años.

Se articula este escrito alrededor de los siguientes temas fundamentales:

1. La discusión en torno a las representaciones de infancia y adolescencia presentes en los imaginarios sociales de los mandatarios locales y en general de las personas responsables de la formulación y toma de decisiones con respecto a las políticas públicas.

2. Las políticas públicas de infancia visibilizan la situación de la infancia usualmente ignorada en los planes locales de desarrollo en el país y pone el tema en la agenda pública de los mandatarios locales. De esta manera se visibilizan también las familias como primer espacio de socialización y unidad de supervivencia para el desarrollo humano.

3. Las políticas públicas de infancia surgen en un marco legal y político consagrado en la Constitución Nacional y los acuerdos internacionales que los gobiernos han suscrito y que suponen unos compromisos de estricto cumplimiento, relacionados fundamentalmente con la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 1098/06 o Código de la Infancia y la Adolescencia.

4. Los planes de desarrollo como instrumentos de planeación del desarrollo local hacen posible la formulación y gestión de las políticas públicas para la infancia y la familia.

Los consejos para la política social surgen como herramienta fundamental para el logro de este objetivo.

5. La formulación de políticas públicas debe partir de situaciones específicas para cada ente territorial en torno a la garantía de derechos; para ello, se proponen los diagnósticos sociales situacionales, como herramienta participativa para el conocimiento de la realidad local.

LAS REPRESENTACIONES SOCIALES ACERCA DE LA INFANCIA

Con respecto al tema de las representaciones de infancia, surgen preguntas para la reflexión, tales como: ¿Por qué un adulto no cede a un niño el puesto en el transporte público, pese a la indicación de la preferencia de las sillas? ¿Por qué lo envía a hacer mandados, a trabajar o a pedir limosna si sabe que corre riesgos? ¿Por qué un padre maltrata a un hijo o hija, cuando sabe que es doloroso y él usualmente como adulto ante una situación similar lo consideraría un abuso y se defendería? ¿Por qué un padre o madre permite, promueve o facilita la explotación sexual de alguno de sus hijos o hijas? Entonces, ¿qué piensan, imaginan o creen los adultos que son los niños y las niñas?

Según CASAS (2000: 83), la infancia puede entenderse como un periodo determinado de la vida de un niño o niña, medible por un intervalo de edad, sobre el cual no hay acuerdos comunes. Puede entenderse desde una perspectiva demográfica como el conjunto de la población de un territorio dado, que tiene la edad comprendida en un intervalo convencional. Otras perspectivas entienden como infancia el conjunto de características psico-socio-biológicas de unos sujetos en estado de desarrollo, es decir, que la edad cronológica es considerada como referente, pero un indicador preciso del desarrollo por etapas. La infancia también resulta ser aquello que la gente dice o considera

que es la infancia, una imagen colectivamente compartida que va evolucionando históricamente.

Relacionada con el tema de la formulación de políticas públicas, según PIERRE MÜLLER (2006: 98), la tarea de “elaborar una política pública se reduce a construir una representación, una imagen de la realidad sobre la cual se quiere intervenir y por tanto, los actores van a organizar su percepción del sistema, confrontar sus soluciones y definir sus propuestas de acción alrededor de este conjunto de imágenes”. De esta manera, la visión de las distintas percepciones, actitudes y representaciones, que de forma individual, grupal, institucional y política, mueven a los adultos de una sociedad a actuar en relación con sus niños y niñas, condicionan la vida infantil y configuran buena parte del macro contexto psicosocial en el que viven.

En este sentido, las representaciones de infancia y adolescencia que existen en los colectivos, las comunidades y gobiernos locales se constituyen en el marco referencial sobre el cual se proponen y ejecutan o no acciones de política pública, encaminadas a la garantía efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, FERRÁN CASAS (Op. cit.: 10) afirma: “Los adultos de cualquier sociedad, en cualquier momento histórico, han sentido que sus creencias y representaciones sobre niños y niñas eran lógicas y evidentes en tanto que eran compartidas por la colectividad. Paradójicamente, de las cosas evidentes se habla poco, no parece necesario cuestionarlas y se van haciendo socialmente invisibles”.

De esta manera, considerarlos adultos en miniatura, o menores, incapaces de actuar por sí solos, significa ignorar sus necesidades, su ser como sujeto, sus capacidades. Esta representación ubica al adulto en un papel de superioridad jerárquica y con el poder absoluto de decidir sobre la vida de los niños, niñas y adolescentes, naturalizando todas las prácticas que sobre ellos se esgrimen con la excusa inalienable de pensar qué es lo mejor para aquellos que, siendo meno-

res, no piensan ni pueden decidir, y son los adultos en su “infinita sabiduría” quienes deben hacerlo por ellos.

Es decir, que ante la palabra - estímulo “infancia”, los ciudadanos de un territorio dado o los miembros de determinados grupos sociales o culturales, desarrollan automáticamente una serie de asociaciones de ideas que configuran un conjunto de conocimientos lógicos, compartidos por la mayoría de miembros de esa comunidad (Ídem, 85). Estas representaciones sociales que acerca de la infancia tiene una comunidad dada, “constituyen un conjunto de implícitos o saberes cotidianos resistentes al cambio y tienen cuerpo de realidad psicosocial, ya que no solo existen en las mentes, sino que generan procesos (interrelaciones, interacciones e ínter influencias sociales) que se imponen a la infancia y condicionan a niños y niñas, limitando la posibilidad de experiencias o perspectivas de análisis fuera de esta lógica (Ídem).

Esto es a lo que se refiere ESTANISLAO ZULETA (2000: 44) cuando afirma: “Se proyecta una división entre niños y adultos y la sociedad construye así un tipo de niño como el ideal de un tipo de vida social. Lo que tenemos que hacer por medio de la crítica para poder estudiar efectivamente la sociedad y la ideología que produce determinado tipo de niños, es ante todo desnaturalizarla”. Entonces, el proceso de desnaturalizar lo que ha parecido evidente, lógico y normal o natural durante siglos, significa generar un lugar de encuentro en el que adultos y niños construyan en relaciones humanizadas y humanizantes, en donde se consideren como otros legítimos, por lo tanto, merecedores de hacer efectivos sus derechos, y ese es el primer paso al reconocimiento y la inclusión de acciones de políticas públicas para la infancia y la adolescencia.

En conclusión, los adultos de una sociedad, de una localidad, actúan con respecto a los niños y niñas, de acuerdo con los imaginarios contruidos; de esta manera, se naturalizan situaciones como el trabajo infantil, el maltrato y se silencian como sujetos ciudadanos que lo son no necesariamente por

su condición de electores que, de serlo así, muy seguramente buena parte de la inversión social estuviera encaminado a suplir sus necesidades.

I. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFANCIA VISIBILIZAN LA SITUACIÓN LOCAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En el artículo 204 de la Ley de Infancia se señala que una de las tareas de los gobernadores y alcaldes es la realización del diagnóstico de la situación de la niñez y la adolescencia en departamentos y municipios, dentro de los primeros cuatro meses de su mandato, con el fin de establecer las problemáticas prioritarias que deberán atender en su plan de desarrollo, así como determinar las estrategias a corto, mediano y largo plazo, que se implementarán para ello.

Para el ICBF (1999), “los diagnósticos situacionales deben constituirse en el punto de partida para los procesos de planeación y formulación de política, para la identificación de grupos prioritarios, para la definición de un conjunto de servicios, programas y planes que permitan apoyarlos dada la situación de vulnerabilidad o exclusión social en que viven”.

Según la Corporación Infancia y Familia (2002), el diagnóstico es una herramienta metodológica muy potente que permite la democratización de las relaciones entre el Estado y la comunidad, democratiza en la medida que permite el conocimiento de las realidades por todos los actores del Sistema Nacional de Bienestar Familiar a partir de sus propias macro visiones, descentraliza las decisiones y en esa medida propicia el empoderamiento que se traduce en mayores niveles de apropiación, de sentir que se es parte de y de palpar que lo que se hace o deja de hacer está afectando directamente a toda una comunidad a su núcleo familiar y a sí mismo.

Según MARÍN (2000),

... la construcción de la política de infancia y familia requiere para asegurar su gestión, descentralización y articulación desde el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, establecer mecanismos que garanticen la participación activa y la corresponsabilidad de instituciones públicas, privadas, sociedad civil y ONGS comprometidas con la infancia y la familia para aportar a la construcción de mejores condiciones y calidad de vida, para grandes sectores de la población lo cual implica que se conjuguen todos los sectores participantes. Llegar a lograr esta coherencia requiere realizar investigaciones y estudios regionales en los cuales se tenga en cuenta el entorno social, cultural y económico en el cual se desarrolla el ser humano, como base para el diseño y realización de planes, programas y proyectos desde una visión integral de la infancia y la familia.

Los avances más significativos en el ejercicio de visibilizar la situación de los niños, niñas y adolescentes en los planes de desarrollo en todos los territorios del país, se han constituido a través de la Evaluación Pública de la Gestión en Asuntos de Niñez, mediante la estrategia Municipios y Departamentos por la Infancia y la Adolescencia. Esta iniciativa está liderada por la Procuraduría General de la Nación, el ICBF y la UNICEF (2005) y tiene como propósitos fundamentales “incluir el tema de la infancia en los planes de los gobiernos territoriales, identificar temas críticos en relación con esta población y establecer un modelo de rendición de cuentas de los presupuestos que se destinan a la atención de los niños y las niñas en las localidades”.

Mediante esta estrategia se ha hecho acompañamiento a los departamentos con los gobernadores, secretarios de planeación, salud y educación. La academia también se ha vinculado de manera activa y, pese a las grandes dificultades económicas, los municipios se preocupan del tema y ya se ha introducido en la agenda local. El asunto aquí es trasladar ese acompañamiento al ámbito local, pues generalmente

los gobiernos municipales se quejan de la falta de recursos, ellos aún conciben que esa responsabilidad compete al ICBF y pocas veces se dan acuerdos comunes en la planeación de acciones, es decir, que aun el ICBF como ente autónomo programa la ejecución de recursos, probablemente sin la concurrencia del gobierno local; de otro lado, se disminuyen los recursos del nivel central esperando precisamente que sea en lo local donde se suplan las deficiencias con recursos propios, escasos y casi invisibles en la mayoría de municipios del país, muchos de ellos intervenidos por el Ministerio de Hacienda.

La ganancia es que el tema ya está en las agendas locales; lo que torna un círculo vicioso es la situación de los recursos, entonces para ello es prioritario proponer ejercicios de análisis de las posibilidades locales de gestión y en eso ha de consistir el acompañamiento a los municipios: en mejorar su capacidad de gestión.

ACERCA DEL MARCO LEGAL Y POLÍTICO

Puede afirmarse que existe un marco legal y político propicio para la formulación de políticas de infancia y adolescencia en los ámbitos local y territorial, constituido básicamente por la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño, la Ley 1098/06, el Plan Nacional de Infancia y Adolescencia, la Política de Primera Infancia, entre otras políticas de carácter intersectorial, que apuntan a generar movilización social y la promoción y garantía de derechos en temas específicos, como la violencia intrafamiliar, el maltrato infantil, la discapacidad, la erradicación del trabajo infantil y la protección al joven trabajador, la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, la atención a familias desplazadas por la violencia y la atención a la población desmovilizada del conflicto armado.

La Constitución Nacional consagra a Colombia como un país descentralizado, “donde sus entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la constitución y la ley (artículos 1.º y 287). En consecuencia, “los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de sus territorio...” (artículo 298). “Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la Ley..., promover el mejoramiento social de sus habitantes” (artículo 311) y elaborar y ejecutar planes y programas de desarrollo económico y social. De igual manera, en los Territorios Indígenas, los Consejos que gobiernen las comunidades tienen entre otras funciones las de diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social, promover las inversiones públicas, coordinar los programas y proyectos dentro de su territorio (artículo 330)” (Constitución Política de Colombia. En ICBF, 2007).

De otro lado, según TORRADO y DURÁN, la Convención Internacional de los Derechos del Niño proporciona el marco de referencia mundialmente aceptado para la definición de los propósitos y la razón de ser de la política pública de infancia; introduce el interés superior del niño como principio rector de las decisiones de la política y se constituye a su vez en un proyecto político que demanda la definición de prioridades, metas y objetivos para las políticas públicas, lo cual supone la promoción de las condiciones –materiales, sociales y culturales– necesarias para que todos los niños y niñas alcancen su pleno desarrollo integral. Desde este punto de vista, muchas decisiones de Estado guardan relación con la política de infancia, en la medida en que impactan sobre sus condiciones de vida y oportunidades, las cuales están íntimamente relacionadas con la calidad de vida de sus familias y de la comunidad a la que pertenecen. Ello supone asumir una mirada integral de la infancia como

grupo poblacional para orientar una verdadera política de Estado, superando la mirada que asigna las decisiones relacionadas con su bienestar a las primeras damas o a una institución o sector particular.

Así mismo, la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 1º, propone como finalidad 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. Otorga al Consejo Nacional de Política Social la responsabilidad de diseñar la política pública, movilizar y apropiar los recursos presupuestales y dictar las líneas de atención para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y asegurar su protección y restablecimiento en todo el territorio nacional (artículo 206) (ICBF, 2006).

El gobierno nacional, con el liderazgo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los ministerios de la Protección Social y de Educación Nacional y el Departamento Nacional de Planeación, DNP, y con el apoyo de otras entidades estatales de índole nacional y territorial, de organizaciones de la sociedad civil, de la población, y de organismos de cooperación internacional, formuló el *Plan Nacional para la Niñez y la Adolescencia 2006-2015 Colombia, un país para los niños y las niñas*, como respuesta a la obligación que adquirió Colombia en el marco de la Sesión Especial sobre Infancia de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se realizó en mayo de 2002, en la cual los países se comprometieron con la construcción de un mundo más justo para los niños y las niñas (ICBF, 2006a: 4).

Este Plan constituye un compromiso político que tiene como finalidad generar condiciones para la protección, la promoción, el ejercicio y la restitución de los derechos de la niñez; es un vínculo entre las instituciones y los diversos grupos humanos y el bienestar presente y futuro de Colombia, y pretende afianzar y consolidar en la agenda

pública del país los temas de la atención y la inversión en la infancia y la adolescencia, como cuestiones prioritarias para los próximos diez años (Ídem, 4).

Según lo anterior, el marco ya está dado, el asunto que surge ahora es el cuestionamiento de la autonomía local para lograr cumplir con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 1098 de 2006.

A partir de la reforma constitucional de 1986, que introduce la elección popular de alcaldes y luego, con la promulgación de la Constitución Nacional, en 1991, se crea el ambiente propicio en Colombia, para la consolidación de la autonomía local en el país a través de la descentralización política y administrativa. Sin embargo, pese al espíritu de la ley, lo que se ha venido consolidando es un ejercicio de centralización política y descentralización administrativa con graves fallas en cuanto a la redistribución de recursos y competencias, a la coordinación entre los diferentes niveles del gobierno y en cuanto a la concertación público privada, es decir en el ejercicio de la participación ciudadana, lo cual ha ido en detrimento del desarrollo de las instituciones. En este sentido, hoy en día en el país se introduce el debate de la recentralización, el cual no es otra cosa que la pérdida de autonomía de los entes territoriales locales, los municipios, bajo el raciocinio equivocado del centralismo, el cual se aborda en el texto de este escrito.

La pregunta en este momento es: ¿Existe autonomía local en la toma de decisiones de los asuntos públicos en los entes territoriales, específicamente en lo concerniente a la formulación de políticas públicas de infancia y adolescencia? En ese sentido, en este apartado se pretende mostrar la forma como en la Constitución Nacional de Colombia se plantea la autonomía local, y se asignan o transfieren funciones, competencias y recursos, que permiten satisfacer las necesidades de las comunidades; sin embargo, en el desarrollo de la normatividad, sigue manteniéndose un tutelaje de minoría de edad sobre los entes territoriales, bajo el pretexto de su

debilidad técnico-administrativa –la Ley 1098/06 no parece ser la excepción–. De esta manera, se pierden autonomía y poder político local y se debilita la posibilidad de construir instituciones económicas desde las localidades, que apunten hacia el desarrollo local y regional autónomo en el país.

Según CHAHIN, los municipios se conciben como los principales ejecutores de la política social en cuatro áreas: la educación, la salud, la vivienda, el agua potable y el saneamiento básico, además de otras actividades con competencias definidas. Los recursos para atender estas funciones y competencias que se transfieren o delegan a los entes territoriales, deben permitir que tales entidades cumplan las referidas funciones en términos que satisfagan plenamente las necesidades de las respectivas comunidades. Por esta razón, según CHAHIN (1996: 41 - 42), y porque “la Constitución perentoriamente prohíbe que se transfieran competencias sin que se haya realizado la previa asignación de recursos, mediante los mecanismos contemplados en los artículos 356 y 357, se determinan por tanto, los procedimientos como los recursos para transferirlos a las entidades territoriales a través de instituciones del situado fiscal y de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, los cuales son objeto de desarrollo por parte de la Ley 60/93”, posteriormente modificados por el acto legislativo nº 01/2001 y la Ley 715/01 y sus modificaciones.

La reflexión aquí se plantea en torno a la autonomía de los entes territoriales para decidir acerca de los asuntos que le competen en materia de infancia y adolescencia, dado que la Ley 1098/06 se constituye en el marco propicio para ello; sin embargo, los recursos destinados a la atención de la infancia y la adolescencia son asignados desde el nivel central, y desde allí se dictan los lineamientos de actuación de acuerdo con una estructura programática, en la cual, poco o nada tienen injerencia los gobiernos locales. Es decir, que si bien es cierto que existe la descentralización administrativa, y es responsabilidad de los entes territo-

riales la prestación de servicios públicos, en el tema de la prestación del servicio público de bienestar familiar, existe una desconcentración territorial y de funciones en cabeza de una entidad que determina el destino de los recursos que deberían ser objeto de preocupación y responsabilidad de los gobiernos locales.

Según JULIO SILVA COLMENARES (1996: 24), si bien el espíritu general de la Constitución y las leyes, la orientación y la función descentralista es clara, en el desarrollo de la normatividad, sigue implícita la preponderancia de los órganos centrales del Estado, manteniéndose un “tutelaje de minoría de edad” sobre los entes territoriales, bajo el pretexto de su debilidad técnico administrativa.

Según la teoría de la Escuela Política, formulada por el alemán RODOLFO GNEIST, “el municipio es por excelencia una escuela de política, donde los ciudadanos aprenden el arte de gobernar y de administrar, para de ahí pasar a cargos más importantes en la vida pública, por ello, la autonomía municipal es indispensable. Si en la administración municipal todos los actos tienen que ser aprobados por una autoridad superior, mucha gente que podría interesarse por participar en el gobierno municipal no lo haría, para no estar supeditado al gobierno central. Sin autonomía el municipio no sería una escuela de política” (LORDELLO DE MELO, 1989: 19).

Podría pensarse, entonces, que subsiste la idea del “raciocinio equivocado del centralismo”, planteada por LORDELLO DE MELO como *la premisa de la incompetencia congénita del municipio*, según la cual se considera que “el municipio se halla en permanente estado de minoridad y debe ser tratado como un menor en lo que se refiere a las responsabilidades que se le pueden asignar, aunque se trate de servicios y funciones de su peculiar interés. Esto explica las críticas que suelen esgrimirse contra las autoridades municipales, como si ellos tuvieran el monopolio de la incompetencia, del despilfarro y de la deshonestidad en el manejo de los fondos públicos”

(Ídem, 41 - 42). Contraria a la anterior, el autor plantea la premisa de la *omniscencia manifiesta del poder central*, la cual se refiere “al poder de los tecnócratas que sustituyen a los políticos y los burócratas tradicionales, en el ejercicio de la toma de decisiones en varios sectores de la vida pública. Dichos tecnócratas consideran innecesaria, cuando no absurda, cualquier confrontación de su política, sus directrices y sus acciones con aquellas que pueden proponer o adoptar las autoridades municipales. En conclusión, como el poder central no admite vacíos, desde que a los municipios se les retiran o se les niegan atribuciones, se impone la presencia de los niveles superiores, para llenar el vacío.

Según DARÍO I. RESTREPO (2005: 71), “desde finales de la década del noventa, la crisis fiscal generó un decaimiento en la tasa de crecimiento de las transferencias, lo cual, combinado con el enfriamiento de la economía, derivó en una interrupción de los desempeños de coberturas de servicios sociales, deterioró el acceso de la población a estos servicios, al tiempo que aumentó el desempleo y la pobreza”. En este contexto, se plantea la posibilidad de fortalecer la autonomía regional y local, la cual debe contener las condiciones mínimas que según LORDELLO DE MELLO son las siguientes:

- Poder de autogobierno: difícilmente un municipio puede disfrutar de verdadera autonomía si los actos de su gobierno están sujetos a aprobación de un órgano administrativo superior. Esto plantea, entonces, que si el espíritu de la ley es municipalista, la centralización política y descentralización administrativa, modelo adoptado por Colombia, va en contravía de esta tesis de autonomía local.

- Poder de auto administración: quiere decir administración por el mismo municipio y sin interferencia de otros niveles, de aquellos servicios que son de su competencia. Sin embargo, esta posibilidad se encuentra reducida gracias a la permanente intermediación del nivel central en los asuntos de los municipios, especialmente referidos a la planeación, cofinanciación y financiación de proyectos especiales o

macro proyectos. Otro asunto que interviene es la fragmentación del aparato administrativo en feudos o parcelas que obedecen a la racionalidad electoral de los concejales, de manera tal que, en lugar de pensarse el municipio como empresas con gestión unificada, más bien funciona como una amplia gama de pequeñas empresas electorales. De otro lado, persiste una racionalidad de lucro privado y en ese sentido, la lógica de la planeación pública y la satisfacción de demandas sociales están sujetas a intereses privados y no a intereses colectivos.

– Existencia de recursos propios: significa que al municipio le deben ser asignadas fuentes de ingresos regulares y suficientes, que le permitan cumplir su verdadero papel en el desarrollo económico y social del país. Sin embargo, según DARÍO I. RESTREPO (Ídem), en virtud del déficit fiscal se recortan transferencias, se debilita políticamente a las entidades territoriales frente a las funciones descentralizadas, se cohibe el endeudamiento local, se pactan acuerdos de ajuste fiscal y de esta manera se coarta la autonomía local. De otro lado, de acuerdo con LORDELLO DE MELLO (Op. cit.: 28), “si se quieren tener gobiernos municipales actuando en el proceso de desarrollo, hay que hacerlos participar de los ingresos de los niveles superiores, sin que se olvide, al mismo tiempo, estimular a los más prósperos a sacar el máximo provecho de sus fuentes tributarias propias, en vez de acomodarse a las transferencias”. Se constituye entonces en una grave falla de las instituciones políticas locales, el hecho de trasladar a los municipios, con la excusa de la descentralización, la presión de las demandas sociales sin que alcancen las contrapartidas financieras; con esto, el nivel central se lava las manos y deja a los municipios solos con una responsabilidad para la cual no están preparados económicamente. Tal es el caso de la reciente Ley de Infancia y Adolescencia, que otorga a los municipios la potestad y obligación de incluir las acciones de política pública para atender la garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes de la jurisdicción

local; sin embargo, los recursos se siguen manejando desde el nivel central y los mandatarios locales no tienen poder de decisión sobre ellos.

– Control: todo esquema de descentralización implica necesariamente el establecimiento de mecanismos de responsabilidad política o pública de los organismos descentralizados. Este control se asocia con las instituciones creadas para tal fin, como las contralorías, que muchas veces exceden sus controles a los gastos cotidianos y de esta manera inmovilizan las administraciones municipales y reducen su eficacia. De otro lado, se asocia con los mecanismos de participación ciudadana en el ejercicio del control social a la gestión pública, y los ejercicios de rendición de cuentas para hacer transparente la gestión pública. Luego, en este mismo marco se plantea la participación comunitaria como la posibilidad de participación de los ciudadanos, de manera organizada, en los asuntos públicos de los municipios. Sin embargo, como lo afirma DARÍO I. RESTREPO (2004: 92), “la participación comunitaria sigue siendo, en la mayoría de los casos, instrumental, esto es, un instrumento de validación de opciones políticas y burocráticas, de organización barata del trabajo social en las políticas públicas, de perfeccionamiento de escogencia entre opciones previamente establecidas del gasto público”. Por lo tanto, la tarea debiera consistir en transformar estas formas de visualizar el ejercicio de la participación comunitaria y transformarlo hacia una “práctica que define programas de gobierno, planes de desarrollo y orienta el presupuesto municipal” (Ídem).

ACERCA DE LOS PLANES DE DESARROLLO COMO INSTRUMENTOS DE PLANEACIÓN DEL DESARROLLO LOCAL

Según TORRADO y ANZELLIN (2006:10):

El plan de desarrollo es el instrumento por el cual se definen las estrategias, políticas, programas y proyectos que hacen

posible el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo en términos de equidad y sustentabilidad con el medio ambiente y los patrones sociales y culturales desarrollados sobre el mismo. El plan consta de un diagnóstico real del municipio, un análisis contextual de las características que comprenden cada una de las problemáticas diagnosticadas, las acciones que se necesitan emprender, los recursos con los que cuenta y las posibilidades reales de intervención. En otras palabras, priorizar los problemas y trazar las estrategias.

Según la Procuraduría General de la Nación (2006: 78):

La Ley 152 de 1994 y la Constitución Política de Colombia, los planes de desarrollo de los entes territoriales deben incluir un plan plurianual de inversiones, donde se establezcan los recursos disponibles para el periodo de gobierno, además de los programas y proyectos en los cuales se realizarán inversiones y la fuente de financiación de cada uno de ellos. Este plan debe estar diseñado de tal forma que se garantice que en el mediano y en el largo plazo se van a desarrollar las acciones necesarias que conduzcan a la solución de los problemas más importantes de los municipios o los departamentos y a elevar la calidad de vida de la población.

Sin embargo, en estudio de la Procuraduría General de la Nación (2005, citado por TORRADO: 24) se señala que:

La garantía de los derechos de los niños es una obligación del Estado, pero a pesar de ser esto una obligación, la inclusión del tema en los planes de desarrollo –como instrumentos que determinan las prioridades de intervención en el municipio– demuestra que en la mayoría de los casos los municipios no cuentan con un sistema de información adecuado que monitoree la calidad de vida de los niños y niñas y por tanto es difícil determinar la magnitud de las problemáticas que les afectan y por tanto son pocos programas en los planes de desarrollo que protejan sus derechos.

Según estudio efectuado por ALFREDO SARMIENTO, JORGE IVÁN GONZÁLEZ y otros (2005), en el campo de la política pública, aunque sí se observa una mayor preocupación por los temas de la niñez y de la juventud, la aproximación suele hacerse desde la perspectiva sectorial, en la que se destacan por su importancia las áreas de la educación y de la salud, señalando el autor, la necesidad en la consolidación de políticas públicas transversales dirigidas a la infancia y a la juventud.

De otro lado, la misma Ley 1098/06 define como políticas públicas de infancia y adolescencia, el conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de la familia, para garantizar la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes (artículo 201), y señala como responsables del diseño, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas de infancia y adolescencia en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal, al presidente de la República, los gobernadores y los alcaldes, señalando, además, que su incumplimiento será sancionado disciplinariamente como causal de mala conducta, su responsabilidad es indelegable y conlleva a la rendición pública de cuentas (artículo 204) (ICBF, 2006: 91).

Es en este marco legal y político de derechos de infancia, en el que el tema del desarrollo local adquiere relevancia. Supone la puesta en marcha de un proceso dinámico de ampliación de las capacidades locales, para lograr la mejoría intergeneracional sostenida de la calidad de vida de todos los integrantes de una población. Esto incluye componentes económicos, sociales, culturales y políticos (CORAGGIO: 1). Considerando lo local como “condición común de una población que comparte una historia de asentamiento (que muchas veces desconoce) y la vida cotidiana cara a cara –aunque sea de manera más o menos desigual, más o menos conflictiva o solidaria–, en un territorio de radio variable, cuyos problemas están inmediatamente interconectados y

desde donde se vincula a otras localidades o micro regiones y a su mas amplio entorno regional o nacional” (Ídem, 2).

Para TORRADO y ANZELLIN (Op. cit.: 27), la lógica de desarrollo local aparece como una alternativa para hacer frente a problemas apremiantes de nuestra población, problemas a los que no se les ha administrado una adecuada intervención desde la lógica centralista y que tal como se conoce no ha mostrado los resultados esperados, sino que, por el contrario, arroja más niños, niñas y familias en situación de pobreza, de inequidad, de discriminación y exclusión social... “esta propuesta puede parecer una utopía en contextos donde no hay gobiernos locales sólidos, efectivos y responsables, con dificultades de autonomía del orden central y con recursos mínimos de mantenimiento; pero todo es parte de un proceso en construcción que necesita movilización y participación comunitaria, apoyo técnico y fortalecimiento institucional”.

ACERCA DE LOS CONSEJOS DE POLÍTICA SOCIAL

El espacio por excelencia par la planeación participativa de políticas de infancia y adolescencia son los Consejos de Política Social, creados por el Decreto 1137 de 1999 y ratificados en la Ley 1098 de 2006, según la cual “en todos los departamentos, municipios y distritos deberán sesionar Consejos de Política Social, presididos por el gobernador y el alcalde quienes no podrán delegar ni su participación, ni su responsabilidad so pena de incurrir en causal de mala conducta (artículo 207) (Ídem: 91).

Los Consejos de Política Social son definidos como la instancia departamental, distrital y municipal de carácter obligatorio, de coordinación y toma de decisiones, en la que converge la acción intersectorial e interinstitucional y la articulación de su trabajo con la elaboración de la agenda pública para incidir en la formulación de política social territorial, es decir, son el espacio donde se analizan

y construyen líneas de política pública para la definición de planes, programas y proyectos que legitimen los derechos de los niños, niñas, jóvenes y familias (ICBF, 2005).

Es precisamente a través de los Consejos de Política Social, de las redes de apoyo social y las redes de protección social, que las autoridades locales deben promover los esfuerzos que se requieran para contribuir al mejoramiento de las condiciones de vida de la población de niños, niñas y adolescentes y de sus familias (ICBF, 2006a: 15).

Por lo anterior, los Consejos de Política Social se constituyen en los espacios por excelencia, desde los cuales adelantar la gestión de políticas públicas para la atención de la infancia y la adolescencia. Con la connotación que le otorga la Ley 1098/06, el tema deja de ser el comodín de las primeras damas municipales y pasa a otorgársele el lugar que lo acredita en un espacio para la construcción colectiva y la concertación, en el cual, para ser efectivos los derechos de la población menor de 18 años, debe haber representación de los organismos del Estado, organizaciones sociales y comunitarias.

LOS PRINCIPALES RETOS Y DESAFÍOS

En el proceso de implementación de políticas públicas de infancia se plantean varios retos y desafíos:

1. Promover la transformación de lo político, para hacer efectiva la participación local... (CORAGGIO, Op. cit.: 2). Esto implica la generación de comunidades locales de aprendizaje, donde se reconozcan las capacidades de las personas, familias, grupos y comunidades para la transformación de sus propias realidades y asumir los niños, niñas y adolescentes como el eje central del accionar en la búsqueda colectiva de mejorar las condiciones de vida de los habitantes en un espacio territorial definido.

Esta es una invitación a la transformación de las relaciones sociales, de las instituciones, de la cultura, la política y los

modos de vida, en donde los representantes políticos dejan de ser mediadores de recursos externos, inauguradores de obras físicas “para la foto”, para ser mediadores en sentido horizontal, hábiles, con reconocimiento entre los diversos sectores o intereses que constituyen una comunidad local, potenciando alianzas desde las bases, facilitando la emergencia de las iniciativas y a la vez fortaleciendo las responsabilidades de todos para el desarrollo (Ídem: 4).

Se requiere potenciar respuestas multisectoriales ante problemas complejos y una sociedad local organizada, cuya estructura y redes colectivas representativas, y sus propuestas y demandas, sean reconocidas independientemente de su color partidario, dando prioridad y articulando los recursos públicos locales, así como los que vienen de otras instancias (Ídem: 7). Es importante trabajar en el fortalecimiento de los Consejos de Política Social, como los espacios que promueven la autonomía local y, como tal, implican un diálogo permanente con la sociedad civil local y su involucramiento en asuntos sociales.

Se requiere generar conocimiento sistemático de los procesos eficaces de desarrollo local, desde el aporte de la academia. A la vez, generando comunidades locales de aprendizaje donde se supere la cultura de respuestas clientelista, inmediateista y oportunista para dar paso a una cultura de derechos, de acciones sostenidas en donde la solidaridad, la cooperación y la participación son potentes instrumentos para lograrlo (Ídem).

Se requiere promover la incorporación del tema de la infancia en las agendas políticas de los gobernantes locales, para lo cual, según TORRADO y DURÁN (Op. cit.: 32 - 38), son fundamentales los siguientes elementos claves: voluntad política; capacidad técnica, de gestión e intervención; coordinación interinstitucional; sostenibilidad; movilización social; acompañamiento; monitoreo y evaluación.

Se requiere, finalmente, la promoción de la igualdad entre los géneros, con la idea de promover la autonomía

de la mujer para que supere la pobreza, lo cual produce un doble dividendo: beneficia tanto a la mujer como a la infancia (UNICEF, 2006: 1). La participación de la mujer en la política local puede producir resultados inmediatos para las mujeres y los niños, sobre todo en lo referente a la distribución de recursos comunitarios y atención a la infancia. Incrementar la participación de la mujer en la política es esencial para promover la igualdad entre los géneros, habilitar las mujeres y hacer cumplir los derechos de la infancia (Ídem: 50).

Se requiere asistencia técnica y acompañamiento al proceso que se ha iniciado en el ejercicio de construcción participativa de políticas públicas de infancia y adolescencia, en el ámbito territorial, incluyendo, con ello, acciones específicas el fortalecimiento de las capacidades de las familias para ser ellas mismas generadoras de protección y garantes de derechos de sus propios miembros.

Se requiere pensar a los municipios como empresas y como tal, el papel del alcalde es el de un gestor social por excelencia, desmontando el discurso del administrador de pobreza y carencias, para apalancar el desarrollo local desde las capacidades mismas de los habitantes como conglomerados capaces de reconocer su realidad y de actuar sobre ella.

BIBLIOGRAFÍA

- CASAS, FERNÁN (2000). "Infancia, perspectivas psicosociales (fragmentos)", en Seminario Permanente, módulo de la Especialización en Prevención del Maltrato Infantil. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- CORRAGGIO, JOSÉ. Las políticas públicas participativas: ¿Obstáculo o requisito para el desarrollo local?
- CORPORACIÓN INFANCIA Y FAMILIA (2002). Propuesta de diagnóstico social situacional. Bogotá.

- ICBF (2007). Lineamientos de asistencia técnica para la implementación de la ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia. Bogotá, D.C., marzo de 2007.
- . (2006). Código de la Infancia y a Adolescencia. Ley 1098 de 2006. Bogotá D.C.: ICBF.
- . (2006a). Plan Nacional para la Niñez y la Adolescencia 2006-2015: Colombia un país para los niños y las niñas. Documento de trabajo, ICBF. Disponible en www.icbf.gov.co
- . (2005). Borrador reglamentación CPS. ICBF. Disponible en www.icbf.gov.co
- . (1999). El diagnóstico social situacional y su construcción desde el SNBF. Documento de trabajo. Bogotá.
- LORDELLO DE MELLO, DIOGO (1989). Primer seminario internacional de Gobierno Municipal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MARÍN, ALBA (2000). “Niños, Niñas y calidad de vida”, en Memorias Congreso de Trabajo Social. Bogotá.
- MULLER, PIERRE (2006). Las políticas Públicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, ET AL (2006). La infancia, el agua y el saneamiento básico en los planes de desarrollo departamentales y municipales. Bogotá, D.C.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - ICBF - UNICEF (2005). Municipios y departamentos por la Infancia y la Adolescencia. Bogotá, D.C.
- RESTREPO, DARÍO I. (2004). “Transferencias y desarrollo”, en Becker, Alejandro et al. Desarrollo de las regiones y autonomía territorial. Bogotá: GTZ, FESCOL.

- SARMIENTO ALFREDO, ET AL (2005). "Finanzas públicas, niñez y juventud Programa Nacional de Desarrollo Humano (PNDH)", documento de trabajo en PNDH, Bogotá, D.C.
- SAWAGE, THORSTEN (2004). "Autonomía territorial", en BECKER, ALEJANDRO et al. Desarrollo de las regiones y autonomía territorial. Bogotá: GTZ, FESCOL.
- TORRADO, MARÍA C. Y ERNESTO DURÁN. "Contribuciones al análisis de la política pública de infancia en la década de los noventa, Observatorio sobre Infancia, Universidad Nacional de Colombia, en www.observatorioinfancia.unal.edu.co
- TORRADO, MARÍA C. e I. ANZELLIN (2006). "La primera infancia en la agenda local colombiana: análisis y recomendaciones", en III Conferencia de la Red Latinoamericana y del Caribe de Childwatch Internacional, Observatorio sobre Infancia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D.C., mayo de 2006. Disponible en www.observatorioinfancia.unal.edu.co
- UNICEF (2006). Estado mundial de la infancia 2007, la mujer y la infancia, el doble dividendo de la igualdad de género.
- ZULETA, ESTANISLAO (2000). "El proceso de desnaturalización", en *Seminario Permanente, módulo de la Especialización en Prevención del Maltrato Infantil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: VIOLENCIAS QUE SE ENTRECROZAN

Cielo Mariño Rojas

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Resumen

[Palabras clave: Violencia intrafamiliar, Niñez, Protección Integral a la infancia y la familia, Violencia etaria, Violencia de género, Violencia por ausencia de política sociales]

La violencia intrafamiliar es producida por una serie de violencias que inciden en diferente grado y se entrecruzan en dinámicas al interior de la familia, en las cuales sus miembros, en particular las niñas, los niños y las mujeres, resultan maltratados. Estas violencias se relacionan con la violencia generacional que se ejerce contra las niñas y niños, como parte de una visión de no respeto y reconocimiento de ellos como sujetos de derechos; igualmente se enlaza con las dinámicas violentas contra niñas y mujeres, como manifestación de la violencia de género que se encuentra dispersa por lo social; por último, pero no de menor importancia, se

explica por la violencia generada por la ausencia de políticas sociales que garanticen la efectividad de los derechos, la cual, a su vez, genera otros tipos de violencia.

VIOLENCIA ETARIA

Se encuentran aún extendidas en nuestra sociedad formas de ver, sentir y pensar a la infancia modeladas dentro de la doctrina de la situación irregular que la ve como una categoría inferior de ciudadanos. El reciente cambio legislativo no incidirá de manera inmediata en las prácticas sociales; al contrario, es necesaria una labor de implementación del nuevo paradigma de la protección integral que modifique las maneras de relacionarnos con la infancia y la adolescencia.

Estas franjas etarias han tenido un proceso de formación en Occidente a lo largo de los siglos. Hemos heredado formas de asumir la niñez de un derecho romano que permitía al padre disponer totalmente de sus hijos en tanto le pertenecían; de hecho, el infanticidio fue una práctica extendida y aceptada hasta finales del siglo XIX. Las formas de castigo, que se proyectaron a la escuela, reflejaban estas percepciones, dentro de relaciones verticales, autoritarias, entre padres e hijos, maestros y alumnos.

El mundo de la infancia se sigue pensando y construyendo, en muchas de sus prácticas, dentro de la esfera privada. En el escenario familiar patriarcal, el padre de familia ejercía violencia contra la mujer y los niños, como parte de sus derechos. Las formas de violencia que al interior de la familia y la escuela se daban, y aún se siguen dando, forman parte de las dinámicas sociales que se asumen, en muchos de esos espacios, como propias.

Se consolida para el hombre adulto una inmunidad en el escenario privado frente a mujeres, niñas y niños. Al respecto, FERRAJOLI (1998) dice: "En los orígenes de esta exclusión de los niños del horizonte del derecho, se encuentra una paradoja vinculada a la rígida separación entre esfera

pública y esfera privada que se genera con el nacimiento del derecho moderno". La *patria potestad*, definida aún hoy en términos patriarcales, en el Código Civil o la *potestad parental*, incluyendo a la madre, sigue implicando *potestad*¹ sobre el *incapaz*. El nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 14, habla de la "responsabilidad parental", como complemento de la *patria potestad*. En nuestro mundo de la infancia se mantienen instituciones modeladas dentro un modelo de pensamiento que se piensa superado.

Concepciones que se han construido en términos de dominación y subordinación, ajenas al reconocimiento del carácter fundamental y prevalente que hoy tienen los derechos de la infancia, se encuentran dispersas en lo social, desde la organización del Estado o del mundo productivo, hasta las prácticas de socialización en familia y escuela. Todo esto se manifiesta en lo simbólico, en las representaciones, en el lenguaje a través del cual se construye, y reproduce en términos de incapacidad el mundo de la infancia. El concepto "*menor*", su reflejo, denota minusvalía y constituye una abstracta categoría que el derecho civil hace incapaz² y el penal, hasta hace muy poco, inimputable.

-
- 1 La *patria potestad* es definida por el Código Civil colombiano como: "...el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados...", y como aclara una jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, en fallo de Casación Civil, Sentencia de marzo 10 de 1987, será el *poder* que se tiene sobre "...el incapaz de obrar y de autorregular en forma independiente su comportamiento".
 - 2 El artículo 1504 del Código Civil establece que se debe considerar absolutamente incapaz al impúber y relativamente incapaces a los "menores adultos" (a estos últimos en virtud de una modificación introducida por el Decreto 2820 de 1974). A su vez, el artículo 34 del cc señala que será infante o niño todo aquel que no ha cumplido 7 años; impúber, el varón que no ha cumplido 14 años y la mujer que no ha cumplido 12; menor adulto, el que ha dejado de ser impúber y mayor de edad, el que ha cumplido 18 años. El Código de la Infancia y la Adolescencia señala, en su artículo 3, que sin perjuicio en lo establecido en esta última norma civil, se entenderá por niño o niña las personas de 0 a 12 años y adolescentes las personas entre 12-18. La

Estas percepciones alimentan los diferentes escenarios de la infancia, de manera que éstos, y en aras de su protección, se tornan cerrados, privados, aunque la ley los defina de diferente manera; no se pueden ver, conocer sus dinámicas internas, los criterios de aplicación de las diferentes normatividades son ajenos, la mayoría de las veces, a consideraciones jurídicas, a debates públicos, se nutren del *sentido común* y, en el mejor los casos, del derecho privado.

La realidad del mundo infancia que hoy conocemos, se ha construido alrededor de conceptos que hasta hace poco se han ido modificando. Sin duda, la idea de ciudadano respecto a la niña y el niño se está aún construyendo.

Entender la infancia como una etapa decisiva del ser humano con todas las características que le son adjetivas, ha sido fruto de las últimas décadas y reflejo de ello la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 y, en Colombia, la Constitución Política de 1991 que establece expresamente el carácter fundamental y prevalente de los derechos de la infancia. La nueva Ley de la Infancia y la Adolescencia –CIA–, del 8 de noviembre de 2007, ajusta la legislación nacional al desarrollo del DIDH en esta área.

En esta nueva ley, la consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos se encuentra establecida en concordancia con los diferentes instrumentos y lineamientos internacionales y con la Constitución Política. Para la implementación del nuevo modelo es necesario, primero, un cambio en las maneras de percibir, “saber” y sentir al niño, niña o adolescente, cambio que ha surgido, y debe surgir en las dinámicas sociales, en nuevas “habituaciones”³, en la interacción de los seres humanos; cambio que permita ver

categoría de adolescente ya había sido incluida en la Constitución Política, artículo 45, sin señalar la franja etaria.

3 Término que denota un acto que se repite con frecuencia y que va creando una pauta (BERGER y LUCKMANN, 1998: 74).

al otro, al infante, diverso y total⁴, capaz, sujeto de derechos, responsable (como en el caso de los adolescentes infractores). Maneras de sentir y pensar a la infancia que permitan un cambio en las instituciones y en las formas jurídicas, para que los derechos de los niños se hagan efectivos en cada una de las esferas donde se encuentran alterados.

LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR,
EJE DEL ANTERIOR MARCO NORMATIVO

El paradigma sobre el cual se construyó el anterior Código del Menor era el de la situación irregular. El conjunto de producción teórica que constituía la doctrina que le daba forma era homogénea, no presentaba interpretaciones que suscitaban debate, ni se planteaban opiniones contrapuestas a su interior. Esto se explicaba por la percepción generalizada anteriormente señalada.

A través de esta doctrina se legitimaba la posibilidad de disponer de los niños por parte del Estado, cuando, en virtud de situaciones de vulneración, eran definidos en uno de los eventos de situación irregular. El Código de Menor, CM, en su artículo 30⁵, traía los eventos en que una niña o un niño podían ser declarados en tal situación, correspondiendo la

4 En un punto diferente de desarrollo con respecto al adulto.

5 Art. 30. Un menor se halla en situación irregular cuando:

1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro.
2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas.
3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.
4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal.
5. Carezca de representante legal.
6. Presente deficiencia física, sensorial o mental.
7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción.
8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley.
9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

mayoría de ellos a la ausencia de políticas sociales y dando como consecuencia la institucionalización o la adopción.

El maltrato físico o psicológico del cual podía ser víctima el niño, como causa de la declaración de abandono o de peligro, dentro del derogado CM (artículo 31 N. 4 CM), se presentaba, la mayoría de ocasiones, por la reproducción de la violencia estructural y castigaba la pobreza, al arrebatarse a la familia su hijo, institucionalizándolo. La declaración de abandono se daba en el momento de la manifestación de problemas que no habían sido resueltos en el campo de las políticas sociales (BISIG y LAJE, s.f.: 154).

LA PROTECCIÓN INTEGRAL: CAMBIO DE PARADIGMA

La Convención sobre los Derechos del Niño—CDN—(adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada a través de la Ley 12 de 1991), consagró el paradigma de la protección integral de la niñez, que se entiende como el conjunto de medidas que desde el Estado, la sociedad y la familia tienen que desarrollarse para garantizar la efectividad de los derechos y libertades de los niños, niñas y adolescentes. Esto básicamente se dará en un Estado que además de garantizar la protección del niño en sus diversas instituciones, invierta en políticas públicas para la infancia; en una sociedad solidaria, tolerante (del otro, del niño), y en una familia que brinde amor y afecto a sus hijos.

En el escenario de la infancia, este instrumento jurídico de carácter internacional constituye un punto de partida y de convergencia a la vez, que da las bases para una nueva definición de la infancia. De convergencia, porque allí confluyeron los movimientos sociales que, nutridos desde nuevas concepciones de la infancia, desde el derecho y ciencias, como la psicología evolutiva, propusieron una nueva acepción de la niñez, y de partida, porque dio las

bases para otra aproximación de la infancia dirigida a la efectividad de sus derechos.

En América Latina, movimientos sociales han impulsado los procesos de cambio en el ámbito de la legislación interna sobre la niñez. Una nueva acepción de la infancia, fundada en nuevas percepciones y prácticas, basadas en los lineamientos e instrumentos internacionales que constituyen la doctrina de la protección integral, se ha venido desarrollando desde la sociedad civil en países como Brasil, Guatemala, Costa Rica.

En Colombia este cambio igualmente se ha dado, con la aprobación del CIA, que considera al niño, niña y adolescente como sujetos plenos de derechos y no como simples objetos de intervención institucional, vía tratamiento o internación, incorporando explícitamente en la legislación nacional esta nueva doctrina que desarrolla los principios constitucionales, como los principios básicos, especiales y específicos, contenidos en la CDN. Las políticas públicas se dirigirán a la totalidad de la infancia y no solo a aquel grupo al que se le ha declarado previamente en situación irregular, para protegerlo en términos de institucionalización o adopción. Grupo que, como se anotaba, es producto de la ausencia del Estado, en un gran porcentaje.

Para superar la condición actual de la infancia es necesario revisar los presupuestos sobre los que se construye su mundo. Se debe implementar una nueva percepción del niño como sujeto de derechos fundamentales y prevalentes, y de responsabilidades. Tiene que darse un cambio en las formas de saber, ver y sentir lo infantil, que permita un avance en el campo de lo jurídico que a su vez sea generador de nuevas formas de construir realidad. Si este cambio no se produce, tendremos la perpetuación de las anteriores prácticas jurídicas a través del nuevo marco normativo.

La nueva propuesta de políticas públicas tendrá que producir una política de protección por fuera de la institucionalización. La política de protección, frente al maltrato

infantil, como frente a los demás eventos de vulneración de derechos, se tiene que dar dentro del fortalecimiento a la familia, como señala la CIDN. La posibilidad de la ubicación institucional, que trae el nuevo código, se tiene que aplicar únicamente de manera residual.

VIOLENCIA DE GÉNERO⁶

Otra de las violencias que afecta a la familia es la que se inserta dentro de lo que se denomina violencia de género, dentro de la cual niñas y mujeres sufren las dinámicas familiares que se alimentan de una cultura que no las considera y trata como iguales.

A través de la forma que asuma la sexualidad, se percibe el mundo de una forma específica y se exterioriza la subjetividad. La sexualidad nos permite relacionarnos de una manera específica con el mundo, percibirlo de un modo particular; va mucho más allá del conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan cada sexo, como tradicionalmente podría ser definida. Las definiciones sociales inciden en las autodefiniciones. Las maneras de pensar y sentir lo femenino y lo masculino, están atravesadas por el significado del amor y el deseo, por la importancia que para nosotros tenga; significados y formas de pensar y sentir que se han interiorizado en procesos de socialización dentro de la historia específica de cada cual. La construcción de las formas que asumen los géneros es histórica, cambiante⁷.

6 Parte de este acápite fue tomado del análisis de violencia de género que realicé para la presentación de los resultados de violencia sexual, de las Encuestas de Victimización, del Centro de Investigación en Política Criminal –CIPC– de la Universidad Externado de Colombia (CIPC, 2003).

7 Las formas que asume la sexualidad son cambiantes, “producto de las propias formaciones socio-culturales del hombre más que de una naturaleza humana establecida biológicamente” (BERGER y LUCKMANN, 1998: 70).

La posibilidad o represión de las diversas formas de sexualidad, será la posibilidad o represión del ser que a través de dicha sexualidad se manifiesta. En nuestra sociedad lo femenino y lo masculino se han construido alrededor de ideas y valores que han limitado su desarrollo. Las prácticas dentro de las cuales se manifiesta lo femenino han revestido formas violentas, al interior de espacios familiares y sociales, reduciendo las posibilidades de su exteriorización. La violencia sexual contra mujeres y niñas es parte de una violencia más extendida que la nutre y refleja la percepción que de lo femenino tiene la cultura en que ésta se manifiesta, y representa, simboliza, la violencia contra lo femenino.

En Latinoamérica, determinadas formas de violencia son ancestrales, pero su proceso de visibilización tiene una historia breve. Todas las formas de violencia que al interior de la familia (y el trabajo) se ejercían, y aún se siguen ejerciendo (y dentro de ellas, la violencia sexual) forman parte de las prácticas sociales que se asumen como propias, tal como se señaló en relación con la infancia.

Dentro de la familia patriarcal, como ya se anotó, el padre de familia ejercía, y aún ejerce, en un gran porcentaje, violencia contra la mujer, como parte de sus derechos, en el entendimiento de que la familia era un escenario privado donde podía realizar cualquier tipo de violencia en su contra, por la sujeción que durante siglos se dio. En relación con la niña se presentaría, entonces, una doble violencia, como hija y como niña.

Respecto a la definición de esfera pública o privada, la Corte Constitucional, en Sentencia T382 de agosto 31 de 1994, dijo: "la violencia familiar no puede ser considerada como un asunto netamente privado, que por su carácter íntimo se sustrae a las consecuencias del legislador y del juez"; no pueden haber fronteras, límites que permitan el ejercicio de la violencia contra los que más merecen protección, las niñas y los niños, o contra quienes se han acostumbrado a

esa violencia, han crecido con ella y la asumen como propia de sus formas de interrelación: las mujeres violentadas.

Las relaciones se han construido desconociendo la igualdad de derechos que la mujer tiene, sin mencionar la calidad de derechos fundamentales y prevalentes que cualifica a los derechos de la infancia. Tales formas de relación son el reflejo y a su vez reproducen concepciones ajenas a un conjunto de derechos predicables de todos los individuos. Estas concepciones están disponibles en lo social, se manifiestan en lo simbólico, en las representaciones, en el lenguaje.

Las prácticas de socialización discriminatorias hacen que la percepción de la violencia cotidiana, sutil, se dificulte. Valoraciones negativas de la mujer son parte de los mensajes de los medios de comunicación, y en general de un conjunto de valores que sigue presentando a la mujer como objeto, y en tanto cosa las características físicas de una estética banal y frívola se imponen. La socialización de las niñas se sigue dando en clave de domesticación, señalándole con ello competencias restringidas. La dependencia económica es causa y efecto de un ciclo que se perpetúa.

Pero esta lectura no solo se admite hacia el pasado, son múltiples los diagnósticos en materia de violencia contra la mujer en escenarios privados. La Defensoría del Pueblo (1995: 9) la describe en estos términos: "La violencia es empleada en familias organizadas en forma autoritaria y jerárquica, en las que el poder es ejercido por los considerados como "más fuertes". La sociedad ha asignado este papel a los hombres (...) algunos pretenden dominar a quienes han sido definidos como débiles por razones físicas, económicas o sociales: mujeres, niños y niñas, ancianos y ancianas, o personas con algún grado de discapacidad. Estos asumen su subordinación y generalmente desarrollan mecanismos pasivos de defensa".

El artículo 13 de la Constitución Política establece la igualdad y su concreción en la exclusión de todo tipo de discriminación por razones, entre otras, de género, y, además,

una protección especial respecto de “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”, comprendiendo dentro de ellos las niñas, niños, adultos mayores y discapacitados. Inclusión de una protección especial que en las prácticas cotidianas, dentro de las esferas públicas y privadas, constantemente se desconoce.

En virtud de la Ley 57 de 1887, la mujer casada perdía su capacidad civil por el hecho de contraer matrimonio; la Ley 28 de 1932 le devolvió esa capacidad pero estuvo aún sometida a la potestad marital hasta 1974, con el Decreto 2820, que igualmente otorgó la patria potestad conjunta –potestad parental–, pero siempre potestad sobre los hijos. Dentro de la potestad marital, la mujer era igualmente objeto de disposición del hombre. Se entendía que ella era incapaz y que debía estar sujeta a la potestad del marido, en reemplazo del padre.

Las palabras se resisten al cambio social, cuesta declinar en femenino. Las prácticas sociales se detienen en un lenguaje que las cristaliza. El lenguaje que es utilizado por los agresores sexuales es parte de un lenguaje más extendido que reduce lo femenino a un segundo lugar, lo excluye o lo define en términos de dependencia. El lenguaje legítima lo existente, contiene expresiones, palabras peyorativas que reflejan las percepciones dispersas en lo social y a su vez las reproducen, dándolas como hechos inmodificables.

La mujer víctima de agresiones, y que permite que se repitan estos comportamientos contra ella, se encuentra sujeta, la mayoría de las veces, a una dependencia económica o psicológica; se asume inferior, tiene una baja autoestima, una femineidad deformada, incapaz de reaccionar.

Al lado de esto, la cultura machista latina eleva a la categoría de valor la fuerza; en el ejercicio indiscriminado de sus aptitudes físicas, no afectivas, el hombre se reconoce como tal; en éstas, se piensa débil, afeminado.

El ejercicio del poder en el ámbito privado y la valoración positiva de la fuerza, hacen de las niñas, los niños y las mujeres víctimas cotidianas.

Con el movimiento feminista surgido en diferentes países en los setenta, tomado como movimiento el "término que connota simbólicamente un ámbito de experiencia histórica y contemporánea a través del cual un grupo de sujetos *se habla y se reconoce*" (PITCH, 1983: 192), la manera de pensar y sentir su propia experiencia se supo común, y la palabra, el poder de manifestarlo ha hecho que poco a poco se vaya visibilizando más este conflicto social. Se redefine lo público y lo privado, no habrá feudos donde se puedan vulnerar derechos y restringir libertades arbitrariamente.

La violencia contra la mujer debe ser entendida, tal como la define la "Declaración sobre la Eliminación de Violencia contra la Mujer", de las Naciones Unidas, de diciembre de 1993, como "Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada".

Dentro del marco normativo que en el ámbito internacional se ha ido desarrollando, fruto de los movimientos que con perspectiva de género se han dado en diferentes países, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem Do Pará", del 9 de junio de 1994, aprobada por la Ley 248 de 29 de diciembre de 1995, afirma que "la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades" y reconoce que la "violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación

de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres". Su artículo primero consagra:

...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

El artículo 2º establece:

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual: b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro, acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

La violencia contra la mujer es el marco más amplio dentro del cual se inserta la violencia sexual. Para definir esta última se tiene que acudir a los diferentes escenarios y manifestaciones. ARGELIA LONDOÑO VÉLEZ (1998: 7) propone: "Esta constituye todo acto o amenaza de acto que vulnera los derechos humanos de las personas, sus libertades y su dignidad en el terreno de la sexualidad y la reproducción", pero esta definición no incluye otras formas de violencia sexual que no lleguen a la materialización, como la violencia verbal que tiene por objeto la condición femenina, que lesiona la dignidad humana y la construcción de una identidad plena: cuando ésta es constante en la infancia o adolescencia, incluso en la adultez, producirá identidades negativas. Presenta un espectro amplio: esta violencia sexual

va desde la palabra hasta el acto que puede manifestarse en formas extremas, como la prostitución forzada.

VIOLENCIA POR LA AUSENCIA DE POLÍTICAS SOCIALES

La ausencia de políticas sociales es la tercera forma de violencia que analizaré, pero está en la base de otras formas de violencia, entre ellas, en diferentes grados, de las ya analizadas, al no posibilitar escenarios donde se hagan efectivos los derechos, sino creando o perpetuando dependencias que se manifiestan en restricciones etarias o de género. Sin embargo, tal como señala LUDWIG GUENDEL, en su artículo: *La política pública y la ciudadanía desde el enfoque de los derechos humanos: La búsqueda de la nueva utopía* (pag.196), las iniquidades intergeneracionales y aquellas de género no están asociadas exclusivamente con la pobreza, ya que se pueden presentar en hogares de todos los niveles sociales.

AMARTYA K. SEN (1999) anota en su conferencia: *Invertir en la infancia: su papel en el desarrollo*, que “el proceso de desarrollo puede considerarse como una amplificación de la libertad humana”, señalando que las libertades que la gente disfruta dependen de “factores determinantes, tales como las instituciones sociales y económicas (por ejemplo, las instalaciones para la educación y el cuidado de la salud), así como también los derechos políticos y civiles”.

Las políticas económicas y sociales ponen a la población y en especial a la infancia en condiciones de vulnerabilidad y exclusión social y económica, dentro del modelo económico vigente en la región. Se ha ido perdiendo paulatinamente el carácter público de la educación y la salud, que representan derechos básicos e irrenunciables frente a la protección integral debida a la infancia, y posibilidades concretas de democratización de las sociedades.

Modelos económicos que giran alrededor de los intereses del mercado dejan de lado la búsqueda de la efectividad de los derechos de la infancia. Los Estados que se han obligado

a través de los diferentes instrumentos han olvidado que deben “realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles” (Ídem: 77-78).

La protección integral de la familia se establece en el artículo 42 de la Constitución Política. Los instrumentos a través de los cuales el Estado colombiano ha adquirido esta obligación, son los siguientes:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 16, numeral 3.º dice:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

La protección a la familia, y de las niñas y niños, como parte de los derechos económicos sociales y culturales, se establece en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 2. 1:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Artículo 10. 1:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. 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. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Artículo 11:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a tal efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Artículo 12. 1.

Los Estados Partes en el Presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a. La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.

En el ámbito regional tenemos:

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la Ley 16 de 1972, en su artículo 17 señala:

“1. La familia es el elemento natural y fundante de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

En su artículo 19 señala:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, suscrito el 17 de noviembre de 1988, aprobado por la Ley 319 de 1996, incluye la obligación de adoptar medidas, tanto internas, como en el marco de la cooperación internacional, para la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Protocolo, la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos tales derechos y la obligación de no discriminación.

Establece, frente a la familia, en su artículo 15:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.
3. Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

- a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;
- b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;
- c. adoptar medidas especiales de protección a los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;
- d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad

Artículo 16;

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres: salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

La Convención sobre los Derechos del Niño –CDN–, suscrita el 20 de noviembre de 1989, aprobada por la Ley 12 de 1991, ratificada el 28 de enero de 1991 y con entrada en vigor el 27 de febrero del mismo año, en su Preámbulo establece: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

El artículo 3.2. establece que “los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

En efecto, el artículo 4 de la CDN dice:

Los Estados Partes adoptarán las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

El artículo 6.2 establece que los “Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El artículo 18. 2 señala:

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en esta convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

La CDN establece el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, artículo 24; a la seguridad social, artículo 26; a la educación, artículo 28, entre otros.

La familia, grupo unido por lazos afectivos y solidarios, constituye el medio para el crecimiento de las niñas y niños. La CDN, en el artículo 27, establece que los Estados Partes están obligados a respetar la responsabilidad primaria de los padres de proporcionar atención y orientación a sus hijos, y a prestar apoyo a los progenitores, ofreciendo asistencia

material y apoyo. La corresponsabilidad entre familia y Estado frente a los hijos está ahí manifiesta.

Artículo 27 de la Convención:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social;
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño;
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño, a dar efectividad a estos derechos y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

En 1994 se declaró el año internacional de la Familia y se reafirmó que los programas deben apoyar a las familias, que son las que alimentan y protegen a los niños, en vez de ofrecer sustitutos a dichas funciones.

En el 2002, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró que la familia tiene la responsabilidad básica de la protección, la crianza y el desarrollo del niño y tiene derecho a recibir una protección y apoyo integrales.

En el plano nacional, la Constitución de 1991 consagra la *protección integral* de la familia, artículo 42, de la niña y el niño, artículo 44 y del adolescente, artículo 45 y establece en su artículo 5:

El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Y en el artículo 42 señala:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley.

En el Artículo 44 se determina que las niñas y los niños son sujetos de derechos, de derechos fundamentales, en tanto derechos humanos consagrados constitucionalmente, y prevalentes. De la misma manera establece la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en relación con sus derechos.

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás

derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Y el artículo 45 señala:

El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Los modelos económicos que se han impuesto en la región desconocen los derechos que son fundamentales y prevalentes, por ser de la infancia, consagrados en diferentes instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, imponiendo formas de ciudadanía limitadas y dependientes de políticas asistenciales.

La política será el medio para la realización de una concepción específica de ciudadanía. La forma que adquiera la política social posibilita modelos de ciudadanía acordes a ellas, ya que como sostienen los autores BUSTELO y MINUJÍN (1997: 39), “la política social no es más que el conjunto de instrumentos para operacionalizar e implementar distintas modalidades de ciudadanía”.

Frente a la infancia existen dos modelos antagónicos de ciudadanía, la asistida y la emancipada. La primera se da dentro de una concepción de políticas públicas que

realmente no lo son, ya que están dadas básicamente por el interés privado, y donde el gran regulador será el mercado. El clientelismo será característico de estas políticas, las iniciativas tendrán un corte caudillista, adjetivo igualmente a un paternalismo social en el cual los derechos serán dádiva. Al ser el mercado el regulador, se dará una concepción tutelar o asistida de la ciudadanía; aquellos que queden excluidos serán objeto de políticas que caracterizarán su ciudadanía como una ciudadanía subsidiada (Ídem: 42). Dentro de este modelo, las personas serán objeto de tratamiento o de intervenciones públicas puntuales, lo que corresponde, en el campo de la infancia, a medidas restrictivas de derechos, como en el caso de la niñez abandonada o maltratada. No se trabaja sobre las causas sociales y económicas que las generan, sino se reacciona de forma temporal, epidérmica. Doble negación de derechos que es a su vez doble negación de ciudadanía.

El modelo antagonico, la ciudadanía emancipada, implica la prevalencia de un interés común, de una fortaleza de lo público, más que del Estado. Las personas actuarán tanto en una dimensión individual como social, porque es una tarea democrática la construcción de ciudadanía. La niñez y la adolescencia deben estar presentes en las diferentes instancias encargadas de formular las políticas y realizar los procesos encaminados a hacer efectiva su protección integral. La política pública tiene que ser un medio para la realización de una ciudadanía de seres no dependientes sino autónomos, de ciudadanos con plenitud de derechos. La concreción de los derechos políticos, económicos y sociales, de las niñas y los niños, dentro de la igualdad y la participación, posibilitan su ciudadanía y la democracia.

La ausencia de políticas sociales es un tipo de violencia, la estructural, como la califica JOHN GALTUNG, que representa la disminución, por parte de los que son víctimas de ella, de las posibilidades de efectividad de sus derechos, y que genera, dentro de la familia, dinámicas de violencia en su

interior, que se pueden manifestar como agresiones de género o intergeneracionales, en las cuales las niñas y los niños, como las mujeres, son las principales víctimas.

Colombia se halla entre los países más inequitativos del mundo, ubicándose en el segundo lugar después de Brasil, en América Latina, que es la región donde se presenta la mayor desigualdad en la distribución de recursos en el mundo. El 20% de los hogares más ricos concentra el 52% de los ingresos. "Hoy el 1,1% de los propietarios de la tierra en el país tiene más del 55% del territorio cultivable y explotable", cerca de 30-35% estaría ligado al narcotráfico o a la corrupción, dice GARAY (2003: 15-31). En el libro también se sostiene: "Vale recordar, además, la falta de reproducción del capital social en el seno de la familia como el ámbito inicial de la formación humana, y su progresiva depredación. Hoy, más del 30% de las familias colombianas tienen una mujer cabeza de familia, que se ve obligada a desempeñar múltiples funciones en condiciones de ingresos precarios".

Se debe luchar contra la pobreza y la exclusión social, dentro de un Estado social de derecho. EDUARDO S. BUSTELO y ALBERTO MINUJÍN (Op. cit.: 7) señalan, en su documento sobre política social: "América Latina sigue sin resolver importantes cuestiones relacionadas con el desarrollo. Ciertamente la más importante de estas cuestiones es la exclusión social de significativos segmentos de su población sumergidos en el desempleo, el sub-empleo, la pobreza y la indigencia".

SITUACIÓN DE LA NIÑEZ Y POLÍTICAS FRENTE A LA INFANCIA Y LA FAMILIA

Las medidas originadas en el sistema económico neoliberal han generado un incremento alarmante de los índices de pobreza en el país. Las decisiones económicas tomadas dentro de los lineamientos neoliberales excluyen a un gran porcentaje de la población, dentro del cual las niñas y

los niños, al lado de otras franjas vulneradas, se han visto fuertemente afectados. La lucha por la supervivencia es la primera batalla que tienen que dar 2,5 millones de niños que deben trabajar en condiciones de alto riesgo, de los 4 millones laboralmente explotados. Según el Departamento Nacional de Estadística, DANE, hay en Colombia, para el 2005, alrededor de 15.000.000 de niñas y niños, sobre una población de 41.468.384; de éstos, aproximadamente, el 40% vive en condiciones de pobreza y el 17%, en la miseria.

En relación con la prevalencia del derecho a la salud, la Ley 100 de 1993 ha ido desmontando el sistema público de salud para convertirlo en un sector de promoción, prevención, vigilancia y control de salud pública realizado desde instituciones privadas. De acuerdo a la Defensoría del Pueblo (2005: 57-58), el derecho a la salud ocupó el segundo lugar dentro de los cinco derechos con más peticiones recibidos por esa entidad en el ámbito nacional, correspondiendo al 25,7% del total de tutelas, especificando que el tipo de vulneración estuvo dado, básicamente, por la deficiente e inoportuna atención médico asistencial y por la negación de la prestación del servicio de salud.

El derecho a la educación no ha alcanzado la universalidad ni gratuidad debidas⁸. Como lo señalaba el anterior Plan Nacional de Desarrollo, los indicadores de cobertura, eficiencia y calidad del sistema educativo mostraban que los avances han sido lentos e insuficientes, al igual que en ocasiones, los aumentos en cobertura se han logrado a costa de la calidad. Dentro de las siete herramientas de equidad establecidas en el Plan, no se establecía un aumento de recursos ni se fijaban estrategias para lograr una ampliación de la educación gratuita, debiendo ser las familias las que cubrían los gastos generados.

8 Según el Instituto Colombiano de Estudios en el Exterior, ICETEX, se estima la deserción escolar en el 30%.

Tal como lo anota el Comité de los Derechos del Niño (2006: párrafo 76), a pesar de la gratuidad que consagra la Constitución Política, la reserva de la posibilidad de cobrar a quienes tienen la posibilidad de hacerlo “ha creado un sistema educativo discriminatorio, caracterizado por el cobro de derechos de matrícula arbitrarios y la exclusión social”; señala la calidad deficiente de la educación y la “persistencia de gastos ocultos en concepto de tasas administrativas, uniformes, material escolar y transporte”.

En el Plan Nacional de Desarrollo del primer periodo de ÁLVARO URIBE VÉLEZ, dentro de las llamadas siete herramientas de reactivación social, en la estrategia social del Gobierno, se encontraba la de equidad; en ella se hallaba la protección a la familia, la infancia y la juventud. Se establecía que se implementaría una política pública que protegiera y fortaleciera la infancia, basada en la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado. Dicha política focalizaría la atención hacia los sectores que se encontraran en situación de desprotección por su extrema pobreza o que pertenecieran a grupos vulnerables.

Con ello se demarcaba que la política para la infancia no se enmarcaba dentro del paradigma de la protección integral que establece su marco general de acción dentro de una concepción de políticas que se desarrollan dentro de la integralidad, universalidad, indivisibilidad y simultaneidad. Al contrario, dentro del marco de la situación irregular se han dado únicamente planes y programas fragmentarios y temporales, ajenos a una real política pública.

De otra parte, la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, a través de políticas de ese orden se vio desplazada por políticas de *seguridad*, dentro de lo que se ha dado en llamar “lucha contra el terrorismo”, en el marco de la política de seguridad democrática de ÁLVARO URIBE VÉLEZ.

El Plan de Desarrollo 2006-2010: “Estado comunitario: desarrollo para todos” no traduce en políticas públicas la

protección integral establecida en el nuevo Código de la infancia y la adolescencia. La no garantía de los derechos económicos y sociales de la infancia, a través de políticas públicas, acordes con su carácter fundamental y prevalente, representa una violencia generadora de otros tipos de violencia, como la intrafamiliar. La violencia al interior de la familia, a más de sus componentes etarios o de género, está asentada, en la mayoría de los casos, en profundas inequidades sociales y económicas, que constituyen formas de violencia que dificultan interrelaciones familiares. En el informe de junio de 2006, el Comité de los Derechos del Niño (Op. cit.: párrafo 20), se lee: “(...) al Comité le inquieta profundamente el gasto cada vez menor en educación, salud y servicios de atención social, capítulos todos ellos esenciales para la realización de los derechos del niño”.

CONSIDERACIONES FINALES

Se tienen que garantizar, a través de políticas públicas acordes con su carácter fundamental y prevalente, los derechos de la infancia. Si no se garantizan los derechos económicos y sociales, los miembros de las familias serán objeto de la violencia que ello implica, en tanto se les ha impedido satisfacer sus necesidades básicas, y se verán, de esta forma, excluidos de las posibilidades de ejercer una ciudadanía plena, y a su vez se expondrán a otras formas de violencia, basadas, algunas de ellas, en aspectos generacionales o de género.

Tal como señala el Comité de los Derechos del Niño (Ídem: párrafo 21), en su informe de junio de 2006: “El Comité recomienda enérgicamente que el Estado Parte, con arreglo al artículo 4 de la Convención, aumente las asignaciones presupuestarias para la realización de los derechos reconocidos en la convención, garantice una distribución más equitativa de los recursos en todo el país y dé prioridad a las partidas presupuestarias destinadas a garantizar la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales de todos

los niños y las niñas, en particular de los que pertenecen a grupos económicamente desfavorecidos, como los niños y las niñas afrocolombianos e indígenas”.

Según la Corte Interamericana, la educación y la salud son los pilares para garantizar una vida digna, de manera que una verdadera protección significa que las niñas y niños pueden disfrutar de todos sus derechos en especial de los económicos, sociales y culturales, que les otorgan los diferentes instrumentos internacionales señalados, frente a los cuales los Estados Partes deben adoptar medidas positivas para asegurar su realización. Pero, en Colombia, hasta la aprobación del CIA, no se había planteado una política integral de infancia y adolescencia.

De acuerdo al nuevo CIA, los responsables del diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas de infancia y adolescencia, en los ámbitos nacional, departamental y municipal, son el presidente, los gobernadores y los alcaldes. El Consejo Nacional de Política Social debe diseñar la política pública y asegurar los recursos y dictar las líneas de acción para garantizar los derechos de las niñas, los niños y adolescentes. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, debe articular las entidades responsables de la garantía, prevención de su vulneración, protección y restablecimiento de los derechos de la infancia⁹.

Una forma de *prevención* de la violencia intrafamiliar debe insertarse dentro de las políticas sociales, pues la relación entre ausencia de políticas públicas y condiciones de vulnerabilidad a la violencia, por parte de los miembros más frágiles

9 Pero hasta la entrada en vigencia del nuevo CIA, en el Plan Nacional de Desarrollo del primer periodo de URIBE VÉLEZ, se establecía que era el Ministerio de la Protección Social la entidad rectora de la política de infancia, que debería coordinar las acciones de instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil que se encontraban vinculadas al diseño de las políticas. El ICBF, como entidad adscrita al Ministerio, sería la encargada de la ejecución.

de la familia, demarca uno de los escenarios donde se debe trabajar en la prevención de este tipo de violencia.

De esta forma quedan esbozadas las tres formas de violencia que inciden en la violencia intrafamiliar: la generada por la ausencia de políticas públicas que hagan efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales buscan garantizar la satisfacción de las necesidades mínimas de las niñas, los niños y sus familias y que en gran medida es determinante de las otras dos: la generacional, que se presenta por la no consideración de las niñas y niños como sujetos de derechos sino como parte de una órbita de derechos que los padres creen que le asisten al interior de la familia; y la violencia de género, alimentada por la discriminación de que son objeto las niñas y las mujeres en diferentes ámbitos. Estas violencias se entrecruzan determinando en mayor o menor medida las dinámicas violentas que al interior de la familia se presentan.

BIBLIOGRAFÍA

AMAR AMAR, JOSÉ JUAN Y MARTA ALCALÁ CASTRO (2001). Políticas sociales y modelos de atención integral a la infancia. Bogotá: Ediciones Uninorte.

AMARTYA K., SEN (1999). *Invertir en la infancia: su papel en el desarrollo*. Conferencia. BID, Departamento de desarrollo sostenible. París.

BERGER, PETER Y THOMAS LUCKMANN (s.f.). *Construcción Social de la Realidad*. Trad. Silvia Zuleta, 15.^a Reimpresión. Buenos Aires: Amorrortu.

BISIG, NIDIA Y MARÍA INÉS LAJE (s.f.). "Abandono de Menores: Un enfoque jurídico-sociológico", en UNICEF. *Derecho a tener derecho: Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina*. Tomo II. Venezuela: Editorial La Primera Prueba.

BUSTELO, EDUARDO Y ALBERTO MINUJÍN (1997). *La política social esquivada*. Documento de trabajo n.º 2, UNICEF.

CIPC –CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN POLÍTICA CRIMINAL– (2003). *Cátedra de Investigación Científica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (2006). *Informe 2006*. CRC/C/COL/CO/3 del 8 de junio de 2006. párrafo 76.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2002). *Colombia entre la exclusión y el desarrollo*. Bogotá.

—. (s.f.). *Evaluación de los indicadores de desarrollo social en Colombia*. Disponible en Internet: www.dnp.gov.co

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2005). *Decimosegundo informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Bogotá: Imprenta Nacional.

—. (1995). *Mecanismos de protección de la mujer víctima de la violencia intrafamiliar y sexual*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

DANE. Disponible en Internet: www.dane.gov.co

FERRAJOLI, LUIGI (1998). “Prefacio”, en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO y MARY BELOFF (compiladores) (1998). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Compiladores. Bogotá: Temis.

GARAY, LUIS JORGE (2003). “En torno a la economía política de la exclusión social en Colombia”, en *Revista de Economía Institucional* n.º 8. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Facultad de Economía. Enero-junio de 2003.

GUENDEL, LUDWIG (s.f.). “La política pública y la ciudadanía desde el enfoque de los derechos humanos: La búsqueda de la nueva utopía”, en *Colección de documentos*. Instituto internacional de gobernabilidad de Cataluña. Disponible en Internet: www.iigc.org/documentos

- LONDOÑO VÉLEZ, ARGELIA (1998). "Violencia sexual: hacia una sexualidad sana", en *Profamilia: planificación, población y desarrollo*, vol. 16, n° 31 (junio, 1998). Bogotá: PROFAMILIA.
- MANRIQUE, MANUEL, Representante de UNICEF en Colombia (2002). *Informe Metas Cumbre Mundial para la Infancia. Observatorio de Familia y Niñez, Veeduría Distrital*. Bogotá: Inédito.
- PITCH, TAMAR (1983). Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale", en AAVV. *Innovazioni politiche e trasformazioni sociali degli anni 70. La riforma istituzionale*. Milán: F. Agnelli.
- UNICEF (2000). *De menor a ciudadano: Implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe*, vol. 2. Bogotá: UNICEF.

POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DENTRO
DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS
EN EL MARCO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL:
RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS PARA
LA NIÑEZ MALTRATADA

Cielo Mariño Rojas¹

En este artículo se analizará confrontando, de una parte, el marco normativo acerca de la violencia intrafamiliar: DIDH, Código de la Infancia y la Adolescencia, los Lineamientos Técnicos del Proceso Administrativos de Restablecimiento de Derechos y, de otra, las prácticas jurídicas que éste ha generado en los procesos administrativos, como forma concreta de protección jurídica de la infancia maltratada, dentro del “programa de atención especializada”, desarrollado por parte del ICBF, como una de las medidas de restablecimiento de derechos. Se busca determinar dentro de cuál perspectiva se diseña y ejecuta esta política de protección.

1 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 e investigadora, coordinadora del Grupo de Derechos de la Infancia y la Adolescencia del CIPC.

POLÍTICAS PÚBLICAS INTEGRALES
FRENTE A LA INFANCIA Y LA FAMILIA

La definición de la política de protección disponible hasta el momento del cambio, se diseñaba desde la particularidad, de forma temporal y fraccionada, abandonando escenarios determinantes de las garantías de los derechos de la infancia, lo que generaba, en la mayoría de eventos, las dinámicas puntuales de desprotección.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, CIA², superó la perspectiva que proponían anteriores proyectos de ley, los cuales giraron en torno a derechos específicos de la infancia. Fue una década de debate de diversos proyectos, cinco en total, que buscaban modificar el Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, desde el Proyecto 116 de 1997, hasta el que se convirtió finalmente en Código de la Infancia y la Adolescencia, los cuales fueron girando de la posición fraccionada a la integral. En este proceso democrático de participación intervinieron diferentes actores con visiones diversas de la infancia y la adolescencia, y sus derechos, que dilataron, pero enriquecieron el proceso. La falta de interés político fue otro de los factores que dificultaron la aprobación de proyectos que finalmente tuvieron que retirarse o archivarse.

El nuevo marco normativo propone una concepción de las políticas públicas dentro de la integralidad, como concreción de la protección integral. Retomando la forma de la pirámide, propuesta por GARCÍA MÉNDEZ, y citada por BARATTA, cuya

2 Fue impulsado básicamente por la Alianza por la Infancia y la Adolescencia, creada en febrero de 2004, organización que reúne ONG, como la Fundación Restrepo Barco, Visión Mundial, Save the Children UK, CINDE, Tear Fund; entidades intergubernamentales, como OMS-OPS, UNICEF, OIM, OIT-IPEC, OEA, UNODC; entidades gubernamentales entre las que se encuentran el ICBF, DABS, Consejo Nacional de Planeación, y entidades del sector empresarial y la academia, como el Observatorio de la infancia de la Universidad Nacional de Colombia, entre otras.

área disminuye de manera ascendente, se puede ilustrar la distribución de las políticas públicas para la infancia, en el marco de la Convención. Reagruparé de forma diversa las políticas, en relación con la prelación y extensión de las políticas públicas referentes a derechos de protección, y de acceso a la justicia, en su doble proyección. No serán cuatro sino tres niveles. En la base se encuentran las políticas sociales básicas (derechos a la educación y a la salud, entre otros), como lo anotan los autores. Los otros niveles los reagrupé en dos, en tanto las políticas institucionales que garantizan el debido proceso administrativo o judicial³ son medulares a la política de protección y a la política criminal, respectivamente. De esta manera, en el segundo nivel se encontrarán la política de protección, destinada a hacer efectivos los derechos de protección, tanto en su parte institucional, referida a la organización administrativa que garantizará el debido proceso administrativo, como la ejecución de la medida correspondiente (medidas de restablecimiento de derechos). Por último se encuentra la política criminal en el escenario de la ejecución de las sanciones para adolescentes (sanciones pedagógicas en el marco del sistema de responsabilidad penal para adolescentes), con la correspondiente política institucional referida a la organización judicial que hace posibles los derechos fundamentales al debido proceso judicial y al acceso a la justicia.

La política social es una obligación por parte del Estado. Partiendo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Estado colombiano ha suscrito diferentes tratados internacionales como el PIDESC, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador, y la CIDN, entre otros, y lo obligan igualmente, aunque no de forma

3 BARAITA (1998: 32) menciona, en un cuarto nivel, las “políticas institucionales correspondientes a la organización administrativa y judicial, es decir, a los derechos procesales fundamentales de los niños”.

vinculante, los diferentes lineamientos internacionales. Los instrumentos internacionales reseñados incluyen la protección integral de la niñez y la familia y la garantía de sus derechos económicos, sociales y culturales, DESC, de manera que el Estado colombiano se ha obligado a desarrollar políticas para garantizar la efectividad de estos derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de sus familias, en esas normas consignados.

En efecto, el artículo 4 de la CIDN dice:

Los Estados partes adoptarán las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Del mismo modo, el artículo 27 de la Convención señala:

1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social;
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño;
3. Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño, a dar efectividad a estos derechos y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Las políticas que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales constituyen la mejor forma de prevención frente a las políticas de atención, visto desde los presupuestos de una política pública integral para la infancia, y para ello deben cubrir a toda la población infantil de forma igualitaria⁴. A estas políticas debe dedicarse la mayoría de inversión social, ya que a través de ellas se garantizará su inserción social y su calidad de ciudadano en condiciones de ejercer la totalidad de sus derechos, que se predicen, todos, fundamentales por ser de la infancia.

Como quedó consignado en los ejes conceptuales de la ponencia al primer debate del código:

Provisión permanente de políticas sociales básicas y de políticas públicas de prevención y protección integral. El proyecto de Ley n.º. 32 de 2004 plantea una interconexión con las políticas públicas relacionadas con la infancia, la adolescencia y la familia. 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, 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 doctrina de la protección integral tiene su punto de convergencia en el restablecimiento de los derechos cuando éstos se encuentran vulnerados o amenazados, y desde este punto de vista, también interesa el diseño, formulación y ejecución de las políticas públicas.

Dentro de las obligaciones del Estado se halla el cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental,

4 Dentro de las finalidades de la política pública para la infancia, se establece en el artículo 202. 3, una atención especial frente a la población infantil más vulnerable; para ella se deben diseñar y poner en marcha acciones para lograr la inclusión a la vida social en condiciones de igualdad.

distrital y municipal; éste deberá garantizar el ejercicio de todos los derechos de la infancia; “asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos” a través del diseño y la ejecución de políticas públicas de prevención; garantizar la asignación de los recursos necesarios en estos niveles.

Igualmente, el Estado debe promover la convivencia pacífica en el orden familiar y social, lo cual se logra con la garantía de todos los derechos tanto de los niños y niñas, como de sus familias, en el marco de la protección especial que les cobija⁵.

El primer objetivo de las políticas que define el CIA está dirigido a la garantía de los DESC, orientando la acción y los recursos del Estado hacia el “logro de condiciones sociales, económicas, políticas, culturales y ambientales”.

Se debe partir del principio del interés superior de la niña y el niño, tal como lo establece el artículo 3 de la Convención y la prevalencia de sus derechos. Dentro de los principios se establece la prioridad de las políticas públicas sobre niñez y adolescencia, al lado de la solidaridad y la equidad; otros de los principios son la financiación, gestión y eficiencia del gasto y la inversión pública, y dentro de ella, la prioridad en la inversión social dirigida a la niñez y la adolescencia. Dentro de los principios de las políticas en el nuevo CIA se encuentran igualmente la integralidad y articulación de las políticas y la complementariedad. Para garantizar esta integralidad se debe fortalecer la articulación interinstitucional e intersectorial.

Un cambio radical en la nueva ley es la de establecer los responsables del diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas y la forma de garantizar tales políticas, en los ámbitos nacional, departamental municipal, en cabeza del presidente, los gobernadores y los alcaldes, quienes deberán

5 El artículo “Violencia intrafamiliar: violencias que se entrecruzan”, en este libro, aborda el tema.

responder disciplinariamente por el incumplimiento. El Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Educación, con la asesoría técnica del ICBF deberán diseñar los lineamientos técnicos mínimos que deberán contener los planes de desarrollo, con base en fases etarias, desde el enfoque de garantía y restablecimiento de derechos.

El CIA establece que las políticas públicas de infancia y adolescencia son políticas de Estado y las define, en su artículo 201, 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 la obligación de diseñar, implementar, evaluar y hacer seguimiento de los planes, programas, proyectos, y estrategias como forma de ejecutar las políticas. Incluye pues el concepto de gobernanza, como la participación de la sociedad civil en el desarrollo de políticas públicas (ejercicio del gobierno), ante todo en el diseño, y monitoreo y evaluación. La ejecución le corresponde al Estado, a la sociedad política.

El gobernador y el alcalde realizarán el diagnóstico de la situación de la niñez y la adolescencia, dentro de los primeros cuatro meses de su mandato, estableciendo las problemáticas prioritarias que deberán verse reflejadas en su Plan de Desarrollo, así como las estrategias a corto, mediano y largo plazo para superarlas⁶. Las asambleas y concejos, para aprobar el plan de desarrollo e inversión, deberán verificar que corresponda con el diagnóstico.

6 En el 2004, la Procuraduría General de la Nación y la UNICEF (2005) desarrollaron una investigación para determinar el grado de inclusión de los derechos de las niñas y niños en 32 planes de desarrollo departamentales y 964 municipales, concluyendo que varía, notando una subestimación de estos derechos y falta de coordinación, concurrencia y subsidiaridad en los niveles departamental y nacional.

Para la evaluación y seguimiento de estas políticas es necesario, como se ha demandado reiteradamente, por el Comité Internacional de los Derechos del Niño, en diferentes informes, un sistema de información, que a más de permitir fundamentar la toma de decisiones adecuadas y oportunas sobre la materia, sirva de forma de control por parte de las diferentes agencias y personas interesadas.

El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010: "Estado comunitario: desarrollo para todos", Ley 1151 de julio 24 de 2007, que va hasta el fin de la década, no desarrolla el Libro III, sobre Políticas Públicas de la Ley de Infancia, que había sido expedida el 8 de noviembre de 2006, 8 meses antes. Dentro de los principales programas de inversión se encuentra la "reducción de la pobreza y promoción del empleo y la equidad", donde se establece que el reto principal de la promoción social será el procurar que la población "mediante un proceso de inclusión social y de acumulación de capital físico y humano, salga definitivamente de su condición de privación o vulnerabilidad. Para el efecto será necesaria la articulación de estrategias y programas, procurando una acción integral en torno a la familia, mejorando el impacto de las intervenciones".

Pero, justamente, una de las dificultades de la política social recae sobre una de las iniciativas sociales del gobierno: la expansión del Programa Familias en Acción, que busca, como ALEJANDRO GAVIRIA (2007: 15A) afirma, reducir la transmisión intergeneracional de pobreza, mediante el incremento de los ingresos familiares: "Este programa otorga transferencias en efectivo a hogares en condiciones de pobreza. Un hogar beneficiario con 3 niños menores de 18 años recibe aproximadamente 100 mil pesos mensuales. La transferencia está sujeta a que los niños en edad escolar vayan a la escuela y a que los niños menores asistan a controles médicos preventivos". Las primera evaluaciones arrojaron un saldo positivo que incidió en la decisión, en el nuevo Plan de Desarrollo de triplicar su cobertura a 1,5

millones de familias “vinculadas a la Red para la superación de la pobreza extrema”, lo cual representa aproximadamente el 20% de las familias colombianas. Según el Plan de Inversiones, se canalizarán 19,6 billones de pesos. Los destinatarios son rurales y urbanos. Según experiencias en otros países el incentivo escolar puede llegar a ser mínimo en las ciudades y tener “efectos adversos sobre la participación y la formalización laboral, especialmente si se acompaña de otros programas asistenciales: régimen subsidiado, subsidios de vivienda, auxilios alimenticios, etc.”. En los países como México, donde el programa fue diseñado e implementado por primera vez, se prohíbe su uso en actividades proselitistas, por lo cual GAVIRIA (Ídem) parodia el Programa de familias en acción por el de *política en acción*. Los efectos del programa resultarían incluso perversos al incentivar el número de adolescentes que no evitarían quedar embarazadas para lograr el subsidio.

Dentro del sistema de protección social se encuentran la seguridad alimentaria y la reducción de la mortalidad infantil y materna, y de la desnutrición global o crónica. En relación con la niñez específicamente, el gobierno se propone el mejoramiento de la prestación de los servicios de atención y cuidado de la niñez, y del componente educativo en los hogares comunitarios; la ampliación de cobertura en educación (400.000 nuevos cupos niños de 3-4 años); la implementación de la estrategia “Municipios y departamentos por la Infancia y la Adolescencia”, y del Plan Nacional de la Política de Construcción de Paz y convivencia Familiar “Haz Paz 2005-2015”. La única mención expresa, en relación con la protección social, al nuevo CIA, se da en términos de “actualización conceptual” de la violencia intrafamiliar a la luz del Código de la Infancia y Adolescencia y de la normatividad penal”. Aunque se menciona el CIA, no se trazan estrategias para el diseño e implementación de políticas públicas de infancia y adolescencia en los tres niveles.

CARÁCTER RESIDUAL DE LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN:
SE GOBIERNA DESDE LO ASISTENCIAL

La política de protección debe ser, dentro de las políticas públicas, una política residual. BARATTA dice que, en relación con la política social, todas las otras políticas deben ser residuales⁷. Las políticas públicas dentro de la protección integral de la niñez y la familia se dirigirán primordialmente a las políticas sociales básicas cuya ausencia será la causa de la mayor parte de las situaciones de vulneración. La familia en situación de precariedad es la medida exacta de la falta de inversión social en el campo de la infancia y la familia.

Las políticas de protección se confunden a menudo con las políticas de atención, las cuales resultan ser, la mayoría de la ocasiones, políticas asistenciales que no construyen ciudadanía, sino que perpetúan dependencias. La política de atención debe atender, de forma puntual, situaciones de vulneración o de riesgo, y asegurar que a través de la política de protección se verifique el estado de cumplimiento de los derechos y el restablecimiento, dado el caso.

A las políticas asistenciales se les destinan sumas ingentes, que resultan más económicas que una verdadera y necesaria política social. Parodiando a NILS C, quien, frente a la relación política social-política penal, señala: “se gobierna desde lo penal”, tomo la expresión para ilustrar la relación política social-política asistencial, y así denotar que se escapa, en este escenario, hacia lo asistencial dejando de lado la garantía de derechos fundamentales, actuando en escenarios reducidos que tienen un gran capital simbólico, ya que a través de ellos se da el mensaje que se actúa, se gobierna.

Como anota BARATTA (Op. cit.: 32-33): “El principio central de la estrategia dirigida a implementar una protección

7 BARATTA también dice que serán “subsidiarias”, pero con sus acepciones de suplir o robustecer, en relación con la política social, no correspondería.

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.

De esta forma se dejará reducida la intervención administrativa a un número mínimo de casos, en un momento posterior, de forma puntual y con las garantías especiales que este tipo de intervención requiere, ya que a través de él se ejerce un control formal que debe tener claramente contorneados sus límites, en tanto la imposición de algunas medidas puede resultar restrictiva de derechos.

Las políticas sociales son la mejor prevención en materia de atención, como ya se había dicho, pues políticas públicas que protejan integralmente a la infancia evitarán que de manera inmediata se le apliquen medidas de institucionalización, apartamiento o ruptura con su familia de origen, que acabarán de debilitarla frente a problemas de orden estructural.

La violencia al interior de la familia puede ser el fruto de la violencia estructural que se materializa en la falta de satisfacción de las necesidades básicas de la familia. Las medidas indicadas castigan la pobreza, al arrebatarle a la familia su hija o hijo, por falta de medios económicos. Se puede hacer un paralelo con la violencia intrafamiliar, como infracción penal, cuando ésta tiene sus causas en la violencia estructural: el acudir directamente a la política criminal, en ausencia de una decidida política social frente a la familia, criminalizará la pobreza.

La política social debe garantizar la protección integral de la niña, el niño y el adolescente, y sólo luego de ello el Estado estará legitimado para aplicar las medidas pertenecientes al campo de la política de protección. No se pueden aplicar medidas que pueden resultar restrictivas de derechos, por parte del Estado, por situaciones de vulneración, si ha sido

la propia ausencia del Estado la que las ha promovido. La infancia, que no ha podido gozar sus derechos en familia, se encontrará en una situación de vulnerabilidad, la pobreza, que no justifica la ejecución de una política de protección que puede constituirse en una limitación de sus derechos.

Se debe buscar la construcción de ciudadanía a través del conjunto de políticas que garanticen los derechos que la constituyen, pero encontramos una ciudadanía asistida, cuando las políticas económicas y sociales no se dan, y se implementa una versión tergiversada de la política de protección (MARIÑO ROJAS, 2005: 32). Se acude a la función simbólica que esta política ejerce al dar un mensaje de existencia de políticas públicas que en realidad no han garantizado los derechos de forma general para todos los niños y las niñas.

El mercado determina la efectividad de los derechos, debilitándose la capacidad de decisión de los Estados, que quedan en manos de aquél. Son Estados débiles, como los califica NILS CHRISTIE, con poca incidencia en los asuntos económicos y sociales, los cuales necesitarán entonces otro tipo de legitimidad. En el caso que nos ocupa, se presentará una conversión de las políticas sociales en políticas asistenciales. La propuesta asistencialista asegura el mantenimiento de las condiciones dentro de las cuales se presenta.

POLÍTICAS DE PROTECCIÓN PARA LA NIÑEZ MALTRATADA: EXCEPCIONALIDAD DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN

La política de protección, dentro de la protección integral, debe entenderse como política de restablecimiento de ciudadanía, a través del restablecimiento de los derechos que la constituyen, y se presenta cuando, aun con políticas públicas que garanticen todos sus derechos en cada una de las esferas correspondientes, dirigidas a toda la infancia, se da una forma de desprotección, un caso particular de vulneración de derechos.

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 de protección destinada a aquella parte de la niñez que se encuentra en alguna situación de vulneración de derechos, debe realizarse dentro de la protección integral. Se buscará la protección, garantía y restablecimiento, para cualquier tipo de vulneración de derechos, o la prevención de su amenaza. El artículo 39 de la CDN señala que ante “cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” se tiene que buscar la recuperación física o psicológica y la reintegración social y “se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”. La política de protección, dentro del paradigma de la protección integral, se debe construir dentro de una perspectiva de derechos, que debe partir de reconocer a niñas y niños como sujetos plenos de derechos, bajo los principios de dignidad y no discriminación.

La Convención, en su artículo 3º, fija los parámetros generales, al señalar que en todas las medidas que se tomen, en las instituciones públicas o privadas, se deberá tener en cuenta ante todo el interés superior de la niña y el niño. El interés superior se define, en el artículo 8.º del CIA, como el “imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

En su artículo 3º, la Convención establece que en las instituciones encargadas del cuidado o la protección se cumpla con las normas acerca de seguridad, sanidad, capacidad y competencia del personal, y supervisión. De otra parte, la

misma Convención en su artículo 25 señala que el niño o la niña que ha sido internado tiene derecho a un “examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.

Establece que el niño o la niña no sean separados de su familia⁸, excepto cuando sea necesaria en atención al interés superior del niño, artículo 9º CIDN, como en el caso de la violencia intrafamiliar. En este evento, el artículo 19 señala que las medidas de protección:

(...) deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Frente a las características que estas medidas de protección deben tener, la excepcionalidad de la institucionalización debe ser el principio del cual se parta en tanto el artículo 20 de la CIDN indica que los niños que estén privados de su medio familiar “tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”, estableciendo que entre los cuidados que cada Estado Parte debe garantizar se encuentra 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”. La institucionalización será la última decisión a tomar.

8 Respecto a la familia y a no ser separado de ella, el Principio 6.º de la Declaración de los Derechos del Niño establece que, siempre que sea posible, el niño “deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres”. El Preámbulo de la CIDN, señala: “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Se debe tener en cuenta, para tomar ésta u otra de las formas de cuidado mencionadas, la continuidad en la educación y “su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”, señala el artículo 20. Aspectos éstos de gran relevancia en cuanto a la protección que se les brinda a los niños, niñas y que provienen de diversas regiones, culturas y grupos étnicos.

Esta colocación o ubicación debe ser excepcional, en tanto constituye privación de la libertad. La institucionalización corresponde a la descripción que de ella hace la Regla 11. b. de las Reglas de la 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 (1998:2) sostiene que la institucionalización es un eufemismo “destinado a designar privaciones de libertad de carácter indeterminado”. *La ultima ratio* establecida en el artículo 20 de la CIDN, más la consideración de la institucionalización como medida privativa de la libertad, hacen de la colocación en instituciones de protección una medida que debe responder al principio de excepcionalidad.

DEFINICIÓN DE MALTRATO

La Convención señala, en su artículo 19, que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a las niñas y los niños contra el maltrato, entendiendo como tal “... toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual” por parte de sus padres, representantes legales o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

El artículo 42 de la Constitución Política establece que: “...cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.” Dentro de las obligaciones del Estado, frente a la violencia al interior de la familia, se encuentra la de promover la convivencia pacífica; prevenir y atender en forma prevalente, las diferentes formas de violencia, incluida la sexual, y el maltrato infantil que atenten contra el derecho a la vida y la calidad de vida de los niños, las niñas y los adolescentes.

El maltrato infantil está considerado específicamente en el artículo 18 del CIA, antes de la enumeración de situaciones de vulneración del artículo 20, describiendo de forma amplia todo aquello que debe ser considerado como tal. Se define como vulneración del derecho a la integridad personal. El artículo establece el derecho de protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario. Se define el maltrato infantil como:

(...) toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general *toda forma de violencia o agresión sobre el niño*, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

El maltrato físico o psicológico, del cual podía ser víctima el niño o la niña, era una de las causas de declaración de abandono o de peligro del anterior Código del Menor, CM (artículo 31 N. 4), primera de las situaciones irregulares establecidas en el artículo 30. El CIA define de forma amplia el maltrato infantil que supera la descripción escueta del artículo 31. 4 que lo hacía solamente en estos términos: “... maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las

personas de quienes el menor dependa; o cuando unos u otros lo tolere”.

En el CIA se definen las obligaciones de la familia, entre las cuales se encuentra el promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos los que la constituyen. Se establece que cualquier forma de violencia en la familia se considera “destructiva de su armonía y unidad” y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:

1. Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal.

9. Abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico, y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida.

En la nueva legislación de infancia, la responsabilidad parental se plantea como “complemento de la patria potestad”, que sigue definiéndose en términos de *potestad*. El ejercicio de la responsabilidad parental no puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos de las hijas e hijos.

En tanto a través de las dinámicas pedagógicas se reproducen dinámicas sociales que se asumen como propias, la escuela se puede ver como escenario privado, proyección de otros que se asumen igualmente privados, desconociendo la inexistencia de escenarios de tal calidad para la garantía de los derechos de la infancia. El CIA establece que las normas sobre las niñas, niños y adolescentes son de orden público, irrenunciable, y sus principios se aplican de preferencia a otras disposiciones. Se prohíben las sanciones crueles, humillantes o degradantes en los centros educativos, y se establece que no podrán imponer sanciones que conlleven

maltrato físico o psicológico, o adoptar medidas que de alguna manera afecten la dignidad de las niñas y niños.

El artículo 20 establece los derechos de protección, enumerando las situaciones de vulneración que se pueden presentar, enumeración que es enunciativa. En ella se encuentran algunas de las situaciones consignadas en el artículo 30 del anterior CM, donde se definían las situaciones irregulares, de forma taxativa. El nuevo código señala que las niñas y niños deberán ser protegidos de situaciones de adicción (artículo 30.7 de anterior CM); cuando su patrimonio se encuentre amenazado (art. 30.3, con igual redacción); o por trabajo (artículo 30.8). También se encuentran los eventos que se derivaban de la situación de abandono o de peligro (artículo 30, desarrollado en el 31): el abandono, (31.2, sin la referencia al incumplimiento de “las obligaciones o deberes correspondientes”, del cual se derivaba el considerar que era abandono el no poder cubrir materialmente sus obligaciones, léase pobreza); la explotación económica, en especial se protegerá contra la mendicidad (31.5 y parágrafo 1º, presunción de abandono por mendicidad); la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía, se extiende a muchas otras situaciones más allá del simple “abuso sexual”, del artículo 31. 4, acorde al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, de 2000, Ley 765 de 2002.

Además de estas situaciones de vulneración, el artículo 20 incluye, en su enumeración, una serie de situaciones de vulneración de derechos que resultan de la concreción de situaciones de protección a las cuales el Estado colombiano se ha obligado por una serie de instrumentos internacionales. Entre ellas se encuentran las peores formas de trabajo infantil, en consonancia con el Convenio 182 de la OIT, Ley 704 de 2001, que en su artículo 3. a. establece que la expresión, las peores formas de trabajo infantil, abarca: “Todas las formas

de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzado u obligatorio, incluido el reclutamiento obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados". Igualmente se incluyen los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin, acorde con la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Ley 620 de 2000; el secuestro, la venta, la trata y el tráfico de personas, del numeral 5, conforme al Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de 1980, Ley 173 de 1994, y con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, Ley 800 de 2003, y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Se establecen en el CIA situaciones específicas y especialmente graves, como la tortura y toda clase de tratos crueles, inhumanos y degradantes; que responde al desarrollo de los derechos humanos de los ámbitos internacional y regional, como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, de 1984, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Cartagena, 1985. De igual forma, en el numeral 8, del artículo 20, se señala la desaparición forzada, como práctica que exige una protección por parte del Estado, dada la situación de vulneración extrema que implica, y responde a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994, que señala en su Preámbulo: "... la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable..." (en el delito de desaparición forzada se secuestra, tortura y asesina).

Otros derechos de protección, incluidos en el CIA, están determinados por las situaciones a que ha sido expuesta la infancia en el conflicto armado interno: el reclutamiento,

acorde al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, Ley 833 de 2003; el desplazamiento, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos o Principios DENG⁹; o las minas antipersonales, en consonancia con la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, o Convención de Ottawa, Ley 554 de 2000. En general debe hacerse referencia a cualquier infracción al DIH dentro del conflicto armado interno, como se desprende de la protección contra la propia guerra que señala el CIA, 20.6, y de la protección especial que niñas y niños tienen dentro de los conflictos armados (MARIÑO ROJAS, 2009).

Por último se encuentran, en este artículo 20, situaciones específicas, como la vida en la calle; el contagio de enfermedades prevenibles o la exposición durante la gestación a sustancia que pueda afectar al feto; o la exposición a situaciones de riesgo, como los desastres naturales o la transmisión del VIH-SIDA.

EL PROCESO ADMINISTRATIVO:

DEBIDO PROCESO EN TANTO CONTROL FORMAL

La política de protección, a través de la actuación administrativa, debe estar claramente establecida, con una delimitación de las garantías y derechos de las niñas y niños que a través de ella hacen efectivos sus derechos de protección, en tanto control formal. Se considera forma de control social formal, ya que la intervención del Estado afecta derechos fundamentales y prevalentes de la infancia, y ello demanda una delimitación clara. El debido proceso está señalado en

9 Consejo Económico y Social (ECOSOC), ONU. Documento E/CN./1998/53/Add.2, del 11 de febrero de 1998, de la Comisión de Derechos Humanos.

el artículo 29 de la Constitución Política de las facultades de los operadores del proceso administrativo y 26 del CIA, para todas las actuaciones administrativas, además de las judiciales, para las niñas, los niños y los adolescentes.

La actuación administrativa afecta derechos, en tanto las medidas de restablecimiento pueden implicar institucionalización, impuesta a través de una actuación administrativa, frente a vulneraciones de sus derechos, con medidas previamente establecidas para el restablecimiento, que incluyen la posibilidad de tomar “cualquier otra que garantice la protección integral”, lo que podría generar la aplicación de medidas que restrinjan o limiten derechos que no se encuentran demarcadas.

Si se presenta un evento, puntual, de desprotección, el Estado debe brindar la protección y cuidado necesarios para la restitución del derecho de la niña o el niño, con todas las garantías debidas, tanto en el desarrollo del proceso administrativo, como en la ejecución de la medida.

INCOMPLETO INSTITUCIONAL

En la nueva normatividad se determina que la infancia tiene derecho al restablecimiento de sus derechos. Dentro de este restablecimiento, todos los derechos deben ser tenidos en cuenta al momento de diseñar una política de protección. Cada uno de los derechos debe ser restituido o instituido de forma integral, por fuera de una institución, en tanto no se entiende una política de restablecimiento que solamente los otorga de manera temporal y fraccionada.

De otra parte, cada uno de los derechos debe restablecerse sobre el presupuesto necesario para su ejercicio, la libertad. No se entiende una educación, salud integral, la recreación o participación en la vida cultural y en las artes, entre muros, sin ella. La interrelación en libertad, la creación de referentes sociales, son básicos para un desarrollo integral de la infancia. La institucionalización creará identidades deterioradas,

como lo anotara, hace medio siglo, ERVING GOFFMAN (1968). Una educación intramuros, con educadores y compañeros institucionalizados, reforzará una identidad cuyos referentes estarán dados por el encierro; así se definirá y asumirá, como una niña o niño de institución, identidad, que, dada su fase de desarrollo, difícilmente se modificará.

Romper la lógica del encierro es parte de la propuesta que las Naciones Unidas, desde 1990, elaboró en las Reglas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de la Libertad, frente a la medida privativa de la libertad en el campo de la responsabilidad penal juvenil, en aquellos casos graves, que por un breve tiempo, y como *ultima ratio*, se aplica a los adolescentes infractores. Allí, en las Reglas 38 y 46, se propone romper la lógica de las instituciones totales, como las calificó GOFFMAN, a través de la apertura, para la educación y la salud, de los muros de la institución que encierra al adolescente, y así ofrecerle la oportunidad de educarse y sanarse en libertad.

Esta propuesta se debe tomar en todas las medidas que tome el Estado frente a las niñas o niños, que impliquen privación de libertad, en especial dentro de su política de protección. Si la ruptura de la lógica de encierro es atendible en escenarios como el de la responsabilidad penal de adolescentes, con mayor razón debe ser tenida en cuenta para las medidas de restablecimiento de derechos.

MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS

De acuerdo con el nuevo marco normativo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, es el organismo rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, es decir que debe articular las entidades responsables de la garantía de derechos, la prevención de su vulneración, pero a su vez está encargado de la protección y restablecimiento, en los ámbitos nacional, regional y local. Para ello se tiene que ver con qué recursos cuenta, y cómo se aplican.

Los defensores de familia y los comisarios son los encargados de procurar y promover la realización y restablecimiento. Dentro de los Lineamientos Técnicos del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, del ICBF (2007: 9) se señala que el restablecimiento de los derechos "...es responsabilidad del Estado en su conjunto, quien la asume a través de las autoridades públicas institucionales y comunitarias (Autoridades Tradicionales)", estableciendo de esta forma la inclusión de las autoridades tradicionales indígenas, afrocolombianas, raizales o ROM, con lo cual respeta la diversidad étnica y cultural, que se encuentra igualmente dentro de los principios fundamentales de nuestra Constitución Política, en sus artículos 7 y 11, entre otros, y en diferentes instrumentos del DIDH, y hace parte de la perspectiva diferencial que asume el CIA.

Dentro de las obligaciones del Estado está justamente la de asegurar la "protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados", entendiendo por restablecimiento de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes "la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados". No se hace mención de las condiciones para el ejercicio, que es otra de las obligaciones del Estado (artículo 41. 2); solo se mencionan aspectos subjetivos, sin el substrato para su realización.

Dentro de las *medidas de restablecimiento de derechos* se encuentra, como segunda opción, el retiro de la actividad que amenace o vulnere los derechos de la niña, niño, o adolescente, o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar, y la "ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado". La "ubicación"¹⁰ se relaciona con la opción de colocar

10 Ubicar. "Situar o instalar en determinado espacio o lugar" (Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 2001). Los Lineamientos del

en una institución a un niño o niña, institucionalizándolo. La institucionalización, como ya se anotó, constituye privación de la libertad, y debe tenerse como *ultima ratio*, en el momento de escoger la medida a aplicar. Esta medida puede convertirse en práctica reiterada, tal como se aplicó bajo el modelo anterior, ya que no se establece el carácter excepcional que debe caracterizarla.

En relación con el medio familiar, se debe asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos, se garantice el acompañamiento a la familia que lo necesite. Es importante señalar que si de la verificación hecha del estado de sus derechos se evidencia que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el " nivel de vida adecuado", el Sistema Nacional de Bienestar Familiar debe brindarle a la familia los recursos mientras sea necesario.

Una política pública de fortalecimiento de la familia¹¹ es acorde con lo establecido en la CDN que en su Preámbulo¹² y diferentes disposiciones (artículos 3.2, 6. 2, 18. 2, entre otras) establece la necesidad de dar protección y asistencia a la familia. Específicamente su artículo 27. 1, como ya se había anotado, establece el derecho a un "nivel de vida adecuado" para su desarrollo físico, mental y social, y en su numeral 3 señala que los Estados Partes deben adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad a este derecho y "en caso necesario, proporcionarán

ICBF indican que el programa de atención especializada puede darse no sólo en internado, sino también en seminternado o externado.

- 11 Este fortalecimiento lo encontramos igualmente en el art. 148 del CIA, parágrafo, en el escenario de la responsabilidad penal juvenil, tanto para los destinatarios del sistema, como para los que no han cumplido 14 años.
- 12 Preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN):

"Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad".

asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

De otra parte, el artículo 53. 6 CIA señala que, además de las anteriores medidas de restablecimiento de derechos, “se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”. De nuevo, paradójicamente, la discrecionalidad es establecida por vía legal. Esta prescripción deja abierta la oportunidad de establecer cualquier otra medida, yendo en contra de la taxatividad que en relación con la medida aplicable debe existir, en tanto las medidas que aplique el operador pueden resultar restrictivas de derechos.

La política de protección debe restablecer efectivamente los derechos vulnerados; si los restituye solamente de manera fraccionada y temporal, mientras dura la medida, dentro o fuera de una institución, no estaremos frente a una verdadera política de protección.

PROCEDIMIENTO

El representante legal o persona que tenga su cuidado o custodia solicitará la protección de los derechos del niño, lo podrá hacer directamente el niño, niña o adolescente. Se deberá abrir la respectiva investigación en caso de “inobservancia, vulneración o amenaza” de cualquiera de sus derechos, siempre y cuando sea competente. En caso de infracciones penales, donde la niña o niño sea la víctima, lo enviará a la Fiscalía.

La Convención determina que en los procedimientos de este tipo “se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”, oportunidad que, si bien establece el procedimiento reglado por el CIA, tiene que ser vista en las prácticas jurídicas que este marco genera, en tanto, frente al anterior modelo, los tiempos del proceso administrativo les eran ajenos a

personas que no conocían las dinámicas procesales y que carecía de asesoría jurídica, y por ello se veían por fuera de posibles objeciones. En relación con la participación de la niña o el niño, el código señala que tienen derecho a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, en consonancia con el artículo 12 de la CDN, que establece el derecho a expresar su opinión libremente y a ser tenida en cuenta, en particular en todo procedimiento judicial o administrativo. En particular, en la práctica de pruebas los defensores o comisarios deben entrevistar a las niñas, niños o adolescentes.

Verificación de derechos. El artículo 52 habla de la “verificación de la garantía de derechos”, haciendo referencia a “cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”; la autoridad competente deberá de manera inmediata verificar el estado de cumplimiento de éstos a través de los que la propia norma enuncia; de los establecidos en el tit. I del libro I, como de la verificación de la existencia de alguna de las situaciones de vulneración del artículo 20.

Medidas provisionales de urgencia. Estas medidas pueden ser provisionales o definitivas, dictadas para garantizar y restablecer el ejercicio de los derechos, deben ser coherentes con el derecho vulnerado, y “deben garantizar, en primer término, el derecho del niño, la niña o el adolescente a permanecer en el medio familia”. Se podrán tomar una o varias “medidas provisionales”, en el auto de apertura de investigación.

– Ubicación en un programa de atención especializada. Debe basarse en un diagnóstico. La remisión debe indicar la recomendación de la modalidad de atención: internado, seminternado o externado.

– Ubicación en medio familiar. Custodia en familia de origen o extensa. “Para dar cumplimiento al derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella” y realizar al mismo tiempo la medida de ubicación en familia

de origen o extensa se plantea en los lineamientos los dos primeros:

Hogar gestor: brinda “apoyo, acompañamiento y asesoría”. Se da una ayuda económica a las familias en riesgo, de forma temporal, por 6 meses prorrogables. Se piensa en el desarrollo del fortalecimiento de la familia señalado, pero esta ayuda se les está dando básicamente a las familias con niños o niñas discapacitados. Cada centro zonal tiene en promedio de 5 a 10 familias dentro de este programa. Se activa un trabajo en red con instituciones de salud, educación, etc., en torno a la familia.

Hogar Amigo: no está expresamente en el CIA, no tiene contraprestación.

Hogar de paso: se aplica de manera provisional e inmediata cuando no aparece quien sea responsable; la duración no podrá exceder de 8 días hábiles, luego de los cuales se debe solicitar cupo en un programa de atención especializada. Los hogares de paso pertenecen a una red, de la cual forman parte las familias de forma voluntaria y subsidiada. Debe haber un registro, controles y seguimiento de dichos hogares.

Hogar sustituto: es la ubicación familiar con una familia sustituta que se compromete a brindarle cuidado y atención. Se aplica por un tiempo máximo de 6 meses, prorrogables por 6 más. Debe haber un sistema de asignación y control de cupos “que gestione alternativas conforme a las diferentes problemáticas”.

– Ubicación en Centros de Emergencia. Se da cuando no es posible el Hogar de Paso. No se podrá aplicar a niños menores de 5 años. Si hay problemas de discapacidad o enfermedad, se deben ubicar en Hogares Sustitutos Especiales. Al no ser posible la integración familiar ni otra medida, se deberá solicitar el cupo en un programa de atención especializada.

El seguimiento de las medidas de “protección o de restablecimiento” debe ser realizado por el coordinador del centro zonal.

LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD

En la resolución que “declara la situación de vulneración de derechos se ordenará una o varias de las medidas de restablecimiento de derechos, entre ellas la adoptabilidad”, se lee en los Lineamientos. La resolución puede declarar la situación de vulneración y ordenar el reintegro con la familia de origen o nuclear o la asignación en custodia con familia extensa, ordenando medidas accesorias para los niños o los padres. Puede cambiar o confirmar la medida provisional. En estos casos, se debe lograr la integración en un término no mayor a seis meses. Si a pesar de ello, la familia no ofrece garantías¹³, se revoca la medida tomada y se decreta la adoptabilidad, “salvo que las circunstancias de incumplimiento por parte de la familia se deriven de la insuficiencia económica, desplazamiento o sean víctimas de la violencia”. En casos como el de la mendicidad, forma de explotación, según el CIA, y que en el anterior modelo originaba la presunción de abandono, la situación de pobreza y extrema pobreza tiene que, necesariamente, ser tenida en cuenta. Disposición tomada de los lineamientos que busca

13 Los niños maltratados pueden estar en dos situaciones, dependiendo de que su situación de maltrato responda a una situación excepcional, caso en el cual, solamente se les da una asesoría psicológica al niño y a los maltratantes; o se puede tratar de una violencia reiterada, en cuyo caso se retira al niño o la niña por un tiempo de su medio familiar nuclear y se ubica con parte de su familia extensa; si no se puede, se ubicará en una institución. En ella puede estar por largo tiempo en tanto es un proceso a largo plazo. Se le ofrece terapia a la familia maltratante, algunos no van, o no lo hacen con interés; las sesiones de las terapias son mensuales, y suelen requerir al menos 10. Seis meses desde el fallo, si la familia no responde, estando el niño institucionalizado, o se reitera el maltrato, incumpliendo los compromisos del reintegro familiar, se declarará la situación de adaptabilidad.

evitar la pérdida de la familia de origen de las niñas o los niños cuyas familias no les pueden garantizar sus derechos, dada su situación económica o social. Para la declaratoria de adoptabilidad de los niños, niñas o adolescentes de origen indígena, afrocolombiano, raizal o ROM se debe contar con el concepto favorable de la autoridad respectiva.

Cuando un evento se presenta, el único que puede declarar la situación de adoptabilidad es el defensor de familia, por lo cual, cuando se esté en presencia de un evento que la amerite, tramitado por el comisario o el inspector de policía, el caso deberá ser remitido. La resolución que contenga una medida de restablecimiento deberá señalarla y justificarla e indicar su forma de cumplimiento y la periodicidad de su evaluación. Las “medidas de protección” podrán ser modificadas o suspendidas cuando cambien las circunstancias que les dieron lugar, con posibilidad de impugnación y control judicial. El fallo tomado administrativamente estará bajo “reserva de revisión judicial” si, dentro de los 5 días siguientes a su ejecutoria, alguna de las “partes”, o el ministerio público, lo solicita.

CONSIDERACIONES FINALES

En el CIA no quedó claramente establecido en cuáles casos se generaría la declaración de adoptabilidad; en la práctica, los casos extremos de violencia, maltrato, abuso, explotación, fuera del propio caso de abandono, generarían dicha declaración. Los lineamientos señalan que la “...adopción procede cuando ha sido declarada la situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente por no contar con familia nuclear o extensa o cuando, existiendo la misma, no ofrece garantías a pesar de las acciones adelantadas y pruebas practicadas por la autoridad competente y el correspondiente equipo interdisciplinario, con el concurso

del SNBF, de conformidad con los lineamientos técnicos administrativos del programa de adopciones”.

No existe un verdadero restablecimiento de derechos dentro de los *programas de atención especializada*, que se ejecutan bajo la modalidad de internado, en tanto solo representan una medida de atención, con restitución de derechos de forma temporal y fragmentaria, y sin el presupuesto necesario: la libertad. De otra parte, solo los derechos que existen con anterioridad pueden ser re-establecidos. Cuando los derechos se otorgan por primera vez, se establecen, a través de una política que tiene vocación residual frente a la que le correspondía otorgarlos: la social.

Hay medidas de restablecimiento que sí lo pueden ser: la amonestación, el reintegro familiar, a familia de origen o extensa, que goce de condiciones dignas de existencia, y la adopción del niño o niña que carece de familia o cuya familia no ofrece garantías, por circunstancias diversas a las económicas. Cualquier medida de restablecimiento, cuando se imponga por la falta de cumplimiento de la obligación del Estado de “asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos” castigará la pobreza arrebatándole, como en el caso de la adopción o la institucionalización, un hijo a las familias sin recursos.

El real restablecimiento de derechos, permanente e integral, compete, antes que a la política de protección, a la social; sin ésta, como en la mayoría de eventos de violencia intrafamiliar, el incumplimiento de los compromisos impuestos en el proceso administrativo puede darse. En este caso no puede declararse la adoptabilidad.

Se puede repetir lo que sucedía en el marco del anterior sistema, en el que el niño y la niña terminaban institucionalizados, vía programa de protección, en tanto la excepcionalidad de la institucionalización no era observada. Se tendrá que buscar la garantía de sus derechos por fuera de

la institucionalización, en tanto ésta tiene que ser, como dice la Convención, la última medida aplicable en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, ALESSANDRO (1998). "Infancia y democracia", en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO y MARY BELOFF (compiladores). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (ECOSOC), ONU. Documento E/CN./1998/53/Add.2, del 11 de febrero de 1998, de la Comisión de Derechos Humanos.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1998). *Infancia: De los derechos y de la justicia*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

GAVIRIA, ALEJANDRO (2007). "Política en acción", en *El Espectador*, semana del 5 al 11 de agosto de 2007.

GOFFMAN, ERVING (1968). *Asylums: Le istituzioni total: i meccanismi dell'lesclusione e della violenza*. Traducción Franca Basaglia, 7.^a edición. Turín: Einaudi.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF (2007). *Lineamientos técnicos del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, del ICBF*. Documento ICBF n° LM11.PN13, del 7 de mayo de 2007. Bogotá

MARIÑO ROJAS, CIELO (2009). "Derechos de las niñas y los niños víctimas de los delitos contra personas protegidas por el DIH en el marco de la Ley de Justicia y Paz", en GONZÁLEZ, D., J. PERDOMO, J. y C. MARIÑO ROJAS. *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ.

—. (2005). *Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones sobre las políticas de desvinculación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y UNICEF (2005). *La infancia, la adolescencia y el ambiente sano en los Planes de desarrollo departamentales y municipales*. Bogotá: PGN y UNICEF.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Tomo. II. Madrid: Espasa.

VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO:
BARRERAS PARA ACCEDER A LA JUSTICIA

*Ana Lucía Moncayo Albornoz*¹

Resumen

[Palabras Clave: Mujer, Género, Violencia, Violencia Sexual, Cifra Oscura de la Criminalidad, Conflicto armado, Acceso a la justicia, Impunidad]

El patriarcado, basado en la posición dominante del hombre en la familia y en la opresión hacia la mujer, ha permeado las instituciones y las generaciones hasta el día de hoy; el poderío masculino se ha impuesto y se ha mantenido a través de la historia, entre otros mecanismos, con la violencia contra la mujer y los hijos.

La sexualidad ha sido el producto de todas esas prácticas de opresión cuyo mensaje consciente e inconsciente le otorga a la mujer y a su comportamiento un menor valor.

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especializada en derecho penal de la misma universidad, con maestría en ciencias penales de la Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra (Barcelona – España). Investigadora y coordinadora de la línea de investigación de victimología del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia desde 2003, e investigadora de la Cátedra UNESCO “Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza”.

Mensaje que ha sido socializado generación tras generación y que al ser *internalizado* (BERGER y LUCKMANN, 1999: 170 y ss) en el hombre ha legitimado la arbitrariedad y la violencia en contra de la mujer. Dicha violencia –física, sexual o psicológica– se ha extendido tanto en el ámbito familiar –doméstico– como en el público.

Las agresiones sexuales en contra de las mujeres en su mayoría no son denunciadas ante organismos o entidades del Estado. Pero dentro del conflicto armado las agresiones sexuales, pese a ser sistemáticas y generalizadas, han sido invisibilizadas por el Estado y en general por la sociedad. Existe un alto subregistro de estos delitos por parte de organismos del Estado.

El Estado ha incumplido con su deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables, más cuando se trata de violencia sexual contra las mujeres, niñas y jóvenes en el marco del conflicto armado. Deber que se acentúa cuando se trata de violaciones a los derechos humanos.

Del mismo modo, las mujeres víctimas de tales agresiones no denuncian estos hechos, pues se enfrentan a varias causas, como miedo, desconocimiento del código del sistema judicial, desconfianza en el mismo, etc. Esta situación impide que los derechos afectados sean reparados y que dichas agresiones se repitan. De tal suerte que se atenúen los límites del conflicto armado y se amplía cada vez más la brecha entre hombres y mujeres.

MUJER, VIOLENCIA SEXUAL Y CONFLICTO ARMADO

I. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: UNA CONSTRUCCIÓN SOCIOCULTURAL

El origen de la discriminación institucional y la subordinación social de las mujeres, han sido consecuencia de la falta de autoridad y de poder que estas han tenido que soportar desde tiempos inmemorables.

El patriarcado, basado en la posición dominante del hombre en la familia y en la opresión hacia la mujer ha permeado las instituciones y las generaciones hasta el día de hoy; el poderío masculino se ha impuesto y se ha mantenido a través de la historia, entre otros mecanismos, mediante la violencia contra la mujer y los hijos.

Con una simple mirada hacia el pasado se puede observar cómo el maltrato y el “castigo”² del hombre hacia la mujer fueron precedentes esenciales para la expansión y multiplicación de una cultura de violencia en su contra en el ámbito privado, los cuales repercutieron también en el ámbito público.

MARÍA TERESA MOJICA, en la investigación sobre *Conductas ilícitas y derecho de castigo durante la colonia*, señaló:

Lo cierto es que el derecho masculino de castigo transitó libremente entre la moderación y la sevicia cruel porque la “moderación” fue un límite difuso y nunca definido. El único límite real aplicado en la práctica por esposas, maridos, jueces y abogados, fue el inminente peligro de muerte de la mujer.

Oponerse a este derecho, denunciarlo y decidirse a no soportarlo más era particularmente difícil para las esposas por razones como las siguientes: la noción de autoridad que animaba el derecho masculino de castigo estaba revestida por los binomios afecto-miedo, merced-rigor y protección-castigo, los que gracias a su ambigüedad constitutiva debieron hacer más efectiva la sumisión de la esposa.

La agresión física contra la mujer en el ámbito conyugal, como una forma de castigo que procuraba su corrección, constituye una antigua presencia en la cultura occidental, habiéndose

2 Sobre el particular nos remitimos a la diferencia realizada por MARÍA TERESA MOJICA RIVADENEIRA (2005: 189), al señalar que el castigo fue aplicado por el hombre ante la ocurrencia de una falta de la mujer y el maltrato igualmente aplicado por el hombre sin que antecediera una falta de la mujer.

configurado una tradición cargada de legitimidad y legalidad erigida sobre la convicción de la incapacidad de la mujer que la colocaba dentro del grupo de seres que necesitaban ser corregidos” (MOJICA, 2005: 190.191).

La historia ha evidenciado cómo el poder masculino se ha afirmado en las estructuras sociales y en las actividades productivas y reproductivas, y se ha concretado en la división sexual del trabajo, la cual le ha concedido al hombre un lugar aventajado frente a las mujeres –no sólo en ámbito laboral sino en todos los demás.

Tal poder ha permeado el andamiaje de toda la sociedad latinoamericana, y como toda estructura de dominación, ha sido “el producto de un trabajo continuado (histórico por tanto) de reproducción al que contribuyen unos agentes singulares (entre los que están los hombres con armas como la violencia física y la violencia simbólica) y unas instituciones: Familia³, Iglesia, Escuela, Estado (BOURDIEU, 2000: 50)”.

Las mencionadas instituciones de control social formal, con sus ideologías y contenidos de desigualdad entre el hombre y la mujer, han ampliado las diferencias entre los mismos, lógicamente, privilegiando al hombre y subordinando a la mujer no solo en el campo doméstico, sino en general en el social y político.

La sexualidad no solo se ha construido con características biológicas de lo masculino y lo femenino, sino también por edificaciones sociales y culturales que han permitido que dicho contenido permanezca en transformación. Como diría BOURDIEU (Ídem: 128), “la sexualidad tal como la en-

3 “La familia moderna, constituye bajo el aspecto antropológico-cultural un grupo íntimo y fuertemente organizado compuesto por los cónyuges y los descendientes, es decir la familia conyugal”. La familia conyugal comporta fundamentalmente dos tipos de relación de significado psicológico, social y político: las relaciones entre cónyuges y la relación parental-filial. En ambas, la figura que ostenta la autoridad es el hombre marido y padre (MILLARES, 1983: 42).

tendemos es un invento histórico, pero que se ha formado progresivamente a medida que se realizaba el proceso de diferenciación de los diferentes campos, y de sus lógicas específicas”⁴.

La sexualidad ha sido el producto de todas esas prácticas de opresión cuyo mensaje consciente e inconsciente le ha otorgado a la mujer y a su comportamiento un menor valor. Mensaje que ha sido socializado generación tras generación y que al ser *internalizado*⁵ en el hombre le ha permitido ejercer violencia física y psicológica en contra de la mujer.

La utilización de la violencia en sus diferentes formas y representaciones por parte de los hombres ha sido un instrumento indigno de legitimación, por cuanto ésta, así sea leve, es “la culminación, la manifestación más severa de la situación de subordinación en la cual se encuentran las mujeres” (MEDINA).

En la mujer, voluntaria o involuntariamente, este proceso de descalificación personal y profesional también ha sido interiorizado, por lo que en muchas ocasiones y al ser prácticas comunes, éstas se perciben como conductas “normales” a las cuales ellas deben sucumbir.

En todos los procesos de socialización el lenguaje ha jugado un papel fundamental, ya que éste, por sí mismo, tiene poder (VIZCARRA, 2002: 66), el cual puede ser utilizado para clasificar, incluir o excluir a cierta parte de la población, entre otros. Sin duda, las palabras con su contenido han sido un instrumento de opresión, exclusión y violencia contra las mujeres. Es por ello que se reconoce que la violencia contra la mujer puede llegar a ser tan tenue o simbólica⁶ que la

4 Sobre el particular, BERGER y LUCKMANN (1999: 69) señalan: “la sexualidad humana se caracteriza por su alto grado de elasticidad”.

5 En palabras de BERGER y LUCKMANN (Ídem: 170 y ss).

6 BOURDIEU (2003: 49) la denomina violencia simbólica y la define como “una forma de ella {violencia} que podríamos llamar “dulce” y cuasi invisible “y considera que es el modo más poderoso de supremacía: ‘La forma más potente

misma a menudo no reflexiona sobre ella y por lo tanto tales discriminaciones resultan invisibles en la sociedad. Sutil violencia que ha sido por lo demás artilugio para legitimar la arbitrariedad (BOURDIEU, 1998: 329)⁷.

En otras ocasiones, la mujer reconoce la agresión y es consciente de la misma, pero el miedo al victimario y a la estigmatización hace que el silencio sea su albergue, aunque al mismo tiempo el encubridor del agresor y de sus prácticas violatorias, lo cual contribuye a que tanto él como estas últimas persistan. Situación que permite, de una parte, la reproducción de dinámicas violentas y, de otra, la impunidad de los autores, lo que a su vez repercute en el ahondamiento en las desigualdades entre mujeres y hombres.

Como se ha mencionado, estas prácticas violentas generan en la cotidianidad discriminación y exclusión contra las mujeres, pero la afectación se agrava cuando las mismas se dan en el conflicto armado. El chantaje, el abuso sexual, el maltrato físico y psicológico, son algunas de las violencias específicas que deben soportar las mujeres por parte de grupos armados legales e ilegales. En estos casos, la barbarie y la arbitrariedad se hacen presentes, el ejercicio despiadado de la sexualidad por parte de los hombres lesiona derechos humanos importantes como la intimidad corporal y la libertad individual (SÁNCHEZ, 2001: 99).

Las violencias y sus consecuencias no han sido ahistóricas; las transformaciones y logros, que en el siglo xx y hasta nuestros días ha obtenido la mujer, se han realizado desde raciocinios sociales y estructurales en los cuales los referentes de lo masculino y femenino se han incrustado en lo más profundo. Dicho en otras palabras, los cambios continúan siendo el producto de las estructuras de poder,

de dominación es la dominación sin disciplina, y este es el caso por ejemplo del orden familiar, del orden doméstico...".

7 En el mismo sentido, cfr. TERRAY, 2005: 329).

arraigadas desde siglos en nuestra sociedad. Es por ello que los hombres “siguen dominando el espacio público y el campo del poder (especialmente económico, sobre la producción) mientras que las mujeres permanecen entregadas (de manera predominante) al espacio privado (doméstico, espacio de la reproducción), donde se perpetúa la lógica de la economía de los bienes simbólicos, o en aquellos tipos de extensiones de ese espacio llamadas servicios sociales (hospitalarios especialmente) y educativos o también en los universos de producción simbólica (espacio literario, artístico o periodístico etc.)” (BOURDIEU, 2000: 128).

La comunidad internacional es consciente de esta realidad y de la desigualdad que genera la violencia entre las mujeres y hombres. De ahí que organismos internacionales de protección de derechos humanos, tanto del sistema universal como regional, lo hayan evidenciado y construido importantes instrumentos que proscriben cualquier forma de violencia contra la mujer, por considerar que atentan contra el derecho a la igualdad y no discriminación.

II. LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER ES UNA AGRESIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

– Instrumentos internacionales

La violencia contra la mujer ha sido un atentado contra su dignidad y por supuesto contra todos sus derechos y libertades. En el año de 1993 con motivo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, se reconoció expresamente, que los derechos de la mujer y la niña son derechos humanos y por ello “parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”⁸.

8 Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, A/CONF.157/23, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, párr. 18.

Entre los instrumentos más importantes frente a la protección de la mujer contra la violencia, se encuentran:

– La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer adoptada por la Organización de Naciones Unidas –ONU– 1967; en ella expresamente se afirmó que la violencia contra la mujer: “constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer”; y en su artículo 1º la define como: “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”. Situación que comprende la violencia en la familia, la violencia dentro de una comunidad y la violencia perpetrada y tolerada por el Estado.

– La Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –ONU– 1979. La misma no trató, específicamente, la temática de la violencia contra la mujer, pero sí le exigió –en el artículo 5– a los Estados parte tomar las medidas necesarias para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Esta Convención fue el primer documento sobre los derechos de las mujeres que fijó obligaciones para los Estados partes que lo ratificaran⁹.

9 Colombia suscribió la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de

En 1982 se creó el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres. Al citado Comité se le confió la función de vigilar la aplicación de las disposiciones de la Convención por parte de los países que la ratificaron; de ahí su importancia en el plano internacional.

– En el ámbito regional de protección de derechos humanos, la Organización de Estados Americanos, específicamente frente al tema de la violencia contra la mujer, aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, 1994¹⁰. Dicho instrumento internacional definió en su artículo 1.º la violencia contra la mujer como: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

La misma Convención, en su artículo 2º, señala que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica, la cual puede ser cometida por cualquier persona (que viva en su domicilio o fuera de él, e incluso realizada o tolerada por el Estado o sus agentes), y se puede presentar:

Dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

[...] en la comunidad y [que] sea perpetrada por cualquier persona y [...] comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y

Discriminación contra la Mujer, el 18 de diciembre de 1979, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, Ley 51 de 1981

10 Ratificada por Colombia el 15 de noviembre de 1996, entró en vigor en diciembre del mismo año.

acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

Esta Convención reafirma que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de los derechos humanos, y consagra expresamente entre dichos derechos, los siguientes: a que se respete su vida; a que se respete su integridad física, psíquica y moral; a la libertad y a la seguridad personales; a no ser sometida a torturas; a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; a la igualdad de protección ante la ley y de la ley; a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; a la libertad de asociación; a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones¹¹.

La Convención, además de definir la violencia contra la mujer y contemplar los espacios en donde ésta se puede dar, establece una serie de obligaciones que los Estados partes deben cumplir para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer e igualmente, demanda de los Estados modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la continuidad o la tolerancia de la misma.

Igualmente, la Convención de Belém do Pará insta mecanismos de protección contra la violencia de género y permite que cualquier persona pueda presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas sobre el incumplimiento o transgresión de los deberes impuestos a los Estados partes (artículo 12).

11 Cfr. Artículo 4.º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En relación con la protección de los derechos de la mujer frente al conflicto armado, resulta importante mencionar, entre otros¹², el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados, dispone medidas especiales de de protección para la mujer en el artículo 76¹³; señala que las mujeres son objeto de un respeto especial y están protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor. Así mismo, manifiesta que serán atendidas con prioridad las mujeres embarazadas y las madres que tengan hijos de corta edad a su cargo, que sean arrestadas o detenidas por razones relacionadas con el conflicto armado.

Del mismo modo, se encuentra la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado, proclamada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1974. Tal instrumento prohíbe y censura los ataques y bombardeos contra la población civil, que causa sufrimientos particularmente a las mujeres y a la infancia; rechaza y condena actos como la persecución, tortura, medidas punitivas, tratos degradantes, violencia ejercida contra la población civil formada por mujeres y niños; e insta a todos los Estados a cumplir plenamente las obligaciones que les imponen el Protocolo de Ginebra

12 Existen varios instrumentos internacionales que garantizan los derechos de las mujeres en el marco del conflicto armado, entre ellos: Protocolo de Ginebra de 1925, los Convenios de Ginebra 1949 y sus Protocolos adicionales, la Convención sobre los Refugiados de 1957, etc.

13 No obstante, el artículo 75 del Protocolo II (de Ginebra) señala que “están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares: a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular: i) el homicidio; ii) la tortura de cualquier clase, tanto física como mental; iii) las penas corporales; y iv) las mutilaciones; b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; c) la toma de rehenes; d) las penas colectivas; y e) las amenazas de realizar los actos mencionados”.

de 1925 y los Convenios de Ginebra de 1949 así como los otros instrumentos de derecho internacional relativos al respecto de los derechos humanos en conflicto armado, que ofrecen garantías especiales a las mujeres y a la infancia en general.

– La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer –Plataforma de Beijing– recoge principios del derecho internacional humanitario consagrados en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. Esta Conferencia evidencia la crudeza de las consecuencias que afrontan las mujeres y niñas¹⁴ en el marco de los conflictos armados nacionales e internacionales, y la especial victimización que padecen las mujeres en situación de desplazamiento. Así mismo, insta a los Estados a adoptar diversas medidas relativas a la protección de las mujeres y la infancia en los citados conflictos, entre ellas: ratificar el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949, y sus Protocolos I¹⁵ y II¹⁶; proteger a las

14 “Aunque hay comunidades enteras que sufren las consecuencias de los conflictos armados y el terrorismo, las mujeres y las niñas se ven especialmente afectadas debido a su género y a su condición en la sociedad. Las partes en el conflicto a menudo violan a las mujeres con impunidad, utilizando la violación sistemática como táctica de guerra y terrorismo. Los efectos de la violencia contra las mujeres y de la violación de sus derechos humanos en ese tipo de situaciones son experimentados por mujeres de todas las edades, que son víctimas de desplazamiento, pérdida del hogar y de los bienes, pérdida o desaparición involuntaria de parientes cercanos, pobreza, separación y desintegración de la familia, y que son víctimas, ellas mismas, de actos de asesinato, terrorismo, tortura, desapariciones involuntarias, esclavitud sexual, violación, abuso sexual y embarazos forzados, especialmente como resultado de políticas de depuración étnica y otras nuevas formas de violencia. Ello se ve agravado por las traumáticas consecuencias de carácter social, económico y psicológico causadas por los conflictos armados y la ocupación y dominación extranjera, consecuencias que se sufren durante toda la vida”. La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer - Plataforma de Beijing, párrafo 135. Disponible en: <http://www.mujeresdelsur.org.uy/beijing/plataf5e.htm>

15 Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales

16 Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional

mujeres y la infancia en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión con carácter sexual; reforzar la función de las mujeres y garantizar una representación paritaria entre géneros en todos los niveles de toma de decisiones en las instituciones nacionales e internacionales en negociaciones para la paz; también involucra en la adopción de medidas de protección de derechos de mujeres, jóvenes y niñas a organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales¹⁷.

– La Resolución 1325 de 2000 de las Naciones Unidas aprobada por el Consejo de Seguridad¹⁸. En este documento, el Consejo de Seguridad expresó su preocupación por la situación de las mujeres, niñas y niños en los conflictos armados y recomendó adoptar varias medidas de protección de los derechos tanto a los Estados como a las partes del conflicto armado.

Con respecto a la difícil situación de las mujeres y niñas, el Consejo señaló: “las mujeres y los niños constituyen la inmensa mayoría de los que se ven perjudicados por los conflictos armados, incluso en calidad de refugiados y personas desplazadas internamente, y cada vez más sufren los ataques de los combatientes y otros elementos armados”; así mismo, reconoció “los efectos que ello tiene para la paz y la reconciliación duraderas”.

El Consejo de Seguridad manifestó su “voluntad de incorporar una perspectiva de género en las operaciones de mantenimiento de la paz”; instó a los Estados a aumentar su apoyo financiero, técnico y logístico voluntario en actividades de adiestramiento destinadas a crear sensibilidad sobre las cuestiones de género; solicitó a los participantes en las negociaciones de paz adoptar una perspectiva de género;

17 Cfr. La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer - Plataforma de Beijing, párrafo 147.

18 Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4213ª reunión, el 31 de octubre de 2000.

exhortó todas las partes de un conflicto armado respetar los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario y proteger a las mujeres y niñas, y las requirió a adoptar medidas especiales contra las violencias, particularmente la violación y otras formas de abusos sexuales; reafirmó que los Estados están obligados a investigar y enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo, y recalcó que los citados crímenes no pueden ser objeto de leyes de amnistía.

El Estatuto de Roma –aprobado por Colombia mediante la Ley 742 de 2002– reconoció por primera vez que la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la esterilidad forzada y otros abusos sexuales de gravedad se entienden como crímenes de lesa humanidad, siempre que formen parte de ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil (artículo 7°). Así mismo, contempló varias conductas como crímenes de guerra en el marco de los conflictos armados internacionales y no internacionales, al incorporar en su artículo 8.°, las siguientes: las infracciones graves a los convenios de Ginebra; otras violaciones graves de las leyes de usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional; las violaciones graves del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra; otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional. En todo caso, los delitos de violencia sexual se encuentran dentro de otras violaciones graves a las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados, tanto del orden internacional como del interno.

La Resolución 1820 de 2008 de las Naciones Unidas, aprobada por el Consejo de Seguridad el 19 de junio. En este documento, el Consejo de Seguridad expresó su preocupación porque a pesar del repetido rechazo a la violencia contra

las mujeres y los niños en situaciones de conflicto armado, “tales actos siguen ocurriendo y en algunas situaciones se han vuelto sistemáticos y generalizados y han alcanzado un grado alarmante de brutalidad”; así mismo, exigió la prohibición de todas las formas de violencia sexual contra mujeres, niñas y niños.

El Consejo de Seguridad consagró que la violencia sexual dentro del conflicto armado puede constituir crimen de guerra, crimen de lesa humanidad o un acto constitutivo de genocidio, razón por la cual considera que estos crímenes deben quedar excluidos de leyes de amnistía en procesos de solución de conflictos. Hace un llamado a los Estados para que cumplan con su obligación de enjuiciar a los responsables y así se dé fin a la impunidad. Del mismo modo, dicho organismo advierte que cuando se establezca y renueve el régimen de sanciones dirigidas a los Estados, aplicará medidas selectivas y graduales contra las partes del conflicto armado que cometan agresiones sexuales contra mujeres y niñas.

El Consejo insiste, en relación con las operaciones de mantenimiento de la paz en continuar con la política de tolerancia cero a la explotación y abusos sexuales en las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y pide elaborar estrategias para aumentar la capacidad de las operaciones de mantenimiento de la paz, así como también que en consulta con las mujeres y las organizaciones dirigidas por mujeres elaboren mecanismos eficaces para proteger a las mujeres y niñas en los campamentos de refugiados y desplazados internos, así como en los procesos de desmovilización, desarme y reintegración.

Los citados instrumentos internacionales y las innumerables resoluciones adoptadas por sus organizaciones, resultan ser sumamente importantes en el avance hacia una construcción social, política y cultural de igualdad entre el hombre y la mujer. Los mismos reconocen los derechos de la mujer, rechazan la violencia ejercida contra ella en todas

sus dimensiones tanto fuera como dentro del conflicto armado, por menoscabar y anular el disfrute de sus derechos y libertades¹⁹, e instan a los Estados partes a intensificar sus esfuerzos en favor de la protección de los derechos humanos de la mujeres, jóvenes y niñas.

JURISPRUDENCIA DENTRO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En la sentencia proferida en el caso Miguel Castro Castro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos por primera vez asumió competencia sobre violencia contra la mujer, dando aplicación a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)²⁰. Este, es por lo tanto, un fallo de gran trascendencia porque la Corte declaró la responsabilidad del Estado peruano por infracción tanto del la Convención Interamericana de Derechos Humanos como por la Convención Belém do Pará (el artículo 7b). Sobre el particular resulta importante lo manifestado por el juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ en voto razonado, al señalar: “la interpretación debe atender a las previsiones del artículo 29 CADH, acoger el criterio *pro personae* propio del Derecho internacional de los derechos humanos, favorecer la plena

19 Expresión afirmada en la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/45. La eliminación de la violencia contra la mujer. Párr.6.

20 En otras oportunidades fue la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que resolvió sobre infracciones a la Convención de Belém do Pará, entre otros, en el caso: MARIA DA PENHA MARIA FERNANDEZ Vs Brasil, MARÍA EUGENIA MORALES DE SIERRA vs Guatemala, MARÍA MAMÉRITA MESTANZA CHÁVEZ Vs Perú, el cual fue resuelto por Acuerdo de Solución Amistosa el 26 de agosto de 2003. En palabras del Juez SERGIO RAMÍREZ en su voto razonado, “Siempre me ha parecido sorprendente, si no enigmático, que hasta hoy, más de una década de la entrada en vigor de la Convención de Belém do Pará, la Comisión Interamericana no haya jamás, hasta la fecha, buscado la hermenéutica de esta Corte sobre dicha Convención, como esta última expresamente le faculta”. Par. 67.

eficacia del tratado en atención a su objeto y fin y contribuir a la afirmación y fortalecimiento del Sistema Interamericano en esta materia”²¹. (Resaltado fuera de texto).

La elaboración de un análisis de género dentro de la sentencia resulta importante para el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados. La Corte Interamericana resaltó, frente a los hechos que motivaron la impugnación, lo siguiente: “las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres; (...) algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres”²².

El juez ANTONIO A. CANÇADO TRINDADE manifestó que en la toma de la Prisión Castro Castro hubo por parte de agentes del Estado uso extremo de violencia contra las internas, especialmente contra las mujeres embarazadas y en general frente a la vivencia de la maternidad²³. De igual modo, señaló que tal afectación se concretó en la violación de las prisioneras cuando estas fueron llevadas al hospital después de la agresiva incursión²⁴.

21 Voto Razonado del Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. Par. 32e).

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso MIGUEL CASTRO CASTRO vs Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, par 223. La crítica situación que debieron soportar las mujeres embarazadas párrs. 290, 298; desnudez forzada contra seis mujeres detenidas, párr. 306

23 Voto Razonado del Juez ANTONIO A. CANÇADO TRINDADE “61. Hubo, de inicio, la extrema violencia *pre-natal*, evidenciada en las brutalidades a que fueron sometidas las mujeres embarazadas en la Prisión de Castro Castro, descritas en la presente Sentencia (párrs. 197(57), 292 y 298). ¿Cuáles han sido las secuelas de ese cuadro de extrema violencia en la mente - o en el inconsciente - de los niños nacidos del vientre materno tan irrespetado y violentado, aún antes de su nacimiento?

62. Hubo, en seguida, la extrema violencia en la propia vivencia de la maternidad, frente a la brutalidad perpetrada contra los hijos”, par. 61 y 62.

24 Voto Razonado del Juez ANTONIO A. CANÇADO TRINDADE: “varias de las prisioneras, quienes ya estaban “seriamente heridas” pero lograron al hospital, “transportadas en camiones, una encima de la otra”, fueron “violadas en el hospital por personas encapuchadas”, párr. 67.

Ahora bien, específicamente frente a la *violencia sexual* ejercida contra las mujeres, la Corte señaló que las mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, fueron víctimas de “violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres”²⁵.

La Corte consideró que la violencia sexual se configura al efectuar “acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”²⁶.

Así mismo, el Tribunal condenó la actuación de encapuchados con respecto a una mujer al efectuarle una “inspección” vaginal dactilar con el pretexto de seguridad. Tal acto de violencia sexual, además, fue calificado de tortura.

La Corte repudió la violación sexual²⁷ de la que fue víctima una mujer por parte de un agente del Estado, señaló: “la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Asimismo, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, caso MIGUEL CASTRO CASTRO vs Perú, par. 306.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, caso MIGUEL CASTRO CASTRO vs Perú, par. 306.

27 La Corte Interamericana acogió el concepto de acceso carnal violento –violación sexual– en el entendido de que el mismo “no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”, Ob., cit.: párr.310.

consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas”²⁸.

En cuanto a la violencia sexual contra la mujer en el marco de un conflicto armado, la Corte reconoció que durante los conflictos armados la violencia sexual contra la mujer es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria “Es reconocido que durante los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección”²⁹.

La Corte consideró que la extrema violencia ejercida en el ataque a la Prisión Castro Castro (en general para toda la población no solo para la violencia de género) constituye un delito de lesa humanidad (y no en un delito común), así el Estado en su normativa interna no lo haya tipificado como tal. Lo anterior, por que en dicha incursión se ejerció violencia sistemática y generalizada, es decir, el Estado incumplió con la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad, prohibición considerada como una norma de *ius cogens*, cuya penalización es obligatoria conforme al derecho internacional general”³⁰.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado algunos pronunciamientos sobre los derechos de la mujer en el estudio de casos específicos de violaciones de derechos humanos, en los que la víctima o su representante

28 Ídem: par. 311.

29 Ídem: par. 224.

30 Cfr. Ídem: par. 402 - 403.

las demandan ante la CIDH. A continuación encontramos algunos casos, en los que se presentan atentados contra los derechos a la vida, integridad, un recurso a garantía judicial efectivo, estar libre de torturas, etc.:

El caso de RAQUEL MARTÍN DE MEJÍA vs Perú³¹, adoptado en marzo de 1996 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; en él se denunció la violación sexual efectuada por parte de un agente del Estado a Raquel Martín. La Comisión consideró que tal violación constituía un hecho de tortura en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención de Belém do Pará (violación de los derechos a la integridad personal, la libertad personal). Así mismo, consideró que se le había negado el derecho a la protección de su honra y dignidad, por cuanto el Estado no le otorgó un remedio efectivo a la víctima (violación a las garantías judiciales).

El caso de X y Y vs Argentina. En él la hija de 13 años y la esposa de un recluso denunciaron la práctica de revisiones vaginales a que fueron sometidas por parte de la guardia de una prisión de Argentina. La Comisión Interamericana consideró que tal inspección implica la invasión del cuerpo de la mujer y entre otras consideraciones señaló que tal medida "no era necesaria en una sociedad democrática". Además encontró la Comisión que se infringió el artículo 19 de la Convención Americana porque el Estado no había tenido en cuenta el interés superior de la niña de 13 años. "Extrañamente, no se emitió pronunciamiento alguno acerca de la posible discriminación, dado que se deduce del informe de la Comisión que solamente se sometía a mujeres a estas revisiones y no a los hombres" (Medina).

El caso de MM contra el Perú. MM fue violada por un médico que trabajaba para el sistema público de salud del Perú. El 6

31 Raquel Martín de Mejía contra Perú, Informe n° 5/96, Caso 10.970, Informe Anual de la CIDH 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, doc. 7 rev., 28 febrero 1996.

de marzo de 2000, las partes firmaron un acuerdo amistoso que ha sido supervisado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Estado peruano asumió su responsabilidad por vía de la solución amistosa y aceptó compensar a MM, así como también reportar al médico ante el colegio Médico del Perú, para así sancionar al profesional.

El caso ANA, BEATRIZ y CECILIA GONZÁLEZ contra México. En él, estas tres hermanas indígenas tzeltales (una de ellas menor de edad) denuncian responsabilidad internacional de México por la detención ilegal, violación y tortura a que fueron sometidas por parte de militares quienes las acusaban de colaborar con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional –EZLN–. Así mismo, denuncian la falta de investigación de los hechos citados por parte del Estado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–³² además de condenar la violación a los derechos a la libertad personal, integridad personal, honra y dignidad, señaló respecto de la violencia sexual que la misma constituía en todos los casos una grave violación de los derechos humanos, así como de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

La CIDH reiteró que en el derecho internacional, la violación, en determinadas circunstancias, constituye tortura y repudió que la denuncia interpuesta fuera remitida de la jurisdicción ordinaria a la militar señaló que “cuando el Estado permite que las investigaciones las dirijan los órganos potencialmente implicados, la independencia y la imparcialidad se ven claramente comprometidas”, en virtud de lo cual los procedimientos resultan “incapaces

32 Cfr. Informe n.º 53/01. Comisión Interamericana de Derechos humanos caso 11.565. ANA, BEATRIZ y CECILIA GONZÁLEZ contra México del 4 de abril de 2001. Entre otras infracciones a la Convención Americana la CIDH señaló el Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva (artículos 8 y 25 de la Convención Americana) en la investigación de los hechos de tortura (artículos 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

de proporcionar la investigación, la información y el remedio supuestamente disponibles”³³ y continuó “los abusos cometidos por los integrantes de las Fuerzas Armadas que privaron de su libertad a las cuatro víctimas y violaron a las hermanas GONZÁLEZ PÉREZ, una de ellas menor de edad en el momento de los hechos, no pueden de manera alguna considerarse hechos que afecten bienes jurídicos vinculados al orden militar”³⁴.

Por pertenecer las víctimas a una comunidad indígena, la CIDH consideró que el dolor y la humillación que sufrieron se agrava por su condición: “en primer lugar, por el desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes; y, además, por el repudio de su propia comunidad como consecuencia de los hechos aquí establecidos”³⁵.

Estos son algunos de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que han reconocido los derechos de las mujeres y repudiado la violencia contra ellas en el marco de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará. Respecto de la violencia sexual ejercida contra la mujer, la CIDH consideró que tal experiencia, por ser sumamente traumática física y psicológicamente, se constituye en tortura, por lo que el Estado también debe responder por la violación a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Así mismo, resulta relevante la Sentencia analizada del caso Castro Castro contra Perú, entre otros argumentos, por considerar que la violencia sexual ejercida contra las mujeres constituía un crimen de lesa humanidad y por lo tanto el Estado está en la obligación de investigar los hechos y a los

33 Ídem: párr. 81.

34 Ídem: párr. 82.

35 Cfr. Ídem: párr. 95.

responsables, es decir a no dejar impune tales violaciones por estar prohibidas por el *ius cogens*.

No obstante los pronunciamientos de la CIDH y la sentencia proferida por la Corte, resulta algo inquietante que solo hasta la fecha se tenga una línea jurisprudencial, cuando ha pasado más de una década de entrada en vigor de la Convención de Belém do Pará y más dos décadas de que la Corte ejerza su función jurisdiccional por la infracción de alguno de los derechos estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

I. NORMATIVIDAD NACIONAL

En el ámbito nacional, resulta pertinente mencionar cómo la Constitución Política, en su artículo 13, consagra el principio de igualdad y proscribela discriminación por varias razones, a manera enunciativa, encontrándose el género como uno de los criterios sospechosos, lógicamente, como consecuencia de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han llevado a la discriminación de esta última.

Así mismo, el artículo 43 de la Constitución Política, expresamente, señala:

“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades: La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación...”.

Además de las disposiciones mencionadas, por vía del artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno y forman parte del bloque de constitucionalidad. Disposiciones que, según lo señalado por la jurisprudencia, ostentan jerarquía constitucional “por estar situadas a la altura de

las normas del texto de la Carta y [que] forman con él un conjunto normativo de igual rango”³⁶.

Colombia cuenta con las siguientes leyes que tratan de alguna manera el tema de violencia contra la mujer, sin ser leyes específicas frente a las mujeres:

– La Ley 294 de 1996, reformada por la Ley 575 de 2000 o Ley de Violencia Intrafamiliar, que pretende prevenir, sancionar y proteger a las víctimas de violencia intrafamiliar.

Según el artículo 1° de la Ley 575 de 2000, con la misma se pretende proteger a “Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico o síquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar...”³⁷. No obstante la finalidad que pretende la Ley 575, resulta pertinente señalar que es una ley de violencia de familia y no específicamente de violencia contra las mujeres, ya que esta última tiene particularidades propias de la violencia de género. La mujer es la principal víctima de la violencia intrafamiliar; así lo confirman las estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el año 2006: el mayor número de casos evaluados correspondió al sexo femenino (8.395 casos), es predominante la violencia hacia mujeres con edades entre 45 y 59 años (1.507) y le siguen las edades de 25 a 29 años con 1.338 casos³⁸.

36 Corte Constitucional, Sentencia T-568 de 1999. M. P., CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

37 Artículo 1.° de la Ley 575 de 2000: Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico o síquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al Comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de éste al Juez Civil Municipal o promiscuo municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente.

38 Según la *Revista Forensis* (2006: 104) el maltrato en los hombres fue de 4.892 casos. Los datos citados no incluyen a niñas y a niños. En el mismo sentido, la *Revista Forensis* (2005: 122 y 130) señaló: “Es claro ver

Así las cosas, al quedar la violencia contra las mujeres circunscrita como violencia intrafamiliar ceñida al espacio privado, es decir dentro de un contexto familiar, invisibiliza a las mujeres como principales víctimas y desconoce que tal violencia se presente en el ámbito público provocado por personas que no tienen ningún parentesco.

Frente a los casos de acoso, abuso sexual o violación, esta Ley cuenta con medidas definitivas de protección³⁹ (sin perjuicio de las medidas penales a que haya lugar), como por ejemplo: ordenar el desalojo del agresor de la casa de habitación que comparte con la víctima; ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, etc.

Por lo demás, esta ley, como cualquier otra que tenga que ver con la protección de la mujer (aunque sea de manera indirecta, es decir, por pertenecer a la familia), es de difícil aplicación, ya que quienes la dinamizan aún tienen arraigada una cultura patriarcal en la que la discriminación en razón del género sigue vigente.

– El Código Penal, Ley 599 de 2000, consagró de manera general, en su artículo 229 (modificado con la Ley 882 de 2004), el delito de violencia intrafamiliar, el cual expresamente reza:

el que maltrate física o psicológicamente a *cualquier miembro de su núcleo familiar*, incurrirá, siempre que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato, del que habla el artículo anterior recaiga sobre un menor, *una mujer*, un anciano, una persona que se

en las estadísticas que en la violencia registrada entre familiares la principal víctima es la mujer”.

39 Artículo 2.º de la Ley 575 de 2000.

encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión”⁴⁰. (resaltado fuera del texto).

Este delito, tal como sucede con la Ley de Violencia Intrafamiliar, busca sancionar a quien maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro del núcleo familiar, pero establece un agravante para el agresor cuando el maltrato recae, entre otras personas, sobre una mujer.

El agresor estará inmerso en este delito siempre que con su conducta no configure otro delito con pena mayor, es decir, es un delito subsidiario, ya que en el caso de que se haya encuadrado la conducta en un tipo penal con pena mayor se impondrá éste.

De otra parte, resulta importante señalar que en materia penal existe la siguiente tipificación de violencia sexual contra la mujer: la Ley 599 de 2000 modificada por la Ley 1236 de 2008, o Código Penal, tipifica, en el título IV, capítulo I, los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. En dicho capítulo se encuentran relacionados los delitos de acceso carnal violento⁴¹, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, acceso carnal abusivo o acto sexual con menor de catorce años, acceso carnal o acto sexual abusivo con

40 La Ley 890 de 2004, en su artículo 14, consagró un aumento de penas para este delito, el cual es de una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo.

41 La Ley 1236 de 2008 aumentó la pena de prisión de los siguientes delitos, quedando así: la pena del acceso carnal violento quedó de doce (12) a veinte (20) años, la pena del acto sexual violento quedó de ocho (8) a dieciséis (16) años, la pena del acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir quedó de ocho (8) años a dieciséis (16) años, la pena del acceso carnal abusivo con menor de catorce años quedó de doce (12) a veinte (20) años, la pena del acto sexual con menor de catorce años quedó de nueve (9) a trece (13) años, la pena del acceso carnal con incapaz de resistir quedó de doce (12) a veinte (20) años, la pena del acto sexual con incapaz de resistir quedó de ocho (8) a dieciséis (16) años. Así mismo, aumentaron las penas del Capítulo IV del proxenetismo.

persona incapaz de resistir, inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, pornografía con menores. Y, en el título III “Delitos contra la libertad individual”, la trata de personas.

Igualmente, el Código Penal en el título II “Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” tipifica las siguientes conductas: acceso, actos sexuales violentos, prostitución forzada o esclavitud en persona protegida⁴², siempre que se hayan efectuado con ocasión o en desarrollo de conflicto armado.

En términos generales en los mencionados títulos del Código Penal están inmersas diferentes conductas que lesionan la autonomía, libertad, integridad y formación sexual de todas las personas, independientemente de que la víctima sea o no una mujer.

En la actualidad, Bogotá cuenta con el Centro de Atención a Víctimas de Abuso Sexual⁴³, el cual tiene como objetivo atender psicológica y jurídicamente a las víctimas de las conductas sexuales tipificadas en el Código Penal.

42 Código Penal, artículos 138, 139 y 141. Según el artículo 135, se entiende por persona protegida “conforme al derecho internacional humanitario 1. Los integrantes de la población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate. 4. El personal sanitario o religioso. 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas refugiados. 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

43 El Centro de Atención a Víctimas de Abuso Sexual está conformado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Personería de Bogotá, Defensoría del Pueblo, Fiscalía y Cuerpo Técnico de Investigación. Dicho Centro funciona en las instalaciones de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales de la Fiscalía General de la Nación y tiene como objetivo atender psicológica y jurídicamente a las víctimas de las conductas sexuales tipificadas en el Código Penal.

– Aunque antes de la vigencia de la Ley 975 de 2005 se encontraban otras leyes⁴⁴ que consagran una serie de disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con organizaciones armadas e incluso algunas de ellas se encuentran vigentes, ha sido la Ley 975 de 2005 la normativa que ha suscitado mayor controversia y ha establecido un procedimiento particular para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados ilegales. Esta Ley establece preceptos, procedimientos y beneficios judiciales para las personas vinculadas a dichos grupos que han sido autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su permanencia en los mismos. Los delitos por los cuales se investiga son los tipificados en la Ley 599 de 2000 - Código Penal.

En lo formal, esta Ley define a la víctima⁴⁵ y contempla los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Así, en teoría, la Ley permite *verbi gratia* que mujeres víctimas de violencia sexual por parte de miembros de los grupos armados al margen de la ley acudan al procedimiento que reconoce sus propias necesidades y conozcan la verdad, se haga justicia y obtengan una reparación. No obstante, la realidad y complejidad que genera el conflicto armado supera el contenido formal de la ley, por lo que la misma ha recibido numerosas críticas, entre las que se destacan las contenidas en el Informe de la Oficina en Colombia del

44 Resulta importante señalar que anterior a la vigencia de la Ley 975 de 2005, se encontraban otras leyes que consagran una serie de disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con organizaciones armadas al margen de la ley; entre ellas, la Ley 418 de 1997, la cual fue prorrogada y modificada por las siguientes leyes: 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006. Así mismo, el Decreto 128 de 2003, por el cual se reglamentó la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil.

En la actualidad se encuentra vigente, de acuerdo con la situación particular de cada desmovilizado, la Ley 782 de 2002, prorrogada por la 1106 de 2006 y el Decreto reglamentario 128 de 2003.

45 Ley 975 de 2005. Art. 5. Definición de víctima.

Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Consideraciones sobre la Ley de “Justicia y Paz”⁴⁶; en él se advierte que la “ley ofrece muy generosos beneficios judiciales, como la fuerte reducción de penas de privación de la libertad y amplias posibilidades de libertad condicional, a quienes hayan cometido graves crímenes, sin una contribución efectiva al esclarecimiento de la verdad y a la reparación. Por estas razones, podría abrir paso a que haya impunidad.” (...). “La ley no estimula en forma clara el logro de acuerdos colectivos entre el Gobierno y los grupos armados al margen de la ley para que estos últimos cesen las hostilidades, dejen armas, abandonen el conflicto armado y desmonten efectivamente sus estructuras ilegales...”.

Con respecto a la situación de mujeres, jóvenes, niñas y niños, la ley establece atención especializada de acuerdo a sus necesidades por parte de los órganos judiciales, las entidades de apoyo técnico y de la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz⁴⁷. Existe normatividad que permite a las víctimas de agresión sexual o niños, niñas y adolescentes que sean víctimas o testigos que lleven a puerta cerrada una parte del juicio, a fin de protegerlas⁴⁸. Sin embargo y

46 Informe de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos. *Consideraciones sobre la Ley de “Justicia y Paz*. Bogotá, junio 27 de 2005. Disponible en <http://www.coljuristas.org/justicia/Comentarios%20OACNUDH.pdf>

47 Ley 975 de 2005, artículo 41. “*Atención a necesidades especiales*. Tanto los órganos judiciales como las entidades de apoyo técnico y la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres, de las niñas, niños, personas mayores de edad o con discapacidad que participen en el proceso.”

48 Ley 975 de 2005, artículo 39. “*Excepción a la publicidad en el juicio*. Como excepción al principio del carácter público de las audiencias de juzgamiento, el Tribunal Superior del Distrito judicial, a fin de proteger a las víctimas, los testigos, o a un acusado, podrá ordenar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada. Podrá ordenar la práctica de testimonio a través del sistema de audiovideo para permitir su contradicción y confrontación por las partes. En particular, se aplicarán estas medidas respecto de víctimas de agresión sexual o de niños, niñas y adolescentes que sean víctimas o testigo”.

tal como lo han evidenciado, entre otras organizaciones no gubernamentales, la Corporación Sisma Mujer (2007: 73), estos “procedimientos y actuaciones están previstos para el juicio, pero el procedimiento especial de la misma ley no contempla etapa alguna de juicio”.

El procedimiento acusatorio resulta ser particular y diferente al propio de la jurisdicción penal ordinaria. Grosso modo, la investigación se inicia con una versión libre en la que se supone, entre otros, que los miembros del grupo armado ilegal confiesan los hechos delictivos en los que han participado. El Fiscal solicita al magistrado que ejerce control de garantías (dentro de las 36 horas siguientes)⁴⁹ la programación de la audiencia de imputación. A partir de esta audiencia, la Fiscalía tiene *60 días* (prorrogables en otro tanto) para adelantar las labores de verificación de los hechos admitidos por el imputado y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro de su competencia⁵⁰. Luego se procede a la audiencia de aceptación de cargos ante el magistrado en cita; de hallarla conforme a la ley, continúa la audiencia de sentencia e individualización de la pena. En caso de existir solicitud de reparación integral se inicia la apertura del incidente de reparación integral.

Así las cosas, la misma ley no prevé la existencia de un juicio, por lo que el precepto del artículo 39, así como otros a favor de las víctimas, quedan inoperantes. Irregularidad legal que fue reafirmada por la Corte Suprema de Justicia el 2 de octubre de 2007⁵¹, tal como lo señala la Comisión Colombiana de Juristas: la Corte, “en una decisión que rom-

49 Dentro de las siguientes 36 horas el magistrado que ejerce funciones de control de garantía debe señalar y realizar la audiencia de formulación de imputación, previa solicitud del fiscal, artículo 17 Ley 975 de 2005.

50 Lapso que, por lo demás, resulta irrisorio respecto de la complejidad de los delitos cometidos por los miembros de los grupos armados en este caso las Autodefensas Armadas de Colombia.

51 Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 2 de octubre de 2007, expediente 27.484. En Comisión Colombiana de Juristas (2007: 124).

pió con la lógica de sus valiosos y sabios pronunciamientos anteriores, determinó que las víctimas no tienen derecho a participar plenamente en los procesos que, conforme a la ley 975 de 2005, se siguen con los paramilitares. Las víctimas, según la Corte, solo podrán intervenir después de que concluya la etapa de investigación y de que el paramilitar acepte los cargos que le formule la Fiscalía” (Comisión Colombiana de Juristas, 2007: 124). Sin embargo, la Corte olvidó que no hay un juicio como tal, que después de la aceptación de cargos continúa la sentencia por los hechos que sólo reconoció el paramilitar y que la Fiscalía incluyó en la aceptación de cargos. “Mientras tanto la participación de las víctimas se limitará al privilegio de ser “informadas” por la Fiscalía sobre el estado del proceso” (Ídem).

Igualmente, resulta inquietante que la Fiscalía cuente solo con 60 días (prorrogables en otro y tanto) para la investigación de tantos y tan graves delitos, en los que abiertamente se desconoce la importancia que tiene la violencia sexual para el aparato estatal que investiga y administra justicia.

En general, resulta importante manifestar que en la práctica las víctimas de estos delitos no tienen la posibilidad de participar dentro del proceso, aun cuando la Corte Constitucional, en la Sentencia 370 de 2006, respecto de la constitucionalidad de la Ley, señalara—entre otras consideraciones—que la víctima tiene derecho a acceder al expediente y a aportar pruebas en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal. Lo cierto es que procesalmente la participación de la víctima está terciada por el Fiscal del caso (Corporación Cisma Mujer, Op. cit.: 73).

La imposibilidad de hacer valer los derechos (bajo la vigencia de esta Ley) se extiende a todas las víctimas en general, incluyendo a las víctimas de violencia sexual, que, por lo demás, han sido invisibilizadas (MONCAYO ALBORNOZ, 2009). Así, a la fecha la administración de justicia no ha investigado con el rigor que merece la violencia sexual ejercida contra las mujeres, ésta ha sido encubierta por los

homicidios y desapariciones forzadas, desconociendo que la misma es una estrategia de guerra utilizada por los grupos armados para menguar al enemigo⁵². Sobre la situación de la mujer víctima de violencia sexual en estos procesos, la Corporación Sisma Mujer (Op. cit.: 74), manifestó: “De esta manera la atención diferencial a las mujeres en razón al tipo de delitos cometidos contra ellas quedó sometida a la voluntad de los fiscales y magistrados/as a quienes no se les dotó de herramientas específicas”.

La misma Corporación (Ídem: 75) considera que el tratamiento frente a la exhumación de cadáveres encontrados en las diferentes fosas comunes no ha sido el más adecuado tanto en la recolección como en el análisis frente al tema de la violencia sexual. De tal suerte que al no ser cumplidos por las autoridades judiciales los protocolos de exhumación relativos a violencia sexual, esta queda velada por otros delitos, como son el homicidio y las desapariciones forzadas.

En síntesis, estas son algunas leyes que pretenden proteger la autonomía, libertad y formación sexual de la mujer dentro y fuera de un conflicto armado, aunque, como se analizó, las mismas no consagren un enfoque diferenciado para mujeres, pese a que la realidad (como lo veremos) demuestre que son ellas las principales víctimas de estas violencias. Se evidencia que la normatividad aún incorpora las relaciones de poder que como se analizó antes, son históricas entre los hombres y las mujeres, donde estas últimas han llevado la peor parte y las estructuras políticas sociales y culturales las continúan conservando.

52 Es reconocido que durante los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, caso MIGUEL CASTRO CASTRO vs Perú, par. 224

III. VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER

La violencia sexual ha sido una de las dinámicas histórico-culturales con las que el hombre ha construido su identidad de potentado, propietario o poseedor en este caso a través del cuerpo de la mujer, lógicamente en detrimento de sus derechos: libertad, intimidad e integridad, etc. Con este referente se ha edificado la masculinidad y, paralelamente, la feminidad.

La definición de violencia sexual, en muchas ocasiones, se sustrae al aspecto corporal de la mujer dentro del ámbito jurídico penal, en el que tal concepto responde a una construcción técnica legislativa, donde la violencia (para que sea relevante penalmente) debe verse plasmada de una u otra manera, en el cuerpo de la mujer, de tal suerte que estas concepciones excluyen otras formas de violencia sexual, como las intimidaciones, los comentarios degradantes, indignos, humillantes, entre otros (Amnistía Internacional, 2006). Como se analizó en acápite anterior, el lenguaje verbal (con su inmenso poder) consigue menospreciar, doblegar, intimidar, deshonar y hostigar sexualmente a la mujer; incluso, en ocasiones esta forma de violencia resulta más efectiva para la legitimación de la arbitrariedad que la fuerza (TERRAY, Op. cit.: 239), y, por tal razón, resultan más acertadas aquellas definiciones que incluyen la violencia simbólica dentro de la violencia sexual.

Así las cosas, resulta oportuna la siguiente definición de violencia sexual que considera que la misma es la irrupción en las partes más privadas e íntimas del cuerpo *y la conciencia* de una persona a través de actos o amenazas de actos que atentan contra la dignidad y libertad sexual, mediante el uso de fuerza física, psíquica o moral con el propósito de imponer una conducta sexual en contra de su voluntad (Consejería Presidencial para los Derechos Humanos et al).

La violencia sexual ha sido definida en el *Informe mundial sobre la violencia y la salud* como “todo acto sexual, la

tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo” (Organización Mundial de la Salud, 2003).

Dicha violencia puede ser física, “mediante actos que afectan directamente el cuerpo y la salud de las personas que la sufren” o psíquica “a través de hechos que afectan la salud mental, sexual y reproductiva y la estabilidad emocional” (Consejería Presidencial para los Derechos Humanos et al: 12).

La violencia sexual en todas sus dimensiones –física o psíquica– lesiona de modo nefasto la dignidad humana, los derechos humanos y fundamentales de toda persona, “máxime si se tiene en cuenta la arbitrariedad de la fuerza y de la relación de poder, que sitúa a las mujeres, los niños y niñas... en condición de extrema vulnerabilidad” (Defensoría del Pueblo, 2005: 3).

Las agresiones sexuales en contra de las mujeres han sido una constante y no un resultado aislado en un período determinado o en un lugar geográfico específico. Por ello, no es gratuito que este y otros estudios de violencia sexual evidencien que son las mujeres y las niñas las principales víctimas de la misma, tanto fuera como dentro del conflicto armado.

Las estadísticas confirman que son las mujeres, niñas y niños las víctimas frecuentes de la violencia sexual. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses cuenta con una herramienta estadística respecto de esta violencia por fuera del conflicto armado en la *Revista Forensis Datos para la Vida*. Así, en el año 2005, este Instituto efectuó en el ámbito nacional 18.474 dictámenes sexológicos, de los cuales

13.697 se realizaron a mujeres, equivalente al 84% del total⁵³; en 2006, “el mayor número de dictámenes sexológicos se realizó a mujeres, 14.382 casos del total, correspondencia porcentual del 83,6%” (...) ‘con excepción del grupo de edad de los 5 a los 9 años en los niños, en todos los grupos las mujeres son las más afectadas 92,8% particularmente en las edades más jóvenes’” (Instituto Nacional de Medicina Legal, 2006: 238); y en el 2007, se realizaron 20.273 informes periciales sexológicos, de los cuales el mayor número se realizó a mujeres (15.065), equivalente a un 84% del total (Instituto Nacional de Medicina Legal, 2007: 145).

La información recolectada por esta institución estatal respecto de la violencia sexual denunciada por fuera del conflicto armado resulta ser más consistente por parte de este organismo del Estado, que aquella información relacionada con la violencia sexual en el marco del conflicto armado. Sobre esta última, el Instituto de Medicina Legal, solo para en el año 2006⁵⁴, incluyó entre los agresores de violencia sexual a: ELN, FARC, Fuerzas militares, otras guerrillas, y autodefensas para un total de 29 dictámenes contra mujeres y 4 contra hombres. En el 2007 incluyó en la *Revista Foresins Datos para la Vida* algunas variables que suponen la existencia de violencia sexual en el marco del conflicto armado, así: una variable sobre las circunstancias del hecho, entre la que se encuentra: la acción de las autodefensas, enfrentamiento armado, acción guerrillera y acción militar (52 dictámenes contra mujeres y/ o niñas y 16 contra hombres en estas cir-

53 Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, *Revista Forensis. Datos para la vida 2005*. En el mismo sentido se puede observar las estadísticas de dicha institución en el año 2004, Medicina Legal realizó en el ámbito nacional 17.912 dictámenes por delitos sexuales, de los cuales el 84% correspondieron a mujeres y niñas. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. *Revista Forensis. Datos para la vida*, Bogotá, 2004.

54 Cfr. En. Corporación Sisma Mujer (Op. cit.: 14). La policía como agresor de violencia sexual tiene un total de 27 casos, de los cuales 25 son mujeres, jóvenes o niñas. Se relaciona a la policía por hacer parte de la fuerza pública.

cunstancias); otra variable según la actividad desarrollada durante el hecho, en la que se encuentra: combate y misión humanitaria, médica y/o sanitaria (10 dictámenes contra mujeres y/o niñas y 2 contra hombres y/o niños en estas actividades. Así mismo, se presenta otra variable sobre el posible agresor, la cual incluye a: fuerzas militares, FARC, otras guerrillas, ELN. En esta última variable se relacionan 22 dictámenes contra mujeres, jóvenes o niñas y 2 contra hombres, adolescentes o niños con estos posibles agresores (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2007: 147-149)⁵⁵.

La información suministrada por el Instituto de Medicina Legal sobre la violencia sexual en el marco del conflicto armado –a partir de 2006– demuestra, de una parte, falta de interés por dar visibilidad a la misma y, de otra, falta de denuncia (por el Estado de oficio o por quien se considera víctima), tal como lo analizaremos más adelante.

No obstante, han sido las organizaciones de mujeres y de derechos humanos, las que han hecho visible la violencia sexual contra las mujeres y las niñas en el conflicto armado en Colombia.

VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO

LA VIOLENCIA SEXUAL, UNA ESTRATEGIA DE GUERRA

Los patrones sociales y estructurales promueven la discriminación, exclusión y marginalización y sitúan a la mujer en desventaja para afrontar el impacto del conflicto armado, así lo ha reconocido la Corte Constitucional en Auto del 092 del 2008⁵⁶. Pero, además, la dinámica perversa del

55 La policía como agresor de violencia sexual tiene un total de 24 casos de los cuales 22 son mujeres, jóvenes o niñas. Se relaciona la policía por hacer parte de la fuerza pública.

56 “Este empeoramiento de las condiciones de las mujeres resulta más intenso

conflicto armado con sus consecuencias ha sido otra de las causas que han influido en la perpetuación de la violencia contra la mujer.

La masculinidad también se ha construido con símbolos de superhéroes, triunfadores, insensibilidad, etc., en contraste con la feminidad edificada, entre otros, con prototipos de virginidad, pudor, sumisión y honra social. La guerra es considerada para los hombres una prueba de honor (BERNAL, 2001: 14) que ninguno está dispuesto a perder y la violencia sexual contra la mujer se ha convertido en una estrategia de guerra⁵⁷, utilizada contra el enemigo tanto en operaciones armadas de gran magnitud como en aquellas individuales⁵⁸. Pero además, dentro de la dinámica nefasta del conflicto armado ha sido utilizada la violencia contra la mujer por tener relaciones familiares o afectivas con miembros o colaboradores de los grupos armados contrarios; quebrantar los roles típicos de feminidad; incumplir con las prohibiciones impuestas por dichos grupos (Amnistía Internacional, s.f.: 25); poderío territorial y placer sexual por parte del grupo armado ilegal dominante en la región; y pertenecer a una organización social comunitaria o política; pertenecer al grupo armado ilegal. Los actores armados también ejercen violencia sexual al forzar a la prostitución o a la esclavitud sexual a las mujeres en el territorio.

La violencia sexual como estrategia de guerra se presenta como un medio de ataque o amenaza con componentes de

aún en el caso de las ciudadanas que forman parte de grupos vulnerables de la población, tales como las mujeres indígenas, afroscendientes y habitantes de zonas marginadas". Corte Constitucional, Auto n° 092 del 14 de abril de 2008. En el mismo sentido, Corte Constitucional Sentencia de T- 496 de 2008. M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

57 Sobre este particular se han manifestado en varias oportunidades víctimas, organizaciones y organismos que promueven y protegen derechos humanos. Resulta importante el reconocimiento que efectuó La Corte Constitucional sobre este particular en el Auto 092 de 2008.

58 Cfr. Auto 092 del 14 de abril de 2008.

deshonra y mezquindad para con el enemigo, en tanto la mujer es considerada social y culturalmente como *un símbolo y depositaria del honor de la colectividad* (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002: 54). La violencia sexual en este contexto “implica el ejercicio de poder sobre ellas, pero también sobre los hombres. Es por tanto una manera de recordar a las mujeres que su cuerpo es parte del botín...” (Consejería en Proyectos PCS, 2008: 15). Esta violencia colectiva⁵⁹ o individual⁶⁰ se convierte en un arma de guerra eficaz, ya que, además de generar en la víctima un efecto devastador lo replica en la comunidad, la que paradójicamente, además de aterrorizarse, estigmatiza y excluye a la mujer víctima.

La comunidad internacional, tanto organismos como organizaciones no gubernamentales, coinciden en afirmar que la violencia sexual utilizada en el marco de un conflicto armado es una forma de tortura (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002: 55) no solo para la mujer sino para su familia y como tal se debe sancionar a los responsables, pero además cuando tal violencia se ejerce de manera sistemática o generalizada constituye un delito de lesa humanidad (y no un delito común)⁶¹.

59 Actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura- tales como masacres, tomas, pillajes y destrucciones de poblados-, cometidos contra las mujeres, jóvenes, niñas y adultas de la localidad afectada por parte de los integrantes de grupos armados al margen de la ley”. Corte Constitucional Auto 092 de 2008.

60 “Actos deliberados de violencia sexual cometidos ya no en el marco de acciones violentas de mayor alcance sino individualmente por los miembros de todos los grupos armados que toman y han tomado parte en el conflicto que en sí mismos forman parte”. Corte Constitucional Auto 092 de 2008.

61 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, caso MIGUEL CASTRO CASTRO Vs Perú, par. 402 – 403. Es importante señalar respecto al carácter sistemático o generalizado, lo siguiente: “El Estatuto utiliza las expresiones “ataque generalizado” para designar “una línea de conducta que implique un alto número de víctimas” y el término “sistemático” para referirse al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política. Como se emplea el término disyuntivo “o, tales condiciones no son acumulativas, por lo cual el homicidio de un solo

En Colombia, en el marco del conflicto armado, la violencia sexual contra la mujer ha sido generalizada; así lo han evidenciado diferentes organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, entre ellas:

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en informe del 2006, señaló: [...] de las formas de violencia registradas por la Oficina en el transcurso de 2005, la violencia sexual y los homicidios contra mujeres fueron los más recurrentes. Las más afectadas por estas formas de violencia fueron mujeres campesinas, indígenas, afrocolombianas, desplazadas que han retornado a su lugar de origen o que viven en comunidades bloqueadas 26 (sic) [La Oficina] ha registrado denuncias de violencia sexual, principalmente atribuidas a miembros de la fuerza pública. También hay denuncias que involucran a miembros de grupos paramilitares y de las FARC-EP y a personas desmovilizadas de grupos paramilitares. En varios de ellos las víctimas son menores de edad, mujeres, jóvenes o indígenas⁶².

La Relatora Especial sobre Violencia contra las Mujeres de las Naciones Unidas, en el Informe respecto de la visita a nuestro país, manifestó: " Aunque los hombres son las víctimas más frecuentes de las ejecuciones sumarias y las matanzas, la violencia contra la mujer, en especial la de carácter sexual por parte de grupos armados, resulta habitual en el contexto de un conflicto que lentamente va cambiando de matices y que no respeta el DIH"⁶³.

civil puede constituir un crimen de lesa humanidad si se cometió dentro de un ataque sistemático". Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002. M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA.

62 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/CN.4/2006/009, párr.19.

63 Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer sus causas y consecuencias. 58º periodo de sesiones E/CN.4/2002/83/Add.3.11 de marzo.

La Defensoría del Pueblo, en el Primer Encuentro de las Defensoras de Derechos de las Mujeres del Área Andina, señaló: “Como agravante de la crisis humanitaria que vive el país, el uso de la violencia sexual como arma de guerra en el conflicto colombiano es cada vez más evidente, ésta hace parte de un conjunto de prácticas comunes en el contexto de degradación de la guerra. El control físico de las mujeres (retención, violación, prostitución y explotación sexual de niños-as) hace parte del control simbólico de un territorio y su población” (Defensoría del Pueblo, 2005: 8). La misma institución en comunicado de prensa n° 1328 de julio de 2008⁶⁴, señaló que el “17,7% de las personas que sufrieron agresión sexual (ellas o sus familias), manifestó que ésta fue la causa de su desplazamiento. De éstas, el 14% decidió desplazarse por haber sido ellas las víctimas, y el 31% por haber sido un miembro de su familia” (Defensoría del Pueblo, 2008: 173). Violencia causada por un miembro de su entorno familiar o un actor armado.

La Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado (2008: 5 y ss.), en sus Informes, ha señalado como la violencia sexual en el contexto del conflicto armado es un continuum que deben enfrentar las mujeres”. Ahora bien, el hecho que esta violencia sea generalizada en un contexto tan cruel como lo es el conflicto armado, supone lamentablemente que los perpetradores piensen que tales actos son tolerados y que por ellos no deben responder (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002: 55). Tal percepción no es lejana cuando se analiza las investigaciones que por estos hechos ha efectuado la Fiscalía a propósito de la desmovilización de grupos paramilitares en vigencia de la Ley 975 de 2005, conocida como Ley de “Justicia y Paz”; así lo señaló la Comisión

64 Defensoría del Pueblo. Comunicado de Prensa 1328 del 29 de julio de 2008. Disponible en: http://www.defensoria.org.co/red/?_item=0303&secc=03&ts=2&n=1328. Agosto 8 de 2008. Hora 1.00 p.m.

Colombiana de Juristas (2008: 148): “frente al delito de violencia sexual contra las mujeres, es nulo el aporte que en materia de justicia y verdad han realizado los postulados” refiriéndose a los paramilitares.

La violencia sexual dentro del conflicto armado es sistemática, utilizada como un método bélico, planeado y ejecutado por los actores armados. Al respecto, la Relatora Especial para la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006) señaló: las mujeres colombianas son víctimas de homicidios, secuestros, detenciones masivas, reclutamiento forzado, señalamientos y amenazas, sumándose a ello una especial modalidad de violencia asociada a delitos de carácter sexual como la violación, trata de personas, y prostitución forzada, destinados a deshumanizarlas (...) estas modalidades de violencia son utilizadas *como instrumento para intimidar e impartir terror a comunidades que habitan en zonas de conflicto*, provocando el desplazamiento de cientos de familias que tienen principalmente a mujeres como cabeza de hogar” (resaltado fuera del texto).

Los hechos de violencia sexual no son aislados, obedecen a una planeación estratégica por parte de los grupos armados, según lo señalado por la Corporación Sisma Mujer (2007: 57): “las guerrillas de las FARC y el ELN son responsables de delitos de violencia sexual contra las mujeres en el país. En cuanto al accionar de policía y ejército, según la información reportada por la Fiscalía General de la Nación (ver anexo 2) les es atribuible el 80% de los delitos de violencia denunciados durante el período 2001-2006 (a los paramilitares se les atribuye el 14,2% y a las guerrillas el 3,9%”.

La violencia sexual sistemática y generalizada contra mujeres, jóvenes y niñas por parte de los diferentes grupos armados legales e ilegales agrava el conflicto armado, desvanece los límites de la guerra y amplía cada vez más la brecha entre hombres y mujeres, retrayendo así, los pocos avances que sobre los principios de igualdad y no discriminación se han efectuado en nuestro país.

VIOLENCIA SEXUAL COMO CONSECUENCIA DEL CONFLICTO ARMADO: MUJERES EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

La violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas en muchas ocasiones se presenta como una consecuencia del conflicto armado; es el caso de las mujeres que se encuentran en situación de desplazamiento forzado, quienes están sometidas a específicas condiciones de vulnerabilidad.

Las niñas, jóvenes y mujeres en situación de desplazamiento son victimizadas en formas múltiples. Además de la pérdida de sus familiares, deben soportar el desarraigo de su territorio, familia, amistades, emociones, etc., en muchas oportunidades se ven forzadas a asumir la jefatura de su familia⁶⁵, lo cual implica que además de una transformación cultural de los roles deben encargarse de la subsistencia de la misma. Por lo general, las mujeres víctimas de un desplazamiento forzado junto con los miembros de su familia escapan a sitios totalmente ajenos, en donde se albergan junto con otras familias, lo cual conlleva hacinamiento, y el que sean objeto de violencia y abusos sexuales, incluida la prostitución forzada, la esclavitud sexual o la trata de personas con fines de explotación sexual⁶⁶, además de otras violencias como la comunitaria e intrafamiliar, así lo evidenció la Defensoría del Pueblo (2008: 62), al señalar que el 37,2% de mujeres encuestadas víctimas de desplazamiento

65 En Colombia, aproximadamente, del 30% al 40% de los hogares de población desplazada cuenta con una mujer como jefa de hogar, quien asume la difícil responsabilidad de la supervivencia de su familia. Según La Encuesta en Salud Sexual y Reproductiva en zonas marginales: situación de las mujeres desplazadas el porcentaje de mujeres desplazadas jefas de hogar, se acerca al 30%. Sobre el particular, la Procuraduría General de la Nación el 40% de las familias desplazadas, tiene a una mujer como jefa de hogar, como consecuencia de la pérdida de sus parejas, ya sea por que son asesinados, reclutados, desaparecidos, detenidos arbitrariamente, o por que se alejan motivados por la situación (Procuraduría General de la Nación, 2006: 224-225).

66 Corte Constitucional Auto 092 del 14 de abril de 2008.

forzado habían experimentado situaciones o episodios como golpes, bofetadas y patadas⁶⁷.

De otra parte, se observa una pérdida de autonomía en las mujeres en situación de desplazamiento respecto de sus derechos sexuales y reproductivos. Los estudios realizados por Profamilia (ENDS) antes del año 2000⁶⁸, señalaban el deseo generalizado de las mujeres por limitar el número de hijos; la Encuesta Nacional de Demografía y Salud (2006: 99) realizada por dicha entidad señaló que para el 2005 el promedio de hijos nacidos vivos de las mujeres de 40-49 años de edad fue en zona urbana de 2,8 hijos y en la zona rural de 4,2 hijos. Cifras que contrastan con las señaladas en la Encuesta sobre Salud Sexual y Reproductiva en Zonas Marginales: Situación de las Mujeres Desplazadas; tal encuesta evidenció que las mujeres que residen en áreas marginadas en las ciudades receptoras tienen embarazos con mayor frecuencia y familias numerosas: “actualmente, el promedio de hijos vivos que tuvieron las mujeres desplazadas que hoy cuentan entre 40 y 49 años de edad es de 5,3 hijos”. Se observa que pese al deseo de reducir el número de hijos éstos han aumentado en las mujeres que se han desplazado, situación que evidencia un detrimento en sus derechos reproductivos, el cual a su vez reduce las posibilidades de mejorar su calidad de vida y la de sus hijos.

Las difíciles y precarias condiciones que tienen que padecer las mujeres en situación de desplazamiento hacen que sean una población vulnerable a todas las violencias y específicamente a la violencia sexual. Según lo señalado por

67 En el año 2000 - 2001, la encuesta efectuada por Profamilia (2006: 8) a mujeres desplazadas, señalaba que “el 50% de las mujeres entrevistadas ha sido agredida físicamente. Es decir, 1 de cada 2 es golpeada por su cónyuge. Sin embargo, además de los golpes, son víctimas de otros tipos de violencia”.

68 En 1975 las mujeres tenía un promedio de 4,4 hijos. En 1985 el promedio fue de 3,6 hijos por familia y para el año 2000 fue de 2,6 hijos por mujer; en las ciudades y cabeceras municipales las mujeres tenían entre 2 y 3 hijos y en las zonas rurales un promedio entre 3 y 4 hijos (Profamilia, 2006: 7).

la organización Iniciativa de Mujeres por la Paz (2004) en el "Informe: Los Derechos Civiles y Políticos de las Mujeres Colombianas a la Luz de la Observación General -2004-", el "35% de las mujeres desplazadas por causa del conflicto armado han sido forzadas a tener relaciones sexuales con desconocidos, frente al 28.8% de mujeres que han sufrido violencia sexual por desconocidos a nivel nacional, según ENDS-2000".

Según el estudio realizado por Profamilia (2006) sobre salud sexual y reproductiva en zonas marginales: situación de las mujeres desplazadas: "1 de cada 5 mujeres ha sido víctima de violación sexual. El 24% de las mujeres ha sido violada. El 14% de los casos, el responsable del abuso es el esposo o compañero. En su orden, después del cónyuge, el principal agresor sexual de las mujeres, residentes en zonas marginadas, es: un desconocido, un amigo, el ex marido, un pariente del esposo y el padrastro".

Según la Defensoría del Pueblo (2008: 169), el "15,8% de las mujeres en situación de desplazamiento han sido víctimas de violencia sexual". El 8,5% del total de la población encuestada respondió que alguna vez un miembro de la familia o alguno de los hijos o hijas habían sido forzados o forzadas físicamente a tener relaciones o actos sexuales en contra de su voluntad (Ídem: 171).

Tal situación también ha sido advertida por varias organizaciones nacionales e internacionales, entre ellas: la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, Corporación Sisma Mujer, Amnistía Internacional (s.f.: 25) (ésta señaló que "Durante el desplazamiento y una vez instaladas [las mujeres] encuentran grandes barreras para acceder a bienes y servicios en entornos que tienden a estigmatizarlas y condicionar su acceso a recursos y protección a la prestación de servicios sexuales", entre otras. En este contexto de supervivencia, la violencia sexual contra la mujer puede llegar a ser sutil, tolerada y aceptada socialmente. Es por ello que es necesario visibilizar esta forma de violencia sexual, para

que sea la misma sociedad la que exija la protección de los derechos de las mujeres, jóvenes y niñas y así logren una vida digna exenta de toda violencia.

VI. VIOLENCIA SEXUAL E IMPUNIDAD

IMPUNIDAD: LA NO DENUNCIA

No obstante los daños físicos y psicológicos que produce la violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas, muchas veces tales agresiones quedan impunes, es decir, “sin castigo” para el agresor⁶⁹. Independientemente de la causa que permitió la impunidad, tal situación conlleva una denegación de justicia, verdad y reparación de los derechos conculcados.

A partir del significado de esta palabra, la impunidad puede ser analizada por fuera del ámbito judicial o dentro de él⁷⁰. En el primer caso, desde una mirada más amplia, habrá impunidad si a los agresores de la violencia sexual no se les hace ningún reproche social y/ o judicial, ya sea por parte de la víctima, de su comunidad o del Estado (este último respecto del ámbito penal). Tal situación puede presentarse también porque la persona agredida no se considere lesionada o porque, consciente de tal situación, calla (ya sea por una o varias circunstancias); caso en el que por lo general no habrá lugar a reproche social. No obstante, es posible que la víctima, pese a callar haga justicia por su propia mano y de esta manera sancione al agresor, pero en caso contrario el hecho quedará impune social y judicialmente. Un indicador del alto índice de no denuncia en violencia sexual es el resultado de la Encuesta de Victimización realizada por

69 En palabras del diccionario El Pequeño Larousse Ilustrado (1998: 546).

70 La criminología crítica se ha encargado de visibilizar la impunidad del sistema judicial, específicamente del sistema penal.

el Centro de Investigación en Política Criminal en el año 2005⁷¹ en Bogotá, en la que solo el 2% de las mujeres víctimas de ofensas sexuales denunció el hecho ante la Fiscalía General de la Nación o ante la Policía Nacional. 2% que por lo demás quedó insatisfecho porque la Fiscalía no encontró al victimario, de tal suerte que jamás fueron reparados sus derechos. Otro indicador de no denuncia es la encuesta realizada por la Defensoría del Pueblo para mujeres en situación de desplazamiento víctimas de violencia sexual; de éstas, solo el 18,3% recurrieron a alguna institución a denunciar el delito (Defensoría del Pueblo, 2008: 176).

El segundo evento, es decir la impunidad dentro del sistema judicial, se puede presentar porque existiendo la denuncia o registro de los hechos y/o de los responsables ante el sistema judicial (de oficio o de parte) no se investigue ni sancione a los responsables. En los casos en los que hay una denuncia, la impunidad puede surgir por varias causas dentro del sistema judicial, algunas de orden sociocultural transversales al mismo, por ser una sociedad patriarcal y otras derivadas de éste, como por ejemplo desconfianza en el sistema judicial, falta de garantías para las víctimas, sentencia tardía, incumplimiento respecto de lo ordenado en la sentencia, etc.

EL DEBER DEL ESTADO DE INVESTIGAR, ENJUICIAR Y SANCIONAR A LOS RESPONSABLES

Ahora bien, en aras de garantizar el acceso a un recurso judicial efectivo, el Estado está obligado a investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de las conductas punibles cometidas. Esta obligación está reconocida por el derecho

71 Encuesta realizada por el Centro de Investigación en Política Criminal en la ciudad de Bogotá.

internacional consuetudinario⁷² como una garantía de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Deber que se acentúa⁷³ cuando se trata de violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, toda vez que dichos comportamientos son los que más dolor generan en las víctimas⁷⁴.

La violencia sexual a la que se ven sometidas las mujeres en el conflicto armado es una agresión a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. El Estado, al incumplir con el deber de investigar y sancionar a los responsables de estos delitos, somete a las mujeres víctimas de los mismos a un estado de indefensión que no tiene por qué soportar. Es decir, la víctima resulta revictimizada, esta vez no por quien directamente lesionó sus derechos sino por el Estado, que legal y constitucionalmente tiene el deber de combatir la impunidad.

72 Entre otros: la Convención Americana sobre Derechos (artículo 1, 1); la Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas (artículo 1); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 1); el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (artículo 2.º) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 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. Obligación explícita en el Comité de Derechos Humanos. Observación 20 al artículo 7.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

73 Cfr. Corte IDH caso cantoral Benavides, Reparaciones, supra nota 5, párrafo. 69, entre otras.

74 Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003, M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, (Demanda de inconstitucionalidad del artículo 220 numeral 3.º parcial de la Ley 600 de 2000 o código de Procedimiento Penal). En el mismo sentido, resulta importante señalar la sentencias: Sentencia 979 de 2005, M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, al consagrar el deber del Estado de investigar con mayor rigor las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario ya que dichas violaciones además de generar mayor daño a las víctimas “entrañan un enorme poder desestabilizador en el seno de una colectividad”. Así mismo: Sentencia C-370 de 2006 M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y 575 de 2006 M.P. ALVARO TAFUR GALVIS. Estas últimas respecto de la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 975 de 2005.

Pero no solo el estado de indefensión es una consecuencia funesta de la impunidad: la creencia por parte de los perpetradores de que su conducta no es delictiva porque no han sido enjuiciados ni sancionados es otra de ellas; ésta, además, media en el desistimiento de las mujeres de acudir a las instancias judiciales (Arroyo y Valladares: 47), más cuando observan que el conflicto armado persiste y los actores armados continúan sembrando el terror no solo en ellas sino en su comunidad. Según ANGELIKA RETTBERG (2008: 13): “Solamente un 12% declara que los autores de los delitos no viven en su comunidad”.

Por las consideraciones anteriores, el Estado tiene que cumplir con los deberes de investigar los hechos y a los responsables; es por ello que la denuncia de oficio es una herramienta fundamental en la violencia sexual contra niñas, jóvenes y mujeres, más cuando se trata de delitos sistemáticos y generalizados dentro de un conflicto armado. En donde, dadas las difíciles circunstancias propias del conflicto, a las mujeres les es difícil denunciar, como se analizará más adelante.

Sobre el deber de investigación que tiene el Estado frente a la situación que padecen las mujeres en el marco del conflicto armado y la impunidad, la Relatora Especial manifestó:

“suma preocupación por el actual grado de impunidad por violaciones de los derechos de la mujer, sobre todo las que ocurren debido al conflicto armado en Colombia o se ven agravadas como resultado de éste. Expresa preocupación además por el trato que recibe la mujer en el sistema de justicia penal y por el bajo porcentaje de condenas impuestas en casos de violación u otras formas de violencia basadas en género. El hecho de que no se investiga, enjuicia y castiga a los responsables de violaciones y otras formas de violencia basadas en el género ha contribuido a un entorno de impunidad que perpetúa la violencia contra la mujer, incluso la violación y la violencia intrafamiliar. Es fundamental que en los casos de violencia

basada en género se investiguen y que los perpetradores comparezcan a la justicia”⁷⁵.

Según la CIDH (2006), el sistema de justicia es ineficaz respecto de la investigación, enjuiciamiento y sanción de los actores armados responsables de violencia sexual, lo que contribuye a crear un clima de impunidad que a su vez favorece el aumento de la misma. Situación que ha sido confirmada por la Corte Constitucional en el Auto n° 092 de 2008.

LUZ PIEDAD CAICEDO (2008) señaló respecto de la Ley de Justicia y Paz que “De las 14.576 denuncias registradas ante la Fiscalía General de la Nación en las que las víctimas son mujeres sólo 64 (0,4%) corresponden a delitos sexuales”.

Además de la impunidad que genera que el Estado incumpla con el deber de persecución de la violencia sexual y de los responsables de esta conductas, a su vez incumple con la garantía de no repetición de estas violaciones contra los derechos humanos.

OBSTÁCULOS PARA LA NO DENUNCIA DE LAS MUJERES QUE SE CONSIDERAN VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL DENTRO Y FUERA DEL CONFLICTO ARMADO

– Estigmatización y aislamiento por parte de su círculo social. El señalamiento hacia las mujeres víctimas de vio-

75 Informe de la misión a Colombia de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias acerca de la misión a Colombia del 1 al 7 de nov de 2001. E/CN.4/2002/83/Add.3. Párrafo 103. Sobre el particular, la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, en relación con la situación de la mujer en Colombia: “La impunidad y la denegación de justicia continúan figurando entre las preocupaciones más graves en Colombia. La impunidad en relación con toda clase de delitos se observa en todas partes. (...) La impunidad de los responsables de violencias por motivo de género constituye en uno de los factores que contribuyen de manera más importante a la permanente violación de los derechos de la mujer y al aumento de la violencia en general”. Informe de la misión a Colombia de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias acerca de la misión a Colombia del 1 al 7 de nov de 2001. E/CN.4/2002/83/Add.3. Párrafo 16.

lencia es otra de las funestas consecuencias de la violencia sexual, ya que acentúa las lesiones psicológicas causadas por la violencia a la víctima e impide que la mujer pueda rehacer su vida en sociedad. Esta causa resulta ser determinante dentro de un contexto de conflicto armado; así lo señaló Amnistía Internacional (s.f.: 29) en el informe sobre violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado: “En Colombia, el estigma de la violencia sexual impide a muchas mujeres denunciar los abusos. Se condena al ostracismo a las supervivientes simplemente por el tipo de violencia ejercida en su contra. Sobrevivir a la violencia sexual se considera vergonzoso o “deshonroso”.

– *El miedo a la represalia del victimario* conocido o desconocido (Defensoría del Pueblo, 2005: 3), es otra de las causas para que las mujeres no denuncien la agresión sexual, y en el contexto del conflicto armado éste es mucho mayor, pues no solo existe temor a la denuncia por parte de la víctima sino también por parte de sus familiares y de la comunidad en general⁷⁶. El miedo a ser perseguida por el victimario y el grupo armado al visibilizar la agresión sexual no le permite actuar en esa dirección. Muchas mujeres líderes de organizaciones promotoras y protectoras de derechos humanos que han denunciado estas y otras formas de violencia en el conflicto armado han sido amenazadas, incluso muchas de ellas han perdido la vida. La Corte Constitucional ha consagrado una presunción de riesgo respecto de las mujeres que hacen valer sus derechos ante el sistema de justicia, especialmente si se trata de lideresas o integrantes de organizaciones de víctimas de violaciones de derechos humanos⁷⁷. En la Sentencia T-496 de 2008, la

76 Relato de una mujer de 64 años a quien le violaron y mataron a su hija en La Guajira. Hablan las personas desplazadas en Colombia (Consejo Noruego para los Refugiados, 2007: 76).

77 Auto 092 de 2008, Sentencia de T-496 del mismo año y en el Auto 009 de 2009. Los dos autos en relación con el desplazamiento forzado interno. La

Corte ordenó específicamente al Ministerio del Interior y a la Fiscalía General de la Nación desarrollar las acciones necesarias orientadas a efectuar una revisión integral del Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Ley de “Justicia y Paz”.

– *Desconocimiento del código propio del sistema judicial.* Muchas mujeres rurales víctimas de violencia sexual en el conflicto tienen el referente de acudir al sistema judicial para hacer valer sus derechos, pero la consolidación del mismo no es inmediata, sino que va surgiendo a medida que van encontrando una mejoría en su entorno y en sus redes sociales, es decir, es un proceso. Así tengan interés en denunciar, las mujeres se enfrentan a una gran dificultad: desconocen el código de dicho sistema: normas, jerarquías, requisitos y formalidades propias del mismo. A estas mujeres no les resulta factible descifrar e interpretar el código que dinamiza sus derechos, pues resulta ajeno a su cotidianidad, razón por la cual acuden en la mayoría de casos a organizaciones no gubernamentales que protegen derechos humanos.

La información, orientación, asesoría y acompañamiento son fundamentales para que las mujeres campesinas, afrodescendientes⁷⁸ e indígenas⁷⁹ denuncien el hecho. La sola denuncia no es suficiente para lograr justicia, verdad y reparación se requiere de un acompañamiento legal permanente para que la víctima pueda participar activamente en el proceso penal.

sentencia T 496, específicamente frente al riesgo que presentan las lideresas que denuncian en el marco de la Ley de Justicia y Paz.

78 Las mujeres afrodescendientes en su mayoría presentan un bajo nivel de educación. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En Corte Constitucional, Auto 092 de 2008.

79 “La mayoría de las mujeres adultas son analfabetas en castellano”. Informe presentado por la ONIC a la Relatora de la Comisión Interamericana. En Corte Constitucional, Auto 092 de 2008.

– *Desconfianza en el sistema de justicia penal y en los organismos de control del Estado.* Prevención que ha surgido a su vez por las siguientes causas:

* Revictimización, sea por la falta de capacitación y sensibilidad por parte de los funcionarios y funcionarias que conocen de los hechos, tal como lo confirma el Auto 092 de 2008, o por estar expuestas a los distintos interrogatorios y a la incomodidad de los exámenes “sexológicos” que en esta clase de afectaciones resultan ser casi obligatorios. En general, las mujeres víctimas en un proceso penal son sometidas a diferentes juicios de valor por parte de los operadores del sistema.

Del mismo modo, el actual procedimiento penal que responde a lo dispuesto por la Ley 906 de 2004, es decir, al sistema acusatorio, se caracteriza, entre otros principios, por la oralidad, la inmediatez, la concentración y la publicidad. Lo cual implica en términos generales que cualquier decisión se deba tomar con citación a las partes en audiencia, en la que deberán estar presentes, entre otros, el juez, las partes o intervinientes. En consecuencia, las víctimas de delitos de violencia sexual tienen que acudir y confrontar en audiencia a su victimario, situación lamentable, ya que el miedo y dolor de las víctimas genera deserción en aquellas que denunciaron y desestímulo a la denuncia en las mujeres que no lo han hecho. Así lo manifestó la Defensoría del Pueblo (2005: 3): “En este orden es pertinente vigilar lo que está sucediendo en materia de justicia para las mujeres, dado que las últimas reformas a la legislación penal y procedimental penal colombiana restringen los derechos de las mujeres, niños y niñas y afectan el acceso a la justicia de éstas al no garantizar del todo la protección de las víctimas de violencia sexual al interior de la familia, que constituye esta afectación en una clara discriminación contra mujeres, niños y niñas colombianas. El sistema penal acusatorio no tiene disposiciones especiales que amparen a las mujeres adultas víctimas, en el sentido que tendrán que comparecer

a juicio a rendir sus declaraciones frente a su victimario en juicios orales y públicos siendo objeto de la llamada revictimización del sujeto pasivo de la conducta”.

*Subvaloración de estos delitos o inadecuada tipificación de los mismos. Es frecuente que las autoridades encargadas de la investigación en los procesos *subvaloren* los delitos y los “clasifiquen” como delitos pasionales⁸⁰ o los tipifiquen como violencia intrafamiliar o lesiones personales (Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, 2008: 48).

Incluso tratándose de violencia sexual en conflicto armado, es frecuente que la adecuación típica se haga respecto de aquellos delitos ubicados en el Título IV *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales* y no como correspondería en los tipos penales contemplados en el Título II *Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*. En este sentido, resulta pertinente manifestar que aunque la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz no cuenta con un sistema de información consistente⁸¹, la relación de víctimas de violencia sexual registradas en los formatos de hechos atribuibles a los grupos armados al margen de la Ley se tipifica en los siguientes delitos contemplados en el Título IV –contra la libertad, integridad y formación sexual–: acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208 CP), acceso carnal violento (artículo 205 CP), acto sexual violento (artículo 206 CP), y acceso carnal o acto sexual en persona puesta en

80 Cfr. Corte Constitucional, Auto 092 de 2008.

81 Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Fiscalía General de la Nación, oficio UNJYP n.º 006173 del 10 de julio de 2008. “en primer lugar y de manera atenta me permito aclararle que la Unidad Nacional de Justicia y paz no cuenta con un sistema de información, por lo tanto la información que existe obedece a un sistema manual, el cual se está desarrollando por parte de funcionarios de la Unidad de acuerdo a las necesidades de la misma”... aunado a que algunas víctimas aparecen registradas varias veces ante las diferentes entidades gubernamentales y no gubernamentales, ya que estas pudieron haber puesto en conocimiento más de una vez un mismo hecho ante las distintas entidades referidas pretéritamente”.

incapacidad de resistir (artículo 207 CP). Sobre estos delitos, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz tiene un consolidado de 91 mujeres víctimas (datos que aún no han sido depurados, y que por lo tanto pueden presentar duplicidad)⁸². En la información enviada por la Fiscalía⁸³ existe, únicamente registradas 2 mujeres víctimas en los formatos atribuibles a los grupos armados al margen de la Ley por el delito de acceso carnal violento en persona protegida (artículo 138 CP).

Esta falta de consistencia en la tipificación por violencia sexual de grupos armados al margen de la ley refleja disparidad de conceptos por parte de los funcionarios de la Fiscalía respecto a la existencia o no de conflicto armado y del concepto sistemático y generalizado de la violencia sexual. Una de las consecuencias de esta inadecuada tipificación es que la investigación y enjuiciamiento será tratada como un hecho aislado sin conexidad respecto del grupo armado al que pertenecía el perpetrador, ni tampoco en relación con otros delitos de violencia sexual.

* Subregistro. En zonas de conflicto armado es frecuente un subregistro oficial de los casos por parte de las autoridades judiciales. Es usual que en las poblaciones en las que se presentó una masacre se reporten las violaciones al derecho a la vida, pero no mencionen la violencia sexual que padecieron mujeres antes de su muerte⁸⁴, o no indaguen sobre la misma. Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló que

82 Ídem.

83 Ídem.

84 Cfr. Amnistía Internacional (s.f.). Informe presentado por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos período de sesiones: E/CN.4/2001/15, 8 de febrero de 2001. Situación de los derechos humanos de las mujeres en Colombia. Presentación del señor Amerigo Incalcaterra, Director Adjunto de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá D.C., octubre 13 de 2004. Disponible en <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0453.pdf>

existe omisión por parte de las autoridades médico-legales y judiciales en el adelantamiento de los procedimientos para determinar si las víctimas de homicidio fueron previamente violentadas sexualmente⁸⁵.

Entre las causas del subregistro de violencia sexual en conflicto armado, se encuentra la falta de sistematización por parte de las autoridades médico- legales; así lo señaló la Relatora de la CIDH en su informe: “el formato utilizado por el INML para recoger información no incluye a los actores armado como posibles agresores y, por tanto, no frecen un panorama completo de la situación en zonas ocupadas por los actores del conflicto⁸⁶.”

En cuanto a las víctimas sobrevivientes de violencia sexual, la Corte Constitucional señaló que las autoridades que investigan estos delitos carecen de un sistema de atención a dichas víctimas, que cumpla con los estándares internacionales para estos casos.

La ineficacia en la investigación y juzgamiento es una de las principales causas⁸⁷. No se puede desconocer que el sistema penal y procedimental se ejercita desde estructuras e imaginarios patriarcales que permean su funcionalidad y esta dinámica es percibida por las mujeres víctimas de estas violencias, quienes se rehúsan en muchos casos a acudir al mismo, pues consideran que los prejuicios de los funcionarios alteran la investigación. Así mismo, para ellos sigue siendo fundamental dentro del proceso penal la existencia de prueba física en los casos de violencia sexual.

85 Corte Constitucional. Auto 092 de 14 de abril de 2008.

86 Informe de la Relatora de Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. Documento OEA/ser.L/V/II.Doc67.Spa., par.67. en el mismo sentido Corte Constitucional. Auto 092 de 14 de abril de 2008.

87 Cfr. Corte Constitucional. Auto 092 de 2008.

La ineficacia en la investigación y juzgamiento es aún más lamentable en vigencia de la Ley 975 de 2005 que reguló la desmovilización entre el gobierno y los grupos de paramilitares, el reconocimiento de violencia sexual contra las mujeres por parte de los citados grupos ha sido la excepción (0,4%) (CAICEDO, Op. cit.: 9). No es frecuente que el Fiscal interrogue a los paramilitares por violencia sexual ejercida contra las mujeres, y la indagación de estos delitos queda a la voluntad del funcionario investigador⁸⁸. La función de investigación legal y constitucional se ha convertido en una mera corroboración de lo manifestado por el paramilitar en su versión libre; así lo reafirma la Fiscalía, al señalar que la "Unidad de Justicia y Paz no investiga la comisión de los delitos, pues una de sus funciones es corroborar los hechos que son enunciados y/o confesados por los postulados ante la Ley de Justicia y Paz"⁸⁹. Como es de esperar ante tal debilidad normativa y procedimental los paramilitares en sus versiones han evadido en su mayoría responsabilidad sobre estos hechos (Comisión Colombiana de Juristas, 2008: 58-64). Pero, además, tres años después (aproximadamente) de entrada en vigencia dicha Ley sorprende que no hubo ninguna imputación⁹⁰ y solo después de este tiempo algunas imputaciones parciales, que por lo demás presentan grandes dificultades, según la Comisión Colombiana de Juristas (2008), pues las mismas no aceleran los fallos y sí desnaturalizan el principio de una versión libre, completa y veraz; al tiempo que le dan equivocadamente el tratamiento de delitos comunes a hechos punibles sistemáticos y generalizados.

88 Cfr. Corte Constitucional. Auto 092 de 2008 (Corporación Sisma Mujer, ob., cit: 74). En el mismo sentido, Comisión Colombiana de Juristas (Op. cit.: 147).

89 Fiscalía General de la Nación, Unidad de Justicia y Paz. Comunicación NUNJYP n° 006173 de 10 de julio de 2008.

90 Fiscalía General de la Nación, Unidad de Justicia y Paz. Comunicación NUNJYP n° 006173 de 10 de julio de 2008.

El procedimiento penal en general y en especial el tratamiento que han recibido las víctimas en vigencia de la Ley 975 de 2005 han sido obstáculos para combatir la impunidad frente a la comisión de delitos sexuales. La falta de una respuesta estatal para las víctimas ha sido la regla general no solo en vigencia de la citada Ley sino del sistema de justicia penal ordinario⁹¹.

Inexistencia de garantías de seguridad por parte del Estado dentro de los procesos judiciales. Tal como se analizó, las amenazas que han recibido las mujeres víctimas de violencia sexual, así como la muerte de otras lideresas de derechos humanos que han hecho valer su calidad de víctimas dentro de los procesos penales –en especial dentro del regulado por la Ley 975 de 2005–, es prueba suficiente del riesgo extraordinario que deben afrontar las mismas en el propósito de lograr justicia y también del incumplimiento de la obligación internacional⁹² y nacional⁹³ del Estado de proteger el derecho a la seguridad personal de las mismas.

Lamentable situación que con respecto a las mujeres se agrava como consecuencia del impacto diferencial que sufren dentro de la perversa dinámica del conflicto armado.

Respecto del asesinato de YOLANDA IZQUIERDO, el Secretario General de la OEA al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia, señaló: “El asesinato de YOLANDA IZQUIERDO, importante líder de las víctimas en el departamento de Córdoba, ocurrido el 31 de enero de 2007, puso en evidencia que las víctimas no tenían las garantías para poder participar activamente en el proceso

91 Corte Constitucional. Auto 092 de 14 de abril de 2008

92 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3.º; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7.º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9º.

93 Constitución Política, artículos 93 y 94; Corte Constitucional Sentencias: T-719 de 2003 y 496 de 2008.

y reclamar sus derechos. Este hecho tuvo repercusiones negativas inmediatas, ya que aumentó el temor y mostró la limitada capacidad del Estado para ofrecer protección en determinadas zonas”.

En razón de la especial situación que deben soportar las mujeres víctimas de la violencia propia del conflicto y del riesgo que afrontan en busca de la protección de sus derechos y de la participación dentro de los procesos penales, especialmente respecto del proceso reglado por la Ley 975 de 2005, la Corte Constitucional, en Sentencia T -496 de mayo de 2008, tuteló los derechos a: la seguridad personal, libertad, vida en condiciones dignas y el acceso a la justicia de las demandantes (de manera individual) y de manera global de las víctimas y testigos de la Ley de Justicia y Paz. Dicho pronunciamiento, señaló:

La condición de víctimas del conflicto armado y de miembros de organizaciones que promueven los derechos de las víctimas, que concurre en las demandantes, unida al contexto del asesinato en secuencia de mujeres ubicadas en similares condiciones, las coloca en una situación de riesgo extraordinario *específico e individualizable*, no genérico; *concreto* en cuanto se basa en hechos verificables; *actual*, por cuanto tal como lo refieren informes recientes de organismos internacionales el proceso de justicia y paz se desarrolla en medio de violencias propias del conflicto (*supra* 7); *importante y serio* en cuanto amenaza las posibilidades de acceso real a sus demandas de justicia, y aún su integridad y su vida; *claro y discernible* por cuanto se trata de mujeres que lideran procesos sociales y/o pertenecen a zonas del país calificadas por el mapa de riesgo como de nivel extraordinario o alto.

De otra parte, resulta inobjetable que las demandantes se encuentran en la situación descrita en esta sentencia (*supra* 5) referida al impacto desproporcionado y diferenciado que el conflicto genera sobre las mujeres. Se ubican en esa particular situación de vulnerabilidad en virtud de su condición de fe-

menina que les impone unos riesgos específicos y unas cargas extraordinarias en el contexto de la violencia⁹⁴.

Presunción de riesgo contra los derechos a la seguridad personal, vida, integridad y acceso a la justicia, que fue reiterada en el Auto 009 de 2009⁹⁵.

El miedo a investigar. El temor por parte de las autoridades a investigar a miembros de los grupos armados ilegales⁹⁶ es otra causa que impide que el Estado cumpla con el deber de investigar estas vulneraciones a los derechos humanos contra las mujeres. Específicamente en aquellas regiones en las que los grupos armados continúan manteniendo el poder.

Estas son algunas de las causas determinantes para que las mujeres abusadas sexualmente en el conflicto armado

94 Al referirse al riesgo extraordinario señaló que este no resulta legítimo ni soportable dentro de la convivencia en sociedad de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales. “*se trata de riesgos extraordinarios cuya imposición misma lesiona la igualdad en la que deben estar las personas frente a la carga de vivir en sociedad*”. De la misma manera, la Corte señaló “*A fin de establecer si un riesgo puesto en conocimiento de las autoridades tiene una intensidad suficiente como para ser extraordinario, el funcionario competente debe analizar si confluyen en él algunos de los siguientes atributos: específico e individualizable (que no se trate de un riesgo genérico), concreto (basados en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas); actual (no debe ser remoto o eventual); importante (que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto); serio (de materialización probable por las circunstancias del caso); claro y discernible (no debe tratarse de una contingencia o peligro difuso); excepcional (no se trata de un riesgo que deba ser soportado por la generalidad de los individuos); desproporcionado (teniendo como parametro de comparación los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo), además de grave e inminente. En Corte Constitucional Sentencia T-496 de 2008 del 16 de mayo de 2008, párr. 1.3.5. En el mismo sentido, Corte Constitucional Sentencia T-719 de 2003 fundamento jurídico 4.2.3.*”

95 Auto 009 de 2009, este último a propósito del homicidio del líder comunal de Turbaco, FERNANDO HENRY ACUÑA RUIZ, además hermano de una líder de la Líga de Mujeres Desplazadas.

96 Corte Constitucional, Auto 092 de 14 de abril de 2008.

no denuncien las agresiones, siendo otra de las formas de invisibilizar esta violencia ante la sociedad y el Estado.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

– La violencia sexual contra las mujeres en nuestro país ha sido un constante tanto dentro como fuera del conflicto armado. Son los diferentes informes en su mayoría de organizaciones no gubernamentales, los que han dado visibilidad a estas agresiones contra mujeres, jóvenes y niñas.

– El Estado debe comprometerse en varios frentes a atacar la violencia sexual ejercida contra las mujeres, jóvenes y niñas, tanto en el contexto del conflicto armado como por fuera de él.

– El Estado incumple con su deber de investigar, sancionar y enjuiciar a los responsables, pues en ocasiones, ante hechos públicos de masacres, en los que se sabe que hubo violencia sexual, el Estado no indaga ni persigue a los responsables.

– La mujer se encuentra en una situación de vulnerabilidad extrema y es frecuente la no denuncia. Lamentablemente, esta situación no permite una sanción para los responsables ni tampoco la reparación de los derechos de ellas. Adicionalmente, invisibiliza tales violaciones. Un deber mayor en la investigación, sanción y reparación es el que tiene el Estado tanto en la protección de los derechos vulnerados a las víctimas como en la garantía de acceso a un recurso judicial efectivo en aras de no someter a estas víctimas a un estado de indefensión.

– En los eventos en los que la mujer decide denunciar es importante que el Estado garantice el acompañamiento de la mujer y ejerza mecanismos de protección frente al proceso penal, más tratándose de una infracción de derechos humanos sistemática, generalizada y no de un delito común. La garantía de protección de su vida permite que la mujer participe en todas las etapas del proceso.

– Teniendo en cuenta que la cultura patriarcal permea todas las instituciones, incluyendo la judicial, resulta indispensable capacitar a los funcionarios/as y en general a los operadores de justicia para que ofrezcan una atención diferencial a las mujeres, jóvenes y niñas víctimas de violencia sexual. Este es un paso urgente y necesario en la visibilidad de esta clase de violencia y en la eliminación de barreras para lograr justicia.

BIBLIOGRAFÍA

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2006). Está en nuestras manos: No más violencia contra las mujeres. www.amnesty.org/library/Index/ESLACT770012005?open&of=ESL-347. Fecha: mayo 22 de 2006. Hora: 16.00 p.m.

—. (s.f.). Cuerpos marcados, crímenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado. Disponible en: www.amnesty.org/library/index/eslamr230402004.

ARROY VARGAS, ROXANA Y TAYUPANTA LOLA VALLADARES (2005). “Violencia sexual contra las mujeres”, en *Serie documentos técnicos jurídicos*/ año 1. Proyecto Regional Corte Penal Internacional y Justicia de Género. p.47. Disponible en: www.humanas.cl/documentos/21.%20violencia%20sexual%20contra%20las%20mujeres.doc. Fecha: 26 de mayo de 2005.

BERGER, PETER Y THOMAS LUCKMANN (1999). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.

BOURDIEU, PIERRE (2000). *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama.

—. (2003). “La violencia simbólica. Traducción de entrevista de 1994”, en PIERRE BOURDIEU. *Introducción Elemental*. Compilación de MORENO, DURÁN ÁLVARO y JOSÉ ERNESTO RAMÍREZ. Bogotá: Estrategias Educativas Ltda.

- BOURDIEU, PIERRE Y JEAN-CLAUDE PASSERON (1998). *La Reproducción: elementos para una teoría del sistema de enseñanza*. México: Fontamara S.A.
- BERNAL ANGÉLICA (2001). "Mujeres y guerra en Colombia, en *En otras palabras: mujeres, violencias y resistencias*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero - julio de 2001.
- CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN POLÍTICA CRIMINAL (2005). "Encuesta Internacional de Victimización", en *Cátedra de Investigación Científica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS (2008). "Aplicación de la Ley de "justicia y Paz" en el crimen de violencia sexual: silencio e impunidad", en *Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado*. Bogotá.
- . (2007). Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005. Bogotá: Opciones gráficas editores.
- . (2008a). Boletín n° 32: Serie sobre los derechos de las víctimas y la aplicación de la Ley 975. ¿Imputaciones parciales o derechos parciales? Disponible en http://www.coljuristas.org/documentos/documentos_pag/Boletín%2033%20imputaciones_final.pdf
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006). *Las mujeres frente a la violencia y a la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67 18 octubre 2006.
- . (2001). *Informe N° 53/01*. Caso 11.565. Ana, Beatriz y Cecilia González contra México del 4 de abril de 2001.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2002). *Las mujeres ante la guerra*. Ginebra.

CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS ET AL. Bogotá: Gente Nueva.

CONSEJERÍA EN PROYECTOS PCS (2008). *Impunidad pónganosle fin. Violencia sexual contra las mujeres en conflicto armado y posconflicto en América Latina*. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4739.pdf>.

CONSEJO NORUEGO PARA LOS REFUGIADOS (2007). *Hablan las personas desplazadas en Colombia*. Bogotá.

CORPORACIÓN SISMA MUJER (2007). *Violencia sexual conflicto armado en Colombia*. Bogotá: Toreblanca.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia de T- 496 de 2008*. M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

—. Auto 092 del 14 de abril de 2008. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA

—. Sentencia C-370 de 2006. M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

—. Sentencia 575 de 2006. M. P. ALVARO TAFUR GALVIS.

—. Sentencia T-719 de 2003. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

—. Sentencia C-004 de 2003, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

—. Sentencia C-578 de 2002. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

—. Sentencia T-568 de 1999. M. P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Miguel Castro Castro vs Perú*.

—. Caso RAQUEL MARTÍN DE MEJÍA contra Perú.

—. Caso CANTORAL BENAVIDES, Reparaciones, supra nota.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2008). Comunicado de Prensa 1328 del 29 de julio de 2008. Disponible en: http://www.defensoria.org.co/red/?_item=0303&_secc=03&ts=2&n=1328. Agosto 8 de 2008. Hora 1.00 p.m.

—. (2008a). *Promoción y monitoreo de los derechos sexuales y reproductivos de mujeres víctimas de desplazamiento forzado con énfasis en violencias intrafamiliar y sexual*. Bogotá.

—. (2005). *Primer encuentro de las defensoras de los derechos de mujeres de las defensorías del pueblo del área andina. Federación Iberoamericana Ombudsman*. Quito, Ecuador.

EL PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO (1998). Bogotá: Difusora Editorial Colombiana. Colombia.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español”, en *Ius et Praxis*, año 1999 / vol 5 número 001. Revista_praxis@utalca.cl.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACION. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, oficio UNJYP n.º 006173 del 10 de julio de 2008.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. *Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. www.juridicas.unam.mx.

—. (1997). *Poder Judicial y Ministerio Público*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2.^a Ed., 1997.

—. *El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos*. Disponible en: <http://www.uacj.mx/icsa/carreras/EducacionenDerechosHumanos/II.2.htm>.

INICIATIVA DE MUJERES COLOMBIANAS POR LA PAZ (2004). *Informe 2004: Los Derechos Cíviles y Políticos de las Mujeres Colombianas a la luz de la Observación General*. Disponible en <http://mujeresporlapaz.org/doc01.htm>

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES (2007). *Revista Forensis. Datos para la vida*. Bogotá.

_____. (2006). *Revista Forensis. Datos para la vida*. Bogotá.

_____. (2005). *Revista Forensis. Datos para la vida*. Bogotá.

_____. (2004). *Revista Forensis. Datos para la vida*. Bogotá.

MEDINA, CECILIA. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las Mujeres, con Particular Referencia a la Violencia*. Disponible en: http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Medina_LaComInteramericana.pdf

MESA DE TRABAJO MUJER Y CONFLICTO ARMADO (2008). *viii Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia*. Bogotá.

MILLARES, TERESA (1983). "El control informal", en *El pensamiento criminológico II*. Bogotá: Temis.

MOJICA RIVADENEIRA, MARÍA TERESA (2005). *Conductas Ilícitas y derecho de castigo durante la colonia: Los casos de Chile y Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MORENO, DURÁN ÁLVARO y JOSÉ ERNESTO RAMÍREZ (2003). *Pierre Bourdieu. Introducción Elemental*. Compilación. Bogotá: Estrategias Educativas Ltda.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LA ONU PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2006). E/CN.4/2006/009.

—. (2005). Informe *Consideraciones sobre la Ley de "Justicia y Paz*. Bogotá, junio 27 de 2005. Disponible en <http://www.coljuristas.org/justicia/Comentarios%20OACNUDH.pdf>

—. (2004). *Situación de los derechos humanos de las mujeres en Colombia*. Presentación del señor Amerigo Incalcaterra, Director Adjunto de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos Bogotá D.C., octubre 13 de 2004. Disponible en <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0453.pdf>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Asamblea General. A/CONF.157/23, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993.

—. *Informe de la misión a Colombia de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias acerca de la misión a Colombia del 1 al 7 de nov de 2001*. E/CN.4/2002/83/Add.3.

—. *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer – Plataforma de Beijing*. Disponible en: <http://www.mujeresdelsur.org.uy/beijing/plataf5e.htm>

—. Comisión de Derechos Humanos. *Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer sus causas y consecuencias*. 58.º periodo de sesiones E/CN.4/2002/83/Add.3.11 de marzo.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2006). *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción*. Bogotá: Sumimpresos, tomo II.

PROFAMILIA (2005). *Salud sexual y reproductiva en zonas marginales: situación de las mujeres desplazadas*. Bogotá: Profamilia.

—. (2006). Encuesta Nacional de Demografía y Salud. Disponible en: <http://www.profamilia.org.co/encuestas/02consulta/13violencia/04violacion.htm>. Fecha: Julio 14 de 2006.

RELATORA DE DERECHOS HUMANOS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe "Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia.* Documento OEA/ser.L/V/II.Doc67.Spa.

—. (2006). *Informe.*

—. (2001). *Informe de la misión a Colombia de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias acerca de la misión a Colombia del 1 al 7 de nov de 2001.* E/ CN.4/2002/83/Add.3.

SÁNCHEZ, OLGA AMPARO (2001). "La violencia patriarcal contra las mujeres una mirada retrospectiva", en *En otras palabras: Mujeres, violencias y resistencias.* Bogotá: Universidad Nacional, enero - julio de 2001.

TERRAY, EMMANUEL (2005). "Sobre la Violencia Simbólica", en *Trabajar con Bourdieu.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

VIZCARRA, FERNANDO (2002). "Premisas y conceptos básicos en la sociología de Pierre Bourdieu", en *Estudios sobre las culturas contemporáneas.* México: Universidad de Colima, diciembre, 2002. Vol. III, número 016.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO
DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA
EN LA LEY DE “JUSTICIA Y PAZ”

*Ana Lucía Moncayo Albornoz*¹

Resumen

[Palabras clave: Acceso a la justicia, Víctimas de derechos humanos, Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, Garantía a un recurso judicial efectivo]

Este artículo analiza el derecho de acceso a la justicia en las víctimas de violaciones a derechos humanos en el marco del conflicto armado interno colombiano, a propósito de la Ley 975 de 2005, conocida como Ley de “Justicia y Paz”. Indaga el contenido de este derecho en la doctrina, normatividad nacional e internacional y jurisprudencia nacional e internacional, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especializada en Derecho Penal de la misma universidad, con maestría en ciencias penales de la Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra (Barcelona - España). Investigadora y coordinadora de la línea de investigación de victimología del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, desde 2003, e investigadora de la Cátedra UNESCO “Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza”.

Del mismo modo, analiza la garantía del Estado de acceso a un recurso judicial efectivo y su deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables. Deber que se acentúa ante violaciones de derechos humanos en un escenario de desmovilización. Las víctimas de estas violaciones en su mayoría pertenecen a zonas rurales, con escasos recursos, bajo nivel educativo, etc. En la aplicación de la Ley 975 de 2005 se observaron obstáculos de distinto orden que hacen nugatorio el derecho de acceso a la justicia que les asiste y, por supuesto, no permite que las víctimas sean reparadas en sus derechos.

El incumplimiento del Estado en su obligación de garantizar el acceso a un recurso judicial efectivo se hace manifiesto en esta Ley.

La identificación de estos obstáculos resulta interesante en la construcción de una política pública de acceso a la justicia, especialmente para aquellas personas que, por la gravedad de las victimizaciones, han sufrido más dolor.

El principio de acceso a la justicia tiene su sustento en la facultad que tienen todas las personas a hacer valer sus propios derechos ante un órgano jurisdiccional². Dicho en otras palabras, es el derecho que tiene toda persona a refutar con argumentos fácticos, probatorios y jurídicos ante una instancia judicial sus derechos vulnerados, para obtener de manera eficaz reconocimiento, protección y reparación de los mismos.

Derecho que ha sido reconocido por numerosos instrumentos internacionales, algunos de carácter vinculante para los Estados y otros, aunque no vinculantes, sí relevantes por responder a un consenso internacional de protección de los

2 Art. XVIII. De la Declaración Americana de los Derechos y deberes del "Hombre". Artículo XVIII. "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos....". En el mismo, sentido, Cfr. CUERVO (2005: 7).

derechos humanos. Entre ellos, encontramos la Declaración Universal de Derechos Humanos³ –Art.8–; La Declaración Americana de los Derechos y deberes del “Hombre” –Art. XVIII⁴–; la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 8 –garantías judiciales– y 25 –Protección judicial⁵–; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 26 –igualdad ante la ley– y 14 –garantías judiciales–; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional –artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4⁶–; la Convención Europea de Derechos Humanos –artículo 6–⁷.

- 3 La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 8: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la Ley”*.
- 4 La Declaración Americana de los Derechos y deberes del “Hombre” –artículo XVIII–: *“Derecho de justicia. Toda persona puede concurrir 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, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*
- 5 “Artículo 8. 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. *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier 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 Estado 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”.
- 6 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4.
- 7 Convención Europea, artículo 6: *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial”*.

Otros instrumentos buscan la protección y restitución del derecho de acceso a la justicia tanto en víctimas de delitos de violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, como en víctimas de abuso del poder. Entre ellos encontramos:

– Los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, los cuales, en Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985⁸, señalaron 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”. Asimismo, consagró que se les facilitará la adecuación de los procesos judiciales y se les permitirá asistencia apropiada durante todo el proceso

8 Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder. *Acceso a la justicia y trato justo* 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

judicial, así como también la presentación de sus preocupaciones y opiniones en etapas apropiadas, siempre que estén en juego sus intereses.

– Los Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad (2005)⁹, señalan –en el principio 19– que los Estados deberán emprender investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales frente a las violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario y la iniciativa de enjuiciamiento debe provenir del Estado. Así mismo, señala que los Estados deben garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.

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 ha obtener reparaciones”¹⁰, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Dicho instrumento señala que la víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho humanitario debe tener acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. También debe tener acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno (numeral 12).

9 Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad. 2005

10 Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

La importancia de este reconocimiento por parte de la comunidad internacional ha sido trascendental para que el acceso a la justicia sea incorporado como derecho fundamental (BIRGIN y KOHEN, 2006: 15)¹¹ en las constituciones de los diferentes Estados, específicamente en aquellos democráticos de derecho. En éstos, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la igualdad¹² están entrañablemente vinculados, en el entendido que se garantiza a todas las personas, sin discriminación alguna, el derecho de acceder a la justicia. El Estado es entonces un instrumento que permite dicha materialización, en tanto permite que la sociedad de manera igualitaria acuda ante él para que resuelva sus conflictos, reconozca sus derechos y tome las medidas necesarias para protegerlos; de lo contrario, la justicia por propia mano sería la imperante. Así, entonces, será el Estado el que regule este derecho ante la sociedad, la cual dentro del sistema debe reconocer y legitimar la función de éste.

Para lograr la efectividad de este principio se requiere, a su vez, que quien lo alega o refuta sea oído por el órgano jurisdiccional competente, con las debidas garantías¹³ reconocidas a través de los distintos instrumentos internacionales como nacionales. Es decir, una persona accederá a la justicia siempre que sea escuchada; lo contrario sería, en palabras de FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO¹⁴, someter a la persona a un estado de indefensión, esta vez por parte del Estado, quien en últimas detenta el poder jurisdiccional.

11 En el mismo sentido, MARABOTTO, JORGE (2007).

12 Entre otros, Cfr. CUERVO (Op cit.: 3). En el mismo sentido, BIRGIN y KOHEN (Op cit.: 15).

13 Artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 6.º de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sobre el derecho a ser oído. la Convención Europea de Derechos Humanos – artículo 6.º – “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial*”. (Cfr. ACOSTA, 2007: 116).

14 Cfr. FERNÁNDEZ (1999). Así mismo, Corte Interamericana de Derechos Humanos caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Excepciones preliminares, sentencia de junio 26 de 1987.

La doctrina¹⁵ y la jurisprudencia¹⁶ 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, a hacer parte de un proceso equitativo con las garantías de un tribunal independiente, imparcial y competente. Es decir, acceder al sistema judicial sin discriminación alguna; (ii) *el derecho a participar*¹⁷ *en el proceso y a que las pretensiones solicitadas se desarrollen de conformidad con las normas del debido proceso*. No se trata solamente de accionar el sistema sino también de dinamizarlo a través de la participación real de quien entró, dando cumplimiento a las mínimas garantías propias de un proceso judicial. Estos dos literales, según GARCÍA RAMÍREZ, hacen parte de lo que se conoce como acceso formal de la justicia; (iii) *Derecho a obtener un fallo, pronto firme y ejecutable*. Dicho en otras palabras, es el contenido material¹⁸ del derecho al acceso a la justicia; “Sin esto último, aquello resulta estéril: simple apariencia de justicia, instrumento

15 Cfr. GARCÍA RAMÍREZ (s.f.) y FERNÁNDEZ SEGADO (1999).

16 Voto Concurrente razonado del Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (Vicepresidente). Corte IDH, caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003. Párrafo 5; Voto disidente del Juez ANTONIO CANCADO TRINDADE, párrafo 2, Caso: Cinco pensionistas Vs Perú. Y Corte Constitucional Sentencias C-228 de 02, Sentencia 454 de 2005 y Sentencia C-209 de 2007

17 *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 (subrayado fuera del texto).

18 Acceso formal y material a la justicia “Formal, como derecho de plantear contiendas, probar los hechos y las razones y alegar en defensa de las correspondientes pretensiones; material, como derecho a obtener una sentencia favorable a las pretensiones justas” (GARCÍA RAMÍREZ, 1997: 22 - 23 y GARCÍA RAMÍREZ, 2004).

ineficaz que no produce el fin para el que fue concebido”¹⁹. Una respuesta pronta sin dilaciones injustificadas se hace necesaria para concretar el derecho de acceso a la justicia, pues de lo contrario, como lo señala FIX-ZAMUDIO²⁰, “una justicia retrasada es una justicia denegada”.

Además se requiere que la sentencia sea ejecutable; así, la CIDH señaló en el caso CABREJO BERNUY: “El artículo 25 de la Convención hace alusión directa al criterio de efectividad del recurso judicial, el cual no se agota con la sentencia de fondo sino con el cumplimiento de dicha decisión. (...) El Estado debe, por todos los medios posibles, no sólo brindar a los ciudadanos la rama jurisdiccional para que sean atendidas todas las pretensiones que deseen hacer valer ante los jueces, sino también garantizarles de alguna forma que los efectos de la sentencia se cumplirán, pues de lo contrario estaríamos ante una clara inefectividad del derecho a la tutela jurisdiccional”²¹.

Es por ello que la ejecutabilidad de la sentencia resulta ser la concreción del derecho de acceso a la justicia. Es la consumación de un camino, en la mayoría de los casos, largo, puntilloso y desgastante, pero fundamental en la búsqueda del reconocimiento, protección y reparación de derechos.

Es importante señalar que en todo el contenido del derecho de acceso a la justicia deben estar presentes las garantías propias del debido proceso, por tratarse de un derecho fundamental en todos los procedimientos.

19 Voto Concurrente razonado del Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (Vicepresidente). Corte IDH, caso MYRNA MACK CHANG Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003. Párrafo 5. En el mismo sentido, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (2004).

20 Citado en GARCÍA RAMÍREZ (2004: 109).

21 CIDH caso CABREJOS BERNUY, párr. 29. Informe n.º 110 (12-4-2000).

LA VÍCTIMA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Ahora bien, como lo han reconocido la doctrina²² y la Corte Constitucional²³, el principio de acceso a la justicia es una garantía no sólo del imputado sino de la víctima. Es un derecho que ambas partes tienen dentro del proceso jurisdiccional. Es una garantía bilateral, tradicionalmente reconocida al implicado desde el proceso penal –clásico–, en el que el Estado, en ejercicio de su poder punitivo que se traduce en la restricción de derechos, se centró en el procesado, quien, en la dinámica propia de su proceso, tiene que lidiar tanto con las partes como con el mismo Estado, por lo que la comunidad internacional apuntó a la protección de sus derechos.

En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional le reconocieron al imputado el derecho de acceso a la justicia, el cual ha sido dinamizado no solo con el derecho de defensa sino con las garantías propias de un debido proceso. Pero no sucedió lo mismo con la víctima, quien solo a partir de los años sesenta, como consecuencia de la protección a las víctimas de la II Guerra Mundial, fue sujeto de atención por parte del Estado, que empezó a interesarse por sus pretensiones y le dio un lugar dentro del proceso penal, no obstante, nunca tan definido como el que tiene el procesado. Es por ello que diferentes instrumentos internacionales²⁴ le han reconocido a la persona que es lesio-

22 Sobre el particular, ver CAFFERATA NORES.

23 Corte Constitucional, Sentencia C -209. M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. En el mismo sentido: Sentencia 454 de 2006, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y Sentencia SU 1184 de 2001. M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, entre otras.

24 Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder; Los Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad (2005) principio 19; 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

nada en sus derechos fundamentales *el derecho* de acceder a la justicia, y al Estado el *deber* de garantizarlo, cumpliendo a su vez con la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables (CARO CORIA: 1.041).

Uno de los instrumentos más relevantes en este sentido es la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder; en ella se les reconoce el derecho de “*acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido*”²⁵. Así mismo, dicha declaración consagra que las víctimas deberán ser “*tratadas con compasión y respeto por su dignidad*”, al tiempo que consagra que “*se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas*”; para ello, entre otras actuaciones²⁶, se les permitirá asistencia apropiada durante

- interponer recursos y a obtener reparaciones; La Convención de los Derechos del Niño, artículo 39, entre otros.
- 25 En esta Declaración se reconocen los derechos de personas víctimas de delitos al señalar textualmente que se entenderá por víctimas a “*las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal*”, así como a sus familiares y a las “*víctimas de abuso del poder*”.
- 26 Numeral 6.º de la Declaración. “*a. Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;*
b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;
c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;
d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;
e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas”.

todo el proceso judicial, así como también que sus preocupaciones y opiniones sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas siempre que estén en juego sus intereses. Disposiciones sobre indemnización y asistencia a las víctimas de delitos también se encuentran presentes.

Del mismo modo, el derecho de acceso a la justicia 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”²⁷, al señalar que la víctima de una violación manifiesta a esta normatividad debe tener acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. También debe tener acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno (numeral 12).

El derecho de acceso a la justicia resulta ser fundamental para la reparación integral de las víctimas, ya que a través de éste, las víctimas de conductas delictivas, especialmente de violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, pueden hacer valer sus derechos y buscar reconocimiento, protección y reparación.

EL ACCESO A LA JUSTICIA: UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LA VÍCTIMA Y UN DEBER DEL ESTADO

El acceso a la justicia en un Estado democrático y social de derecho es un *derecho fundamental* para sus ciudadanos y ciudadanas (MARABOTTO, ob., cit.)²⁸, y como tal es de rango

27 Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

28 En el mismo sentido, BIRGIN y KOHEN, Op cit.: 15).

constitucional. En Colombia está consagrado en el artículo 229 de la CN, así: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia...”. El contenido de este derecho, como se analizó previamente, contempla la posibilidad de que quien haya sido lesionado en sus derechos por particulares o por el mismo Estado pueda defenderse y ser escuchado ante el órgano competente, participar en el proceso y obtener una respuesta pronta sobre su específica pretensión.

La infracción a este derecho, a su vez, afecta otros derechos, los que en primera instancia fueron vulnerados y por los que la persona desea protección, y de ahí la importancia del mismo. De no hacerse efectivo el acceso a la justicia, inequívocamente surgirá la revictimización para la persona que lo activó, esta vez por parte del Estado que tiene el deber de lograr su efectividad. Aquí resulta pertinente lo manifestado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar que “las deficiencias del sistema judicial y de la administración de justicia reducen la posibilidad del individuo de tener acceso en todas las esferas de la vida”²⁹.

Y es que en los Estados que se proclaman democráticos las violaciones a sus derechos fundamentales deben ser justiciables, es decir “accionables en juicio” (FERRAGIOLI, s.f.: 917), al igual que los responsables de las mismas. Derecho que debe ser provisto por el Estado como una herramienta correctiva de las fallas que el mismo ha propiciado en detrimento de los derechos de sus asociados y asociadas y que es norma constitucional, como el derecho a la igualdad, el cual “permite que cualquier individuo se coloque en una posición determinada en la sociedad y que desde ella pueda

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derecho al recurso judicial y la administración de justicia en el Ecuador. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%203.htm>

ejercer conductas sin discriminación frente a los demás asociados que se ubiquen en la misma posición” (VELÁSQUEZ TURBAY, 2004: 316). No obstante, la igualdad que propugna un Estado social y democrático ha sido ampliamente criticada, puesto que las trabas de la “igualdad de todos ante la ley”³⁰ “están dadas, entre otras, por las capacidades económicas y sociales de los individuos” (CAPPELETTI: 801), tal como lo veremos en el desarrollo de este estudio.

El Estado tiene el *deber* de efectividad del derecho de acceso a la justicia frente a aquellas personas que desean hacer valer sus derechos en busca de protección jurídica por la vulneración de los mismos. En virtud de esta obligación, el Estado tiene los deberes de abstenerse de realizar cualquier conducta que impida el cumplimiento del contenido del derecho de acceso a la justicia y actuar positivamente para el acatamiento del mismo.

Así, entonces, el Estado debe garantizar el principio de “efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos”³¹, –artículo 25.1 de la Convención IDH–; de no hacerlo en la práctica, es decir, de no adoptar o emplear en la realidad los instrumentos y medios constitucionales y legales imperantes, el Estado transgrede la Convención, así tales herramientas se encuentren normativamente reguladas³².

30 Consagrada en el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia “ se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia” (Resaltado fuera de texto).

31 Corte IDH caso Colombia vs JOSÉ ALEXIS FUENTES GUERRERO y otros. Informe n.º 61/99, Inter-Am. CHR, párrafo 44. En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos caso: Trabajadores Cesados del Congreso (AGUADO ALFARO y Otros) vs Perú. Parráfo.125.Sentencia del 24 de noviembre de 2006, entre otras.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos caso: VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, sentencia de julio 29 de 1988. Párrafo 166-167.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987, señaló: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la

Sobre la responsabilidad del Estado en la efectividad de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a [sic] los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar”³³. Y sobre la presencia del recurso efectivo en las violaciones de derechos humanos, señaló que “para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. *No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios*” (resaltado fuera del texto)³⁴.

La misma Corte señaló que “los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial”³⁵ (resaltado fuera del texto).

El condicionar el acceso a la justicia para evitar una sobrecarga de casos sin mérito³⁶ en el sistema y más espe-

Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”.

33 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 23.

34 Ídem.

35 Corte Interamericana, caso IVCHER BRONSTEIN. Sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 137.

36 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes

cíficamente en los tribunales, ha sido una pretensión legítima; así lo señaló La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero el mismo organismo consagró que tales condicionamientos deben cumplir ciertos parámetros para no hacer nugatorio el derecho de acceso a la justicia, así: “no pueden ser irracionales, ni de tal naturaleza que despojen al derecho de su esencia”³⁷, ni discriminatorios³⁸.

Tal como se mencionó, los recursos judiciales deben existir formal y materialmente, pero además deben ser idóneos para que sean efectivos en la protección del derecho conculcado. La Corte Interamericana señaló, respecto de dichos recursos, que deben ser adecuados, esto es, “que la función de esos recursos del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas circunstancias”³⁹.

En procura de la efectividad del derecho de acceso a la justicia el Estado tiene el deber de investigar lo sucedido, sancionar a los responsables y reparar a la víctima.

EL DEBER DEL ESTADO DE INVESTIGAR ENJUICIAR Y SANCIONAR EN VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Esta obligación, reconocida por el derecho internacional e instrumentos internacionales⁴⁰ como garantía de reco-

de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párr. 101.

37 Ídem: párr. 99.

38 Ídem.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 64.

40 Entre otros: la Convención Americana sobre Derechos (artículo 1, 1); la Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas (artículo 1); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las

nocimiento y protección de los derechos humanos, ha sido explícita en la Observación 20 al artículo 7⁴¹ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ésta, el Comité de Derechos Humanos manifestó expresamente:

El artículo 7.º debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. (...) El derecho a *presentar denuncias* contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 deberá ser reconocido en derecho interno. *Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz.* Los informes de los Estados Partes deberán proporcionar información concreta sobre los recursos de que disponen las víctimas de malos tratos y sobre los procedimientos que deban seguir los demandantes, así como datos estadísticos sobre el número de denuncias y el curso que se ha dado a las mismas.

El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. *Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos,* de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible (resaltado fuera del texto).

Este deber del Estado es determinante cuando se trata de violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Sobre este particular, la Corte Interamericana

Desapariciones Forzadas y los Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, entre otros. Obligación explícita en el Comité de Derechos Humanos. Observación 20 al artículo 7.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Párr 14 y 15. Primordialmente una obligación del derecho consuetudinario.

41 Art. 7.º. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

señaló: “Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo sucedido y saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos.” [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 formalidad*”. Además, ese Tribunal ha indicado que el Estado “tiene la obligación de combatir [la impunidad] por todos los medios legales disponibles ya que [ésta] propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas de sus familiares”⁴² (resaltado fuera del texto).

Según lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el deber del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables es una obligación de medio que debe ser realizada con rigor, más cuando se está en presencia de graves violaciones a los derechos humanos. Así lo señaló: “En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atentan contra derechos de las personas. La de investigar es como la de prevenir, *una obligación de medio* o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca resultados satisfactorio. Sin embargo, *debe emprenderse con seriedad* y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la protección privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectiva-

42 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso CANTORAL BENAVIDES, Reparaciones, supra nota 5, párrafo. 69, entre otras.

mente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, *si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado*⁴³ (resaltado fuera del texto).

Respecto del deber del Estado frente a las violaciones a los derechos humanos como comportamientos que más dolor generan a las víctimas, la Corte Constitucional ha manifestado: “los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo”.⁴⁴

Obligación del Estado que, por lo demás, debe cumplirse dentro de un plazo razonable. La Corte Interamericana⁴⁵

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, sentencia del 29 de julio de 1988.

44 Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003, M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, (Demanda de inconstitucionalidad del artículo 220 numeral 3.º parcial de la Ley 600 de 2000 o código de Procedimiento Penal). En el mismo sentido, resulta importante señalar la sentencias: Sentencia 979 de 2005, M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, al consagrar el deber del Estado de investigar con mayor rigor las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario ya que dichas violaciones además de generar mayor daño a las víctimas “entrañan un enorme poder desestabilizador en el seno de una colectividad”. Así mismo: Sentencia C-370 de 2006 y 575 de 2006 M.P. ALVARO TAFUR GALVIS. Estas últimas respecto de la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 975 de 2005.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso GENIE LACAYO. Sentencia 1997, párr. 77.

precisó este concepto acudiendo a lo señalado por la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos, así: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales son los criterios a tener en cuenta en el desarrollo de este concepto.

Y es que, además, el Estado debe cumplir con este deber porque tiene que garantizarles tanto a las víctimas como a las y los asociados que tales violaciones no volverán a suceder.

El deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables implica también la prohibición de dictar leyes de amnistía o indulto ante violaciones de derechos humanos. En el caso *Barrios Altos vs. Perú*⁴⁶, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable al Estado peruano por violaciones al derecho a la vida, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial⁴⁷, estos últimos por haber dictado leyes de amnistía ante vulneraciones de derechos humanos. En el mismo fallo, el Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, en voto concurrente, señaló que las leyes de amnistía *“son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia)”*.

Y es que el incumplimiento en el deber de investigar y sancionar a los responsables genera impunidad, entendida, según la Corte Interamericana, como la *“falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”*⁴⁸. El Estado, al incumplir con este deber, vulnera la garantía

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barrios Altos vs Perú*. Sentencia del 14 de marzo de 2001.

47 Art. 8, 25, 1 y 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

48 Corte IDH. Caso *BÁMACA VELÁSQUEZ vs Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2000, par. 211. Caso *Paniagua Morales y otros vs Guatemala*, sentencia del 25 de mayo de 2001⁹⁶ y otros

que tiene de proporcionar un recurso judicial y efectivo a las víctimas, sometiéndolas a un estado de indefensión y revictimización en tanto desconoce su derecho de acceso a la justicia contemplado no solo desde el punto de vista constitucional sino en los distintos instrumentos internacionales, como se analizó.

De las consideraciones anteriores resulta importante reiterar que el acceso a la justicia tiene su propio contenido y el Estado, la obligación de garantizarlo en todos los derechos que lo componen. Es decir, no solo el acceso a un tribunal lo hace efectivo, pues la participación activa de las víctimas y la obtención de un fallo pronto y ejecutable lo complementan. La obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables frente a graves violaciones de derechos humanos se acentúa y se hace fundamental en la satisfacción de este derecho y en el cumplimiento de la garantía del Estado de acceso a un recurso judicial efectivo.

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LA LEY DE “JUSTICIA Y PAZ”

La Ley 975 de 2005, mediante la cual se dictaron disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la Ley, consagra, formalmente, disposiciones⁴⁹ sobre los derechos de las víctimas (de verdad, justicia y reparación) en el proceso de reinserción que tiene por objeto.

La misma Ley, en su artículo 6° “derecho a la justicia”, señala el derecho que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos de acceder “a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones”. Y su artículo 37 expresamente cita: “El Estado *garantizará el*

49 Artículos 1.º, 4.º, 7.º, 8.º, 37, 38, 42, 43 de La Ley 975 de 2005.

acceso de las víctimas a la administración de justicia” (resaltado fuera del texto).

Así mismo, consagra esta ley el deber del Estado de “realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley”⁵⁰. La misma otorga competencia en la investigación a la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz⁵¹.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que existen varios obstáculos⁵² que impiden que estas víctimas, en su mayoría rurales, acudan a la administración de justicia para hacer valer sus derechos en esta instancia. Es decir, existen marcadas barreras culturales, sociales y económicas que inciden en el no acceso de las víctimas al sistema judicial. A continuación me referiré a algunas de estas y también a las barreras legales propias de la citada Ley.

El miedo⁵³ es una de las causas más frecuentes que impide que las víctimas en general acudan a instancias judiciales.

50 Artículo 6.º de la Ley 975 de 2005. Y en el artículo 15, “*Esclarecimiento de la verdad*” la Ley señala textualmente: “La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz creada por esta ley, deberá investigar, por conducto del fiscal delegado para el caso, con el apoyo del grupo especializado de policía judicial, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales.

51 Artículo 16 de la Ley 975 de 2005.

52 A propósito del delito de desplazamiento forzado interno, Cfr. MONCAYO ALBORNOZ (2009).

53 Sobre el miedo al que están expuestas las víctimas de desplazamiento forzado. Corte Constitucional Auto 092 de 14 de abril de 2008 al referirse a la situación de las mujeres en el desplazamiento forzado interno, párr III.1.1.6.ii. En el mismo sentido, Corte Constitucional el Auto n° 251 del 6 de octubre de 2008, a propósito de los derechos fundamentales de niña, niños y adolescentes en situación de desplazamiento.

Homicidios, violencia sexual, tortura, desaparición forzada o el desplazamiento forzado, etc., son algunos de los delitos a los que han sido sometidas las víctimas por parte de los grupos armados. Por la gravedad y la naturaleza de éstos, se genera en las víctimas temor por su seguridad, vida e integridad, al igual que por la de sus seres queridos, razón por la cual en un primer momento buscan ser invisibles ante sus perpetradores, ya que en la mayoría de casos éstos continúan teniendo el control de la zona. Según lo manifestado por ANGELIKA RETTEBERG (2008: 13), “solamente un 12% [de las víctimas] declara que los autores de los delitos no viven en su comunidad” (lo que está en corchetes está por fuera de la cita). Esta situación, además de generar temor en ella, es un indicativo de la continuidad del conflicto armado.

El asesinato⁵⁴, la amenaza y múltiples hechos punibles contra varias y varios líderes e integrantes de organizaciones de víctimas de violaciones de derechos humanos han generado pánico en otras, alejándolas, naturalmente, del sistema judicial. Es por ello que la no denuncia es consecuente con la invisibilidad que pretenden después de los actos de barbarie padecidos. Situación que contrasta con el deseo de las víctimas respecto de la suerte de los victimarios; así, en el mismo estudio el 37% de las víctimas encuestadas anhelan que los responsables sean encarcelados, e igual porcentaje desea que los mismos les paguen a sus víctimas (RETTEBERG, Op. cit.: 18).

Por otra parte, el desconocimiento de sus derechos y del código propio del sistema judicial, tanto del formal como del oculto, hace que las víctimas de tan graves violaciones desistan de acudir a éste. Al respecto, ALEJANDRO GARRO

54 Entre algunas de las víctimas están los homicidios de: Yolanda Izquierdo (Lideresa de víctimas de desplazamiento en Córdoba), Julio César Molina (líder de víctimas de desplazamiento en el Valle del Cauca), Irma Areiza (líder de víctima de desplazamiento en Antioquia, Henry Acuña Ruíz (líder de víctimas de desplazamiento en Turbaco), etc.

(2002: 295) señala que la ignorancia de los potenciales beneficiarios acerca de sus derechos es el primer obstáculo para el acceso a la justicia.

La generalidad de las víctimas de tan graves violaciones son personas carentes de recursos⁵⁵, con bajo nivel educativo⁵⁶, cabezas de familia⁵⁷ y la mayoría de víctimas niños, niñas y mujeres (MONCAYO ALBORNOZ, 2007: 142) (campesinas, afrodescendientes⁵⁸ e indígenas⁵⁹). Dichas circunstancias hacen que éstas renuncien al sistema de justicia. Apenas natural que presenten confusión en derechos, instituciones, normas y requisitos; así, por ejemplo, la población en situación de desplazamiento confunde el derecho de reparación con la ayuda humanitaria de emergencia que les brinda Acción Social. Según la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2008: 54-55), “el 82,8% de los grupos familiares incluidos en el RUP entrevistados no tienen conocimiento del concepto del derecho a la reparación”. También es frecuente que la mayoría de las personas (74%)

55 “En cuanto a ingresos.... 61,5% de las personas reportan menos de \$360.000 mensuales y 16,6% no reportan ningún ingreso” (RETTBERG, Op cit.: 40).

56 “el 44,9% de la muestra declara que el máximo nivel educativo alcanzado es la primaria y 30,5% afirma que no ha completado ningún nivel educativo” (RETTBERG, Op. cit.: 18). Según Profamilia de cada 100 personas 21 no han tenido acercamiento alguno con la educación, 57 han cursado algún nivel de primaria, 20 algún nivel de secundaria y menos del 1% nivel universitario. Cfr. Profamilia Salud sexual y reproductiva en zonas marginales: situación de las mujeres desplazadas, 2000-2001, p.3.

57 “El 54,9% de las mujeres y el 79,3% de los hombres son cabezas de familia” (RETTBERG, Op. cit.: 40). Sobre el particular, La Procuraduría General de la Nación: “el 40% manifiesta de las familias desplazadas tiene a una mujer como jefa de hogar, como consecuencia de la pérdida de sus parejas, ya sea porque son asesinados, reclutados, desaparecidos, detenidos arbitrariamente, o porque se alejan motivados por la situación (Cfr. Procuraduría General de la Nación, 2006: 224 - 225).

58 Las mujeres afrodescendientes en su mayoría presentan un bajo nivel de educación. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En Corte Constitucional, Auto 092 de 2008.

59 “La mayoría de las mujeres adultas son analfabetas en castellano”. Informe presentado por la ONIC a la Relatora de la Comisión Interamericana. En Corte Constitucional, Auto 092 de 2008.

no conozca la diferencia entre justicia ordinaria y la Ley de Justicia y Paz (RETTBERG, Op. cit.: 80). “Aunque la mayoría no sabe o no responde, hay una leve preferencia por la Ley de Justicia y Paz en términos de juzgar a los responsables de los crímenes” (Ídem).

Los costos que exigen los procesos penales en su transcurrir son desproporcionados teniendo en cuenta la escasez de recursos a la que se encuentran sometidas estas víctimas. Retomando a LORD McCLUSKEY, GARRO (2002: 280) sostiene: “Los Tribunales y servicios legales están en teoría disponibles para todos, del mismo modo en que lo está el Hotel Sheraton: cualquiera puede entrar; todo lo que se necesita es dinero”.

Por lo general, y debido al temor de las víctimas, la instauración de la denuncia se efectúa en una ciudad o municipio diferente al sitio donde fueron victimizadas, de ahí que el transporte para las distintas presentaciones ante los funcionarios judiciales demandan dinero, al igual que los honorarios del abogado (en la mayoría de casos⁶⁰), y la recolección de los distintos documentos y en general de las pruebas que debe hacer valer en el proceso.

Ahora bien, en algunos casos y después de un tiempo prudencial las víctimas se empoderan⁶¹ en sus derechos. Hay que señalar que la difusión de la existencia de la Ley de Justicia y Paz ha sido mayor que la de cualquier otra ley del sistema penal, lo cual ha contribuido a que algunas víctimas busquen información y acompañamiento en el proceso ju-

60 Con la salvedad de aquellos abogados que representan judicialmente a las víctimas y que pertenecen a la Defensoría Pública y a organizaciones no gubernamentales.

61 Entrevistas realizadas el 20 de septiembre de 2007 y el 25 de enero de 2008 a dos mujeres víctimas de desplazamiento forzado, homicidio y una de ellas, además acceso carnal contra su hija. Según Rettberg: “La encuesta buscó indagar por la vinculación a organizaciones y el comportamiento político de las personas consultadas. Al respecto, 4,93% afirmó pertenecer a una organización étnica... 22,39% a una organización de víctimas (RETTBERG, Op. cit.: 85).

dicial por parte de organizaciones no gubernamentales⁶² o por Defensores Públicos⁶³, situación que propicia el hecho de que las víctimas denuncien los delitos en este escenario.

En investigación realizada por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación –CNRR–, Universidad San Buenaventura Medellín, Acción Social (2008), entre otras, se encontró que las mujeres fueron quienes, en un 77%, denunciaron las vulneraciones de derechos humanos ante el procedimiento de la “Ley Justicia y Paz”, y los hombres lo hicieron en un 23%. Muchas de ellas, acuden movidas por la publicidad que los medios, sus redes sociales etc., le han dado a la “Ley de Justicia y Paz”, con la esperanza de obtener una indemnización y castigo para los responsables (RETTBERG, Op. cit.: 13) en un proceso que se dice garante de sus derechos.

Pero ya en la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, las víctimas se encuentran con varios obstáculos que impiden en la práctica que se de un verdadero acceso a la justicia.

62 Las Organizaciones no gubernamentales acompañan algunos casos, dependiendo, entre sus consideraciones de: la población que fue víctima, el cuadro de victimización, si se trata de un caso emblemático que pueda beneficiar a otros o a todo un pueblo.

63 “Es el caso total de víctimas que hacen parte de procesos jurídicos en Medellín, 195, únicamente el 13% de estas víctimas tienen representación judicial pública.

A manera de ilustración del desequilibrio en materia de defensa de los derechos entre las víctimas y los postulados, en el proceso de Ramón María Isaza Arango, miembro de las AUC del Magdalena Medio, intervinieron 40 defensores públicos y 9 defensores de confianza en representación de 17 víctimas. Para el caso de MANCUSO existen 128 víctimas representadas por la Comisión Colombiana de Juristas y tres víctimas representadas por la Corporación Colectivo José Alvear Restrepo. Para el caso de alias “El Pecosó”, solamente hay 4 víctimas representadas por el Colectivo José Alvear Restrepo. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2007: 83).

Veamos:

Muchas de las barreras son culturales acentuadas para las mujeres, en su mayoría con escasos conocimientos de lo público. Situación que, aunada a la falta de conocimiento y desinformación suministrada por algunas y algunos funcionarios, junto con su falta de sensibilidad, revictimizan a las víctimas que acudieron al sistema judicial y las desmotivan en su participación. La CNRR (2007: 88) reconoció que uno de los principales problemas que enfrentan las víctimas es el diligenciamiento del formato exigido por la Fiscalía que acredita su calidad, así como la falta de capacitación e información⁶⁴ de las personas que atienden a las víctimas en esta instancia.

Algunas víctimas, después de presentar la denuncia y acreditar su calidad, no poseen información de la Fiscalía sobre el estado del proceso, y es que para ellas es importante saber qué pasará y cuál será su papel en el proceso, muchas no se encuentran en los cascos urbanos de las tres ciudades –Barranquilla, Medellín, Bogotá– en donde se reciben las versiones libres, así que el solo hecho de desplazarse para obtener esta información les genera más costos. Algunas víctimas, una vez asisten a la versión libre, regresan a sus veredas, ciudades o municipios pensando, erróneamente, que terminó su participación en el proceso y que con eso sus pretensiones están aseguradas⁶⁵.

64 “No todo el personal que atendía a las víctimas en las jornadas tenía relación permanente con el formato de Justicia y Paz... Se presentaron casos de formatos mal diligenciados (...) Los criterios para establecer qué víctimas son cobijadas por el marco normativo de la Ley de Justicia y Paz no están totalmente claros entre los/as funcionarios/as” (Comisión Colombiana de Reparación y Reconciliación, Op. cit.).

65 Lo anterior fue manifestado en entrevistas realizadas a abogados y abogadas de organizaciones no gubernamentales en septiembre 15 y 28 de 2007 y enero 18 de 2008.

Otra de las advertencias que se han efectuado respecto de esta Ley es la falta de asesoramiento y acompañamiento a las víctimas. La CNRR (2007: 76 - 77), respecto de la etapa de investigación en la Ley de Justicia y Paz, señaló: “relacionada con la demanda creciente de víctimas que reportan los hechos violentos ocurridos, cercanos a 70.000, que deberán ser atendidas por una organización de 23 fiscales, acompañados para desarrollar técnicamente la investigación por 150 funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigaciones”.

Los recursos humanos por parte de la Fiscalía como ente investigador son mínimos ante un escenario de miles de víctimas; aquí vale la pena mencionar que aún no han sido consolidadas en número, pues la Fiscalía (después de más de tres años de vigencia de la “Ley de Justicia y Paz”) carece de un sistema que permita el registro de las mismas sin que se presenten casos de doble registro por los mismos hechos⁶⁶.

Ahora bien, respecto de las versiones de los desmovilizados, es importante manifestar que éstos han manipulado el reconocimiento de las violaciones a derechos humanos tratando de justificarlas señalando a las víctimas como colaboradores de la guerrilla. Aunque han aceptado en ocasiones ser autores de desplazamiento forzado⁶⁷, no lo han reconocido como una estrategia sistemática y generalizada,

66 Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Fiscalía General de la Nación, oficio UNJYP n° 006173 del 10 de julio de 2008. “En primer lugar y de manera atenta me permito aclararle que la Unidad Nacional de Justicia y paz no cuenta con un sistema de información, por lo tanto la información que existe obedece a un sistema manual, el cual se está desarrollando por parte de funcionarios de la Unidad de acuerdo a las necesidades de la misma”... aunado a que algunas víctimas aparecen registradas varias veces ante las diferentes entidades gubernamentales y no gubernamentales, ya que éstas pudieron haber puesto en conocimiento más de una vez un mismo hecho ante las distintas entidades referidas pretéritamente”.

67 “Las 5 formas reportadas por un mayor porcentaje de personas: el desplazamiento propio (74,3%), un homicidio de un familiar (53,6%), un desplazamiento forzado de un familiar (40,1%), un homicidio de alguien en la comunidad (22,5%) y una desaparición forzada en la familia (20,7%)” (RETTBERG, 2008: 44).

como tampoco han reconocido en este sentido delitos de violencia sexual (CNRR, Op. cit.: 75) contra mujeres, jóvenes y niñas. Han sido contados los casos en los que la Fiscalía ha indagado sobre esta última⁶⁸.

La actuación de la Fiscalía ha sido bastante pasiva en cuanto a la indagación a los desmovilizados de los distintos delitos cometidos, y muchos casos dependen de lo que el victimario desee reconocer⁶⁹. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007: parr. 23) manifestó que los Fiscales en las versiones libres utilizaron formatos estandar, razón por la cual “la toma de versiones constituyó un trámite meramente formal”. Claro está que no se puede desconocer que la Ley establece un término irrisorio de 60 días (prorrogables en otro tanto) para la investigación de tales delitos. Tampoco se puede desconocer que es precario el número de Fiscales que conforman la Unidad Nacional de Justicia y Paz Delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, 22 fiscales para la investigación de 3.017 paramilitares postulados por el gobierno nacional ante la Fiscalía General de la Nación (Comisión Colombiana de Juristas, Op. cit.: 131).

El deber del Estado de investigar en la Ley de Justicia Paz está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, se ha convertido en una mera corroboración de lo manifestado por el paramilitar en su versión libre; así lo advierte la Fiscalía General de la Nación (2008): la “Unidad de Justicia y Paz no investiga la comisión de los delitos, pues una de sus funciones es corroborar los hechos que son

68 “Pueden tomarse como ejemplo algunas sesiones de versión libre de Éver Veloza, alias “HH.” En ellas, la Fiscalía distingue y hace énfasis en la condición de mujer de una víctima de homicidio de la siguiente manera: “es importante que usted tome nota sobre este hecho teniendo en cuenta que fue una mujer la víctima directa”... (Versión libre de ÉVER VELOZA, alias “HH”, 27 de noviembre de 2007”) (Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, 2008: 64 - 65).

69 Sobre el particular, la declaración de WILSON SALAZAR CARRASCAL, alias *el Loro* (en Comisión Colombiana de Juristas, 2008: 117).

enunciados y/o confesados por los postulados ante la Ley de Justicia y Paz". Como es de esperar ante tal debilidad normativa los paramilitares en sus versiones han evadido en su mayoría responsabilidad sobre estos hechos (Comisión Colombiana de Juristas, 2008a: 58-64).

Pero, además, la desconfianza de las víctimas en el sistema se acrecienta, ya que para julio de 2008 (tres años después de entrada en vigencia la Ley) no se había presentado audiencia de imputación de cargos contra ningún desmovilizado⁷⁰. Sin una imputación pronta, el fallo para las víctimas se hace cada vez más lejano y con él la materialización del derecho de acceso a la justicia. Para contrarrestar tal consecuencia, la Fiscalía ha adoptado la figura de imputaciones parciales para el victimario. Actuación procesal que ha sido aceptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷¹, pero no como práctica generalizada, tal como lo manifestó respecto de la nulidad de la sentencia contra WILSON SALAZAR CARRASCAL alias el *Loro*. Sobre las imputaciones parciales, la Comisión Colombiana de Juristas (2008b) señaló que éstas no acelerarán el fallo porque en algún momento se repre-

70 "Aún no existen aceptaciones o allanamientos, toda vez que hasta el día de hoy no se ha llevado a cabo audiencia de imputación de los cargos, por lo que hasta el momento no se ha presentado esta figura jurídica. De igual manera sucede con los acuerdos o negociaciones, medidas cautelares e Incidentes de Reparación Integral" (Fiscalía General de la Nación, 2008).

71 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Pena, segunda instancia 30120 M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, 23 de julio de 2008. "Para la Sala Penal de la Corte con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos, en los procesos de Justicia y Paz es importante que la Fiscalía tenga la oportunidad de acusar al desmovilizado por los presuntos delitos en diferentes momentos, porque es de esa misma manera como el desmovilizado va confesando sus crímenes" (El Espectador.com. Corte Suprema dice que con los desmovilizados no se habla de verdad, sino de verdades". Disponible en: <http://www.elespectador.com/node/117742>. Febrero 24 de 2009, pág. 1). No obstante, en comunicado de prensa de agosto de 2009, a propósito de la nulidad de la Sentencia contra alías el "Loro", la Corte Suprema de Justicia enfatizó que las imputaciones parciales no deben ser una práctica generalizada (<http://www.semana.com/noticias-conflicto-armado/preocupacion-sentencia-tumbo-condenadoro/127574.aspx>).

sarán las actuaciones en espera del mismo; desnaturalizan el principio de versión libre completa y veraz consagrado en la sentencia C-370 de 2006, y se les daría un tratamiento de delitos comunes y aislados a los delitos sistemáticos y generalizados cometidos por los desmovilizados. Dicho en otras palabras, con esta medida no retornará la confianza de las víctimas en el sistema. Y qué decir respecto de las condenas: después de casi cuatro años de expedida esta ley, se dio la primera respecto de una imputación parcial contra alias el *Loro* en la que se le impuso una pena de 70 meses de cárcel⁷², sentencia que fue declarada nula por la Corte Suprema de Justicia⁷³, entre otras razones, por no incluir dentro de los cargos el concierto para delinquir.

Ahora bien, resulta importante en la obtención de las pretensiones de las víctimas, la participación de las mismas en el proceso de la Ley de Justicia y Paz, pues ésta conlleva a la efectivización de sus derechos, de ahí que formalmente se encuentre consagrada en dicha Ley. Las víctimas que entran a este sistema en su mayoría desean participar en el procedimiento, así; “casi 60% respondió afirmativamente” a la pregunta de si debería participar en los juicios contra los responsables. Las formas preferidas de participación de las víctimas en dichos juicios fueron: “a través de un abogado defensor (26,5%), por medio de la presencia física directa de las víctimas (23,1%), a través de una institución representante (6,4%), a través de medios de comunicación

72 Se dio ésta el 19 de marzo de 2009 (El tiempo. Imponen 70 meses de cárcel para el desmovilizado ‘para’ *Loro*, la primera condena de Justicia y Paz. http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/imponen-70-meses-de-carcel-para-el-desmovilizado-para-loro-la-primera-condena-de-justicia-y-paz_4888685-1. Marzo 19 de 2009).

73 Comunicado de prensa de la Corte Suprema de Justicia respecto de la sentencia contra alias el *Loro*, agosto de 2009 (<http://www.semana.com/noticias-conflicto-armado/preocupacion-sentencia-tumbo-condena-loro/127574.aspx>).

(3,9%) y otras formas de participación (1,7%)...” (RETTBERG, Op. cit.: 77).

No obstante, las intenciones de las víctimas que acuden a la Ley de Justicia y Paz, la realidad sobre su participación dentro de la misma es mínima, existen numerosos obstáculos legales y formales en la aplicación de ésta que impiden su participación, algunos subsanados a través de la Corte Constitucional en sentencia 370 de 2006⁷⁴, que señalara –entre otras consideraciones– que la víctima tiene derecho a acceder al expediente y a aportar pruebas en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, el tema no está resuelto; así por ejemplo a la audiencia de versión libre solo pueden asistir las víctimas que demuestren el daño por los delitos que se encuentren relacionados en la base de datos de la Fiscalía General de la Nación. Adicionalmente, a las víctimas no les es permitido estar en las salas de audiencias y no pueden contrainterrogar a los victimarios, en algunos eventos le sugieren preguntas al Fiscal, pero en todo caso quedan sujetas a lo que decida éste. La CNRR (Op. cit.: 78) evidenció que “del total de víctimas que han diligenciado el formato, solo el cinco por ciento han asistido a las versiones libres”, y en las condiciones señaladas⁷⁵.

Ahora bien, vale la pena mencionar lo relativo al juicio dentro del procedimiento de la Ley 975 de 2005. Aunque

74 El derecho que tiene la víctima de acceder al archivo del proceso. La Corte Constitucional confirmó que no habrá reserva más allá de lo señalado por la Ley sobre la reserva judicial para proteger la vida y la seguridad de los testigos. La Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006, decidió sobre la exequibilidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 49 y 58 la Ley 975 de 2005.

75 Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007: parr. 82) señaló que “Este mecanismo indirecto restringe seriamente la posibilidad de utilizar el interrogatorio de la víctima como una vía adecuada de alcanzar la verdad de los hechos. La Fiscalía pierde además una valiosa estrategia para confrontar las versiones libres, y avanzar en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para el acceso a los beneficios”.

existen mecanismos formales para la participación de la víctima en el juicio, en la práctica esta etapa procesal no se presenta (Corporación Sisma Mujer, 2007: 73). Dicho en otras palabras, sin juicio los preceptos de la Ley a favor de las víctimas quedan inoperantes. Irregularidad legal que fue afianzada, lastimosamente, por la Corte Suprema de Justicia el 2 de octubre de 2007⁷⁶, tal como lo señala la Comisión Colombiana de Juristas: la Corte “en una decisión que rompió con la lógica de sus valiosos y sabios pronunciamientos anteriores, determinó que las víctimas no tienen derecho a participar plenamente en los procesos que, conforme a la Ley 975 de 2005, se siguen con los paramilitares. Las víctimas, según la Corte, sólo podrán intervenir después de que concluya la etapa de investigación y de que el paramilitar acepte los cargos que le formule la Fiscalía” (Ídem: 124). Sin embargo, la Corte olvidó que no hay un juicio como tal, que después de la aceptación de cargos continúa la sentencia por los hechos que solo reconoció el paramilitar y que la Fiscalía incluyó en la aceptación de cargos. De esta manera, queda reducida la participación de las víctimas dentro del procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, ceñida a las decisiones que tome el fiscal del caso.

La falta de garantías en la protección de las víctimas que se empoderan y hacen valer sus derechos dentro del proceso de justicia y paz se hace manifiesta. Amenazas, homicidios, entre otras conductas punibles en contra de éstas, han sido una constante; así lo ha señalado la Corte Constitucional en varios pronunciamientos: –Auto 200 de 2007, Auto 092 de 2008, Sentencia de Tutela 496 del mismo año–. En esta última, la Corte es explícita al señalar que las accionantes⁷⁷ dentro del proceso de justicia y paz se encuentran en una

76 Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 2 de octubre de 2007, expediente 27.484. (Comisión Colombiana de Juristas, 2008: 124).

77 Acción de tutela instaurada por PATRICIA BURITICÁ CÉSPEDES en nombre propio y en representación de “Alianza Iniciativa de Mujeres Colombianas por la

situación de especial vulnerabilidad ante un riesgo extraordinario debido al impacto diferencial en razón del género dentro del conflicto armado. Riesgo que atenta contra la seguridad personal, vida, integridad personal y el derecho al acceso a la justicia, por lo que concluyó que: “evaluada la estrategia diseñada por las autoridades demandadas para brindar protección a las víctimas de los procesos judiciales de esclarecimiento de la verdad de justicia y paz, aquella no se acoge satisfactoriamente a los principios que la jurisprudencia y la práctica internacional han establecido para este tipo de programas especiales, *ni incorpora satisfactoriamente los elementos mínimos de racionalidad* de un programa que se inserte en una política pública global de garantía de seguridad, libertad y acceso pleno a la justicia, de las víctimas y testigos de la criminalidad sistemática y /o generalizada⁷⁸.”

Retomando anteriores pronunciamientos y lo manifestado por una parte por la Defensoría del Pueblo sobre la advertencia de, al menos, tres alertas tempranas del riesgo al que están expuestos los y las directivas y los y las integrantes de la Liga de Mujeres Desplazadas; y, por la otra, el homicidio del señor FERNANDO HENRY ACUÑA RUIZ⁷⁹, líder comunal y hermano de una líder del mencionado grupo de desplazados frente a su vivienda en el municipio de Turbaco, ordenó al Ministro del Interior y de Justicia y al Director de Acción Social que envíe⁸⁰ un informe a la Corte Constitucional en el que describa (i) qué acciones concretas tomaron como consecuencia de las órdenes de protección

Paz” (IMP), y otras mujeres víctimas de la violencia, contra el Ministerio del Interior y de Justicia y la Fiscalía General de la Nación.

78 Corte Constitucional, sentencia T- 496 de 2008. M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

79 Homicidio efectuado el día 12 de enero de 2009. www.eltiempo.com. Noticia 22 de enero de 2009.

http://www.eltiempo.com/colombia/caribe/asesinato-de-lider-tiene-atemorizado-a-barrio-de-desplazadas-en-turbaco-bolivar_4763768-1.

80 Al 6 de febrero de 2009.

impartidas por esta Corporación en el Auto 200 de 2007 respecto de la Liga de Mujeres Desplazadas, (ii) qué acciones concretas tomaron como respuesta a cada uno de los informes de riesgo y alertas tempranas emitidos por la Defensoría del Pueblo y citados en el presente auto, (iii) qué razones existen para que, al parecer, un miembro integrante del grupo de desplazados referido no haya estado protegido adecuadamente, (iv) qué razones existen para que, al parecer, no se haya reaccionado idóneamente a los tres informes de riesgo mencionados, (v) quiénes son los funcionarios responsables de esas aparentes negligencias, y (vi) qué medidas tomará para que éstas no se presenten en el futuro⁸¹. Así mismo, ordenó al director de Acción Social realizar las labores de coordinación necesaria para que las autoridades implementen mecanismos de protección para salvaguardar el derecho a la vida, seguridad personal de las líderes e integrantes de la Liga de Mujeres Desplazadas. Al tiempo que le solicitó al Fiscal General de la Nación adelantar la investigación y acusación de los responsables del homicidio de FERNANDO HENRY ACUÑA RUIZ.

Estas son algunas de las barreras culturales, económicas y legales que las víctimas de violaciones de derechos humanos, en su mayoría rurales, deben enfrentar en la búsqueda de su derecho de acceso a la justicia y en el reconocimiento, protección, reparación de sus derechos vulnerados. En la práctica, la situación de las víctimas es desalentadora, sus garantías están restringidas desde antes de entrar al sistema, y la falta de las mismas en la normatividad de la ley de justicia y paz son evidentes.

81 Corte Constitucional, Auto 009 de 2009

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es importante tener en cuenta que las barreras de acceso a la justicia en el sistema judicial respecto de violaciones de derechos humanos en población rural son de distinto orden (culturales, socioeconómicas, legales, etc.), y se acentúan de manera desproporcionada respecto de indígenas, afrodescendientes y mujeres, mucho más cuando estas últimas pertenecen a los pueblos mencionados. Es por ello que el Estado social de derecho, que se dice pluricultural, en aras de brindar una justicia igualitaria, debe tener en cuenta sus destinatarios y sus diferencias.

La articulación de la teoría, las normas y la práctica se hace necesaria para la efectividad del derecho de acceso a la justicia. Más cuando se trata de víctimas que han sufrido, entre otras violaciones: desplazamiento forzado y con él pérdidas materiales y morales; violencia sexual; pérdida de sus seres queridos como consecuencia de masacres, desaparición forzada, etc. En tanto son personas que fueron en un primer momento victimizadas con tan graves violaciones, es decir que se les desconocieron y vulneraron sus derechos, buscan en el sistema judicial que se los reconozcan, protejan y reparen; y, si el sistema judicial es de difícil acceso, serán doblemente revictimizadas.

Teniendo en cuenta que el desconocimiento de los derechos es uno de los principales obstáculos para hacer efectivo el acceso a la justicia, es imperioso que el Estado capacite a sus funcionarios y funcionarias tanto en el tema jurídico como en el de sensibilización desde una perspectiva diferencial. De lo contrario, los recursos judiciales serán ilusorios.

Así mismo, se requiere de abogados capacitados para lograr un acompañamiento judicial idóneo a lo largo del proceso. La sociedad civil también debe asumir esta función; actualmente, organizaciones no gubernamentales con ahínco han asumido esta labor, sin embargo por la cantidad de

víctimas no son suficiente, y es por ello que la participación activa de colegios de abogados se hace necesaria⁸².

La investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables es una obligación de medio, que debe asumirse con seriedad y rigor. Dicho en otras palabras, no se trata de una simple formalidad. El Estado debe abstenerse de realizar cualquier conducta que impida el cumplimiento de esta obligación y efectuar acciones positivas para lograrlo. De lo contrario, y ante el incumplimiento de éste, tendrá que responder ante instancias internacionales.

Se requiere que el Ministerio del Interior y de Justicia y la Fiscalía General de la Nación acaten lo ordenado por la T- 496 de 2008, los Autos 200 de 2007 y 009 de 2009 en el sentido de desarrollar las acciones necesarias encaminadas a realizar una revisión integral del Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Ley de Justicia y Paz, y así cumpla con los principios y elementos mínimos de racionalidad, de conformidad con los estándares internacionales en aquellos procesos en los que se investigan graves, sistemáticas y generalizadas violaciones a derechos humanos.

En relación con la investigación en la Ley de Justicia y Paz, se advierten mayores recursos económicos y humanos para obtener un acceso a la justicia material, esto es una, sentencia pronta y ejecutable.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, ALVARADO, PAOLA ANDREA (2007). *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

BIRGIN HAYDÉE Y BEATRIZ KOHEN (2006). *El acceso a la justicia como derecho*. Buenos Aires: Biblos.

82 Sobre el particular, GARRO (2002: 303).

- CAPPELETTI, MAURO (s.f.). *Acceso a la Justicia Programa de acción y nuevo método de pensamiento*. 801 p. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/48/art/art2.pdf>
- CARO CORIA, DINO (s.f.). En *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. México: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. www.juridicas.unam.mx.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS (2008). *Colombia el espejismo de la justicia y la paz: balance sobre la aplicación de la ley de 1975 de 2005*. Bogotá.
- . (2008a). “Aplicación de la Ley de “justicia y Paz” en el crimen de violencia sexual: silencio e impunidad”, en *Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado*. Bogotá.
- . (2008b). *Boletín n° 32: Serie sobre los derechos de las víctimas y la aplicación de la Ley 975. ¿Imputaciones parciales o derechos parciales?* Disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/documentos_pag/Boletín%2033%20imputaciones_final.pdf
- COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO (2008). *Primer informe a la Corte Constitucional: Proceso Nacional de verificación de los Derechos de la Población Desplazada*. Bogotá.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007). *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*. OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 6. 2 octubre 2007.
- . (s.f.) *Derecho al recurso judicial y la administración de justicia en el Ecuador*. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%203.htm>

- . (s.f.). *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado.*
- . (2000). Caso Cabrejos Bernuy, párr. 29. Informe n.º 110 (12-4-2000).
- COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN (2007). *Informe al Congreso: Proceso de reparación a las víctimas balance actual: y perspectivas futuras.*
- . (2008). *Víctimas, violencia y despojo* [CD], Medellín: Universidad San Buenaventura Medellín, Acción Social.
- CORPORACIÓN SISMA MUJER (2007). *Violencia sexual conflicto armado en Colombia.* Bogotá: Toreblanca.
- CUERVO, JORGE IVÁN (2005). “Lineamientos de política pública para el acceso a la justicia de personas de escasos recursos”, en *Cuadernos del CIPE.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (1999). “El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español”, en *Ius et Praxis*, año 1999 / vol 5 número 001. Revista_praxis@utalca.cl.
- FERRAGIOLI, LUIGI (s.f.). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal.* Traducción Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Ed. Trotta. Sexta Ed.
- Fiscalía General de la Nación, Unidad de Justicia y Paz (2008). *Comunicación NUNJYP n° 006173 de 10 de julio de 2008.* Bogotá.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO (s.f.). *El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos.* Disponible en: <http://www.uacj.mx/icsa/carreras/EducacionenDerechosHumanos/II.2.htm>.

- . (2004). “El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional de derechos humanos”, en *Codhem*, enero – febrero de 2004. pág 109. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/65/pr/pr31.pdf>.
- . (s.f.). *Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. www.juridicas.unam.mx.
- . (1997). *Poder Judicial y Ministerio Público*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2.^a. Ed.
- GARRO, ALEJANDRO M. (2002). *Acceso de los pobres a la justicia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós.
- MARABOTTO LUGARO, JORGE (2007). *Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en www.juridicas.unam.mx septiembre de 2007.
- MESA DE TRABAJO MUJER Y CONFLICTO ARMADO (2008). *viii Informe sobre violencia sociopolítica contra las mujeres, jóvenes y niñas en Colombia*. Bogotá.
- MONCAYO ALBORNOZ, ANA LUCÍA (2007). “Los derechos económicos sociales y culturales en la mujer y el acceso a la justicia”, en *Cátedra UNESCO Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado un desafío de los derechos humanos*. Bogotá Universidad Externado de Colombia.
- . (2009). “Acceso a la justicia: mujer y desplazamiento forzado”, en *Cátedra UNESCO derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. Las políticas públicas frente a las violaciones de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2006). *Seguimiento a políticas públicas en materia de movilización y reinserción*, t. II, Bogotá: Sumimpresos.

PROFAMILIA (s.f.). *Salud sexual y reproductiva en zonas marginales: situación de las mujeres desplazadas, 2000-2001*. Bogotá.

RETTBER, ANGELIKA (2008). *Reparación en Colombia. ¿Qué quieren las víctimas?* Bogotá.

VELÁSQUEZ TURBAY, CAMILO (2004). *Derecho Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 3ed.

JURISPRUDENCIA

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación 20 al artículo 7.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones preliminares, sentencia de junio 26 de 1987.

— . Caso MYRNA MACK CHANG vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

— . Caso Cinco pensionistas vs. Perú.

— . Caso Colombia vs. JOSÉ ALEXIS FUENTES GUERRERO y otros.

— . Caso Trabajadores Cesados del Congreso (AGUADO ALFARO y Otros) vs. Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

— . Caso IVCHER BRONSTEIN. Sentencia del 6 de febrero de 2001.

— . Caso CANTORAL BENAVIDES, Reparaciones.

— . Caso GENIE LACAYO. Sentencia 1997.

— . Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001.

— . Caso BÁMACA VELÁSQUEZ vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre de 2000.

- . En Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987.
- . Auto 092 de 2008.
- . Auto 009 de 2009.
- . Sentencia SU 1184 de 2001. M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
- . Sentencia C-228 de 2002. M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
- . Sentencia C-004 de 2003, M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
- . Sentencia 979 de 2005. M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
- . Sentencia 454 de 2005. M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
- . Sentencia C-370 de 2006. M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y otros.
- . Sentencia 575 de 2006. M. P. ALVARO TAFUR GALVIS.
- . Sentencia 454 de 2006. M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
- . Sentencia C-209 de 2007. M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
- . Sentencia T- 496 de 2008. M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

¿QUIÉN REPRESENTA A LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO PENAL?

José Ignacio Umbarila Rodríguez¹

Resumen

[Palabras clave: Víctima en el nuevo ordenamiento, Omisión legislativa, Acceso a la administración de justicia, Recurso judicial efectivo]

Siguiendo el análisis jurídico-historicista de la figura de la víctima en nuestro ordenamiento, se presenta la omisión protuberante de la nueva legislación procesal penal, al no garantizársele, por parte del Estado, una adecuada asistencia profesional que le permita acceder a un recurso judicial efectivo.

Es patente que, hasta este momento, más de cuatro años después de entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal (Ley 906 de 2006), aún no se ha encontrado una so-

1 Abogado desde 1992, actualmente vinculado como defensor público de la Oficina Especial de Apoyo, capacitador en el nuevo sistema acusatorio. Especializado en Derecho Penal en la Universidad Libre, año 1994. Maestría Universidad Externado de Colombia, 1995 (sin grado). Especialización Derecho Administrativo, Universidad Nacional. Coautor de los tres tomos de “El Proceso Penal Colombiano”, editorial Andrés Morales. Autor del texto “Derecho de la víctimas del delito en el marco del nuevo proceso penal colombiano” en proceso de impresión en la Imprenta Nacional.

lución al interrogante de quién representa a la víctima en el nuevo proceso.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Basado en la función que debe cumplir un abogado, en especial la de reivindicar los valores constitucionales², aunada a la de realizar una crítica imparcial comprometida y seria, se ha orientado el presente estudio.

En busca de las razones que nos permitan explicar la brusca transición operada en el ámbito de oportunidad para el ejercicio de los derechos de las personas afectadas con la conducta ilícita, encontramos que las más notorias se encuentran relacionadas *a priori* con la implementación de un sistema de tendencia acusatoria: concretamente, el cambio de modelo.

Súmele la forma como se integró la comisión encargada para tal propósito, dando como resultado un estatuto que no fue producto de un aporte serio y debidamente programado conforme al desarrollo político criminal del Estado, razón por la cual evidencia falencias en distintos temas.

Esto lleva a confirmar y a hacer patente en nuestro país la afirmación de CHARLES LOUIS, barón de MONTESQUIEU, según la cual “las leyes de cada país son reflejo del pueblo que las obedece”.

El estudio tratará de abarcar pretéritas legislaciones de la materia propuesta, para evidenciar inicialmente una perspectiva restringida del reconocimiento del derecho de la víctima hasta una consideración amplia que caracteriza los ordenamientos jurídicos internos acaso en el ámbito universal, mutación que se debe esencialmente a la evolución en las corrientes de pensamiento en materias criminológicas y victimológicas.

2 Como contenido axiológico de todo el ordenamiento jurídico.

Empero, a pesar del profundo cambio jurisprudencial internacional en la materia, la legislación nacional restringió a partir de la finalidad de participación en el procedimiento penal de la víctima o perjudicado por un delito, determinándolo exclusivamente a centrar su participación en el proceso a la reparación económica del daño ocasionado, hasta arribar a un concepto acorde con el discurso actual del derecho comparado e internacional, que amplía dicha intervención no solo a obtener el reconocimiento indemnizatorio sino también a promover la consecución de la verdad y de la justicia.

En este trabajo se examinará de manera sucinta, en primer lugar, el referente histórico jurídico de manera integral, ejercicio que nos permitirá cotejar la legislación derogada con las coexistentes; en segundo lugar, el alcance de los derechos de las víctimas y perjudicados por un actuar injusto dentro del sistema procesal con modelo acusatorio; posteriormente, se aludirá a la evolución de los derechos de la parte civil en el derecho internacional, como quiera que según lo implementado en el artículo 93 superior, “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

En cuarto lugar, con el fin de ilustrar el tratamiento de los derechos de la parte civil en los distintos sistemas jurídicos, se hará una breve referencia a la tendencia en el derecho comparado.

Una vez examinados los antecedentes, centrado en un análisis etiológico del olvido de la víctima, finalmente se harán algunas propuestas encaminadas a plantear temas de reflexión, tendientes a darle un tratamiento acorde con un estado social de derecho.

II. MARCO DE INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA HISTORIA JURÍDICA NACIONAL

Partiendo de la premisa reconocida por todas las culturas jurídicas actuales, en las que los estatutos penales se conjugan para garantizar los derechos de los sujetos en tensión (víctima y victimario), haremos un breve recorrido de las principales normas que desde antaño han concedido *status* a la figura de la víctima.

Sinuoso camino que se puede sintetizar desde una aceptación restringida del interés de la víctima del delito (indemnizatoria con presupuesto de declaración de culpabilidad del ofensor) hasta arribar a una concepción amplia que corresponde a la vigente en el derecho orbital (reconocimiento del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación).

Desde la indemnización primigenia, hasta alcanzar el rango de restauración del derecho.

Advirtiendo que este extracto es producto igualmente de la investigación del autor, iniciaremos en el entendido que tanto en el ordenamiento material como en el adjetivo moderno se ha superado el antiguo sistema bipolar según el cual el delito enfrentaba *prima facie* al Estado con el acusado, reconociéndose en el derecho actual que al irrogársele un perjuicio a la víctima y/o perjudicado con el delito, según el caso, uno de los fines esenciales de esos ordenamientos es obtener compensación integral a ese derecho quebrantado.

1. En el ámbito penal encontramos:

– En primer lugar haremos mención del Código Penal de 1936, estatuto influido por la Escuela positivista del derecho penal cuando la pretensión punitiva le pertenece de manera exclusiva al Estado, al mismo que ha sancionado la norma penal a través de su órgano especializado (rama legislativa), superando las llamadas “penas privadas”.

Con el avance del peligrosismo en Europa y su entronización en su extrema manifestación de autoritarismo fue el

código italiano Rocco, en el que predominaban los intereses estatales, donde el individuo sólo contaba en la magnitud que se encontrara subordinado con respecto a aquél, cargado del pensamiento idealista hegeliano.

Pensamiento autoritario fundado en la defensa social y la conservación del Estado, sistema penal que se tornó en excluyente respecto a las víctimas ya que solo les concedió reconocimiento desde la intervención del Estado como actor público y haciendo nugatoria su intervención.

“El código penal y penitenciario que entraría a regir en 1938, articulado que se ciñó a los principios de la escuela positivista del derecho, basado en la odiosa y proscrita teoría de la defensa social que conduciría al avance del peligrosismo, a través del cual el delito se va desdibujando, pierde importancia por sí mismo, se minimiza aún más a la víctima y queda en mera condición de síntoma de necesidad de prevención especial”.

Estatuto de marcado corte autoritario, contextualizado para el Estado intervencionista de la época, cuando imponía su hegemonía la rama ejecutiva del poder público.

“Del mismo modo desaparece la pena bajo el piadoso nombre de sanción y el delito pierde su carácter de conflicto, para quedar reducido a un síntoma en que no solo se desprecia y degrada al autor, sino también a la víctima, prohibida de interferir en la acción defensiva del Estado, que no lo hace en el nombre de sus intereses individuales, sino en el de la sociedad necesitada de defensa. Al cuerpo se sacrifica al infractor y a su víctima, como meras células. La máxima demolición del derecho penal y el más bajo momento pensante de la teoría penal se alcanzan con el positivismo peligrosista” (ZAFFARONI, 1998).

Surge una importante incógnita: ¿cómo influyó tal corriente del pensamiento jurídico en la composición del texto normativo de dicho estatuto en especial sobre el tema de las personas agraviadas con el ilícito? Interrogante que se resuelve con el contenido de los artículos 92, 93, 94 y

95 de dicha codificación, normas que dieron al Estado el carácter de sujeto activo de la acción privada o civil, la cual indubitadamente correspondía a la persona perjudicada, tema que actualmente no reviste ninguna controversia y que, como veremos, no permitieron armonizarlos con el estatuto adjetivo de la época, Ley 94 de 1938.

Este Estatuto Penal, que siguió la doctrina de ENRICO FERRI, respecto a las medidas encaminadas a la reparación dijo: “En la defensa social contra la delincuencia ocupan, por tanto, un puesto importante las medidas reparadoras que, en unión de las medidas preventivas del delito, han sido hasta ahora demasiado olvidadas, en comparación con las medidas eliminadoras y represivas.

Y como quiera que todas esas medidas de defensa social contra el delito son de interés público, resulta evidente el concepto jurídico, sosteniendo desde los comienzos de la Escuela Criminal Positiva, que la obligación del delincuente al resarcimiento del daño, no es sólo de derecho privado... sino que “esencialmente y siempre es de derecho público. Por ello debe ser función del Estado, como lo es la prevención y la represión de los delitos” (FERRI, citado por MAIER, 2003).

Para un mayor entendimiento y comprensión veamos cómo decantó la posición desventajosa para la víctima en el citado sistema procesal penal a través de las doctrinas planteadas por la escuela positiva del derecho, el autor JULIO B. MAIER. “Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, sobre todo por intermedio de FERRI, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del derecho penal; más allá aún la pena integral comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquélla, perseguida oficialmente, sin consideración a la víctima. La idea se frustró, al parecer, por ese empecinamiento de positivismo criminológico en socializar en extremo las instituciones, de transformarlas en funciones estatales, sin advertir los intereses privados en juego y la justicia de su defensa personal” (MAIER, 2003: 584).

Como se desprende del texto aludido, la reparación correspondía al derecho público y por ende debe ser función del Estado; propio de los postulados de esa escuela fue la innovación en la materia, como quiera que consagró el principio con fundamento en el cual siempre debía condenarse, en la sentencia penal, a los perjuicios que se hubieren causado con el delito, desconociendo de forma errónea que la parte civil correspondía y corresponde a la parte perjudicada con el delito y no al Estado, ciñéndose en todo a la doctrina desarrollada por FERRI.

En otras palabras, a través de ese estatuto se convirtió una acción que por su naturaleza es privada, en pública, en una función social, función que como lo señalaba el mencionado autor: "está confiada de oficio al ministerio Público durante el proceso, a los jueces en la condena, y a la administración carcelaria en la oportuna retribución del trabajo penitenciario y en las propuestas de liberación condicional"³.

– En una etapa posconflicto, la nueva codificación penal nacional, estatuto de 1980 donde desaparecen los rasgos peligrositas propios de la Escuela positivista, retornando en parte a la ideología del código de corte humanista de ZANARDELLI que había inspirado el derogado estatuto de 1890, donde impera en nuestro país una época de aparente bonanza económica.

Se expide en este momento coyuntural, el Decreto 100 de 1980, escindido en dos libros. En el libro primero título VI capítulo único establece la responsabilidad civil derivada del hecho punible⁴.

3 Proyecto de Código Penal, que recogió casi de manera textual el proyecto de FERRI para Italia, de 1921.

4 De la reponsabilidad civil derivada de hecho punible
 Artículo 103. Reparación del daño y prevalencia de la obligación.
 Artículo 104. Titulares de la acción indemnizatoria.
 Artículo 105. Quiénes deben indemnizar.

– Finalmente, se arriba a la vigente Ley 599 de 2000, que conservó en parte la estructura de las codificaciones derogadas, adecuándose al derecho moderno, en el que se aboga desde la dogmática propia del momento por un ordenamiento.

2. En el campo procesal:

Reconociendo la importancia y como se conjugan en la práctica el derecho material con el adjetivo, el papel determinante del derecho procesal consiste en efectivizar el derecho material o sustantivo, enfatizando el carácter instrumental de sus normas “en cuanto han sido instituidas para la efectividad del derecho sustancial y, obviamente, de los derechos procesales de quienes intervienen dentro de la respectiva actuación judicial. Las formalidades procesales sólo se conciben como medios para garantizar la validez y la eficacia de los actos procesales en cuanto éstos tiendan a la realización de los derechos de los sujetos procesales, mas no como simples ritualidades insustanciales” (BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNNET, 2004).

Acerca de esa relativización del derecho penal con respecto a la incidencia del procesal básicamente con el tema bajo estudio, se hace indispensable realizar concomitantemente la exploración de la ley procesal penal aunque sea de forma tangencial. Para tal efecto nos remontaremos a los estatutos adjetivos del siglo xx, tomando como referente obligatorio lo apuntado por el maestro CARNELUTTI: “La parte lesionada se convierte en parte civil cuando en el juicio penal se introduce la pretensión civil a la responsabilidad civil del

Artículo 106. Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente.

Artículo 107. Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente.

Artículo 108. Prescripción de la acción civil.

Artículo 109. Obligaciones civiles y extinción de la punibilidad.

Artículo 110. Comiso.

imputado, y tiene lugar un fenómeno de conmixti3n del proceso penal con el proceso civil”⁵

Postulado que ha orientado la instituci3n jur3dica de la parte civil dentro del proceso penal nacional, de la siguiente forma⁶:

a. Ley 94 de 1938, en el T3tulo I, Cap3tulo I, de la acci3n penal estableci3 en el art3culo 8.º lo siguiente: Toda infracci3n de la ley penal origina acci3n penal, y puede originar tambi3n acci3n civil para la indemnizaci3n de los perjuicios causados por la infracci3n.

Desarrollo legal que deviene desde luego de la influencia de la escuela cl3sica del derecho penal y especialmente del pensamiento carrariano, en el que la infracci3n penal generaba dos clases de daño:

De primer grado: inmanente a dicha infracci3n, denominado daño social o p3blico, por ser precisamente la sociedad el sujeto pasivo del perjuicio.

De segundo grado: donde, a diferencia del anterior, el sujeto pasivo del daño es la persona damnificada por la infracci3n, denominado daño privado o civil.

El primer daño origina el derecho p3blico de imponer pena; el segundo, el derecho a la restituci3n y a la indemnizaci3n civil.

Posteriormente, de manera expresa el cap3tulo II, a partir del art3culo 24 hasta el 31, consagr3 todo lo concerniente acerca de la materia. Como aspecto relevante y significativo, encontramos que la titularidad de la acci3n civil “(...) se ejercer3 dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos”⁷.

5 Citado por GAVIRIA LONDOÑO (s.f.: 206).

6 S3ntesis realizada seg3n particular criterio del autor.

7 Art3culo 24. La acci3n civil para el resarcimiento del daño causado por infracci3n de la ley penal, se ejercer3 dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos.

El artículo 28 sujetaba el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción civil a que no se hubiera sobreseído o absuelto al sindicado mediante auto o sentencia definitivos⁸.

Así fue debatido en la respectiva Comisión del Parlamento de la época. Específicamente, el Dr. RUEDA CONCHA manifestó al respecto: "(...) La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento termina el juicio, y como el juicio se compone de dos acciones, la penal y la civil, es claro que la sentencia debe resolverlas ambas. Es principio fundamental que el fallo debe resolver todas las acciones que se hayan propuesto. Y el sobreseimiento, respecto de la acción civil, debe producir los mismos efectos que produce en materia penal".

Razonamiento que produjo como consecuencia jurídica, hacer nugatorio el derecho de la víctima.

b. Decreto 409 de 1971, preceptuaba en el artículo 9^o Las acciones que surgen de la infracción a la ley penal: acción penal, y contenciosamente podía generar la acción civil, de manera restringida, ya que contemplaba exclusivamente la indemnización de perjuicios causados por la infracción, norma que fue trasladada sin ningún cambio de la legislación anterior (Ley 94 de 1938).

En el capítulo II del Libro primero, estatuyó lo referente a la acción civil.

c. El Decreto 0050 de 1987 acuñó el término restablecimiento de derecho como un principio rector, en su artículo 16¹⁰.

8 Norma que resultaba lesiva para el derecho de la víctima y de los perjudicados, pues si no se obtenía sentencia condenatoria contra el ofensor, los damnificados con el delito perdían toda posibilidad de obtener reparación.

9 Artículo 9.º *Acciones que surgen de la infracción penal.* Toda infracción de la ley penal origina acción penal, y puede originar también la acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción.

10 Artículo 16. Restablecimiento del derecho: El juez resolverá las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho punible, cuando por su naturaleza sea posible.

En el capítulo II del Libro primero ubicó todo el procedimiento para ejercer la acción civil en el proceso penal, valga decir, titulares de la acción civil, quiénes deben indemnizar, oportunidad para la constitución, requisitos, prueba de la personería, decisión sobre la demanda, inadmisibilidad de la demanda, devolución de la demanda, facultades de la parte civil, embargo y secuestro de bienes, desembargo en caso de exceso, desembargo, condenación al pago de perjuicios (los consideraba exclusivamente en perjuicios materiales; si no se podían evaluar pecuniariamente, el juez podía tasarlos hasta en cuatro mil gramos oro, o morales no valorables pecuniariamente mediante indemnización hasta el equivalente en moneda nacional, de un mil gramos oro), prohibición de enajenar, acción restitutoria del objeto material, cancelación de registros falsos, extinción de la acción civil, efectos de la cosa juzgada penal absolutoria, prescripción de la acción civil, remisión a normas civiles.

En el capítulo III *ejusdem* consagró lo concerniente al tercero civilmente responsable.

d. Decreto Ley 2700 de 1991, ya con una redacción acorde con los cambios operados por la nueva carta política y que necesariamente trascendían en todo el ordenamiento jurídico nacional, reconoció, a partir de la norma rectora 14¹¹, el derecho de las víctimas en la actuación penal estableciendo de manera más técnica el procedimiento para adelantar la acción civil dentro del proceso penal.

Se caracterizan porque armonizó su contenido normativo con la amplia gama de mecanismos de protección de Derechos Fundamentales creados por el legislador constituyente, otorgó titularidad para el ejercicio de la acción civil, tanto al perjudicado individualmente considerado como al actor

11 Artículo 14. Cuando sea posible, las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados.

popular en busca de resarcir los daños y perjuicios ocasionados individuales y colectivos por el hecho punible¹².

Circunscribía la oportunidad para intentarla a partir de la apertura de la instrucción hasta antes de que se profiriera sentencia de segunda o única instancia.

Es procedente para la pretensión que orienta al presente estudio, destacar las atribuciones que ese estatuto derogado otorgaba a la parte civil, facultades que no se suscribían únicamente a la búsqueda resarcitoria: trascendía el simple ámbito patrimonial hasta solicitar la práctica de pruebas, denunciar bienes del procesado y solicitar su embargo y secuestro e interponer recursos sobre estas materias¹³.

e. Ley 600 de 2000, consagró casi en los mismos términos las facultades de la parte damnificada con el delito, reprodujo en idénticos términos el contenido material del articulado de la codificación anterior.

Primigeniamente con las mismas limitaciones impuestas a los perjudicados o sus sucesores para intervenir dentro de la actuación penal sólo a partir de la resolución de apertura de instrucción y para acceder al expediente durante la investigación preliminar, consideradas posteriormente por la doctrina como violaciones a su derecho a acceder a la justicia en condiciones de igualdad.

12 Artículo 43. *Titulares de la acción civil*. La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil, o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, o por los herederos o sucesores de aquellas, o por el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos.

13 Artículo 48. *Admisión de la demanda y facultades de la parte civil*. Admitida la demanda de parte civil, ésta quedará facultada para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho investigado, la identidad de los autores o partícipes, su responsabilidad, la naturaleza de la cuantía de los perjuicios ocasionados. Podrá igualmente denunciar bienes del procesado y solicitar su embargo y secuestro e interponer recursos contra las providencias que resuelvan sobre las materias de que trata este artículo. (...)."

f. En la Ley 906 se da la transición legal de una finalidad esencialmente patrimonial a la del restablecimiento integral, siguiendo los lineamientos de la Declaración de Asamblea General de la ONU de 19885, a la que haremos obligatoria y necesaria referencia.

Con vocación de síntesis, indicaremos que la intervención de la víctima se escenifica técnicamente hablando solo en la fase del juicio (audiencia de formulación de acusación), momento en el cual se le reconoce tal condición y su representación legal.

Siguiendo el orden trazado, el legislador del 2004 tornó en retardatario el derecho de las víctimas, yerro constitucional que ha venido siendo articulado al nuevo orden jurídico internacional por vía jurisprudencial, entendiéndose que puede intervenir para colaborar procesalmente en la búsqueda de la justicia y de la verdad en todos los estadios procesales, solicitando pruebas, presentando alegatos, impugnando decisiones judiciales que le sean adversas, etcétera.

En un estadio posterior, después del anuncio del sentido del fallo, puede ejercitar el incidente de reparación integral (artículo 102 Ley 906); otra vez, su posibilidad de indemnización en el proceso penal queda supeditada a la declaratoria de culpabilidad del ofensor.

Aun subsistiendo la exigencia de que exista un pronunciamiento sobre la existencia de responsabilidad penal para que se proceda a darle trámite al incidente de reparación integral, está debidamente reconocido que el daño encuentra entidad independientemente de tal reconocimiento.

Importancia de la distinción entre los conceptos de daño y perjuicio desarrollado por el profesor JUAN CARLOS HENAO, cuando señala el error constante de la jurisprudencia nacional, al confundir daño con perjuicio, lo que ha llevado incluso a que el legislador de 2004 sin un mayor esfuerzo, haya tratado indistintamente los conceptos de víctima y perjudicado (artículo 132 Ley 906), como lo he venido señalando en otras publicaciones.

En este punto citaré textualmente en lo pertinente al autor mencionado cuando hace alusión al profesor BÉNOIT (1998: 77), quien aportó algunos elementos que se encargan de definirlo, al afirmar: "...el daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo, mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada".

En el nuevo método procesal la indemnización de ese daño se establece a partir del anuncio del sentido del fallo, imponiéndole, además, la carga a la víctima o perjudicado de probar la existencia del perjuicio.

Pero si después de toda esta carga procesal de la víctima del delito el fallador muta en la sentencia motivada esa declaración de responsabilidad inicial por una absolutoria, ¿qué sucede con el derecho de la víctima a ser reparada?

III. STATUS DE LA VÍCTIMA DEL DELITO EN LA NUEVA LEGISLACIÓN COLOMBIANA DESDE UNA PERSPECTIVA SISTÉMICA

Avanzando en este análisis, debo señalar que mi reacción frente al tratamiento dado a la víctima en la nueva codificación procesal penal se genera por el manifiesto retroceso en cuanto a la posibilidad de intervención real de ésta en el mismo, conclusión que se obtiene de cotejarla con la legislación aún coexistente (Ley 600 de 2000) y con los estatutos derogados¹⁴.

Mediante la elaboración de la presente ponencia se pretende establecer si en lo referente a esta materia se siguieron los lineamientos propios de un Estado Social de Derecho en

14 Decreto 2700 de 1991.

la nueva legislación o, por el contrario, se retrocedió al limitar la participación en la actuación penal de la víctima.

Polémica que se desata igualmente del reconocimiento de la diferencia socio económica, cultural y política de las naciones desarrolladas donde ha tenido vigencia el sistema con método acusatorio de los países donde se ha venido implementando (latinoamericanos) caracterizados por el subdesarrollo, premisa que obliga a contextualizar el sistema procesal a este especial entorno.

En ese entendido resulta relevante remitirse a los sistemas procesales con principio acusatorio, recientemente implementados, entre otros, por citar algunos, Costa Rica, Nicaragua y Chile, donde se adoptó el modelo acusatorio pero manteniendo para la víctima y perjudicado la categoría jurídica de parte civil.

El legislador de 2004 no tuvo en cuenta la realidad imperante en nuestro medio, donde el orden jurídico en general, y el penal, en particular, deben encontrarse contextualizados con la actualidad social, económica y cultural de un país.

En este orden de ideas, siendo conteste con escritos anteriores, para demostrar las falencias protuberantes en materia legislativa que ha generado la involución en el derecho de las víctimas, reiteraremos que en el nuevo modelo se determinó la calidad de víctima solo a partir de la audiencia de formulación de acusación, momento cuando se le otorga personería jurídica a su representante legal¹⁵. Pues si bien, tal como se estableció en el artículo 1º (principio rector) en su literal e): “el derecho a recibir desde el primer contacto con las autoridades en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus

15 Artículo 340 Ley 906. La víctima. En esta audiencia se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 132 de este código. Se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya. De existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral.

intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del cual han sido víctimas”.

En diáfana demostración de la falta de técnica legislativa que caracteriza a este estatuto, nunca quedó claro cuáles eran esos términos, y tal atribución en cualquier caso, no se puede considerar como la actuación del interviniente que ni más ni menos es el sujeto pasivo del delito.

Factor aún más vulneratorio de las garantías constitucionales de la víctima del delito, es el valladar impuesto por la nueva codificación cuando no le dio posibilidad de intervenir en el tema probatorio, restricción impuesta por el legislador en la norma que consagró (artículo 357) la facultad de solicitar pruebas a las partes e incluso al Ministerio Público, pero no a la víctima.

Artículo 357. Solicitudes probatorias. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiese tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

Deducciones que devienen de la interpretación gramatical, sistemática e histórica¹⁶ de las disposiciones procesales relativas al tema bajo estudio.

16 Los métodos tradicionales de hermenéutica jurídica los podemos sintetizar

El tribunal constitucional colombiano se ha encargado indirectamente de subsanar esa grave omisión legislativa a través del examen constitucional del articulado de la Ley 906 de 2004, en orden de importancia según el criterio del expositor, es importante relieves las siguientes:

1. Sentencia C-454/06, M. P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, donde solamente realizó el control constitucional a los artículos:

a. 135: “Declarar Exequible, en relación con los cargos estudiados, en el entendido que la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades, y se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación”.

b. 357: “Declarar Exequible, en relación con los cargos estudiados, el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en el

en: a) método gramatical, también conocido como literal, tal vez el primero en ser utilizado como medio para interpretar el significado y sentido de la norma a través del estudio y análisis de la letra de su propio texto.

Pertenece al llamado método exegético, “(...) El texto legal puede ser claro, tan claro que no surja ninguna duda sobre el pensamiento de sus redactores. En tal hipótesis debe aplicarse en sus términos... En esta coyuntura, la interpretación resulta puramente *gramatical*.

Cuando es oscura o incompleta, no basta el examen gramatical, es necesario echar mano de la llamada *interpretación lógica*. Su fin estriba en descubrir el espíritu de la ley, para, controlar, completar, restringir o extenderse letra” (Jhering);

b) Método sistemático: Este sistema introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; que, por tanto, siendo parte de este sistema, el significado de la norma podrá entonces obtenerse de los principios que inspiran ese sistema.

c) Método histórico, a través de éste método se pretende interpretar la norma recurriendo a sus antecedentes, como las ideas de sus autores al concebir o elaborar los proyectos, los motivos que propiciaron la redacción y emisión de la ley, informes, debates, etc.

d) Método teleológico: Es aquel que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico.

entendido que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”.

En lo pertinente, la Corte consideró: “La efectividad del derecho a acceder a la justicia, en el que se inscriben los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, se encuentra en una relación directa con el derecho a probar. El derecho a conocer la verdad sobre los hechos que entrañan el agravio a la víctima, está inescindiblemente vinculado con la posibilidad de probar; el derecho a la justicia resulta inconcebible al margen de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades; y el derecho a la reparación, cuando se ejerce en el proceso penal, se consolida a partir de la determinación de la responsabilidad por el hecho punible”.

Continuó señalado el máximo Tribunal: “la interdependencia de estos derechos conlleva a que el derecho a aportar y solicitar pruebas en torno al hecho mismo, las circunstancias, la determinación de los autores o partícipes, y la magnitud del daño, se constituya en un presupuesto inexcusable del derecho de las víctimas a acceder efectivamente a la justicia. Resulta inane que se contemple la posibilidad de asistencia de los representantes de las víctimas a la audiencia preparatoria (artículo 355 CPP), que se exija que en esa diligencia deba estar asistida por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico (artículo 137.3 CPP), y paralelamente se le excluya de la posibilidad de realizar solicitudes probatorias, tal como lo establece la norma demandada”.

“La naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado (...)”.

2) La sentencia C-209/07 ratifica la línea jurisprudencial sobre el tema bajo estudio, directrices provenientes del

derecho internacional y derecho comparado, donde: "(1) a víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: 1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito"¹⁷.

Decisión adoptada en el fallo en materia probatoria:

Cuarto. Declarar, por los cargos analizados en esta sentencia, la exequibilidad condicionada de las siguientes disposiciones de la Ley 906 de 2004:

1. El numeral 2 del artículo 284, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.

2. El artículo 289, en el entendido de que la víctima también puede estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.

3. El artículo 333 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.

4. El artículo 344, en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un

17 Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

5. Las expresiones “la Fiscalía”, “la defensa” y “las partes” contenidas en el artículo 356, en el entendido de que la víctima puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral.

6. El artículo 358, en el entendido de que la víctima también puede hacer dicha solicitud.

7. El artículo 359, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba.

8. Los artículos 137, 306, 316 y 342, en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez de control de garantías a solicitar la medida de protección.

9. El artículo 339, en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.

Razones de la decisión:

La Corte analizó globalmente el lugar y el papel de las víctimas del delito en el proceso penal de tendencia acusatoria. No obstante la implantación de un nuevo procedimiento, los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral deben ser protegidos sin afectar la estructura procesal y los principios del sistema de orientación acusatoria. La Corte resaltó que el artículo 250 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, asignó a la Fiscalía la función de solicitar al juez de conocimiento las medidas judiciales relacionadas con el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito. Así mismo, dispuso que “la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”. En esta sentencia la Corte aplica el Acto Legislativo 03 de

2002 a la luz de su jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas con miras a armonizarlos con el nuevo sistema penal. Frente a la nueva estructura del proceso penal desarrollada en la Ley 906 de 2004 y los cargos formulados en la presente demanda, la Corte encontró lo siguiente: a) El legislador omitió incluir a las víctimas dentro de las partes o intervinientes que pueden ejercer facultades referentes a la solicitud, descubrimiento, exhibición, exclusión, rechazo e inadmisibilidad, práctica y contradicción de pruebas o elementos materiales probatorios. Así, los artículos 284, 344, 356, 358, 359, 378, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004 establecen que tales facultades solo pueden ser ejercidas en las respectivas etapas procesales, por la Fiscalía, la defensa, las partes y, excepcionalmente, el Ministerio Público. Al respecto, la Corte señaló que no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima, del uso de las facultades que se otorgan a las partes e intervinientes en el proceso penal, en los artículos 284, 344, 356, 358 y 359 de la Ley 906 de 2004, como quiera que su participación en actuaciones correspondientes a la etapa previa al juicio no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal introducido por el Acto legislativo 03 de 2002, no altera la igualdad de armas ni modifica la calidad de la víctima como interviniente en cada caso. Teniendo en cuenta que esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio e impide asegurar una garantía efectiva de los derechos de las víctimas a la verdad, a ser oídos y facilitarles el aporte de pruebas, se condicionó la exequibilidad de los artículos 284, 344, 356, 358 y 359 de la Ley 906 de 2004, a que la víctima pueda ejercer también las facultades probatorias previstas en cada caso por estas disposiciones legales. b) Desde la misma óptica, la Corte constató que, por el contrario, en el caso de las facultades probatorias otorgadas a la Fiscalía, la defensa, las partes y el Ministerio Público en los artículos 378, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004,

la exclusión de la víctima no genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, toda vez que tales facultades corresponden a la etapa del juicio oral en el cual no participa directamente la víctima, pues con ello se modificarían los rasgos estructurales del sistema penal regulado por la Ley 906 de 2004 y concebido en el Acto Legislativo 03 de 2002, al alterar sustancialmente la igualdad de armas y convertir a la víctima en un segundo acusador o contradictor. Tales facultades se ejercen en esta etapa por intermedio del fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Por consiguiente, no prosperan los cargos analizados en contra de los artículos 378, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004, que se declararon exequibles. c) De otra parte, la Corte no advirtió una razón objetiva y suficiente que justifique que solo el fiscal tenga la posibilidad de solicitar al juez de control de garantías medidas de protección, con lo cual deja desprotegida a la víctima ante omisiones del fiscal o circunstancias apremiantes de hostigamiento, amenaza, incumplimiento o necesidad de cambio de la medida. Permitirle a la víctima solicitar ese tipo de medidas no genera una desigualdad de armas, no altera los rasgos fundamentales del sistema penal con tendencia acusatoria estatuido en la Ley 906 de 2004 ni implica una transformación del papel de interviniente especial que tiene la víctima dentro de este sistema procesal penal. Por el contrario, la exclusión de la víctima de la posibilidad de solicitar esas medidas, entraña el incumplimiento, por parte del legislador, del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal consagrado en el numeral 7) del artículo 250 de la Carta. Por tal motivo, se condicionó la exequibilidad de los artículos 137, 306, 316 y 342 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez de control de garantías a solicitar medida de protección. d) De igual manera, se condicionó la exequibilidad del inciso cuarto del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que las

víctimas también pueden presentar elementos materiales probatorios y evidencia física en la audiencia de preclusión para oponerse a la petición del fiscal. Esto, en razón a que el debate probatorio se efectúa únicamente en el juicio oral, pero se pueden allegar elementos probatorios para desvirtuar la petición de preclusión, en guarda de los derechos fundamentales a la justicia y al debido proceso de las víctimas. e) En cuanto se refiere a la posibilidad de intervención de la víctima en la actuación que da lugar la aplicación del principio de oportunidad, la Corte observó que el artículo 328 de la Ley 906 de 2004 ordena al fiscal tener en cuenta los intereses –que en realidad son derechos– de las víctimas y para ello debe oír a las que estén presentes en la actuación. Por lo tanto, el artículo 324 acusado no establece una omisión legislativa relativa, ya que debe ser aplicado en concordancia con el mencionado artículo 328. f) De otro lado, la Corte determinó que la entrega de copia del escrito de acusación a la víctima con “fines únicos de información” y su exclusión de la audiencia de formulación de la acusación, clausura la posibilidad de la víctima de ejercer un control sobre la acusación, ni sobre la adecuación típica o el descubrimiento de pruebas que hará valer el fiscal en la etapa del juicio oral, mientras que las partes e intervinientes, como el Ministerio Público, sí tienen esa posibilidad. Teniendo en cuenta la trascendencia de la participación de la víctima en esta etapa de la actuación penal, la Corte encontró que es claro que la omisión del legislador pone en riesgo la efectividad de los derechos de la víctima y por ello resulta inconstitucional la expresión “con fines únicos de información” del artículo 337 de la Ley 906 de 2004. Por la misma razón, la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 339, en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. En consecuencia, la Corte integró la

unidad normativa con el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, para condicionar su exequibilidad a que la víctima puede estar presente en la audiencia de formulación de la imputación. g) Cosa distinta sucede con la posibilidad de que la víctima intervenga en la etapa del juicio oral para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la del fiscal y de la defensa, pues se alteraría la estructura del proceso penal de tendencia acusatoria. La Corte advirtió que ya en las etapas previas la víctima ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial en la construcción del caso y en la etapa del juicio oral, a través de su abogado, que debe ser oído por el fiscal, podrá ejercer sus derechos sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propio caso al margen o en contra del fiscal. En consecuencia, fue declarado exequible, por este aspecto, el artículo 371 de la Ley 906 de 2004. h) Por último, la Corte determinó que es al legislador a quien compete establecer los casos en los que procede la impugnación de las decisiones judiciales sin que la Corte pueda por vía general disponer la procedencia general del recurso de apelación. En este sentido, los artículos 11 y 137 de la Ley 906 de 2004, que regulan los derechos de las víctimas y la intervención de estas en el proceso penal”.

Tácitamente, de esta manera, ha sido aceptada la marcada involución en la tutela judicial efectiva de la víctima del delito en la preceptiva del nuevo ordenamiento procesal penal, evidenciándose como retardataria del avance logrado, y que fuera producto del jalonamiento jurisprudencial, especialmente el adoptado desde el año 2002, cuando se decidió: “En este orden de ideas, si la finalidad de la parte civil dentro del proceso penal no es meramente económica, como en efecto lo ha venido precisando esta Corporación, no puede concebirse que la posibilidad de intervenir durante el proceso penal esté circunscrita únicamente en función de una retribución pecuniaria. En un plano de igualdad, la parte civil, como sujeto procesal que es, debe tener la facultad de

actuar en términos y condiciones similares a como lo pueden hacer los demás sujetos procesales para garantizar el respeto al principio de legalidad, la observancia del Debido Proceso y, en últimas, asegurar el cumplimiento cabal de los fines del Estado y el acceso efectivo a la administración de justicia: su condición no es la de un simple interviniente sino la de un verdadero protagonista en la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia”.

“El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y de hallarlos responsables condenarlos. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales”.

“...tampoco puede desconocerse que la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia son derechos íntimamente vinculados con el principio de legalidad, la observancia del debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a la tutela judicial efectiva, en cabeza no sólo del sindicado o del Ministerio Público, sino también de la parte civil como sujeto procesal”¹⁸.

Surge, con claridad meridiana, que el constituyente derivado atendió las directrices provenientes del derecho internacional y del derecho comparado jalonadas por vía jurisprudencial en las decisiones de la Corte; así fue modificado el artículo 250 constitucional que consagró en forma expresa el rango constitucional de las víctimas como parte activa dentro del proceso penal y asignó a la Fiscalía en dicho artículo el deber de velar por su protección y su

18 Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 20002, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

asistencia especializada, de donde emerge que la falencia debe radicarse definitivamente en el legislador.

No debemos perder de vista que desde 1991 Colombia se constituyó en un Estado social y democrático de derecho y que a partir de la misma Constitución es posible hablar de todo un desarrollo pragmático e ideológico, sustentado básicamente en la afirmación de los derechos fundamentales, Carta que se produjera como resultado de un movimiento fenomenológico, apreciación que resulta de observarse que fueron precisamente los fenómenos sociales del momento los que motivaron a fundar un Estado regido por una nueva ideología acorde con la proclama del desarrollo en el campo de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

En esa medida lo que ha sido cambiado en relación a los derechos constitucionales del agresor debe tomarse también *mutatis mutandis* respecto de los derechos fundamentales de las víctimas del delito y así fue planteado a través del Acto Legislativo citado.

Finalmente, para cerrar este capítulo, como lo he venido exponiendo en otras publicaciones, la legislación que dio vida al nuevo CPP, no atiende la aplicación de los principios entendidos como mandatos de optimización, en especial el principio *pro homine*, con base en el cual se coloca a la persona humana como valor superior y primero conteste con el pensamiento kantiano, según el cual “el fin último del hombre es el hombre en sí mismo” y no permite que se le utilice como medio para satisfacer los fines del Estado; tal normativización no resulta acorde con el referido principio.

Desde esta perspectiva no cabe duda de que la creación legislativa sobre la materia desconoció el carácter antropocéntrico que orienta la carta Política de 1991, específicamen-

te, el preámbulo¹⁹, los principios fundamentales y demás valores que le confieren al ser humano carácter excepcional y reconocimiento de su dignidad humana.

Evidenciándose lo manifiestamente vulneratorio del derecho de la víctima en la producción legislativa desde la perspectiva del texto constitucional sobre el tema, esto es, desde las premisas impuestas por el constituyente derivado (canon 250 superior en sus numerales 6 y 7) inobservadas por el legislador, olvidando precisamente que “Desde 1991, por fuerza de normativización de la Constitución que antes se consideraba como un tema esencialmente político, la interpretación del derecho dejó de ser un problema de mera hermenéutica o de lógica de buena voluntad, razón por la cual hoy en día la ley solo puede tener sentido en la medida que sus fórmulas realicen los valores y principios del texto superior y los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad.

Desde este punto de vista, los principios, las categorías dogmáticas y los sistemas procesales no pueden considerarse a partir de interpretaciones que aislen las normas que las definen para rescatar su sentido literal, sino desde sus fines constitucionales, de los cuales se destaca la construcción de un orden justo²⁰.

Siendo de la esencia y razón de ser del Estado la de lograr la vigencia de un orden justo (Principio fundamental constitucional, art 2.º) y reconociendo el carácter instrumental del proceso penal, éste no puede concebirse sino como el mecanismo para la efectivización del derecho sustancial, atendiendo, eso sí, el respeto de las garantías y derechos fundamentales de los que en él intervienen, se concluye,

19 No se debe permitir soslayar la fuerza vinculante reconocida por vía doctrinaria y jurisprudencial al preámbulo constitucional, como piedra angular de la parte dogmática de la obra fundante de nuestra nación.

20 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Casación 24026; M.P. Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA; 20 de octubre de 2005.

que la producción legislativa desconoció las prerrogativas reivindicatorias de la víctima.

Así las cosas, las sentencias aludidas han reconocido la inobservancia, por parte del legislador, de los Derechos Fundamentales de la víctima²¹, como también de normas constitucionales²² y, desde luego, de tratados de derecho internacional humanitario que integran el llamado bloque de constitucionalidad, a los que me referiré con posterioridad.

De lo hasta aquí analizado, surge un primer interrogante: ¿O bien la víctima es un simple interviniente, o recibe la categoría de un verdadero sujeto procesal?

Pero si es un interviniente conforme a la estructura de la Ley 906 después del anterior examen, es de rigor preguntarse: ¿Se le brinda tutela judicial efectiva?

IV. ¿EL GARANTISMO PENAL Y PROCESAL PENAL DEBE PREDICARSE SÓLO RESPECTO DEL OFENSOR?

Es notorio el voluntario y reiterado olvido en el que los doctrinantes más reconocidos en los ámbitos interno e internacional en derecho penal y procesal han mantenido la figura de la víctima del delito hasta llevarla a la invisibilidad.

Es prudente recordar que dicha marginalidad se debe al fenómeno que ha imperado desde antaño, basado en lo atractivo y ventajoso que resulta para los consumidores del cine, la literatura, y desde luego para los destinatarios de los medios de comunicación, la imagen de los grandes criminales respecto de la derrotada y afligida víctima.

21 Podemos citar, entre otros: El contenido en el preámbulo constitucional "*con el fin de asegurar a sus integrantes la justicia, la igualdad... dentro de un orden justo*"; el de la dignidad humana artículo 1.º; "El de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan..." consagrado en el artículo 2.º; etc.

22 El acceso a la administración de justicia, establecido en el artículo 229 de la Constitución.

Pero la inquietud del epígrafe se debe resolver y fundamentar desde lo normativo; en este campo es necesario en primer lugar recurrir a los instrumentos jurídicos internacionales ratificados por nuestro Estado:

Desde este panorama jurídico internacional se debe hacer obligatoria mención al Instrumento Jurídico Universal por excelencia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9º numeral 1.º: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

En ese mismo sentido, en un plano regional, el artículo 7.º numeral 1º de la Convención Americana de derechos Humanos preceptúa de manera concordante con el anterior: “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales”.

Posteriormente, en el artículo 63 numeral 1º reza: “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, así mismo, 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”.

La jurisprudencia de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que esa reparación debe ser integral, comprendiendo tanto los daños materiales como los morales.

Estos tratados proyectan su campo de aplicabilidad no solo a las garantías del infractor de la ley penal sino que irradia a todas las personas que sufren las consecuencias nocivas del delito.

Afirmación que deviene de la obligación que tiene todo Estado parte de estos convenios internacionales, de tomar las medidas de preservar seguridad a los habitantes de sus territorios a través de una razonable protección.

Pero sin duda merece capítulo aparte el documento que establece de manera apodíctica el actual reconocimiento

del derecho integral de las víctimas del delito en todo el planeta y traza los lineamientos que en la materia deben o deberían seguir los ordenamientos jurídicos internos, del 29 de noviembre de 1985, en el seno la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprobó por consenso la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”²³, según la cual las víctimas “tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido” y para ello es necesario que se permita “que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones,

23 *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. *Resarcimiento*. 8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. 9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales. 10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad. 11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas. *Indemnización* 12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización (subrayado fuera de texto).

siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente”.

V. ¿QUIÉN REPRESENTA ENTONCES A LA VÍCTIMA?

Por último, de todo el análisis anterior se presenta el interrogante del epígrafe, aspecto de representación legal idónea y efectiva de la víctima en el actual modelo con principio acusatorio. La sentencia C-591 de 2005²⁴ resaltó la finalidad de la intervención de la víctima, cuando destacó los rasgos que caracterizan el actual sistema, al indicar la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, y recabar “que va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Que no es sino el reconocimiento del deber por parte del Estado de respetar los derechos del delincuente, como el de salvaguardar *a fortiori* los derechos fundamentales de la víctima del ilícito.

Reconocimiento que debe estructurarse a partir del derecho al acceso administración de justicia en condiciones de igualdad al de los otras partes e intervinientes, derecho que se concreta desde la representación de la víctima que carece de recursos.

24 Corte Constitucional, Sentencia C-591, M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ; 9 de junio de 2005.

El problema que desde esa perspectiva se plantea: ¿es quién representa institucionalmente a la víctima carente de recursos?

Tomando en consideración tales premisas, encontramos que paradójica y contradictoriamente a los postulados que deben incardinar un sistema con tendencia acusatorio, el legislador constitucional facultó a la Fiscalía para asumir la representación de la víctima.

Consideración que deviene del mismo texto constitucional cuando en su artículo 250 impone como deberes de la Fiscalía General de la Nación:

Numeral 6.º “la de solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”;

Numeral 7º “Velar por la protección de las víctimas, los testigos (...), la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.”

Ante tal circunstancia se ha presentado la negativa de la Defensoría del Pueblo teniendo en cuenta que la Defensa Pública esta instituida a nivel universal para defender precisamente al agresor, desde esa premisa, en la práctica es un contrasentido proponer tal asistencia por la Defensoría.

En este mismo orden de ideas, es necesario acotar que se motivó una propuesta desde la misma Comisión encargada de la redacción de la nueva ley para que fuera el Ministerio Público el que asumiera tal rol.

Ante la negativa a tal propuesta, el legislador, como sucedáneo, prescribió en el referido artículo 11 en su literal h), como uno de los derechos de la víctima: “A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio”.

Circunstancia que marca un verdadero retroceso en cuanto las garantías que se le deben a la víctima como damnificada por la conducta criminal, pues ello impide una representación judicial idónea, seria y adecuada.

Como Colofón: es urgente repensar todo el tema de la víctima en el nuevo ordenamiento jurídico nacional, se debe legislar desde la misma Carta Política por un grupo interinstitucional con conocimiento sobre la materia, encaminado a garantizarle una tutela judicial efectiva que le permita el restablecimiento del derecho, además de señalarle con sencillez y claridad sobre sus derechos y al mismo tiempo mecanismos para hacerlos reales.

En ese sentido, para concluir debo citar los dos (2) proyectos²⁵ que cursan en el Congreso de la República acerca de las víctimas de la violencia de los grupos armados ilegales. Plausible la propuesta del Polo en la medida que pretende constitucionalizar el derecho integral de las víctimas, valga decir convertirlos en Derechos Fundamentales, para evitar que éstos, como sucede en la actualidad, se conviertan en letra muerta.

Respecto de la presentada por el Partido Liberal, son reivindicativas las medidas que contemplan beneficios tributarios, crediticios y en educación, pero desde una perspectiva muy personal no es viable la creación de un Alto Comisionado Presidencial de Apoyo a las víctimas. La experiencia en nuestro país ha demostrado que la presencia de un funcionario más, no hace sino entorpecer los programas y metas, mírese el de Paz, basta con implementar una clara reglamentación que permita que las víctimas y perjudicados accedan a beneficios e indemnizaciones sin recurrir a una figura gubernamental que en la práctica los convierte en inaccesibles e inanes.

25 Radicados por el Partido Liberal y el Polo Democrático Alternativo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA, TERESA (2004). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid-España: Edit. Marcial Pons.
- BERNAL CUÉLLAR JAIME Y EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET (2004). *El Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DOMÍNGUEZ, ANTONIO SEVERINO. Conceptos fundamentales de victimología. Disponible en www.institutodevictimologia.com
- FATTAH, EZZAT (1971). *A victime, est – elle occupable?* Montreal: Les presses de l'Université d Montreal.
- FERRI, ENRICO (s.f.). *Sociología Criminal*. Madrid: Ed. Centro Editor de Góngora.
- FRANCIS - PAUL BÉNOIT (1957). *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé*.
- GARÓFALO, RAFAEL (s.f.). *Indemnización del delito*. Madrid: La España Moderna.
- GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO (s.f.). *La acción civil en el proceso penal colombiano*.
- GULOTTA, GUGLIELMO (1976). *La vittima*. Italia: Edit. Giuffré.
- HENAO, JUAN CARLOS (1998). *El Daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- KAISER, GÜNTHER (1983). *Estudios de psicología criminal*, volumen XVII. Madrid: Editorial Espasa.
- KOTLIARENCO, M.; I. CÁCERES, I. Y M. FONTECILLA, M. (1996). *Estado del arte en resiliencia* (Sitio en internet) CEANIM. Preparado para la Oficina Panamericana de la Salud. Washington. Disponible en :<http://www.resiliencia.cl> (Consultado el 5 de junio de 2004).

- MAIER, JULIO B. (2003). *Derecho Procesal Penal*, tomo II. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MENDELSON, BENIAMIN (1958). "La Victimologie", en *Revue Francaise de Psychoanalyse*. Janvier fevrier. París.
- . (s.f.) *La Victimología y las necesidades de la Sociedad Contemporánea*.
- MORENO, CATENA Y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- NIEVES, HÉCTOR (1973). *El comportamiento culpable de la víctima*. Carabobo: Universidad de Carabobo, Venezuela.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA (1995). *Derecho Penal Español*, Parte General. Madrid: Edit. Dykinson.
- TRAVIS, JEREMY (Director) (1998). "The rights of Crime Victims – Does Legal Protection Make a Difference?", en *U:S Department of Justice- Office of justice program*, National Institute Of Justice, December 1998.
- UMBARILA RODRÍGUEZ, JOSÉ IGNACIO. *Derecho de las víctimas del delito en el marco del nuevo proceso penal colombiano*. En proceso de impresión. Bogotá: Imprenta Nacional.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (1998). "La codificación penal latinoamericana", en *Revista de Derecho Penal* n° 9. Edit Leyer, Octubre-Noviembre de 1998.

CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

DIAGRAMAS DE ARGUMENTACIÓN EN EL DEBATE JURÍDICO - POLÍTICO

*Fernando Estrada Gallego*¹

Después del destacado trabajo de GEORGE HENRIK VON WRIGHT (1971), el debate sobre el estatuto teórico de las ciencias sociales ha encontrado variaciones importantes en la tradición académica continental, tanto como en la extensa bibliografía analítica anglosajona (PUTNAM, 2001)². Desde los problemas que constituyeron la arquitectura del debate sobre la dicotomía: *comprensión/explicación*, hasta los maduros resultados de la escuela estructuralista sobre reconstrucción de teorías (BALZER et al, 1990). Las agitadas aguas de la controversia entre positivistas con marxistas, ideógrafos o fenomenólogos continentales, no se han calmado. Los dilemas metodológicos de la investigación

-
- 1 Docente e Investigador del Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales CIPE de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia.
 - 2 VON WRIGHT (1971). Esta obra constituye el punto de referencia medular en el debate contemporáneo sobre la investigación social, particularmente por los conectores epistemológicos que establece Henrick von Wright entre dos tradiciones hasta entonces distantes: la aristotélica y la galileana. La investigación central dinamiza los problemas de relacionar los modelos explicativos de las ciencias naturales con respecto a los temas claves de las ciencias humanas. Uno de los logros de esta magnífica obra consiste en haber consolidado el primer paso en el diálogo teórico entre marxistas, fenomenólogos, estructuralistas y académicos, formados en línea con el positivismo lógico del Círculo de Viena. (PUTNAM, 2001).

social se hallan en una encrucijada análoga a los problemas básicos del conocimiento humano, moviéndose entre las incertidumbres de los datos y una reconstrucción teórica tentativa. Nada definitivo ha surgido después de WRIGHT, y probablemente tardaremos en comprender suficientemente los alcances de sus hipótesis³.

El campo interdisciplinario abierto por la obra de GEORGE HENRIK VON WRIGHT ha descubierto problemas en la Teoría del Derecho. Aunque solo ahora comienzan a descubrirse las implicaciones derivadas de las distinciones introducidas por la obra de WRIGHT para explicar problemas fundamentales de la rama jurídica, como la evidencia y la inferencia causal en la criminología. Las investigaciones en política criminal, por hacer parte de un conjunto doctrinal en extremo importante para sociedades en conflicto, deben afrontar regularmente la resolución de problemas de orden práctico con una información limitada. Y resolver la toma de decisiones dentro de un ámbito metodológico incierto. La rama jurídica se mueve a medio camino entre la elaboración de técnicas positivas de control de los datos y la formación teórica de los investigadores. Con la incorporación de tecnologías informáticas al campo de la política criminal han surgido problemas epistemológicos fundamentales. ¿Qué hacer con la información y la recolección de datos?, ¿cuánta información se requiere para reconstruir un hecho?, ¿qué grado de confiabilidad ofrece una técnica de identidad dactiloscópica?, ¿cómo reconstruir la evidencia?, ¿cómo comprender la inferencia de hipótesis con poca evidencia?

El presente artículo se orienta a la visualización de la evidencia en el debate jurídico-político. Un campo relativa-

3 Una valoración resumida sobre el notable impacto de la obra de Wright en la metodología de investigación en ciencias humanas puede encontrarse en JOSÉ MARÍA MARDONES (2003).

mente poco abordado en la literatura experta⁴. Apoyándonos en la filosofía de la ciencia y un poco menos en teoría del derecho, advertimos que las explicaciones sobre el marco inductivo del conocimiento jurídico-político, así como los argumentos sobre la evidencia y la prueba, tienen su fundamento en conexiones probabilísticas y premisas refutables y no en consagradas especulaciones meta teóricas. La base de apoyo para representar el debate jurídico-político cuenta ahora con sólidos componentes de lógica formal e investigación empírica.

El punto de partida es el diagrama Toulmin para representar la estructura de argumentos rebatibles (TOULMIN, 1958). El diagrama Toulmin se ha constituido en una herramienta de poderoso alcance para seguir la trayectoria epistemológica y la composición de argumentos. Sin embargo, este diagrama tiene limitaciones en casos de razonamiento práctico en los que la finalidad es lograr la persuasión de un auditorio variado, como en el caso del derecho o la política. Un diagrama dialéctico de argumentación como el que se ha elaborado en LOUI (2005) en línea con los trabajos de Toulmin, puede arrojar resultados más completos para analizar la estructura lógica de los argumentos en un debate jurídico-político. El presente estudio tiene el objetivo de conseguir una ampliación del diagrama Toulmin con los recursos avanzados en Teoría de la Argumentación *TA* e Inteligencia Artificial, *IA*.

TOULMIN

En general, el diagrama de argumentación de Toulmin (o diagrama Toulmin) puede adoptarse como una herramienta lógica para el análisis de estructuras normativas de argumen-

4 Se reconocen precedentes en el trabajo de WALTON, DOUGLAS and CHRIS REED (2003).

tación jurídica. Investigadores en sistemas de inteligencia artificial e ingeniería de sistemas (*Computer-Supported Collaborative Work –cscw–*), han elaborado herramientas para usuarios digitales, con proyecciones novedosas del modelo de Toulmin. Los usuarios pueden componer y recomponer argumentos dentro de un programa que incluye este diagrama –las relaciones entre argumentos–, apreciando la fortaleza o debilidad de quien ataca o se defiende. Los problemas surgen cuando varios de estos programas intercambian funciones, dado que no existe una prescripción para la interconexión de líneas de argumentación, debiéndose entonces confiar en la disciplina del usuario para obtener un modelo comprensible, adaptado a sus objetivos específicos. Una ilustración de los usos del diagrama Toulmin en el dominio del hipertexto con fines epistemológicos lo desarrollan (MARSHALL, 1991).

Se han realizado avances desde el modelo Toulmin que bosquejan los debates como árboles cuyo tema central viene a ser tronco principal y los temas subsidiarios son ramas que se desprenden del mismo (los árboles son dibujados en la base de portada, como lo prefieren los informáticos) Las versiones actualizadas del diagrama Toulmin (HITCHCOCK, 2006)⁵. La conexión refutable entre las derivaciones

-
- 5 Introduction; DAVID HITCHCOCK and BART VERHEIJ. 2. Reasoning in Theory and Practice; STEPHEN E. TOULMIN. 3. A Citation-Based Reflection on Toulmin and Argument; RONALD P. LOUI. 4. Complex Cases and Legitimation Inferences: Extending the Toulmin Model to Deliberative Argument in Controversy; G. THOMAS GOODNIGHT. 5. A Metamathematical Extension of the Toulmin Agenda; MARK WEINSTEIN. 6. Toulmin's Model of Argument and the Question of Relativism; LILIAN BERMEJO-LUQUE. 7. Systematizing Toulmin's Warrants: An Epistemic Approach; JAMES B. FREEMAN. 8. Warranting Arguments, the Virtue of Verb; JAMES F. KLUMPP. 9. Evaluating Inferences: The Nature and Role of Warrants; ROBERT C. PINTO. 10. 'Probably'; ROBERT H. ENNIS. 11. The Voice of the Other: A Dialogico-Rhetorical Understanding of Opponent and Toulmin's Rebuttal; WOUTER SLOB. 12. Evaluating Arguments Based on Toulmin Scheme; BART VERHEIJ. 13. Good Reasoning on the Toulmin Model; DAVID HITCHCOCK. 14. The Fluidity of Warrants: Using the Toulmin Model to Analyse Practical Discourse; OLAF TANS. 15. Artificial Intelligence and Law, Logic and Argument

de un nodo y su tronco principal opera implícitamente. En el modelo de Toulmin, sin embargo, se reconstruye el esquema de argumentación describiendo explícitamente esta conexión refutable. Por convención, si un nodo de etiqueta p , tuviese derivaciones sub-etiquetadas a, b, c , entonces la conexión lógica requerida tendría la siguiente forma: “si a, b y c , entonces p es refutable”. Este fue el diagrama corriente en los debates que se realizaron durante los años noventa, con resultados bastante fructíferos.

Una ilustración gráfica de estos avances la podemos hallar en el siguiente cuadro que sintetiza la estructura central de una controversia entre usuarios de correo electrónico.

Schemes; HENRY PRAKKEN. 16. Multiple Warrants in Practical Reasoning; Christian Kock. 17. The Quest for Rationalism without Dogmas in Leibniz and Toulmin; TXETXU AUSIN. 18. From Arguments to Decisions: Extending the Toulmin View; JOHN FOX and SANJAY MODGIL. 19. Using Toulmin Argumentation to Support Dispute Settlement in Discretionary Domains; JOHN ZELEZNIKOW. 20. Toulmin’s Model and The Solving of Ill-Structured Problems; JAMES F. VOSS. 21. Arguing by Question: A Toulminian Reading of Cicero’s Account of the Enthymeme; MANFRED KRAUS. 22. The Uses of Argument in Mathematics; Andrew Aberdein. 23. Translating Toulmin Diagrams: Theory Neutrality in Argument Representation; CHRIS REED and GLENN ROWE. 24. The Toulmin Test: Framing Argumentation within Belief Revision Theories; FABIO PAGLIERI and CRISTIANO CASTELFRANCHI. 25. Eight Theses Reflecting on Stephen Toulmin; JOHN WOODS.

<p>Discusión: controversia en e-mail</p>	<pre> graph TD A[Administración de la red Xerox eliminaría dls recreacionales] --> B[Uso personal del mail y los dls recreacionales generan un pobre uso de un recurso limitado] B --> C[R: IBM, AT&T, DEC, etc. Controlan el uso personal de sus redes] C --> D[Nosotros evaluamos nuestras propias prácticas haciendo una evaluación comparativa frente a los competidores] D --> E[R: Competidores importantes como Apple, Sun, Tandem y DEC no limitan el uso de e-mail] E --> F[La administración de la red Xerox educaría sus empleados sobre el uso del e-mail y sobre dar formato] F --> G[Xerox debe direccionar cuestiones de formato] G --> H[Xerox es la compañía de documentos] H --> I[Los documentos son más que meras inscripciones de información] I --> J[El uso inadecuado de mails con formato reduce la eficiencia de la red] J --> K[R: El uso del internet Xerox sería optimizado (controlado)] K --> L[El uso personal del mail y los dls recreacionales generan un pobre uso de un recurso limitado] L --> M[R: IBM, AT&T, DEC, etc. Controlan el uso personal de sus redes] M --> N[Nosotros evaluamos nuestras propias prácticas haciendo una evaluación comparativa frente a los competidores] N --> O[R: Competidores importantes como Apple, Sun, Tandem y DEC no limitan el uso de e-mail] </pre>
	<p>Orden de filtro: Nombre de los objetos</p> <p>IBM, AT&T, DEC, Amdahl, etc. Controlan el uso personal de sus redes. Competidores importantes, como Apple, Sun, Tandem y DEC, no limitan el uso del mail.</p> <p>El uso inapropiado del mail con formato reduce la eficiencia de la red.</p> <p>Usos personales del mail y de los dls recreacionales hacen pobre uso de un recurso limitado.</p> <p>El uso del internet de Xerox sería optimizado.</p> <p>Nosotros evaluamos nuestras propias prácticas haciendo una evaluación comparativa contra los competidores.</p>
	<p>Nombre de la declaración</p> <p>El uso inapropiado de mail con formato reduce la eficiencia de la red.</p>
	<p>Información adicional</p> <p>Contenidos de formato consumen de 5 a 100 veces la capacidad de una nota de correo.</p>
	<p>Citados</p>

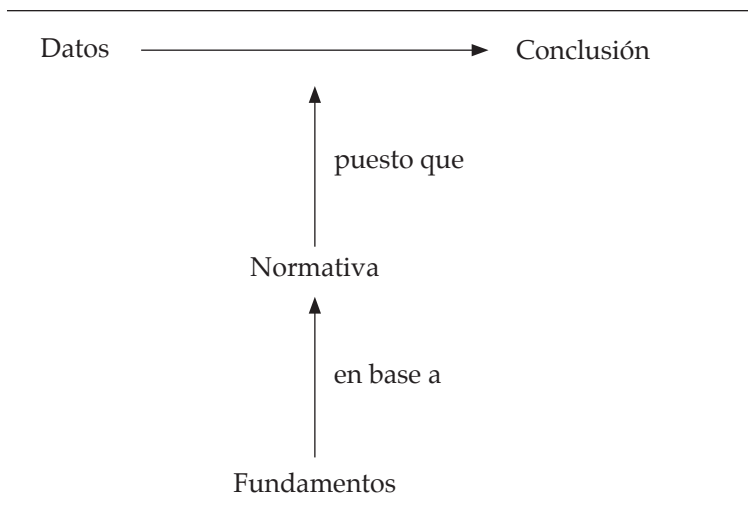


Fig. 2 Diagrama Toulmin de argumentación.

Tomando el diagrama de Toulmin como punto de partida, se observa que un conjunto de argumentos puede comprenderse como una estructura dialéctica; dentro de esta estructura se establecen contradicciones e incompatibilidades entre un ponente, un oponente y un tercero que resume los aspectos claves de la discusión. Se puede dibujar un segundo árbol dialéctico que demuestre las relaciones entre varios debates⁶. Y podemos denominar a este árbol una *meta-discusión* porque describe cómo se relacionan los argumentos aunque no necesariamente cómo se estructuran. El esquema puede

6 <http://citeseer.ist.psu.edu/cache/papers/cs/11317/http://zSzzSzwwww.cs.wustl.edu/zSz~louizSzsurvey.pdf/carlos00logical.pdf>. Este destacado ensayo: *Logical Models Argument* de C. I. Chesñevar, Ana Gabriela Maguitman y Ronald P Loui contribuye a definir preliminarmente las condiciones lógicas de la argumentación en consonancia con el trabajo original de Toulmin. El ensayo constituye, así mismo, una de las mejores introducciones a las relaciones entre Teoría de la Argumentación, Inteligencia Artificial y Razonamiento Refutable.

representarse en el caso de los usos de funcionales de una tarjeta aeroportuaria, como se muestra en la Figura 3:

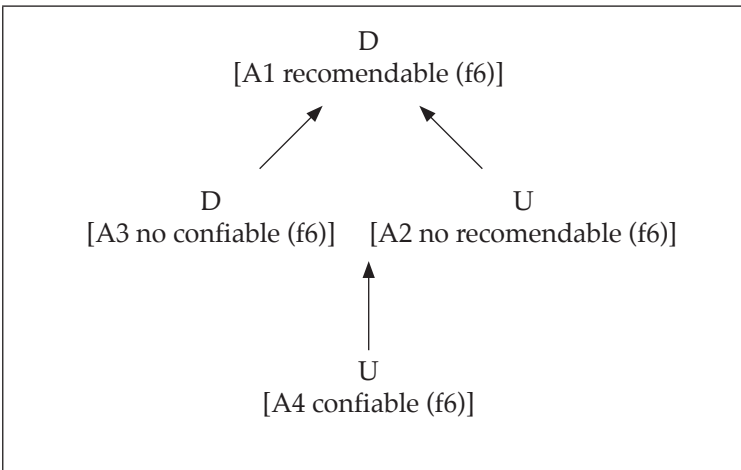
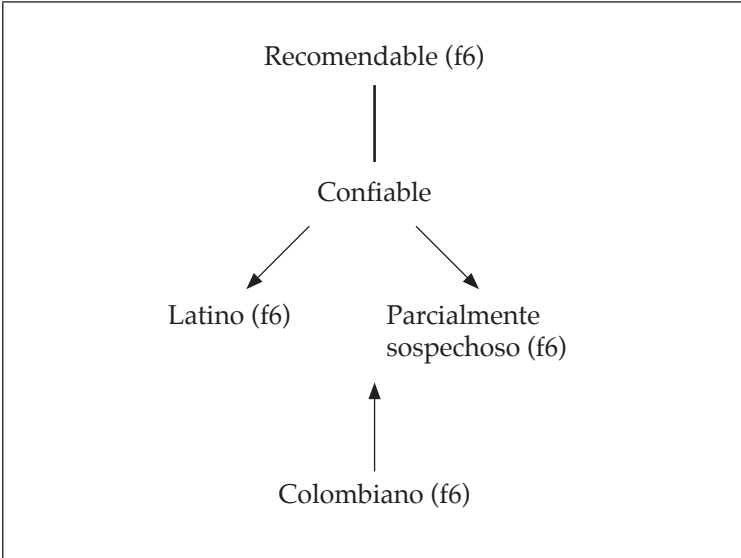


Fig. 4. Esquema de árbol de decisión proposicional *a la Toulmin*, con flechas coloreadas que indican la dirección de los argumentos.

El próximo paso consiste en combinar los diagramas de modo que la relevancia dialéctica se muestre en orden de izquierda a derecha y pueda leerse también de arriba hacia abajo. Los debates se enumerarían del mismo modo sin riesgo de confusión, dado que cada línea de argumentación y debate tendrá su propio árbol de interconexión lógica.

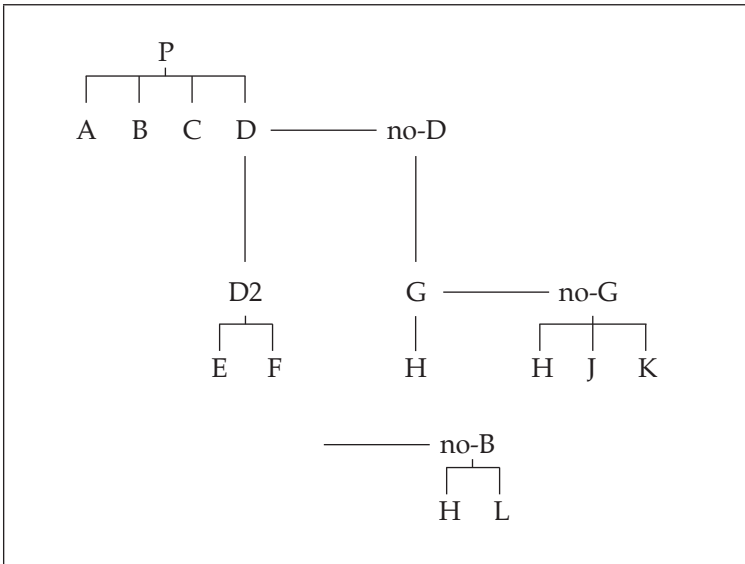


Fig. 5. Esquema con árboles de argumentación derivados.

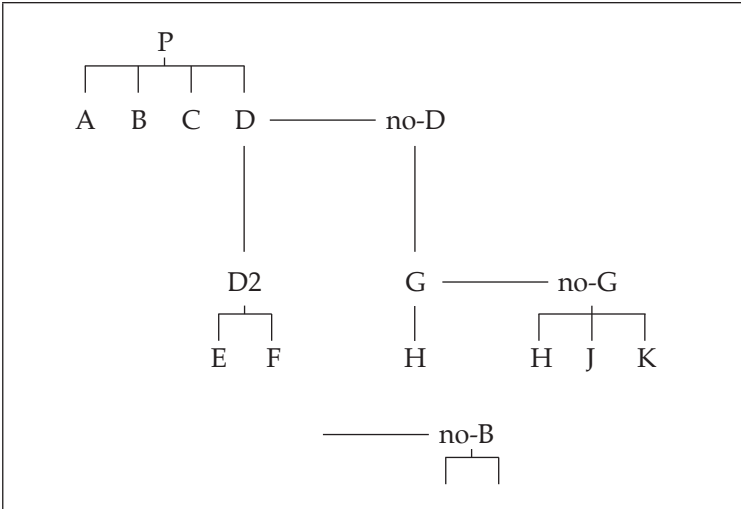


Fig.6 A diferencia del diagrama Toulmin, los diagramas arborescentes pueden expresar implícitamente las relaciones entre los argumentos.

Al insistir en comparar este esquema con el diagrama Toulmin, habrá que subrayar varias diferencias. Primero, la normativa de los cuadros tan redundantes en el diagrama Toulmin no tiene ahora que mostrarse explícitamente. Si se realiza un ataque en contra de una normativa, la misma podrá agregarse por anticipado; o un contraataque puede interpretarse como dirigido hacia una ligadura, en lugar de un nodo. Nada evita poner nombres de casos o estatus sobre ligaduras, y las normativas son a menudo referencias a funciones de argumento más que enunciados textuales. De cualquier manera resulta útil no multiplicar innecesariamente los cuadros descriptivos en la argumentación⁷. En segundo lugar, el diagrama en columnas es necesario, según este modelo, por la naturaleza del debate. Las colum-

7 La recomendación de economía conceptual ofrece a la diagramación argumentativa un desafío y una ventaja que se cumple con trabajos como los presentados por Priit Parmakson (<http://www.tlu.ee/~priitp/>).

nas alternas pueden representar los pro y contra de modo que cualquier argumento, en la segunda y cuarta columnas, fuese probablemente adverso a la posición tomada por un argumento en la primera columna. La lectura de izquierda a derecha permite reconstruir al usuario la dialéctica del debate de manera lógicamente pertinente.

Tercero, no se necesita explícitamente que un contraargumento –vinculado al nodo– contradiga lógicamente el primer enunciado. Esto podría suceder, pero promovería desde el comienzo tropiezos a la visualidad del diagrama. Sería suficiente, al parecer, ligar el argumento a la columna precedente en donde uno pueda encontrar el objetivo del argumento de ataque. Puesto que el número de argumentos en una columna y el número de enunciados en un argumento probablemente no pueden ser extensos, la conexión se podría hacer explorando visualmente una negación. Incluso, sin localizar el enunciado contrario en la columna anterior, éste será reconocido simplemente negando la afirmación desde la raíz arbórea del contraargumento. Sin duda, la línea punteada sirve para indicar la novedad de un ataque alternativo, así como para indicar redundantemente que su pertinencia depende de algo afirmado en la columna anterior.

Mientras esta forma de representar la estructura dialéctica sea intuitiva, contraría las convenciones y las lógicas del diálogo; de modo que quienes prefieran el diálogo estudiando la forma y el contenido terminarán usando cambios para representar el diagrama en términos de ataque y defensa. La lógica del intercambio de argumentos en el esquema de Nicolás Rescher cumple con este propósito:

PRO	CON
P	¿Por qué P?
A, B, C, y D	¿Por qué D?
D2	¿Por qué D2?

E y F	no-D
¿Por qué no D?	G
¿Por qué G?	H
no-G	¿Por qué no-G?
H, J, y K	no-B
¿Por qué no B?	H y L

Fig. 7. Reconstrucción del diagrama de argumentación en el esquema Rescher.

El esquema es compacto y puede dibujarse sin demasiados recursos gráficos; sin embargo, no exhibe la estructura argumentativa ni describe suficientemente la dinámica propia en los debates reales. El formato de Rescher, en un sentido, contiene la forma locucionaria del diagrama Toulmin y es una buena síntesis de trabajos posteriores, pero se trata de diagramas de argumentación con alcances limitados.

Encapsulación

Con la llegada de HTML e inspirados por la encapsulación de los diálogos en ventanas separadas del computador GUI, se ha propuesto simplificar aún más los diagramas evitando las flechas. Las relaciones de apoyo quedarían contenidas en espacios más restringidos. Las objeciones a los argumentos del proponente tendrían un significado más dialéctico. De izquierda a derecha para contradecir, refutar o socavar; de arriba hacia abajo para alternar los ataques sobre un mismo argumento. Incluso, se proponen varias versiones de argumentos en forma encapsulada en donde una versión comprende la autoridad que afirma, otra ofrece una paráfrasis y otra simplifica la forma lógica.

(<http://www.cs.wustl.edu/~room5/new/ladue/antigone.out3.html>)

Modificar		
Linmark V. Willingboro	Metromedios v. San Diego	Metromedios v. San Diego
Vincent, Anderson, Martin, Meadowmoor		
Concejo municipal de Los Angeles v. Pagadores de impuestos para Vincent		
Primer Banco Nacional de Boston v. Belloti	Concejo municipal de Los Angeles v. Pagadores de impuestos para Vincent	Concejo municipal de Los Angeles v. Pagadores de impuestos para Vincent

Fig. 8. Esquema de diálogo con las ventajas del sistema HTML.

Modificar		
Los intereses de Ladue no son lo suficientemente obligatorios para apoyar una restricción basada en contenido		
Los intereses de Ladue son substanciales		
Los intereses de Ladue están basados en contenidos		
La primera enmienda puede prevenir a una población alcanzar sus logros restringiendo el libre flujo de información	Un interés de la ciudad en la seguridad del tráfico y su interés estético en prevenir el desorden visual justificaría una prohibición de las vallas comerciales	INCLUSO la ordenanza de San Diego fue inválida
Señales residenciales tienen una forma de comunicación inusualmente barata y conveniente, una yarda o signo de ventana puede no tener sustitutos prácticos		El efecto práctico de la ordenanza de San Diego era eliminar las vallas como un medio efectivo para mensajes no comerciales
El interés privado del ciudadano en controlar el uso de sus propiedades justifica tratamientos diferentes		San Diego falló en hacer una muestra fuerte necesaria para justificar esta prohibición de contenido neutral de estos medios particulares de comunicación
La regulación del discurso puede estar impermissible mente en virtud de los servicios incluidos	El Concejo municipal por LA confirmó en una ordenanza la prohibición de publicar avisos en la propiedad pública, anotando la conclusión de Metromedia de que el desorden visual es suficiente para justificar una prohibición	PERO esa prohibición no fue extendida a la propiedad privada

Fig. 9. Las relaciones dialécticas del debate se pueden apreciar en conjunto. Además de los criterios de síntesis que se marcan en rojo y que van apareciendo con el desarrollo del diálogo.

Modificar		
Restricciones basadas en contenido y NO obligatorias; POR LO TANTO, inválidas		
Substancial		
Basado en contenido		
Restricciones al libre flujo de información PUEDEN alcanzar logros, POR LO TANTO pueden ser inválidas	Intereses en seguridad e intereses estéticos, POR LO TANTO pueden justificar la prohibición	SIGUE siendo inválida
Formas inusuales de expresión, POR LO TANTO pueden no tener sustitutos prácticos		Elimina el medio
La propiedad privada, POR LO TANTO, puede ser tratada diferenciada de la propiedad pública		Muestra no fuerte ni suficiente
No regular suficientemente el discurso, POR LO TANTO puede ser una regulación inválida	El desorden visual, POR LO TANTO puede ser prohibido	La propiedad privada PUEDE generar desorden visual, POR LO TANTO puede no ser justificado

Fig.10. La extensión de posibilidades de intercambio de enunciados y las ventanas para validar e invalidar entradas es uno de los aspectos novedosos que ofrecen los programas de diálogo en Internet.

Sin embargo, en donde puede cristalizarse la representación de la dinámica dialéctica en una forma simple e intuitiva usando solo dos columnas es en un esquema familiar entre quienes participan en debates académicos. Veamos una ilustración de este tipo de diagramas en términos proposicionales:

P		
A B C D	no-D2	no-G
	D2	G H J K
E F	H	

El esquema puede descomponerse como sigue, sin que se pierda claridad visual para el usuario:

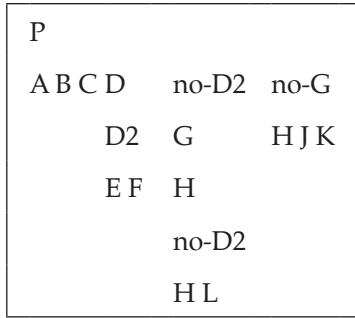
P					
A	B	C	D	no-D2	no-G
			D2	G	H J K
	E	F	H		

Este formato en dos columnas –“debate-formal”– no es sin embargo del todo satisfactorio pues, como en este caso, permite que las líneas de apoyo para E y F se crucen con las líneas de apoyo de G y H de no-D2. E y G comparten la misma línea pero existe divergencia semántica entre D2 y no-D2. ¿Dónde quedaría el contraargumento de E en este esquema? De otro lado, al recargar semánticamente la línea, la exacerbamos si permitimos una tercera columna, mientras no se disponga de un recurso para líneas traslapadas (E no conlleva ninguna relación con no-G, aunque comparten una misma línea).

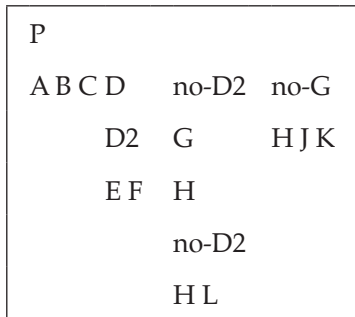
P					
A	B	C	D	no-D2	no-G
			D2	G	H J K
	E	F	H		

La verdad es que la semántica de cuadros dentro de recuadros no es tan transparente y limpia como sería deseable; y la adhesión estricta a demasiadas reglas de encapsulación puede disminuir nuestra comprensión general del proceso de argumentación. La mayor ventaja de los recuadros es que permiten una rotación de arriba hacia abajo y de derecha a izquierda para los listados proposicionales o los enunciados de apoyo.

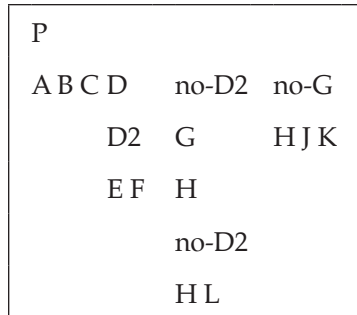
Por ejemplo, para el siguiente diagrama tendremos que:



Y el contorno equivalente sería:



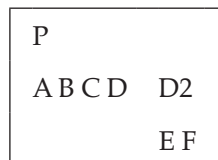
La extensión de líneas resulta relevante, pero solo como añadido *ad hoc*. Y cualquier intento por aclarar la semántica de una línea añadiendo aquí o allá una que otra figura lo único que consigue es hacer estallar la gramática (*i.e.*, la continuidad de la línea de la mano izquierda siempre va a diferir del contraargumento de la línea derecha) arruinando la exigencia de claridad visual. Una representación apropiada debería preservar la estructura semántica mientras disminuye la densidad formal y el intercambio entre argumentos. De manera que pueda incrementarse el valor agregado del esfuerzo exploratorio.



Estos fueron los esfuerzos sobre diagramación de argumentos que precedieron la adopción de los mapas de encapsulamiento que veremos a continuación.

BENEFICIOS DE LA WEB Y DINÁMICAS Y ANIMACIÓN

Ahora estamos familiarizados con las fuentes de control, las ventajas de HTML y las posibilidades de representar argumentos en un debate. No únicamente usando el color para diferenciar las posiciones en pro o en contra, sino modificando tamaño, estilo y fuentes gráficas. Debe recordarse que el programa original CSCW de sistemas argumentativos fue precursor de los sistemas hipertexto, logrando que sus autores pudieran impedir –o permitir– acciones de los usuarios. Como prueba, la forma dialéctica de los argumentos representados será visible e invisible de acuerdo a la posición de los contraargumentos.



Según este esquema, la argumentación puede desplegarse tanto como sea posible. Con solo hacer clic sobre el recuadro próximo a D2 se describiría el argumento para no-D2, así como otras opciones para explorar *contraargumentos*.

P	
A B C D	not-D2
D2	G
E F	H

La dinámica de interfase puede incluir ventanas para ver extensamente las columnas de los enunciados o la normativa de las reglas rebatibles. Solo basta con un clic.

P	
A B C D	not-D2
D2	G
E F	H

P	
A B C D	not-D2
D2	G
E F	H

P	
A B C D	not-D2
D2	G
E F	H

En otra modalidad de representación virtual se usan animaciones, lo que dificulta imprimir sobre papel e incluso lograr capturas en pantalla. Pero con las animaciones podríamos describir no solo la historia del diálogo, sino también su estructura dialéctica; pueden usarse también animaciones para mostrar vistas que diferencien la naturaleza del conflicto entre argumentos, en especial para auditorios que compartan algunas premisas, auditorios expertos que estén dispuestos a aprobar hipótesis para derrotar posiciones contrarias.

EN FAVOR DE ESTILIZAR LA ESTRUCTURA

Sin duda, el diseñador del software de interfaz estuvo pensando cómo conectar las funciones de Microsoft Word y las herramientas de Adobe Photoshop a la representación de argumentos, ¿Por qué no probar en estos casos con estructuras argumentativas, contando con anotaciones elegantes y con un tamaño pequeño de las fuentes?

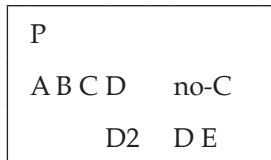
Existe una línea delgada entre colaborar con el proceso de pensamiento que subyace a la formación de creencias racionales y los márgenes de ventaja que pueda ofrecer el estilo de un texto. Por supuesto que la persuasión puede ocasionalmente necesitar algo de estilo. Y es una buena práctica lograr presentaciones claras. En ciertos casos, una conferencia en *Power Point* permite lograr que el auditorio obtenga una visualidad en columnas diferenciadas *PRO/CON* sobre los argumentos de un debate.

Nuestro verdadero interés en la diagramación de argumentos se desprende del deseo por comprender estructuras sofisticadas. Y la tarea natural opera sobre regímenes simbólicos que van más allá del trabajo visual cotidiano. Sería desde luego una locura sugerir que pueda representarse una estructura compleja para todas las formas de argumentación. Aunque el argumento pueda diagramarse exponiendo su estructura específica, el académico debe reconocer que en la práctica no se requiere una aplicación en todos los casos;

aun cuando el usuario pueda utilizar una plantilla con numerosas posibilidades de combinación entre enunciados, el programador debe reconocer cuáles son las formas correctas para el uso de las plantillas.

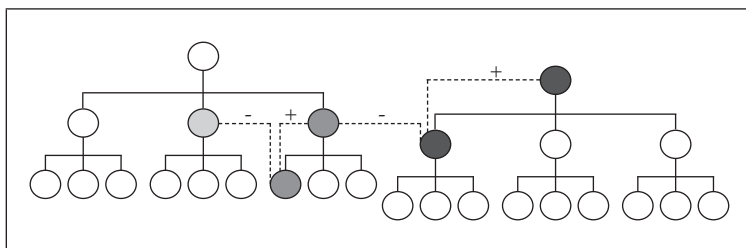
El trabajo del investigador de procesos de argumentación consiste en inventar las plantillas. Existen dos formas derivadas en diagramación del análisis del razonamiento legal sobre el precedente (FETERIS, 1999). Estos son diagramas simples, pero no han tenido receptores entre la comunidad profesional. El primero es el concepto de Kevin Ashley en HYPO. La idea preliminar es bastante simple: un caso actual es relacionado con un caso anterior mediante la enumeración de sus semejanzas y diferencias. Para argumentar *P* sobre la base de un caso anterior *A, B, C* y *D*, solo se necesita demostrar que el caso actual contiene *A* y *B* en común con *C* como una diferencia, sin reportar *D*; además de contar con un hecho de probable relevancia *E*, que no es reportado en el precedente.

En Raz podemos hallar esta idea básica recorriendo las letras desde la *A* hasta la *E*.



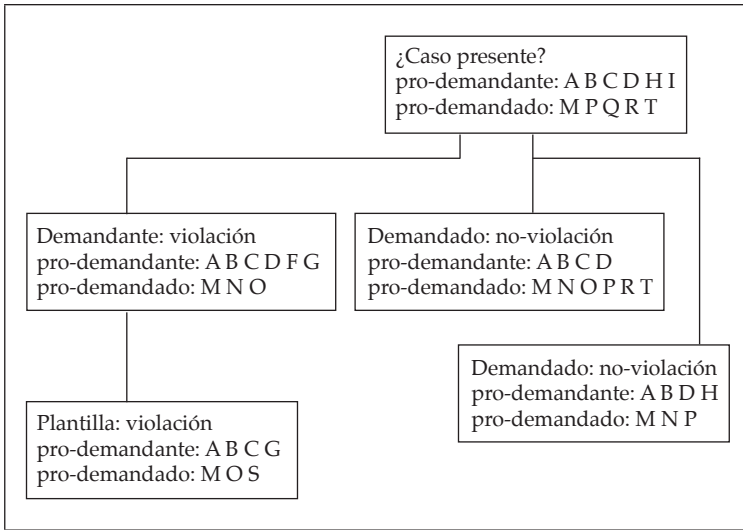
Sin entrar en detalles, ASHLEY propone un refinamiento de este modelo para limitar el dominio de argumentación sobre violaciones a secretos comerciales. Este autor describe manualmente las figuras a lo largo de las cuales los casos precedentes y los casos actuales pueden ser comparados mediante el recurso a la semejanza. Identifica cada dimensión como intrínsecamente favorable al demandante o al demandado, a fin de potenciar la racionalidad en dimensiones desconocidas en casos anteriores (ASHLEY, 1990).

Diagrama Ashley para manejo gráfico de la evidencia



El diagrama de Ashley ha encontrado una expresión visual en la secuencia arbórea sobre la inferencia probatoria en el derecho. Los colores integrados a los grafos permiten ilustrar la dinámica y el avance de las demandas, las pruebas y la confrontación de datos. Con este diagrama podemos observar progresivamente el peso positivo o negativo que pueden desempeñar las pruebas, además de posibilitar el dominio explícito del argumento por el precedente o la función de la analogía. La imagen también aporta elementos para explicar los alcances derivados a que puedan dar lugar una hipótesis o sus variaciones durante un proceso.

El resultado es un “red proposicional” que se usa para demostrar las relaciones dialécticas entre el demandante y el demandado con fundamento en un subconjunto de relaciones entre factores propios y agregados que son favorables al demandante o al demandado, dependiendo del caso.

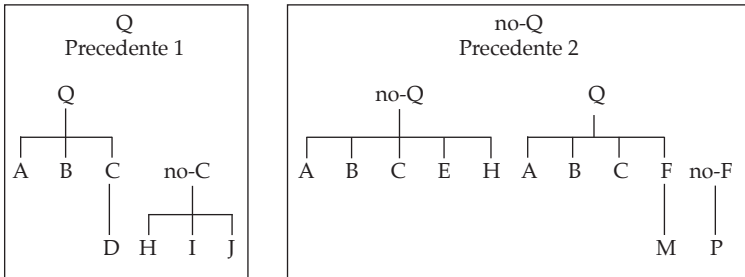


El segundo esquema o forma de argumentación es la generalización y la probable mejora del análisis de Ashley, siguiendo los trabajos de RONALD LOUI y JEFF. Aunque también se deben mencionar los avances logrados por PRAKKEN y SARTOR (2003: 495-516), muy a pesar de cómo conciben sus diferencias con respecto a las analogías como base para analizar el caso precedente.

La idea principal es representar arbóreamente la naturaleza del debate a partir del caso precedente. El propósito de utilizar la argumentación sobre el caso precedente no demanda un listado completo de semejanzas, sino el recuerdo y la reafirmación de los argumentos anteriores hasta lograr que sean actualizados. Sintetizando, la contribución del caso precedente consiste en que en la decisión judicial un argumento refuta a otro basándose en un caso previamente reconocido; no obstante, si el debate del caso precedente sobrevivió a un contraargumento en presencia de un argumento emergente, y si el argumento emergente no fue válido para argumentar el caso presente, se dice que la autoridad del precedente podría ser dudosa.

Lo que puede visualizarse en este esquema son las relaciones entre argumentos y la posibilidad de contextualizar en tiempo presente cada uno de los mismos de manera parcial o total.

Caso presente: Q?
A B C D E no-G H J M O P R



En este diagrama, el Precedente1 y el Precedente2 parecen controvertir la conclusión Q para el caso presente. Pero las semejanzas relevantes no son *A, B, C, D, H, J* versus *A, B, C, E, H, M, P*, lo que tipifica una respuesta indeterminada. La importancia del Precedente1 es que puede contarse con *A, B, C* para el argumento Q. El contraargumento desfavorable en el Precedente1 es irrelevante porque no viene al caso presente C. Entre tanto, el Precedente2 contiene tres argumentos que pueden usarse en la situación actual de manera más fuerte que el argumento Q en el Precedente1. Sin embargo, al menos en el contexto del argumento de ruptura *P para no F*, el argumento *A B C E H para no Q* fue preferido en el Precedente2. De modo que decimos que en este caso la decisión del Precedente2 podría ser autoritaria. El esquema completo podemos verlo en la figura 13:

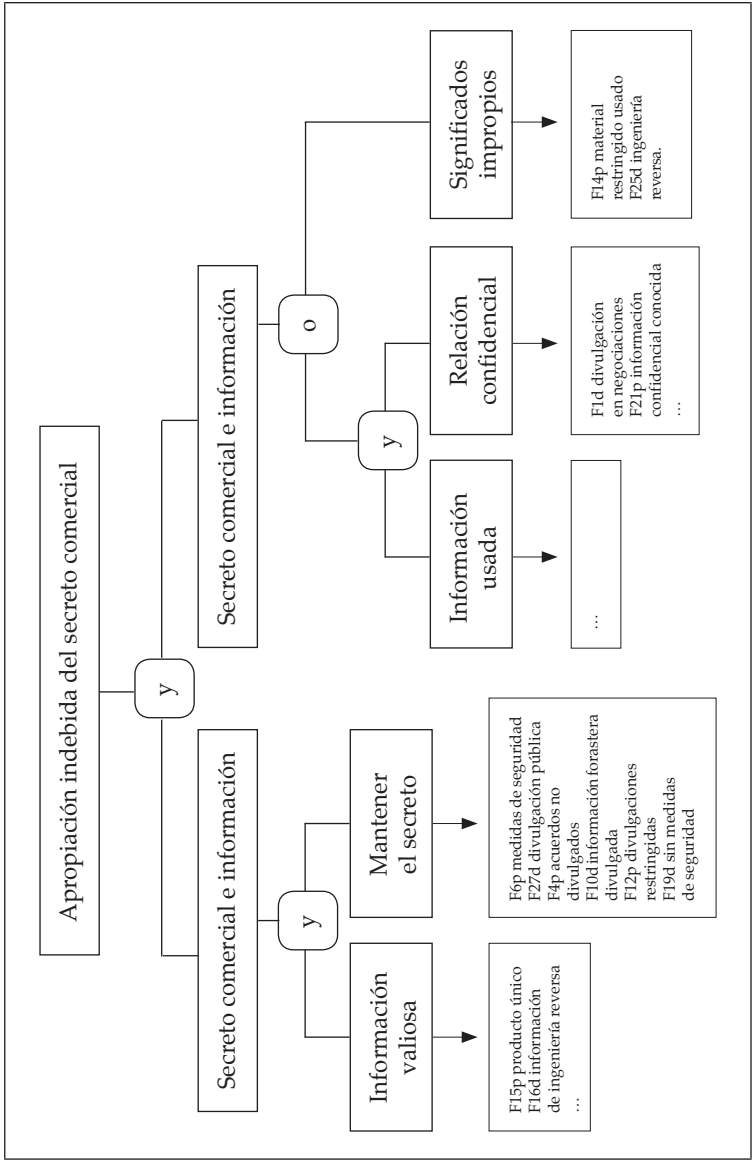


Fig. 13. Modelo de Dominio IBP.

Usando el programa CATO, Ashley ha conseguido mapear gráficamente aquellas líneas de argumentación que presentan un carácter positivo o negativo dentro del conjunto de pruebas. La estructura construida de esta manera facilita introducir las hipótesis y probar su grado de influencia dentro de los estudios de caso. El modelo contribuye, además, a visualizar los avances que pueden tener las hipótesis, corregir argumentos y contraejemplos. En un sentido bastante mejorado para la calidad de la argumentación jurídica, estos programas constituyen una herramienta para exponer mejor los medios de prueba, seleccionar hipótesis, refutar con propiedad o modificar posiciones en un determinado momento.

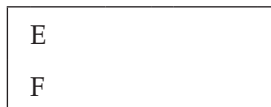
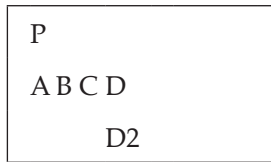
No son muchos los casos de argumentos analógicos aplicables al contexto empírico que puedan beneficiarse con este análisis, pero la diagramación de argumentos y el esfuerzo para interpretar el álgebra de la racionalidad no debería menospreciarse mientras puedan obtenerse ventajas y beneficios de estilizar los esquemas de argumentación. La investigación sobre diagramas de argumentación contribuye en parte a solucionar el problema de investigaciones aisladas.

Nada menos que una figura que Cass Sustein pronunció en HYPO sería inadecuada como aproximación general a la analogía jurídica, en la conferencia patrocinada por los estudiantes de la Revista de Derecho de Chicago hace aproximadamente una década. Sin embargo, todas sus preocupaciones parecen ahora profundas desde este modelo basado en la argumentación por el caso. Veremos cómo reaccionan los estudiantes ante este tipo de modelos de razonamiento analógico. Hace quince años que fue propuesto, y ahora HYPO cumple veinte años. Resulta un poco injusto valorar los modelos de la primera generación con los avances actuales en Inteligencia Artificial AI y el Derecho.

UNA PROPUESTA MODESTA A LA JONATHAN SWIFT

El título de este apartado contiene cierta obligación para reestablecer el legado de JONATHAN SWIFT. Si hubiese algo tan indignante como el hambre de las familias irlandesas en el campo de la visualización de argumentos, no vacilaríamos en emplear el tono satírico de SWIFT. A lo mejor si una generación de abogados en Colombia hubiese crecido familiarizado con el diagrama de Toulmin, las dietas de los pleitos jurídicos sería más balanceada.

Tenemos en mente la ambigua nota de un argumento con el estatus normativo de todos los argumentos ocultos: rojo para una refutación contra el argumento, rosado para un contraargumento que se interpone, gris para una refutación adoptada como contraargumento, negro para una respuesta efectiva y verde para una respuesta inefectiva. Los paréntesis pueden usarse para agrupar los encadenamientos dialécticos. D2, como puede colegirse abajo, tiene una interferencia que es refutable por un reintegro, pero también tiene una interferencia actual sin socavamiento.



Hemos indicado que el estatus normativo de P con un recuadro gris de contorno negro por la existencia de interferencia no refutable. Visualmente, se puede notar de inmediato que se trata de un argumento fundado en cuatro puntos objetivos, con un encadenamiento profundo (aunque

potencialmente débil), con un contraargumento refutado y otro no refutado.

Pero pensemos, además, solo superficialmente, sobre cómo los argumentos pueden ser descritos únicamente con base en su estatus y su fuerza aparente. Es posible sugerir el siguiente esbozo en el complejo dominio de la actualidad política en Colombia:

Es como si pudiésemos representar un argumento en términos de pruebas a favor o en contra, inherentemente sensatas, que comprende inusualmente un amplio respaldo, y probablemente un argumento que podría resultar irrefutable.



Fig. 15. Diputados del Departamento del Valle del Cauca secuestrados por las FARC.

Aquí tenemos un argumento establecido en la retina de los colombianos durante algún tiempo, y que juzgamos como un buen argumento, esto es, no encuentra un argumento

mejor; este es un argumento familiar que ha sobrevivido a múltiples ataques en el pasado.



Fig. 16. Presidente Álvaro Uribe Vélez.

Y existe un argumento que usted no desea que se establezca, un argumento que muchos han usado en el pasado con buenas intenciones, un argumento derivado de muy fuertes precedentes, pero un argumento extraño en muchos puntos que ahora son simplemente indefendibles.



Fig. 17. Jefes paramilitares.

Finamente, es una fantasía ver como el estado dialéctico del pasado juntamente con argumentos sobreentendidos, se pueden proyectar visualmente, tomando objetivamente en cuenta la fuerza potencial de cada uno por separado.

BIBLIOGRAFÍA

ASHLEY, kd (1990). *Modeling Legal Argument: Reasoning with Cases and Hypotheticals*. Cambridge, MA: MIT Press.

BALZER, WOLFGANG; C. ULISES MOULINES; JOSEPH D. SNEED (1990). *An Architectonic for Science: The Structuralist Program*. Syntheses Library. Hardcover.

CHESÑEVAR, C.; J. MCGINNIS; S. MODGIL; I. RAHWAN; C. REED; G. SIMARI; M. SOUTH; G. VREESWIJK; S. WILMOTT (2006). "Towards an Argument Interchange Format", en *The Knowledge Engineering Review (KER)*. Cambridge University Press (in press).

CHESNEVAR, ANA GABRIELA (s.f.). *Logical Models Argument*.

FETERIS, EVELINE (1999). *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht: Kluwer

HICCOCK, DAVID Y BART VERHEIJ (Eds.) (2006). "Arguing on the Toulmin Model New Essays", en *Argument Analysis and Evaluation, Series: Argumentation Library*, Vol. 10 Introduction. David Hitchcock and Bart Verheij. viii. Hardcover.

<http://citeseer.ist.psu.edu/cache/papers/cs/11317/http%3a%3awww.cs.wustl.edu/~louizszsurvey.pdf/carlos00logical.pdf>

LOUI, RONALD P. (2005). "A Citation-Based Reflection on Toulmin and Argument", en Bart Verheij (ed). *For special of Argumentation*.

- MARSHALL, CATHERINE C.; FRANK G. HALASZ; RUSSELL A. ROGERS; WILLIAM C. JANSSEN JR. (1991). *Aquanet: a hypertext tool to hold your knowledge in place, from Hypertext '91 Proceedings*. San Antonio, Texas, December 15-18, 1991.
- MARDONES, JOSÉ MARÍA (2003). *Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales, Materiales para una fundamentación científica*. Madrid: Anthropos.
- PRAKKEN, HENRY Y GIOVANNI SARTOR (2003). *The Three Faces of Defeasibility in the Law*. Ratio Juris.
- PRIIT PARMAKSON: [HTTP://WWW.TLU.EE/~PRIIT/](http://www.tlu.ee/~priit/)
- PUTNAM, HILARY (2001). *50 años de filosofía vistos desde dentro*. Ediciones Paidós Ibérica.
- TOULMIN, STEPHEN (1958). *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.
- VON WRIGHT, GEORGE HENRIK (1979). *Explanation and Understanding*. Cornell University Press. (Versión castellana de Luis Vega Reñón, George Henrik von Wright. *Explicación y Comprensión*. Alianza Editorial).
- WALTON, DOUGLAS Y CHRIS REED (2003). "Diagramming, Argumentation Schemes and Critical Questions", en *Anyone Who Has a View: Theoretical Contributions to the Study of Argumentation*. Ed. Frans H. van Eemeren, J. Anthony Blair, Charles A. Willard, and A. Francisca Snoek Henkemans, 195-211. Dordrecht: Kluwer.

ESTUDIOS DE FUTURO: ELEMENTOS PRÁCTICOS EN CIENCIAS SOCIALES

Carlos Iván Molina¹, FCSH

Resumen

[Palabras clave: Prospectiva, Estudios de futuro, Escenarios, Tendencias]

Los estudios de futuro se configuran como aproximación metodológica para el estudio de los fenómenos sociales, su desarrollo y comprensión, pero adicionalmente brindan espacios de discusión propicios para la toma de decisiones al asumir el futuro como una construcción social, en la que los actores son fundamentales para el proceso. En fases iniciales del proceso de investigación exige una contextualización amplia y sugerente, al promover la recolección de información en diferentes ejes de la realidad social (sociales, culturales, políticas organizacionales, etc.), que permita una visión de la complejidad de la situación, que dé cuenta de líneas de asociación poco visibles con el problema abordado

1 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. Doctorante de Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, de la Facultad de Derecho de la U.E.C. Miembro y docente del Laboratorio de Futuro de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Externado de Colombia.

y que permitan la consolidación de una mirada más clara de las múltiples posibilidades que el futuro plantea. Es este trabajo amplio y documentado, el que permite entonces establecer escenarios más consolidados y una toma de decisión más sustentada.

Los estudios de futuro plantean una propuesta metodológica de cara a la acción. Brindan herramientas para *ver* de manera más profunda, amplia y a largo plazo las diversas posibilidades que se plantean hacia el futuro: en un campo del conocimiento, de acción social o ambos.

Los estudios de futuro permiten en estos términos, así como las metodologías dirigidas al estudio de la cotidianidad y de la crisis, el abordaje contextualizado (temporo-espacial) de diversos problemas en la vida social, de una manera más amplia².

Este documento recoge algunos de los elementos que el autor considera una base para la elaboración de los estudios de futuro, pero no aborda de manera detallada sus fundamentos epistemológicos, históricos o metodológicos, para lo cual se puede acudir a las lecturas sugeridas al final de esta exposición.

CARACTERÍSTICAS

Los estudios de futuro no pretenden reemplazar otras actividades anticipatorias (diseño de políticas, de planes estratégicos o de programas), pero sí esperan alimentar su discusión con una mirada a más largo plazo, más voluntarista (prospectiva y previsión humana y social) y metodológicamente más abierta. Superan la discusión del futuro

2 El desarrollo de un Laboratorio de Futuro como parte de esta mirada temporo-espacial ha sido uno de los logros de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Externado de Colombia.

como predicción mágica, sin fundamento en la información o la mirada utópica o ideologizada que no permita ver la información del pasado y el presente como base para un futuro verosímil.

Es voluntarista, en tanto la prospectiva considera que el futuro se construye, depende de las acciones que se tomen en el presente y establece una actitud mental relacionada con éste (MOJICA, 2005: 108-110).

Sin embargo, no niega la *función social* que la predicción, la prognosis, la utopía y su manifestación en las artes (por ejemplo: la ciencia ficción) han tenido en la construcción compartida de imágenes de futuro³.

Podríamos entonces considerar que los estudios de futuro cuentan, entre sus características (MASSINI, 1993, citada por MEDINA, 2006, 161), con:

1. *Transdisciplinariedad*: los límites entre las disciplinas se hacen difusos, dado que el objetivo es una imagen no restringida a la que aportan aproximaciones distintas al conocimiento. En ciencias sociales se hace relevante la mirada WALLERSTEIN (2007: 3 y 55) de ciencias sociales históricas como una forma de romper estos límites disciplinares. En términos metodológicos, conlleva la posibilidad de uso de múltiples herramientas desde distintas disciplinas.

2. *Complejidad*: la mirada lineal-causal se hace insuficiente para comprender un universo complejo y fenómenos con alto grado de incertidumbre; más aún para la descripción de un futuro plausible. Una aproximación limitada a un solo modelo (empírico-positivo, estructural-funcionalista, materialista-histórico) puede ser restrictiva para el ejercicio prospectivo. Esta característica está emparentada con la de dinamicidad.

3 Es innegable la influencia social y cultural, ya sea del oráculo, de la visión del chamán, de la obra literaria de ciencia ficción (la obra literaria de JULIO VERNE) o del cine en la actualidad.

3. *Globalidad*: permite, con la aproximación compleja, las interconexiones contextuales para entender los fenómenos que configuran (no “determinan”) el futuro y que superan al sistema más próximo.

4. *Normatividad y ética*: en tanto los estudios de futuro involucran una discusión entre valores, es necesario aclarar *de quién y para quién* esta visión de futuro. Esta área, abandonada en ocasiones por la ciencia actual, en una comprensión desdibujada de la objetividad sin subjetividad, compromete el ejercicio prospectivo y sus alcances ético-políticos. Implica además la característica de participación.

5. *Cientificidad*: aunque la discusión de lo que es y no es científico puede caer en miradas morales del *deber ser*, los estudios de futuro acuden a la consideración actual del método científico, sin descartar otras miradas como formas de conocimiento, siempre que estén sustentadas en el rigor de la información validada y referenciada dentro de ese campo del conocimiento.

6. *Dinamicidad*: la permeabilidad al cambio, a los problemas contextualizados y sus nuevas enunciaciones corresponden a una característica y una exigencia para los estudios de futuro. Si el planteamiento es longitudinal, esta consideración conlleva una adaptación en términos geográficos e históricos a la situación y el problema.

7. *Participación*: considerar los diferentes actores sociales, sus puntos de vista y la manera como se relacionan con el problema, es primordial al momento de establecer una visión concertada de futuro. En espacios multiculturales, así como en otras aproximaciones sociales, se hace relevante este punto, por razones prácticas y éticas.

Adicionalmente, y gracias a lo anterior, existen elementos prácticos de los estudios de futuro, como son: extender la cobertura de la discusión, atender a factores subyacentes, plantear preguntas distintas a las que realizan los ejercicios de planeación, acudir a diversas fuentes de información y

tener una perspectiva de tiempo que se amplía (20, 30 años adelante o más) (GARRETT, 2001: 2).

APROXIMACIONES AL FUTURO
Y A LOS ESTUDIOS DE FUTURO

Un reclamo generalizado en la historia de las culturas ha estado representado por requerir de sus sabios, sacerdotes o ancianos la capacidad de predecir el futuro de una persona, una colectividad, el entorno natural, etc. Con base en estas predicciones (oráculos, pronósticos), tomar decisiones (aunque resultaran finalmente ineficaces).

El trabajo prospectivo, a diferencia y en relación con esas otras miradas, establece *una imagen de futuro* distinta. Estas imágenes del futuro se pueden delimitar como lo plantea MEDINA (2003: 124-125), de acuerdo a su objeto y su concepción de futuro (ver Tabla 1).

Es así como, en intento de organización y diferenciación, existen escuelas que se han desarrollado desde la mitad del siglo pasado en torno a los estudios de futuro. Se puede establecer además una diferenciación por escuelas en prospectiva, la cual se ha centrado en diferentes autores, momentos históricos, metodologías y localizaciones geográficas. Dentro de estas escuelas o corrientes se encuentran la Prognosis, la Prospectiva, la Prospectiva estratégica y la Previsión Humana y social⁴ (las tres últimas asimilables al ejercicio más reciente de la prospectiva en general).

4 El término "previsión" puede resultar debatible. En algunos textos, como el de MOJICA se hace uso del término *previsión*, de una manera más cercana al de prognosis, en el cual el futuro es lineal, único y cierto. En la previsión humana y social, la previsión es más cercana a la idea de prospectiva, aunque no niega algo de su base en la previsión lineal (por ejemplo del Club de Roma). Para más detalles se puede revisar "La construcción del futuro" de MOJICA, p. 111 y la "Visión compartida de futuro" de MEDINA.

Tabla 1. El lugar de las imágenes en las distintas concepciones de futuro

Concepto	Objeto	Concepto de futuro y lugar de las imágenes de futuro
Utopía	Diseño de sociedades perfectas y armónicas, creación de mundos ideales, imposibles de lograr respecto al mundo actual o mundo cero.	<p>Concepto de futuro y lugar de las imágenes de futuro</p> <ul style="list-style-type: none"> * Futuro como idealización. * Mundos posibles que se imaginan con total libertad e independencia respecto al mundo actual.
Ciencia ficción	Generar mundos posibles que estimulen la creación de nuevas tecnologías y transformaciones sociales e institucionales.	<ul style="list-style-type: none"> * Futuro imaginable bajo principios científicos. * Se pueden crear mundos posibles o imaginarios diferentes y cognitivamente aún no imposibles respecto al mundo actual.
Predicción	Hacer declaraciones no probabilísticas con un nivel de confianza absoluto acerca del futuro, generalmente no sujetos a controversia.	<ul style="list-style-type: none"> * Futuro cognoscible y predecible. * Se supone un mundo "mecánico", en el cual preponderan las teorías determinísticas centradas en "los hechos" y no en las imágenes.
Proyección - Extrapolación	Visualizar el futuro con base en la experiencia mediante analogías y proyecciones.	<ul style="list-style-type: none"> * Futuro como repetición o una variación mínima de la experiencia. * Predomina la estabilidad de la estructura sobre los actores sociales y sus proyectos e imágenes de futuro.

Pronóstico	Hacer afirmaciones probabilísticas y condicionadas sobre el futuro, con un nivel de confianza relativamente alto.	<ul style="list-style-type: none"> * Futuro cognoscible. * Generación de enunciados condicionados a las premisas y a los pre-supuestos de partida. Las imágenes importan en cuanto pueden generar errores de juicio.
Planificación por escenarios	Aprender a adaptarse a un entorno cambiante.	<ul style="list-style-type: none"> * Futuros alternativos. * Los decisores deben conocer sus modelos mentales para adecuarlos al cambio del contexto.
Prospectiva	Anticipar para iluminar la acción presente.	<ul style="list-style-type: none"> * Futuro transformable por la acción. * El deseo e implícitamente las imágenes son el motor de la acción.
Previsión humana y social	Construcción del futuro. A la voluntad de actuar que propone la prospectiva añade la visualización del futuro en contextos realistas y la necesidad de tomar conciencia y crear habilidades para definir y proyectar el futuro con base en el sentido deseado.	<ul style="list-style-type: none"> * El futuro es fruto de un proceso de construcción, histórico y participativo. * La visión, los valores y el rol constructor del futurista son conceptos preponderantes.

Fuente: MEDINA (2003) "Visión compartida de futuro".

Debemos rescatar que estas últimas escuelas comparten una inquietud en su labor preactiva-proactiva, voluntarista y privilegiadora de la acción humana (en contraposición a una reactiva, determinista y expuesta a un destino inmodificable, como es la mirada del pronóstico y la previsión inicial).

APROXIMACIONES METODOLÓGICAS Y HERRAMIENTAS DE APROXIMACIÓN

Dadas las diferentes miradas y propuestas sobre los estudios de futuro, podemos afirmar que no existe *una forma* de realizar un ejercicio prospectivo (GARRETT, 2001: 6), ni una metodología particular y autores diversos han planteado posibilidades distintas.

Sin embargo, en este documento podemos privilegiar algunas estrategias utilizadas en el campo de las ciencias humanas y sociales en su labor de indagación social, antes que las utilizadas en otros campos del conocimiento.

Es necesario además considerar que, desde el ejercicio realizado en el Laboratorio de Futuro de la FCSH de la Universidad Externado de Colombia, la postura más productiva en investigación es que cada metodología se adapte y sea la más adecuada para el problema indagado y no en sentido contrario.

PREMISAS Y VARIABLES ESTRATÉGICAS CLAVES

Para realizar el ejercicio prospectivo se requiere información pertinente (*factums*, según Medina) en torno al problema o tema en discusión.

Dentro de estos elementos se requiere identificar:

- Actores sociales involucrados: que intervienen en el proceso, la toma de decisiones en torno al problema o la delimitación del problema.

– Las relaciones entre los actores: sus vínculos dinámicos, de qué manera interactúan y cómo esa interacción modifica la definición del problema o la toma de decisiones.

– Preguntas base sobre el fenómeno o problema:

Como plantea HENRICI (2006: 161): ¿qué cosa está cambiando?, ¿qué cosa puede cambiar?, ¿qué cosa debe cambiar?, ¿quién puede hacer los cambios?, ¿cuáles pueden ser las posibles implicaciones de los cambios?

Como lo plantea MOJICA (2005: 140), al menos son cuatro preguntas: ¿En qué consiste el fenómeno?, ¿qué es?, ¿cuál es comportamiento actual en el país?, ¿con qué indicadores se puede medir?

La respuesta a este tipo de preguntas se puede lograr a través de la lluvia de ideas, la revisión del estado del arte y/o un análisis o matriz DOFA.

– Clasificación de factores de cambio: de acuerdo con Mojica, organizar los factores en “familias” permite una claridad mayor acerca de su contenido. Esta clasificación se puede hacer en lo económico, social, cultural, tecnológico, ambiental, político, etc. Medina propone la matriz PESCATO⁵, para este tipo de análisis, la cual se puede cruzar con los hallazgos de la matriz DOFA o del análisis tendencial.

UNIDADES DE ANÁLISIS

De acuerdo con la herramienta utilizada, por ejemplo un análisis tendencial, o un análisis DOFA ampliado y con base en esta información previa se realiza el análisis del ejercicio prospectivo. En el primer caso, como lo plantea MEDINA

5 Ejes Político, Económico, Social, Cultural, Ambiental, Tecnológico, Organizacional.

(2006: 162-170), se hace necesario configurar los siguientes elementos:

Las tendencias pesadas: de largo plazo, más de 10 o 20 años, hegemónicas, que se establecieron a partir de una ruptura en el pasado y que se han consolidado en el tiempo de tal forma que se han hecho irrefrenables (v.g.: la democracia representativa en Colombia).

Las tendencias emergentes: de más corto plazo, no son las hegemónicas, pero su curso e influencia es identificable en el tiempo, así como los datos y variables que las sustentan. Establecen tensiones con otras tendencias y con la tendencia hegemónica y pueden llegar a ser hegemónicas en momentos de ruptura (v.g.: la democracia deliberativa).

Los hechos portadores de futuro: son eventos, hechos que no configuran una tendencia, que no contienen una direccionalidad clara o sustentable, pero sí tienen la capacidad de iniciar un proceso de cambio positivo o negativo (v.g.: la reelección).

Las crisis: momentos, para los estudios de futuro, en los que predomina la incertidumbre y las posibilidades se hacen poco claras y la información, aunque diversa, es difusa (v.g.: El "choque de trenes" entre la rama ejecutiva y la judicial).

Las rupturas: momentos de cambio de tendencias, en las que una tendencia hegemónica es reemplazada por otra emergente con movilizaciones identificables en los actores y sus relaciones (el cambio del sistema penal inquisitivo al acusatorio).

En el segundo caso se pueden evaluar:

Debilidades y Fortalezas: que son propias de la organización social, de un grupo, de un campo de acción social, son internas.

Oportunidades y Amenazas: del ámbito o el contexto, próximo o no, y que afectan positiva o negativamente al grupo, a la organización, etc.

FUENTES Y HERRAMIENTAS PARA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Existen diferentes fuentes y técnicas con las que cuenta un ejercicio prospectivo de estas características, para la obtención de la información que alimentará las unidades de análisis y por ende las conclusiones

Fuentes secundarias:

El estado del arte y la aproximación a campo se configuran en ciencias sociales y su proceso de indagación como la fuente de información necesaria para realizar un acercamiento favorable al tema, configurar el problema y establecer la base para los estudios prospectivos.

Es indispensable entonces delimitar los antecedentes y estudios previos existentes, en términos históricos y geográficos (contextuales). En esta labor es primordial acudir a diferentes fuentes posibles, como la literatura científica (libros, pero también revistas especializadas con las últimas investigaciones sobre el tema y, muy importante, las últimas metodologías que lo abordan), los documentos de organizaciones involucradas y los documentos que recojan la memoria del grupo cultural estudiado (si es el caso).

La aproximación a campo representa por otro lado un primer encuentro con la fuente primaria y se hace indispensable para, por un lado, aclarar y delimitar el problema planteado (y si es realmente o no un problema) y, por otro lado, establecer los puntos de conexión con los actores sociales que brindarán la información representativa. Es gracias a este ejercicio que se logra una mayor delimitación y validación del problema planteado, ante todo cuando se desea realizar la indagación de un ámbito inexplorado.

Las técnica privilegiada para el primer proceso corresponde a las fichas y estado del arte que pueden ser reorganizados en términos de los factores (PESCATO, ver más arriba), con la

ventaja de poder dar cuenta de los elementos “faltantes” en el ejercicio previo (por ejemplo, haber privilegiado los elementos culturales y sociales y haber desestimado lo políticos y organizacionales). Para el acercamiento de campo, se privilegia la entrevista etnográfica (en el ejercicio etnográfico) y las entrevistas a profundidad a actores sociales clave.

Se puede realizar un primer ejercicio prospectivo con solo información secundaria en la construcción del proyecto de investigación⁶, lo cual consolida y delimita la información obtenida.

Fuentes primarias:

Las fuentes primarias se configuran en los actores sociales involucrados en el tema, proporcionan la información directa sobre el tema, los cuales pueden conformar familias o categorías como:

- El Estado.
- Los sectores productivos.
- La academia.
- La sociedad civil.

Las técnicas para la obtención de la información son primordialmente grupales, aunque en ciencias sociales se pueden plantear novedosas formas de obtención (relatos temáticos, historias de vida, entrevistas etnográficas, etc.). Al organizar la información de acuerdo con las matrices establecidas (a partir de las unidades de análisis) se puede iniciar el análisis.

ANÁLISIS, PROYECCIÓN Y CONCLUSIONES

Son diversas las herramientas con las se pueden realizar los análisis en los estudios de futuro. Dentro de esta diver-

6 Este es el ejercicio que se realiza con estudiantes de ciencias sociales en la UEC, cuando cursan el segundo nivel del laboratorio de investigación, momento para el que se espera que hayan recabado esta información

sidad en encuentran, de acuerdo a MOJICA (2005: 142), las siguientes:

- El análisis estructural: permite constatar interrelaciones, la fuerza de movimiento de las variables, el peso de los fenómenos y la gobernabilidad sobre los fenómenos.
- El IGO (Importancia y Gobernabilidad), permite la comparación holística de los fenómenos y visionarlos por pertinencia.
- El ábaco de FRANCOIS REGNIER, que prioriza las ideas en una comparación mutua de la ideas.
- Los árboles de competencia: un análisis de la organización dentro de la contextualización que brinda la abstracción de un árbol.
- El juego de actores, cuyo juego no sería predecible sino dentro de un juego de poderes.
- El sistema de matrices cruzadas.
- El análisis morfológico.
- Los árboles de pertinencia.
- La técnica Delfos (o Delphi).
- La construcción de escenarios.

En medio de esta diversidad privilegiamos en este documento aquel que se ha abordado con mayor frecuencia dentro de las investigaciones de estudiantes de ciencias sociales en el grupo de estudio.

1. Los escenarios: corresponden a la expresión y las conclusiones asociadas al uso de la información previa (*factums*) y las herramientas para la definición y análisis de los futuros posibles. Gracias a este ejercicio, que se basa en los datos

obtenidos, se consideran las diferentes posibilidades de futuro estructuradas, *conjeturas* (desde la mirada de MOJICA) que suelen plantearse como proyecciones a partir de la información obtenida y ante las cuales los actores sociales pueden asumir posiciones y tomar acciones. En ocasiones, al ser enunciados, los escenarios van acompañados de elementos previos del presente que estructuran de manera más clara el escenario planteado.

El diseño de escenarios requiere, según GODET (citado por MOJICA, 2005), condiciones como coherencia, pertinencia y verosimilitud.

Los tipos de escenarios se clasifican con frecuencia en diferentes categorías, como:

Tendenciales: el que seguiría la tendencia actual, una proyección lineal del pasado y presente, pero identificando los determinantes de su permanencia, son los más cercanos a las predicciones, proyecciones pronósticos o escenarios “más” probables.

– Optimistas: aquel que conjuga las posibilidades actuales con los valores e ideales del grupo. Se relaciona con los factores y los campos de acción que promueven el escenario. También corresponden a los escenarios deseados.

– Pesimistas: muy negativos o distópicos.

– Contrastados: en el que predomina la incertidumbre; también llamados exploratorios, alternativos.

– Comodines: poco probables o imposibles.

– Mixtos: resultado de diversas configuraciones.

– Estratégicos: fruto de la injerencia política o de un interés particular (ver MOJICA, MEDINA y GARRETT).

2. Alternativas de acción:

Con base en el análisis realizado, se puede plantear un ejercicio adicional de confrontación y construcción, de decisiones y de acciones ante el análisis realizado.

– Toma de posición frente a los escenarios: aunque no es indispensable, los estudios de futuro están dirigidos a la acción. Si este es el énfasis planteado, son los escenarios elegidos los que establecen las acciones acordes, razón por la cual es del caso establecer entre los actores una posición clara, definida sobre el escenario o escenarios con los cuales se compromete el grupo, así como con las acciones a tomar.

– Este ejercicio definitorio corresponde a una construcción grupal, en la cual se establece, a través del diálogo con los hallazgos previos y entre los actores, cuáles son los escenarios a los que se desea dirigir la acción o las acciones pertinentes a corto, mediano y largo plazo.

– Es también un diálogo de valores, un debate en el que los argumentos prevalecen y en el que el fin último es el consenso como proceso.

– Acciones a definir: con base en lo anterior, y tomando como punto de partida una *visión compartida de futuro*, es que se establecen las acciones, las cuales no surgen de la nada o de opiniones descontextualizadas, ya que los determinantes, correlaciones u otros elementos evidenciados en el análisis anterior sirven de base para considerar cuáles son aquellos espacios o campos de acción, factibles y coherentes, que se pueden o deben privilegiar para fortalecer una tendencia, configurar el impacto de un hecho portador de futuro, promover o generar una ruptura.

IMPLICACIONES PRÁCTICAS Y ESPACIOS DE APLICACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE FUTURO

En la toma decisiones

– El campo de la políticas públicas: un espacio propicio para el ejercicio prospectivo es la discusión y definición de políticas públicas que trascienden (no reemplazan) los planes de gobierno que suelen restringirse a periodos cortos de acción. Este campo de aplicación que ha sido de mayor impacto en otras latitudes (como es el caso de la Gobernanza en la UE), en nuestro medio tiene sus mayores aportes en el campo de desarrollo tecnológico y científico con el aporte de Javier Medina en Colciencias. El ejercicio realizado por el actual gobierno en la Visión Colombia 2019, aunque con serias dificultades prospectivas y en la construcción social de futuro, es de esta inspiración.

– En la administración de entidades públicas, empresas sociales, ONG: en momentos de gran incertidumbre, crisis o en los procesos de configuración o reconfiguración empresarial, en las fusiones, son de gran utilidad los estudios de futuro, en tanto hacen un aprovechamiento de los recursos y aun de las crisis como oportunidades. Estos espacios de discusión apoyan a campos habituales de planeación posterior.

– En el campo de la investigación social: con una influencia particular de la escuela de Previsión Humana y Social, los estudios de Futuro brindan herramientas metodológicas a la investigación social en campos de trabajo de las ciencias sociales (sociología, antropología, trabajo social, psicología, geografía) y en la discusión contextualizada del problema de investigación en algunos campos del conocimiento que parecieran extraños al método (historia, arqueología, filosofía)⁷. En

7 Esta afirmación se logra hacer a partir de la experiencia establecida a lo largo de tres años en el Laboratorio de futuro de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Externado de Colombia.

estos últimos se pone a prueba la creatividad del investigador y la apropiación de su campo de estudio⁸ para el desarrollo de estudios prospectivos.

El proceso se hace más coherente cuando se considera una aproximación transdisciplinar a las ciencias sociales, como la que plantea IMMANUEL WALLERSTEIN (2007: 3 y s.s.), de acuerdo con la cual las ciencias sociales son un solo cuerpo, divididas por intereses particulares dentro del *sistema mundo*. Una comprensión de aquellas como *ciencias sociales históricas*, resulta ser no solo más productiva, sino adicionalmente más comprensiva, a la hora de abordar los problemas a estudio, sin las limitaciones disciplinares y las consecuencias de este tipo de subdivisiones disciplinares.

– En el campo de la educación: los Estudios de Futuro han tenido impacto considerable en el desarrollo de propuestas de formación de pre y posgrado, con particular énfasis en la administración de empresas, economía, administración pública, así como su uso en seguridad y defensa. El uso de los estudios y sus propuestas es diverso y se suele privilegiar los planteamientos de las escuelas con propuestas más afines a los propósitos y con historia formativa (por ejemplo, MICHEL GODET en Administración de empresas, ELEONORA MASSINI en ciencias sociales); aunque sus propuestas no sean mutuamente excluyentes en la formación. En el campo de las ciencias sociales, la labor dentro de la Universidad Externado de Colombia recoge uno de estos esfuerzos integradores, como se ha mencionado con anterioridad, rescatando además el planteamiento Wallerstaniano.

8 Por ejemplo, el investigador puede descartar la prospectiva de un evento configurado en el pasado, por considerarlo banal, pero puede en cambio realizar un prospectiva de los métodos y abordaje que se han planteado y utilizado para abordar ese hecho y eventos similares.

CIERRE

Con base en los elementos anteriormente descritos podemos plantear el desarrollo de diversas propuestas para el desarrollo de los *estudios de futuro* en el campo de las ciencias sociales, las cuales en tanto establece escenarios diversos para este tipo de construcción, ofrecen y abren puertas de índole distinta, que aseguran desarrollos posteriores en múltiples campos, tanto teóricos como prácticos.

Este desarrollo depende en gran medida de la apropiación que se pueda hacer de diferentes visiones de futuro y las herramientas que brinden los actores en el proceso. En particular, la apropiación en espacios académicos que integren la discusión, investigación, formulación y gestionen, así mismo, espacios de apropiación de planes, programas o políticas, son los que brindarán mayores posibilidades de crecimiento en este abordaje.

Un trabajo de estas características requerirá, así mismo, un ejercicio de discusión ética permanente.

ANEXOS

UN EJEMPLO DE APROXIMACIÓN EN EL CAMPO DEL DERECHO:

LA GLOBALIZACIÓN DEL ROL DE LA LEY Y LOS DERECHOS HUMANOS

STEVEN WALTHER (1999: 993-1.003) plantea un ejercicio prospectivo en el campo del desarrollo de los derechos humanos acudiendo a un análisis de su desarrollo previo, del legado del siglo XX y sus acontecimientos y del desarrollo de tres espacios: los tribunales internacionales, los tribunales regionales de derechos humanos, la Corte Penal Internacional, los tribunales de los estados nación, así como los tratados y declaraciones de las Naciones Unidas.

Con base en esta revisión plantea diferentes escenarios para el desarrollo, no mutuamente excluyentes, pero *futuribles* (*fututos posibles*):

- Un incremento de las responsabilidades ética y social de multinacionales.
- Una expansión de la responsabilidad penal por la violación de leyes internacionales.
- Una expansión del derecho civil por la violación de leyes internacionales.
- Una mayor participación de ONG y grupos ciudadanos (sociedad civil).
- Expansión de los tribunales de derechos humanos.
- Habeas corpus global.
- Organizaciones de seguridad regional.
- Expansión de la Corte Penal Internacional.

Un ejercicio prospectivo de estas características se puede contrastar con la situación 9 años después en este campo del derecho, así como también permitiría establecer elementos para un nuevo campo de trabajo prospectivo, por ejemplo, el caso particular del Estado colombiano ante un hecho portador de futuro: la visita de los fiscales de la CPI en agosto del año 2008.

LECTURAS RECOMENDADAS

TEXTOS

MOJICA, FRANCISCO (2005). Capítulo 2.º: Los estudios de futuro: linealidad vs. Pluralidad.

MEDINA y ORTEGÓN (2006). Capítulos IV, Conceptos básicos sobre prospectiva; V, Los niveles de análisis sobre complejidad e indeterminación; VI. Métodos prospectivos.

ARTÍCULOS

Revista *Futures*:

JAVIER MEDINA VÁSQUEZ (2006). *The legacy of Eleanora Masini: Reflections from Latin America*, vol. 38, pp. 1.187-1.195.

KENT EHLIASSON (2008). *Futures studies as social science: An analytic scheme and a case study*, vol. 40, pp. 489–502

JEFFREY JOHNSON (2008). *Science and policy in designing complex futures*, vol. 40, pp. 520-536.

BIBLIOGRAFÍA

GARRETT, MARTHA (2001). *Futuros de Salud: Manual para profesionales de salud*, McGrawHill, OMS-OPS.

MEDINA, JAVIER (2003). *Visión Compartida de futuro*. Cali: Programa editorial Universidad del Valle.

MEDINA, JAVIER Y EDGAR ORTEGÓN (2006). *Manual de prospectiva y decisión estratégica: bases teóricas e instrumentos para América Latina y el Caribe*, Serie manuales, CEPAL.

MOJICA, FRANCISCO JOSÉ (2005). *La construcción del futuro, Concepto y modelo de prospectiva estratégica, territorial y tecnológica*. Bogotá: CAB, Universidad Externado de Colombia.

WALLERSTEIN, IMMANUEL (2007). *Impensar las ciencias sociales*. Editorial Siglo XXI, quinta edición (original en inglés, 1991).

WALTHER, STEPHEN (1999). *Futures*, vol. 31.

ASPECTOS DE LA INVESTIGACIÓN EN LA LÍNEA
DE DESARROLLO HUMANO Y VALORES,
CON ÉNFASIS EN MODERNA CIUDADANÍA

Betty Monroy
Grupo de investigación¹

Resumen

[Palabras clave: Investigación educativa, Modalidades de investigación, Línea de investigación, Proyectos en Desarrollo Humano y Valores, Convivencia, Ciudadanía, Derechos]

Este escrito plantea aspectos de investigación en la Facultad de Educación de la Universidad Externado de Colombia, tanto en aspectos metodológicos como en el desarrollo de algunos proyectos inscritos en la línea de Desarrollo Humano y Valores, con énfasis en moderna ciudadanía. Con ello, se busca destacar la tarea investigativa y mostrarla como una dimensión cotidiana de su vida académica de la Facultad, que se fundamenta en la necesidad de plantear y desarrollar proyectos de investigación que puedan aportar al mejoramiento de procesos pedagógicos de las instituciones educativas del país y a la conformación de comunidades académicas con los estudiantes de la Maestría en Educa-

1 Profesores de la Facultad de Educación: JOSEFA DE POSADA, NUBIA RAMÍREZ, MARITHA SALAZAR y BETTY MONROY.

ción, investigadores y educadores de diferentes niveles del sistema educativo.

La línea, en síntesis, apunta a la creación de ambientes democráticos para el desarrollo humano, la formación para la convivencia y la participación ciudadana como pilares de una sociedad más solidaria y equitativa.

I. ANTECEDENTES

La Facultad de Educación de la Universidad Externado de Colombia tiene tradición en investigación educativa. En su desarrollo se han trabajado proyectos relativos a las cuatro líneas de investigación que adelanta:

- Desarrollo humano y de valores con énfasis en moderna ciudadanía.
- Gestión Educativa y evaluación.
- Pedagogía de lectoescritura y Matemáticas.
- Didáctica del Inglés.

En la primera línea mencionada, se han desarrollado proyectos relacionados con planteamientos contemporáneos sobre valores y desarrollo humano con base en conceptos como socialización, democracia y procesos de participación ciudadana, el diseño de modelos de formación de conciliadores escolares, de modelos pedagógicos de conciliación, análisis y solución de conflictos escolares y modelos pedagógicos para la participación y el ejercicio de la democracia en la escuela.

Algunos de los proyectos de la línea se describen someramente a continuación:

En el año 2002 se realiza un proyecto con la Secretaría de Educación titulado “Análisis cualitativo en diez instituciones, cinco de puntaje más alto y cinco de puntaje más bajo en la prueba de comprensión, sensibilidad y convivencia ciudadana”. Esta prueba evaluó el desarrollo del juicio moral, las representaciones mentales y actitudes ante las situaciones y fenómenos de la vida en comunidad e información

o conocimientos básicos sobre el Estado colombiano. El proyecto realizó, de manera cualitativa, cinco instituciones de puntaje más altos y las cinco de puntajes más bajos en la prueba de comprensión, sensibilidad y convivencia ciudadana aplicada por la Secretaría de Educación de Bogotá para establecer cuáles son los factores asociados a tales resultados y convertir dicho análisis en una fuente de información educativa, pedagógica, valorativa e investigativa. El trabajo dio origen a la publicación “Cultura, vida cotidiana y educación”, que recoge sus resultados, los analiza bajo diferentes perspectivas teóricas y asume sus conclusiones para crear nuevas perspectivas a la línea de investigación.

Las conclusiones de estos trabajos se relacionan con factores derivados del contexto escolar y con factores derivados del contexto de convivencia. En cuanto a los factores derivados del contexto escolar, la escuela se asume como escenario para la formación moral. En este aspecto, se analizó el horizonte teleológico de las instituciones estudiadas con base en el Proyecto Educativo Institucional (PEI) y el manual de convivencia.

Un factor relevante en el estudio lo constituye la *participación de la comunidad educativa* y el *gobierno escolar* como estructura que posibilita que se realicen las iniciativas de los estudiantes, de los educadores, de los administradores y de los padres de familia en diferentes aspectos educativos de participación, convivencia y la solución de conflictos. Se hace necesario destacar que una de las instituciones estudiadas orienta su proceso formativo con base en el desarrollo de *proyectos productivos* tendientes a cualificar el modo de vida de los educandos y a brindar condiciones para el ejercicio de su autonomía laboral. Proyectos que a la vez que mejoran la calidad de vida de los habitantes de la región, construyen relaciones de apropiación del entorno: conocimiento del mismo, valoración de lo propio, rescate de la identidad cultural y creación de una red de relaciones con lo social, lo económico y lo político.

En el contexto de convivencia se encuentra que los procesos de *negociación y consenso* en las comunidades educativas permiten tender puentes entre concepciones diversas de mundo, representaciones morales diferentes y el reconocimiento de conflictos en un ambiente de respeto y al *concepto vivo de comunidad*. Este factor es de preponderancia en el estudio. La formación moral se consolida en la vida práctica. Solo con la interacción sistémica del estudiante con todos y cada uno de los elementos de su vida práctica -escolar, familiar. Otra representación se ubica en el *clima afectivo de apoyo, orientación y solidaridad* como motor para la convivencia y la *adhesión razonada a un sistema de valores* como factor apunta a la recuperación de la argumentación como forma de diálogo entre posturas relativas sobre diferentes aspectos.

Los estudios de la Universidad y las propuestas de la Secretaría de Educación y del IDEP conllevan a que conviene suplir la formación ciudadana a través de “nuevas pedagogías de enseñanza integral de las ciencias sociales, conjugadas con un examen más detallado sobre la cultura democrática en el aula, la escuela y en la Nación (RESTREPO, 2001). Todos estos estudios destacan la urgente necesidad de profundizar en la educación ciudadana en nuestro país, educación que trasciende el ámbito escolar, pues uno de sus objetivos es “construcción de ciudadanía”. Construcción de ciudadanía es generar sentido de pertenencia a una comunidad política, aceptación libre y responsable de sus normas, ejercicio libre de derechos, voluntad de participación en las decisiones sobre el rumbo del país. Se es ciudadano cuando se comparten expectativas respecto a un bien colectivo que incluya a todos, cuando se construye un “nosotros” y se establecen lazos solidarios, cuando se cumplen las obligaciones por convicción, se discute y dialoga abiertamente, se cree y contribuye a un futuro común.

En 2004 se realizó el Proyecto “*La escuela y la Construcción de lo público*”, cofinanciado por el IDEP. Con su desarrollo

se logró de una parte hacer el análisis cultural sobre vivencia de construcción de lo público en diez comunidades educativas del Distrito Capital y, de otra, el desarrollo de una perspectiva pedagógica de orden colaborativo para la formación de competencias de construcción de lo público. Con ello, se ofrecen algunos aportes a comunidades educativas que encuentran caminos de aprendizaje para crear una cultura política a través de la construcción de lo público y se valida una estrategia pedagógica que hace visibles a las comunidades de las instituciones educativas participantes, fomenta su participación y enfatiza en lo común como construcción colectiva y personal en una visión de una escuela para el sujeto.

En el año 2005 se desarrolló el proyecto *“Programa sobre convivencia escolar y comunitaria”*, cofinanciado por la Alianza Estratégica departamental de Cundinamarca de la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, en 52 municipios de once provincias. El proyecto busca implementar proyectos de convivencia municipales que ayuden a resolver las dificultades de convivencia en el contexto de la escuela y la familia y posibiliten recuperar la capacidad de vivir y convivir juntos, lograr la participación de la comunidad educativa en la promoción de los derechos humanos y la construcción de proyectos para la paz y la convivencia pacífica, propiciar espacios de formación de valores, tales como autonomía, democracia, participación, solidaridad, equidad, y la resolución pacífica de conflictos e iniciar procesos de reflexión, de revisión de las prácticas pedagógicas de los docentes que conduzcan a la revalidación de los saberes específicos, y a la apropiación de la formación ética en ambientes educativos.

Desde el año 2006, la Facultad de Educación participa en el Proyecto Cátedra UNESCO que se desarrolla en el marco del Programa Unitwin, sobre Derechos Humanos: *¿Cuáles políticas públicas frente a la violencia? Los papeles respectivos del gobierno y de la gobernanza*. El proyecto de la Facultad

trabaja sobre dos tópicos: el primero es la creación de un modelo pedagógico que fomente la igualdad y la inclusión y el segundo, sobre las políticas pública en educación que atienden la población en desplazamiento forzado.

II. ANÁLISIS METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN EN LA FACULTAD: LÍNEA DESARROLLO HUMANO Y DE VALORES CON ÉNFASIS EN MODERNA CIUDADANÍA

A. ASPECTOS GENERALES

La investigación en la Facultad es de índole educativa. En general, la investigación busca situarse en contextos educativos y culturales para generar saber aplicado desde teorías y paradigmas contemporáneos: de orientación interpretativa y sociocrítico. Los proyectos desarrollados en la Facultad se han trabajado en tres modalidades metodológicas, que en los procesos investigativos sufren algunas adaptaciones y ajustes:

Investigación - Acción - Participación, IAP

La IAP es una metodología compatible con la investigación educativa de la Facultad. Se ha empleado en algunos proyectos y tesis de grado porque posibilita el análisis de las organizaciones educativas y culturales, el conocimiento de las interacciones que se generan y la participación de los actores de las comunidades escolares para construir soluciones compartidas.

Descriptiva explicativa

Esta metodología se emplea en casos de análisis cultural en las organizaciones educativas, para caracterizarlas, encontrar relaciones, explicitar prácticas y servir de insumo para consolidar proyectos de intervención.

Teoría-aplicación-teoría

Esta metodología se emplea en combinación con procesos descriptivos-analíticos-explicativos para plantear y probar soluciones en proyectos de aula, institucionales o comunitarios.

ANÁLISIS METODOLÓGICO DE TRES PROYECTOS DE LA LÍNEA MENCIONADA

1. La escuela y la construcción de lo público²

La construcción de lo público se logra en la medida en que haya procesos sociales, culturales y políticos cada más incluyentes de participación y deliberación entre ciudadanos, agentes y organizaciones de la sociedad. Esto significa construir procesos de democratización en diferentes ámbitos macro o micros, como la familia y la escuela en procesos incluyentes y deliberativos de enriquecimiento y renovación de lo público con base en criterios de inclusión, equidad, solidaridad y cohesión sociales y “el sentido de pertenencia a una colectividad, necesarios para la construcción incluyente y reflexiva de lo público 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).

En consecuencia, una competencia fundamental contemporánea es asumir lo público como construcción colectiva en términos de un conjunto de categorías que lo definen: la multiculturalidad, la inclusión, la información, los medios y la democratización, el ciudadano como protagonista, el espacio público, el contexto cultural, la subjetividad y

2 Equipo básico: Decana: MIRYAM OCHOA P; Interventoría: Dra. SONIA LUCÍA PEÑA- IDE; Grupo de investigación: BETTY MONROY, JOSEFA BUITRAGO DE POSADA, NUBIA RAMÍREZ, MARTA SALAZAR, DANIEL VALENCIA; Estudiantes: JUAN CELY, ALEJANDRO BALANZÓ, INGRID GUTIÉRREZ VEGA, LUZ HAYDEE GONZÁLEZ y ZAIDA YANETH CÓRDOBA.

la identidad, la participación en proyectos colectivos y la relación Estado-sociedad. Para que se construya lo público de manera colectiva, una estrategia fundamental es crear en las instituciones educativas espacios propicios para lograrlo a través del debate, la participación de las comunidades educativas y el desarrollo de una pedagogía colaborativa que forme a los alumnos para asumirse como ciudadanos que entienden y proponen el desarrollo de lo público.

En consecuencia, se formulan las siguientes *preguntas de investigación*:

– ¿Cuáles son las características de la vivencia de lo público en algunas instituciones del Distrito Capital?

– ¿Cómo se relacionan algunas categorías explícitas que definen lo público con las prácticas pedagógicas de algunas instituciones educativas del Distrito Capital?

– ¿Una estrategia pedagógica colaborativa forma competencias culturales que potencian a los individuos para construir lo público?

El cuadro a continuación resume la estrategia metodológica orientada por las preguntas de investigación:

Nombre	Objetivos	Actividades	Participantes	Productos
Dimensión etnográfica: Fase exploratoria	Desarrollar procesos de observación y registro de naturaleza exploratoria con base en los aspectos teóricos y de categorías de observación definidas.	<p>Realizar observaciones en aulas y espacios diferentes de las instituciones.</p> <p>Llevar un registro de alumnos, padres y profesores.</p> <p>Analizar información obtenida.</p> <p>Desarrollar seminario de trabajo.</p> <p>Organizar la fase siguiente: Tipo de encuestas y técnicas de observación.</p>	<p>Estudiantes de la Maestría Profesores de la Universidad.</p> <p>Estudiantes de la Maestría Profesores de la Universidad.</p> <p>Estudiantes de la Maestría Profesores de la Universidad.</p> <p>Estudiantes de la Maestría Profesores de la Universidad Representantes de las comunidades educativas.</p> <p>Estudiantes de la Maestría Profesores de la Universidad Representantes de las comunidades.</p>	<p>Etnografía del medio para diagnóstico.</p> <p>Registros psicosociales.</p> <p>Diagnóstico consolidado.</p> <p>Establecimiento categorías de observación, contextualizadas.</p> <p>Con base en las observaciones construir encuestas y técnicas de observación adecuadas al medio.</p>

Nombre	Objetivos	Actividades	Participantes	Productos
Fase analítica	Recoger información con base en las categorías y a través de técnicas de observación, notas de campo, entrevistas y encuestas.	<p>Recoger información con base en las categorías observadas a través de las técnicas definidas.</p> <p>Organizar la información de acuerdo con las categorías.</p>	<p>Estudiantes de la Maestría Profesores de la Universidad Representantes de las comunidades.</p> <p>Estudiantes de la Maestría Profesores de la Universidad.</p>	<p>Realización del trabajo de campo de acuerdo a los parámetros dados.</p> <p>Información consolidada por categorías.</p>
Fase de construcción	Desarrollar el análisis teórico-educativo de la información detectada en las categorías y hacer relaciones entre la población, sus características y los rasgos que definen la vivencia de lo público en cada comunidad educativa escogida.	<p>Analizar la información obtenida de acuerdo con las categorías.</p> <p>Establecer las relaciones entre la población y los rasgos que definen sus vivencias de acuerdo al análisis de las categorías observadas en cada comunidad.</p>	<p>Estudiantes de la Maestría Profesores de la Universidad Comunidades educativas.</p> <p>Estudiantes de la Maestría Profesores de la Universidad Comunidades educativas.</p>	<p>Información analizada.</p> <p>Información organizada por categorías y establecimiento de las relaciones entre la población.</p>

Nombre	Objetivos	Actividades	Participantes	Productos
Dimensión de interacción pedagógica: Fase conceptual	Construir un modelo pedagógico colaborativo o de laboratorios vivenciales para crear conceptos y actitudes que construyan lo público en las instituciones educativas participantes.	Construir un modelo de intervención pedagógica, colaborativo, de simulación o un laboratorio vivencial para crear conceptos.	Estudiantes de la Maestría Profesores de la Universidad Comunidades educativas.	El modelo se consolidó para el mes de julio de 2004 y se validó entre agosto de 2004 y septiembre en dos instituciones educativas.
Fase colaborativa	Desarrollar laboratorios vivenciales de orden colaborativo, observación y registro de las experiencias.	Desarrollar laboratorios vivenciales.	Grupo de investigación y estudiantes de la Maestría.	Se generalizó la estrategia entre septiembre y octubre de 2004.
Fase analítica	Analizar y sistematizar la información.	Aplicación del modelo pedagógico en ocho instituciones educativas.	Grupo de investigación y estudiantes de la Maestría.	Análisis de información.
Fase de generalización	Generalizar el modelo a las ocho instituciones restantes del proyecto y se analiza la experiencia completa.		Grupo de investigación.	Culminación del proyecto y análisis de todo el proyecto.

El proyecto “La escuela y la construcción de lo público” generalizó la aplicación de la estrategia pedagógica según el cronograma establecido. A continuación se describe de manera sintética dicha tarea y luego se hace el análisis de la validez de la estrategia. El modelo pedagógico descansó sobre tres aspectos y preguntas que dieron origen a estrategias pertinentes:

- Entendernos: ¿Quiénes somos?
- Sentir la vida: ¿Cómo vivimos conjuntamente en la institución educativa?
- Construir: ¿Qué hacer para mejorar nuestra vida en común?

Propósito	Pregunta	Estrategia
Entendernos	¿Quiénes somos?	Interacción profunda entre los participantes
Sentir la vida	¿Cómo vivimos conjuntamente?	Explicitación de percepciones sobre lo público
Construir	¿Qué hacer para mejorar nuestra vida en común?	Creación de simbolismos y propuestas comunes

Validación

- *Propiedad* del modelo en relación con sus intencionalidades, acciones y participación de los actores.
 - *Claridad* del modelo en cuanto a resultados.
 - *Credibilidad* del modelo en cuanto a su relación con la vida cotidiana de la escuela.
 - *Significatividad* en cuanto a las relaciones que guarda con la identidad y subjetividad de los actores.

ANÁLISIS DEL MODELO METODOLÓGICO DEL PROYECTO

*a. Lo etnográfico:
funcionamiento de las categorías*

El proyecto en su fase etnográfica buscó articular las unidades de análisis (categorías que se definieron inicialmente) con las realidades educativas observadas y exploradas (diez instituciones) para crear sentido a la mirada descriptiva realizada. El sentido se sumerge en el lenguaje y la cultura en una perspectiva amplia y total, al tiempo que particular y restringida. Esto sucede así por la configuración misma de los acontecimientos observados y registrados. La percepción se guía por significados y la tarea fue hacer apuestas de sentido y de reconfiguración de la percepción para tejer comprensiones de lo visible que no es tan evidente a los ojos de los participantes en el proyecto.

La metodología etnográfica y los recursos empleados (encuestas y entrevistas), permitieron entonces hacer visible lo no tan evidente respecto de lo público en los siguientes sentidos:

– *Creación de un objeto cognitivo*: lo público se convirtió en objeto de estudio en tanto se fue indagando las realidades educativas y sus actores;

– *Marcar una ruta de acción*: la definición de categorías y la aplicación de instrumentos nos dieron rutas para entender lo público y expresar a los actores nuestros hallazgos;

– *Presentar del modelo teórico*: lo público en la escuela no está tan estudiado y se hizo un modelo (como caso) para entender el fenómeno que es complejo, consultando autores, estudiando durante el desarrollo del proyecto y creando una perspectiva cultural y pedagógica de manera articulada.

El modelo está constituido por unos planteamientos que definen desde diferentes puntos de vista lo público y desde una mirada de lo cotidiano en las instituciones educativas. Los procesos de composición social se consideran para

describir y comprender a las instituciones educativas en cuanto el fenómeno de lo público.

– *Exploración de la composición social pública*: la metodología buscó indagar en fuentes públicas, documentos, vivencias, actividades, cómo se constituye lo público y cómo lo entienden los actores en general.

*b. La experiencia pedagógica:
funcionamiento del modelo*

El segundo momento investigativo se refiere a la aplicación del modelo pedagógico en su fase de validación y luego de generalización en diez instituciones educativas ya mencionadas.

Esta etapa y sus fases tienen estos logros metodológicos:

- Constituir y validar un modelo pedagógico.
- Involucrar los actores.
- Generalizar el modelo.
- Derivar planteamientos para crear una perspectiva pedagógica de lo público.

c. Participación de los actores

Profesores

En el proyecto participaron 300 profesores de las 10 instituciones en la fase etnográfica y alrededor de 150 en la fase de aplicación pedagógica.

Alumnos

En el proyecto participaron en la fase etnográfica 1.200 estudiantes de las 10 instituciones, de los cursos 9.º, 10.º y 11 y en la fase de aplicación de la estrategia, participaron alrededor de 400 estudiantes de grado 9.º de las diez instituciones.

Padres de familia

En la fase etnográfica participaron 300 y en la fase de aplicación pedagógica alrededor de 200 padres de familia.

Integración metodológica de resultados a la línea de investigación

Dimensiones	Fases	Criterios	Niveles de análisis teórico
Etnográfica	Exploratoria	Con base en los criterios explicitados en el proyecto.	Identificación y ajuste de las categorías de observación con base en lectura, discusión y observación exploratoria.
	Análítica		Contrastación de las observaciones de campo con las categorías conceptuales.
	De construcción		Análisis teórico de las observaciones y elaboración de teoría adecuada a los contextos culturales.
Participación e interacción pedagógica	Conceptual	Trabajo colaborativo. Participación de las comunidades.	Construcción de un modelo teórico pedagógico
	Colaborativa	Construcción conceptual de las relaciones escuela y lo público.	Diseño de escenarios de participación y negociación de saberes.
	Análítica		Análisis y sistematización de la información obtenida
	Generalización		Validación del modelo y derivación teórica de toda la experiencia.

B. PROGRAMA SOBRE CONVIVENCIA ESCOLAR Y COMUNITARIA³

La Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad Externado de Colombia y la Alianza Estratégica Departamental de Cundinamarca –proyecto de Educación para el Sector Rural– realizan un proyecto que busca el desarrollo e implementación de un programa sobre convivencia escolar y comunitaria que favorezca el mejoramiento en las relaciones de los padres e hijos, maestros y alumnos y comunidad en general con el fin de coadyuvar al desarrollo armónico de una sociedad más pacífica en 52 municipios del departamento. El interés del proyecto, en general, es entender fenómenos de conflicto escolar y comunitario, formar un grupo líder que pueda atenderlos en términos del desarrollo de proyectos de convivencia, el acompañamiento a dichos proyectos y la generación de una red de interés social y temática que ahonde las comprensiones y apoye propuestas y actitudes de convivencia y paz en los diferentes municipios.

Para que se construya la convivencia, una estrategia fundamental es crear en las instituciones educativas y comunitarios, espacios propicios para lograrlo a través del debate, la participación de las comunidades educativas y el desarrollo de estrategias pedagógicas colaborativas que formen a las personas –actores sociales– para asumirse como ciudadanos que entienden y proponen el desarrollo de la convivencia.

Los objetivos de proyecto son los siguientes:

1. Implementar proyectos de convivencia municipales que ayuden a resolver las dificultades de convivencia en

3 Equipo básico de la Facultad: MYRIAM OCHOA, decana; JOSEFA DE POSADA, DANIEL VALENCIA, MA. HELENA GAITÁN, NUBIA RAMÍREZ, MARTHA SALAZAR, ADRIANA ARCILA, CECILIA DIMATÉ, BETTY MONROY.

el contexto de escuela y la familia y posibiliten recuperar la capacidad de vivir y convivir juntos.

2. Lograr la participación de la comunidad educativa en la promoción de los derechos humanos y la construcción de proyectos para la paz y la convivencia pacífica.

3. Propiciar espacios de formación de valores, tales como autonomía, democracia, participación, solidaridad, equidad y la resolución pacífica de conflictos, promoviendo la integración familiar.

4. Iniciar procesos de reflexión, de revisión de las prácticas pedagógicas de los docentes que conduzcan a la revalidación de los saberes específicos, y a la apropiación de la formación ética y moral en todos los ambientes educativos.

5. Interiorizar los valores y los principios éticos, desarrollando normas, actitudes que favorezcan la convivencia y permitan el desarrollo de propósitos comunes e individuales en la formulación de proyectos éticos institucionales que beneficien a docentes, alumnos y padres de familia objetos del convenio.

METODOLOGÍA DEL PROYECTO

El proyecto asumió una metodología que corresponde a una modalidad descriptiva y a una de investigación-acción-participación:

a. Desarrollo de una dimensión etnográfica

En esta fase del trabajo se desarrolla la caracterización de los municipios en los aspectos:

Caracterización de las provincias participantes: en este aspecto se obtiene información de cada municipio en los aspectos administrativos, educativos, entidades y de dificultades de violencia. Se precisan asimismo los programas que desarrolla la Secretaría de Educación en los municipios participantes en el proyecto, según cada provincia.

Características generales de la educación en el Departamento⁴

En términos generales, se recava información sobre aspectos como cobertura, instituciones educativas en las provincias, índices educativos, demográficos, instituciones y programas que acompañan el desarrollo educativo del Departamento, así como aspectos del *conflicto social en el Departamento*.

Identificación de información de cada municipio: en esta fase se hace la identificación de características de cada uno, según los siguientes aspectos, insumos básicos para el desarrollo del Programa en referencia:

- Aspectos administrativos generales.
- Aspectos educativos formales.
- Entidades del municipio.
- Dificultades de violencia detectadas.

b. Estrategia colaborativa

El programa adoptó una estrategia global de colaboración en estos sentidos: preparación de todos los actores para ponerse en disposición de participar con solvencia en las fases del proyecto que diseñaron y adelantaron, presentación y difusión de las propuestas para involucrar a los actores municipales e institucionales, asesorías y acompañamientos “in situ” por parte de la Universidad, gestión y evaluación de proyectos en las comunidades e instituciones escolares y trabajo de continuidad y sostenibilidad.

c. Diseño y gestión de un proyecto de convivencia

Cada participante motiva la participación de actores comunitarios en cada municipio. Los temas de trabajo de

4 Basado en: DANE. (2001) y Gobernación de Cundinamarca (2000).

los proyectos nacen de las necesidades de los diferentes contextos culturales y de las preocupaciones de los líderes de los proyectos, interesados en transformar situaciones que de otra manera pueden generar situaciones graves o difíciles de atender más adelante. Los temas vincularon a los niños y a las niñas, padres de familia y profesores con espacios de construcción de cultura para fortalecer la convivencia entre los participantes y buscaron construir una contribución a la participación individual y comunitaria ante la realidad social, enmarcada en el respeto a la vida y la paz, y facilitan la participación de los jóvenes en un proyecto que les permita interactuar con pares y adultos. Los temas buscaron también establecer vínculos con otras instituciones educativas y organizaciones sociales del municipio: PAB, Alcaldía, Comisaría de Familia.

La construcción y fortalecimiento de los proyectos comunitarios se basaron en las siguientes estrategias:

– *Estudio de la temática en jornadas de trabajo pedagógico*

La convivencia como temática de trabajo fue objeto de estudio a través de los talleres en la Universidad, las conferencias recibidas, el estudio de grupo de coordinación del programa en la Universidad, las jornadas de asesoría en cada municipio, las reuniones y talleres con los actores comunitarios, el análisis de los materiales y la construcción de la cartilla.

– *Liderazgo de los profesores y actores comunitarios*

El grupo busca generar soluciones participativas al problema de aprender a vivir juntos en un país con índices altos de violencia y con la detección específica de dificultades de relación, agresión y abuso sexual detectados en municipios participantes.

– *Conciencia de convivencia como fuente de trabajo educativo y comunitario*

Creación y fortalecimiento de la conciencia de necesidad de convivencia como factor de desarrollo social y personal. El trabajo en los seminarios y talleres, a través del lenguaje,

apoya la objetivación del problema y la búsqueda de participación en varias formas y de diferentes actores.

– *Estímulo a la participación comunitaria*

Es necesario, en el marco de la propuesta, que las personas de las comunidades aporten a la solución de los problemas detectados en un ejercicio de autonomía y de conciencia ciudadana.

El cuadro a continuación resume los proyectos de convivencia que las comunidades de los municipios participantes adoptaron:

Municipios	Proyectos	Actores
Suesca	Convivencia Gonzalista	Profesores de primaria, padres de familia, alumnos de primaria, Comisaría de Familia.
Machetá	Acuerdo de convivencia municipal	Profesores, alumnos de escuela urbana y veredales, Alcaldía.
Nariño	Fortalecimiento del Gobierno Escolar	Profesores, alumnos, Rector, Director de núcleo.
Guataquí	Reconocimiento de la convivencia y la cultura	Profesores, alumnos, veredas municipales.
Gachalá	Colegio Deptal. Alcaldía: escuela de Padres "Berlín"	Profesores y apadres de familia.
Guasca	Escuela de Padres- Institución Educativa El Carmen	Profesores, alumnos, colegios asociados.
Junín	Escuela Normal Superior: Conmovernos	Padres, profesores, Director de núcleo.
Ubalá A	Mejoramiento de la convivencia del internado- IPS	Profesores, alumnos, Rector.
Ubalá B	Ambientes pedagóg. propicios para la enseñanza	Profesores y alumnos.
La Calera	Aprender a convivir para crear comunidad	Profesores y alumnos.
La Peña	Acuerdos de convivencia escolar y comunitaria	Profesores, alumnos, sectores comunitarios, alcaldía.

La Vega	Vigías de convivencia, formadores de padres de familia	Padres, profesores, alumnos.
Sasaima	Escuela de Padres	Profesores, alumnos, funcionarios PAB.
Supatá	Estrategias para abordar el conflicto mediante acuerdos de convivencia	Estudiantes, profesores, funcionarios PAB.
Vergara	Papitos y mamitas comunicándose	Profesores, alumnos, veredas municipales.
Villeta	Manos en acción por una convivencia en paz	Profesores, alumnos, padres de familia.
Útica	Formación de líderes en redes de convivencia	Profesores y alumnos.
Beltrán	Fortalecimiento del gobierno escolar	Profesores, alumnos, gobierno escolar.
Chaguani	No te ofendo, no me ofendes	Profesores, alumnos, rectoría, alcaldía municipal.
Pulí	Pulí en miras de convivencia pacífica	Profesores, alumnos, Funcionarios PAB.
San Juan de Ríos	Aprendiendo a convivir	Profesores, alumnos, Rectores sede urbana y rurales, padres de familia.
Paratebueno	Construcción de un espacio de reflexión de la comunidad educativa	Padres de familia, gobierno escolar, Rectoría, Secretaría de Educación municipal.
Cáqueza	Superación del conflicto de agresión entre alumnos	Profesores y estudiantes.

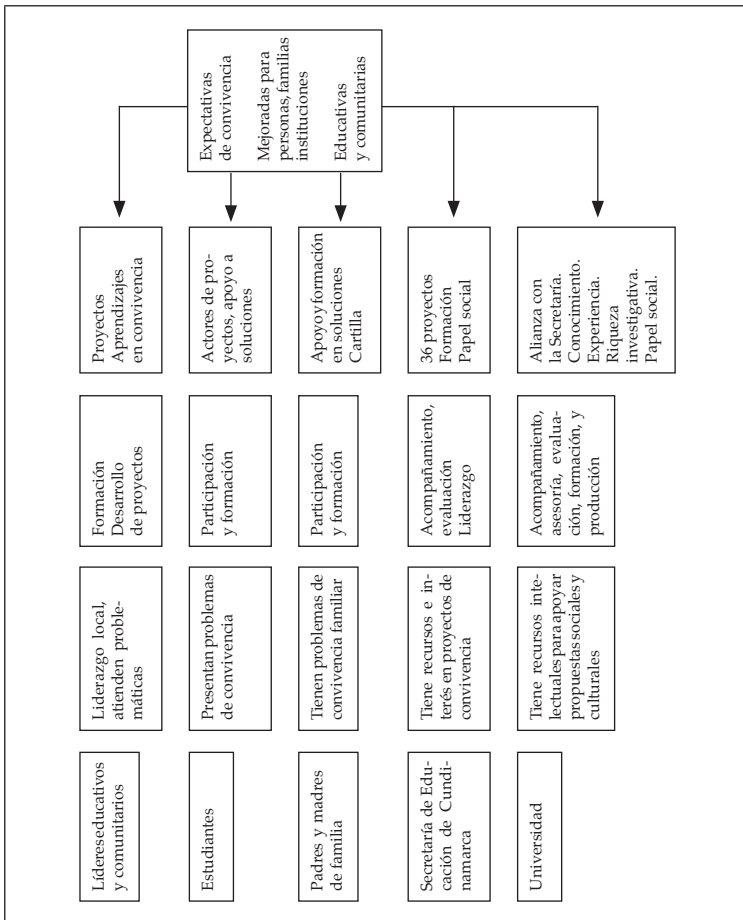
Fómeque	Fortalecimiento del Consejo estudiantil para generar cultura democrática	Profesores, alumnos, padres de familia, Alcaldía.
Guayabetal	Convivencia familiar, escolar y comunitaria sana y saludable	Profesores, rectoría, funcionarios PAB, párroco, Alcaldía y sector productivo.
Gutiérrez	Reconocimiento de valores para una sana convivencia	Profesores y alumnos.
Une	Proyecto de convivencia para el municipio	Profesores, alumnos, sectores comunitarios.
Gachancipá	Escuela Saludable y escuela de padres	Profesores, alumnos, padres, Alcaldía.
Cogua	Convivencia para la formación integral	Profesores, alumnos y padres de familia.
Pacho	La escuela de padres como centro de apoyo para una sana convivencia	Padres de familia, profesores y alumnos.
Yacopí	Convivencia escolar y comunitaria para la solución de conflictos	Profesores de escuelas rurales, estudiantes y coordinador del programa para jóvenes de la Alcaldía.
Paima-Tudela	Escuela de Padres	Profesores y alumnos.
Anolaima	Taller de padres y buen trato al menor	Profesores, alumnos, padres.
Cachipay	“Aprendamos a convivir”	Grupo de profesores y alumnos.
Viotá	Inspección San Gabriel: Escuela de Padres: Zona Caliente	Padres, profesores y alumnos.

d. Evaluación del programa en su conjunto

Este aspecto muestra tanto el modelo de evaluación empleado en el desarrollo, como los aspectos de impacto del programa.

– Modelo de evaluación que sintetiza los logros del programa de convivencia

Para quién Supuestos → Proceso → Logros → Impacto



– *Evaluación contextual*: el programa de convivencia evaluó la formación de los líderes de los municipios y el desarrollo de los proyectos, de acuerdo con características específicas de los municipios y de las provincias de Cundinamarca de las cuales hacen parte.

– *Evaluación de implementación*: en ese momento se evaluó el nivel de cumplimiento del programa tanto relacionado con los objetivos generales como en las fases específicas del mismo.

INCORPORACIÓN METODOLÓGICA A LA LÍNEA
DE INVESTIGACIÓN “DESARROLLO HUMANO Y VALORES
CON ÉNFASIS EN MODERNA CIUDADANÍA”

El desarrollo del proyecto aporta a la línea lo siguiente:

- Un cuerpo teórico sobre lo convivencia.
- Una metodología probada de formación de actores y desarrollo de proyectos en cada municipio con metodología IAP.
- Un modelo pedagógico validado que puede generalizarse en otros ámbitos.
- Unos actores que constituirán redes de convivencia como tarea pedagógica apoyada por la Universidad.
- Unas fuentes informativas detectadas.
- Un grupo de investigación consolidado.

El desarrollo del proyecto aporta temáticas y preguntas para al desarrollo de tesis posgrado y la generación de nuevas preguntas en la línea para su continuidad y enriquecimiento.

C. PROYECTO CÁTEDRA UNESCO

Con base en la propuesta general de la Cátedra UNESCO (2004:12), este proyecto plantea las siguientes acciones generales:

- Identificación de las prácticas cotidianas de aplicación de los derechos humanos con población víctima de desplazamiento forzado en dos instituciones educativas de orden oficial en las ciudades de mayor concentración de población desplazada: Medellín, Cali, Neiva, Montería y Villavicencio y en diez instituciones educativas en la ciudad de Bogotá.

- Implementación de una propuesta educativa mediante trabajo de campo en las instituciones escolares de Bogotá, que permita el desarrollo de algunas prácticas pedagógicas que fomentan la igualdad y la inclusión de población de estudiantes víctimas de desplazamiento forzado en algunas comunidades para integrarse a propuestas similares de otras organizaciones de la sociedad civil.

- Socialización e intercambio de información con centros de investigación, universidades, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales (ONGS) que actúan en la investigación, formación, protección, promoción y defensa de los derechos humanos, para consolidar la efectividad de la práctica de los mismos, como estrategia para conseguir la paz, el multiculturalismo y la defensa de los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado.

- Formación de estudiantes de postgrado, a través de investigación y trabajo de campo. La orientación interdisciplinaria de la formación permitirá a los estudiantes analizar los problemas desde las aproximaciones teóricas de la historia, la filosofía, la sociología, la psicología, la economía y otras áreas de las ciencias sociales, con el fin de aportar conceptualmente en la búsqueda de alternativas a las problemáticas relacionadas con el respeto de los derechos humanos, en especial de las víctimas de desplazamiento forzado.

- Organización de eventos académicos en los cuales se analicen problemas relacionados con los derechos humanos, y que permitan la participación de los profesores visitantes y docentes investigadores de la facultad, con el fin de intercambiar experiencias y ampliar el horizonte conceptual.

- Organización de grupos de trabajo, seminarios, coloquios, congresos, especialmente sobre temas de derechos humanos y desplazamiento forzado.

- Desarrollo de actividades relacionadas con la evaluación, orientación, implementación y reorientación de políticas públicas—especialmente educativas—que permitan la elaboración de propuestas alternativas de formulación y aplicación de las mismas, con criterios de igualdad e inclusión.

- Difusión de la información, especialmente publicaciones, conferencias sobre el tema de la Cátedra, constitución de grupos de estudio especializados en el tema, y la consolidación de espacios de discusión y promoción de actividades encaminadas a la defensa de los derechos humanos.

METODOLOGÍA

El proyecto integrará los métodos cualitativos y cuantitativos y abordará las siguientes fases generales:

- Primera: Fase documental: Contextualización teórica y cultural: Historias y relatos de vida; estudios de caso.

- Recolección de información.

- Detección y análisis de información documental contextual. Observación.

- Entrevistas con actores comunitarios.

- Análisis de la información educativa y de políticas públicas.

- Segunda: Fase etnográfica: caracterización de experiencias educativas con base en observaciones, encuestas, entrevistas.

- Tercera: Fase de intervención: construcción de estrategias pedagógicas por parte de los grupos participantes,

desarrollo y validación de las estrategias, socialización e intercambio de información.

Formación de estudiantes de postgrado y desarrollo de tesis en el área.

Organización de grupos de trabajo sobre temas pertinentes.

Desarrollo de actividades relacionadas con la evaluación, orientación, implementación y reorientación de políticas públicas educativas.

– Cuarta fase: Evaluación: en esta fase se recogen todos los resultados e información procesada y se desarrolla una estrategia evaluativa para conocer el impacto del proyecto en dos aspectos:

Desarrollo de estrategias pedagógicas.

Identificación, caracterización y propuestas de políticas públicas educativas para atender población en situación de desplazamiento.

MODELO PEDAGÓGICO DE LA FACULTAD

El proyecto busca validar estrategias pedagógicas en conjunto. La Facultad presenta el siguiente *modelo pedagógico* para su validación:

El proyecto plantea una experiencia que considere los siguientes aspectos, en parte derivados de la información obtenida sobre procesos educativos en población en situación de desplazamiento:

- La escuela es un ámbito de protección.
- La escuela tiene una función en la formación ciudadana (participación, discusión, toma de decisiones).
- La escuela tiene función política: construir, entre todos, sentidos colectivos de vida en común.
- Los estudiantes requieren acompañamiento en el desarrollo de su subjetividad.
- Los estudiantes requieren programas específicos de atención socioafectiva.

- Los estudiantes requieren estrategias de reconocimiento y construcción de autonomía.
- Los estudiantes requieren formación productiva para ampliar sus horizontes de vida económica y participación en la sociedad.

INTENCIONALIDADES

La experiencia pedagógica busca acompañar a los niños y niñas en situación de desplazamiento en tres aspectos fundamentales de formación ciudadana: construcción de identidad personal y social, construcción de espacios emocionales y físicos de referencia, desarrollo de competencias de participación en la escuela.

MARCO CONCEPTUAL Y ESTRATEGIAS PEDAGÓGICAS DE LA EXPERIENCIA

a. Identidad

Un fundamento pedagógico del modelo es *hacerse visible y hacer visible a los sujetos*. Cada uno existe y es importante contar con su presencia en cada espacio de interacción. Es necesario ampliar los marcos de aceptación y valoración de los otros para saber quién es el otro, reconocerlo como compañero de camino y apreciar las diferencias.

En conclusión, en este sentido de la identidad, para un escuela como microcultura o para una nación, es una riqueza que las personas que la conforman tengan identidad de ciudadanos activos y participantes que consideran alternativas y toman decisiones de importancia colectiva que no pasa por encima de las personas sino que considera que en la sociedad –la escuela– todos tenemos un espacio, un sitio donde cabemos como somos sin discriminación alguna.

b. Sentir la vida, participar, “contarnos”

La estrategia de reconocimiento, sentir la vida, participar y expresarse, contempla varios aspectos desde lo pedagógico y su potencialidad para superar problemas causados por el desplazamiento: asumir a cada sujeto en su individualidad, contar a otros sus percepciones y vivencias, estimular la capacidad de escucharse a sí mismo y a otros. Ello posibilita la intersubjetividad, estimula la expresión como dimensión de la identidad, crea nuevos espacios simbólicos a partir de lo que es cada quien y cómo compartir espacios de vida común, fomenta la discusión, el discernimiento y la argumentación.

c. Construir la escuela como un mundo de referencia

Los niños y niñas en situación de desplazamiento han perdido su mundo geográfico y emocional de referencia. Sin desconocer su historia previa, la escuela puede acompañarlos a crear otros espacios que apoyen su recuperación emocional y les den posibilidades de “navegar” en los espacios geográficos nuevos.

La estrategia de construir busca generar fuerza “yoica” y fuerza grupal en los niños y niñas en situación de desplazamiento, para reconocerse como actores de un mundo diferente al que solían tener, y por ello

- reconozcan su protagonismo en la escuela,
- acepten y refuercen procesos de participación para construir y enriquecer la vida en la escuela y
- planteen sentidos colectivos como eje del fortalecimiento de las comunidades educativas.

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 democratización en diferentes ámbitos para transformarlos en espacios democráticos por su carácter participativo, de tolerancia, de reconocimiento y de convivencia, empleando medios de información para la 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).

Así mismo, la población infantil presenta déficits de “socialización”, por lo cual es interesante la noción de competencias para ser “actor social”, es decir, el sujeto o núcleo de la participación (SERNA, 1998: 42-57): capacidad de lograr objetivos personales, capacidad de comunicar, y conciencia de ciudadanía. Por igual, hay que destacar que existe un fuerte componente psicológico en la construcción de competencia social (hablamos de autonomía, capacidad de toma de decisiones, habilidades para la interacción comunicativa), que justamente se da a través de los procesos de socialización y, por ello, se requiere un período de aprendizaje para la adquisición de las competencias sociales que permiten la participación: participación para revertir la desigualdad. La escuela tendrá que trabajar en deshacer lo obvio y lo “normal” para generar roles y cursos de acción nuevos, adecuados a las necesidades, características contextos de sus actores y enfocar sus acciones a desarrollar:

- Solidaridad.
- Cooperación con la vida en común.
- Voluntad de participación.
- Compromiso con el proyecto político.
- Autodominio, autorregulación (no depender tan sólo de controles externos).
- Sentido de responsabilidad (dar cuenta ante sí mismo y ante los demás).
- Actitud dialogante (hablar, escuchar, saber criticar a tiempo).

*d. La constitución de los sujetos
ciudadanos como tarea educativa*

A partir de lo que SORIA (1991: 14-15) llama la “revolución jurídica” de 1948 con la Declaración Universal de Derechos Humanos, se podría decir que la escuela requiere, de manera intencional, constituirse en espacio de formación de sujetos ciudadanos. Es decir, entenderse como espacio de cultura política para que sus miembros aprendan individual y colectivamente a ser autónomos, dueños de su destino y gestores de sus proyectos. En el proyecto se han encontrado algunas dimensiones (todavía provisionales) que pueden nutrir una propuesta de escuela para la formación en una nueva política en los siguientes sentidos:

- La solidaridad como centro de la vida cotidiana: respeto por los legítimos intereses de los actores de la institución, su dignidad personal y colectiva y la formación en su dimensión social para hacer la comunidad.

- La información como función pública de la escuela: ofrecer a los actores el conocimiento adecuado y continuo de las disciplinas y saberes, que les resulta necesario o útil para contribuir eficazmente al bien común y para procurar un progreso más rápido de la sociedad.

- El acuerdo como eje de decisiones que afectan a los actores.

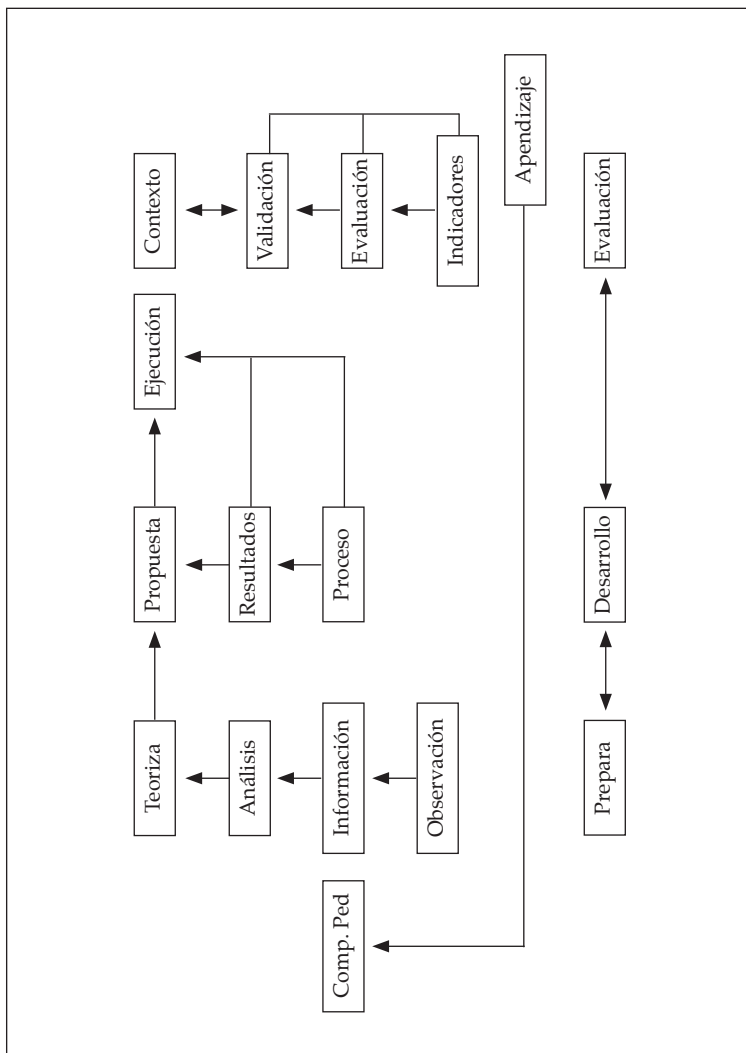
- El reconocimiento de sí mismo y de los demás como fundamento pedagógico de construcción de identidades y subjetividades independientes y autónomas.

- La comprensión permanente de la vida cotidiana: conocer la realidad para tomar decisiones prudentiales (comunicación de hechos), inducir a pensar y obrar con base en ideas discutidas y analizadas (comunicación) y facilitar la formulación de opiniones propias (comunicación de opiniones).

- La construcción de alternativas culturales, sociales, productivas como respuesta a las preguntas de la vida

cotidiana y académica y a la adopción de roles sociales y políticos.

Modelo pedagógico de formación



Dominio de conocimiento

El modelo se aplica en cuatro módulos:

- Historia y conceptualización del desplazamiento forzado.
- El desplazamiento forzado en Colombia.
- Aspectos educativos y socioafectivos del desplazamiento forzado.
- Pedagogía y desplazamiento forzado.

Estrategias

En general se trabaja con base en el aprendizaje colaborativo de acuerdo con las dimensiones del modelo:

Dimensiones	Estrategias	Contenidos	Recursos
Identidad y ciudadanía	¿Quién soy? ¿Quién eres?	Historia y conceptualización del desplazamiento forzado. El desplazamiento forzado en Colombia,	Saberes y experiencias de los docentes Documentos breves para discutir en Seminario Evaluación
"Reconstitución" del sujeto	¿Cómo es el mundo del desplazamiento?	Aspectos educativos y socio-afectivos del desplazamiento forzado	Saberes y experiencias de los docentes Análisis de casos Documento breve Evaluación
Escuela y conocimiento	¿Qué debo saber?	Derechos humanos	Saberes y experiencias de los profesores Documento breve Evaluación
La escuela como referencia	¿Cómo enfrentar el mundo del desplazamiento en la escuela?	Pedagogía y desplazamiento forzado	Saberes y experiencias de los profesores Documento breve Diseño de un modelo pedagógico para la escuela Evaluación

AMBIENTE DE APRENDIZAJE

El ambiente de aprendizaje es de orden colaborativo. Los contenidos de aprendizaje se trabajan en pequeños grupos en las que se comparten saberes y experiencias y se negocian algunos significados para ampliar los saberes individuales. Luego de este trabajo se hacen sesiones de socialización para compartir con todo el grupo los avances grupales.

EVALUACIÓN DEL APRENDIZAJE

La evaluación cualitativa de los participantes se desarrolla en cada uno de los módulos realizados. En las competencias de saber, según cada módulo, se destacan logros en cuanto al manejo teórico de los contenidos, el análisis de hipótesis y relación de eventos y la formulación de un modelo pedagógico.

En las competencias de saber hacer, según cada módulo, se observan logros relacionados con el diseño de una solución pedagógica para un conjunto de necesidades e intereses, el diseño de escenarios posibles para la escuela y la creatividad para la construcción de una propuesta.

En las competencias de saber aplicar se destacan logros en cuanto a la aplicación de metodologías para el diseño de propuestas pedagógicas, la construcción de propuestas específicas y la autonomía para tomar decisiones.

La evaluación del aprendizaje se hace con base en la comparación de los logros esperados frente a los logros obtenidos, según el cuadro siguiente:

- Historia y conceptualización del desplazamiento forzado.
- El desplazamiento forzado en Colombia.
- Aspectos educativos y socioafectivos del desplazamiento forzado.
- Pedagogía y desplazamiento forzado.

Módulos	Saber	Saber hacer	Saber aplicar
Historia y conceptualización del desplazamiento forzado	Teorización	Interpretación	Contextualizar
El desplazamiento forzado en Colombia	Teorización	Interpretación	Contextualización
Aspectos educativos y socioafectivos del desplazamiento forzado	Teorización	Análisis pedagógico	Estrategias
Pedagogía y desplazamiento forzado	Teorización	Interpretación	Diseño

VALIDACIÓN DEL MODELO

Se hace por medio de una triangulación en la que se compara y analiza información procedente del diseño de modelo planteado, de los logros de aprendizaje y de la ganancia de información.

Asimismo, se analizan los resultados obtenidos en la aplicación de la prueba t-studen para encontrar las diferencias significativas entre la prueba pretest y postest de cada módulo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNAL, JUSTO; DELIO DEL RINCÓN; ANTONIO LATORRE (1994). *Investigación educativa*. Barcelona: Editorial Labor.
- BAUMAN, ZYGMUNT (202). *En busca de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- BUITRAGO, JOSEFA; BETTY MONROY (2004). *Valores, educación y vida cotidiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CORTINA, ADELA (1995). "La educación del hombre y el ciudadano". En: *Revista Iberoamericana de Educación*, N° 7 Valencia.

- CORTINA, ADELA; E. MARTÍNEZ NAVARRO (1996). *Ética*. Madrid: Akal.
- COHEN; J.; A. ARATO (2000). *Sociedad civil y teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- DANE (2001). *Colombia Estadística. 1997 - 2000* Bogotá:
- DIMATÉ, CECILIA Y OTROS (2001). *Retención escolar. Un camino hacia una nueva escuela*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FREIRE, P. *Pedagogía del oprimido*. México: Ed. Siglo XXI, 38.^a edición.
- GARAY, L. J. (1999). *Una nota sobre la construcción de lo público en Colombia, Misión La política en Colombia*. Documento de trabajo. Santafé de Bogotá: ESAP.
- _____. (2000). *Ciudadanía ·Lo público ·Democracia. Textos y notas*. Santafé de Bogotá.
- GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA (2000). *Anuario estadístico 1998-1999*. Bogotá: DANE E.N.H 1996 Y 2000.
- GUTIERREZ, MARCELA Y OTROS (2002). *Motivos de ofensa y mecanismos de resolución del conflicto en la comunidad escolar del barrio Egipto de la ciudad de Bogotá, DC*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, CIPC.
- HABERMAS, J. (1985). *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Península.
- HELLER, AGNES (1977). *Sociología de la vida cotidiana*. Barcelona: Ediciones Península.
- _____. (1989). *Existencialismo, Alineación, Postmodernismo: Los movimientos culturales como vehículos de cambio en la configuración de la vida cotidiana*. Barcelona: Edit. Península.

- MARTÍN BARBERO, JESÚS (1984). "Perder el "objeto" para ganar el proceso", en *Signo y pensamiento*, vol 3, n.º 5, 2.º semestre. Bogotá: Universidad Javeriana.
- MATURANA, HUMBERTO (1991) *La democracia es una obra de arte*. Bogotá: Editorial del Magisterio.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL DE COLOMBIA. DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO PEDAGÓGICO. GRUPO DE INVESTIGACIÓN PEDAGÓGICA. *Lineamientos Curriculares para el área de Ética y Valores Humanos. Orientaciones para la Formulación de los Currículos en Constitución Política y Democracia*. Bogotá.
- PUIG, JOSEPH MARÍA (1996). *La construcción de la personalidad moral*. Barcelona: Paidós.
- RABOTNIKOF, N. (1993). *Lo público y sus problemas: notas para una reconsideración*.
- THIEBAUT, C. (1998). *Vindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- SÁENZ, CARLA (2004). *El espacio público*. Universidad de Tejas.
- TOURAINÉ, ALAIN (2001). *¿Podremos vivir juntos?* México: Fondo de Cultura Económica.
- . (2001a). *¿Qué es la democracia?* México: Fondo de Cultura Económica.
- ZULETA, ESTANISLAO (1995). *Educación y democracia. Un campo de combate*. Bogotá: Corporación Tercer Milenio.

INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA, EN RELACIÓN
CON LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA

Ana Elena Abello Jiménez

Resumen

[Palabras clave: Niños, Niñas, Adolescentes, Infancia, Adolescencia, Familia, Protección integral, Situación irregular, Violencia Intrafamiliar, Políticas públicas, Estado, Corresponsabilidad]

Normativamente, en los ámbitos nacional e internacional se ha consagrado la protección integral de la niñez y la adolescencia, y la protección integral de la familia; sin embargo, el punto más importante es el referente a la efectiva protección integral de cada uno de los sujetos mencionados. Al ser la familia la principal llamada a responder por la efectividad de los derechos de los que son titulares los niños, las niñas y los adolescentes, el Estado debe fortalecerla, creando políticas sociales que impongan un tratamiento integral.

Desafortunadamente, en la práctica no existen políticas públicas adecuadas, de modo que ni siquiera se encuentran cubiertas las políticas sociales básicas, por lo cual será imposible garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, quienes en primer lugar están en el escenario de su familia, la cual, en la mayoría de casos, en Colombia y

América Latina está azotada por la pobreza y la inequitativa distribución de riqueza de los países.

LA PROTECCIÓN INTEGRAL
DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

La Declaración de los Derechos del Niño, de 1923, fue el primer documento internacional en el que se establecieron deberes frente a los niños (Civil Society International, s.f.); en adelante se realizaron otra serie de instrumentos que reconocían ciertos derechos de los niños (ABELLO JIMÉNEZ, s.f.), pero fue la Declaración de Derechos del Niño de 1959 el primero en el que se establecieron 10 principios básicos, “para garantizar la protección y cuidados especiales que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita”¹.

En noviembre de 1989, se redactó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Esta Convención es el tratado de derechos humanos más amplia y rápidamente ratificado de toda la historia (UNICEF, s.f.); sólo 2 países no la han ratificado: Somalia y Estados Unidos (Office of The United Nations High Commissioner For Human Rights, 1989).

Con esta Convención, por primera vez los niños y las niñas de todo el mundo son considerados, no solo como objeto de protección especial por parte de los adultos y del Estado, sino como “sujetos titulares de un conjunto de derechos civiles y políticos, que los equiparan a la condición de ciudadanos al otorgarles, por ejemplo, la libertad de expresión, de participación, de asociación y de información veraz y adecuada” (EDUCAR). Si bien la Declaración Universal

1 Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959.

de los Derechos Humanos de 1948, había consagrado las libertades de opinión, expresión, conciencia, pensamiento, religión y asociación, es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño la que expresamente nos indica que los niños, las niñas y los adolescentes también son titulares de esas libertades².

El Preámbulo de esta Convención, manifiesta que para la creación de este instrumento internacional se tuvieron presentes, por ejemplo, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular el numeral 3 del artículo 10, que señala que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición, se les debe proteger contra la explotación económica y social, y, los Estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Esta Convención consagra un amplio catálogo de derechos de los cuales son titulares los niños, las niñas y los adolescentes, estableciendo además la obligación a cargo de los Estados Parte de adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres y/o los responsables de los niños y las niñas para hacer efectivos tales derechos, y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda; tal es el caso del derecho a la vida, que debe entenderse en sentido amplio, esto es, el derecho a

2 Cfr. Artículos 12 al 15. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social³.

Podríamos decir, entonces, que esta Convención es el instrumento internacional que recoge la doctrina de la protección integral, concretando así el “cambio de paradigma” (KUHN, 1971) surgido por el abandono de la doctrina de la situación irregular antes vigente, como respuesta a los nuevos razonamientos de la sociedad, que consideran a los niños, las niñas y los adolescentes, como titulares de los mismos derechos reconocidos al ser humano.

Los supuestos legales que deben darse para que un niño sea considerado en situación irregular, según defensores de esta doctrina, son personas: legalmente incapaces por razones de edad, que han incurrido en un hecho antisocial; cuando se encuentran en estado de peligro; “menores” abandonados material y moralmente; “menores” deficientes mentales y deficientes físicos (Instituto Interamericano del Niño, s.f.). De conformidad con esta doctrina, los niños, las niñas y los adolescentes son considerados objetos de protección, no sujetos plenos y autónomos de derecho, pues las leyes de menores solo tendrán aplicación sobre aquellos que se encuentren en las descripciones de las situaciones irregulares. La igualdad jurídica de los niños y niñas menores de edad no existía, ya que el mundo adulto en su compasión les brindaba a cada cual, según su realidad y su situación lo que se consideraba que era lo mejor.

En Colombia, el antiguo Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, se basa en la doctrina de la situación irregular. En su artículo 30 señala que un “menor” se encuentra en esta situación cuando: se encuentre en situación de abandono o de peligro; carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas; su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren; haya

3 Cfr. Artículo 27, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

sido autor o partícipe de una infracción penal; carezca de representante legal; presente deficiencia física, sensorial o mental; sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción; sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley; se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

Sin embargo, el Nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, sancionado en noviembre 8 de 2006, y que entró en vigencia 6 meses después, consagra la doctrina de la protección integral, abandonando así todas las situaciones de “riesgo” o “peligro” en las que un “menor” podía encontrarse, de modo que sólo así se le brindara “asistencia”. Esta doctrina de la protección integral, por su parte, se basa en el reconocimiento de que los niños son sujetos de derechos y responsabilidades; se debe prohibir y sancionar el abuso de poder en su contra; se debe proteger su diferencia; se debe dejar de considerarlos “menores”; reconoce que los niños son personas; concluye que diferencia y dignidad no son opuestos; propone la protección integral de derechos humanos (SALINAS y FIGUEROA).

Podríamos decir, de acuerdo con BUAIZ, que los principios básicos para la protección integral en derechos humanos a niños, niñas y adolescentes son: la igualdad o no discriminación⁴ en la aplicación y lectura de todos los derechos consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; “está dirigido al desarrollo de políticas igualitarias en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños” (BUAIZ, s.f.: 3). El interés superior del niño⁵ que “constituye un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños,

4 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículo 2.º

5 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículo 3.º

adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección-prevención” (Ídem, 4). La efectividad y prioridad absoluta⁶, “o sea que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional” (Ídem, 5). La Participación solidaria o principio de solidaridad⁷, porque “para cumplir, respetar y hacer cumplir los derechos en una concepción universal, colectiva e integral no basta con que el gobierno sea el responsable inmediato de éstos. Si bien lo es, por intrínseca naturaleza de los propios derechos humanos; la sociedad y la familia están obligados a activar los mecanismos de garantía y protección necesarios para que la obligación del Estado sea correspondida con la obligación y solidaridad social” (Ídem, 6).

En Colombia, desde la Constitución de 1991⁸, se implementó esta doctrina de la protección integral, pues se consagraron expresamente derechos de los niños, niñas y adolescentes, y su prevalencia sobre los de los demás; sin embargo, no bastaba con el texto constitucional, pues estaba en vigencia todavía el Código del Menor, que recogía la doctrina de la situación irregular. Hacía falta entonces implementar una legislación de conformidad con la protección integral, por lo que sólo 17 años después de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se sancionó el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, que acoge esta doctrina de la protección integral. Su finalidad es garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para

6 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículo 4.º.

7 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículo 5.º.

8 El artículo 44 de la Constitución de Colombia establece algunos de los derechos fundamentales de los niños, como el derecho a tener una familia y no ser separado ella. Con respecto a los adolescentes, reconoce su derecho a la protección integral.

que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna⁹.

Para este Código, se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal, con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos¹⁰.

Fue entonces, aunque retrasado, un importante avance; de cualquier modo, y aunque la pretensión de corrección (ALEXY y BULYGIN, 2001) es el cimiento clave, es necesario además establecer unas políticas públicas efectivas, pues son las que van a permitir la concreción de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; en especial en lo relacionado con la prevención de la violencia intrafamiliar contra la niñez, que es el tema que nos ocupa.

LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA

En primer lugar, es necesario explicar a qué nos referimos cuando hablamos de familia. Desde hace varias décadas, a nivel mundial ha venido surgiendo un cambio en la estructura de las familias. Este cambio se debe a diversas razones, tales como la globalización, las dinámicas económicas, y sus repercusiones en el pensamiento de la sociedad.

9 Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 de 2006. Artículo 1.º.

10 Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 7.º.

En Colombia, la familia del siglo xx era la familia nuclear, cuya composición está integrada por el padre, la madre y los respectivos hijos de esa unión; unión que debía realizarse a través del vínculo matrimonial, bien sea por el rito católico o el laico, vínculo inquebrantable jurídicamente, pues no existía el divorcio¹¹.

Paradójicamente, 2 años antes de la expedición de la ley que autorizaba el divorcio en los matrimonios católicos, se sancionó la Ley 54 de 1990, que crea las denominadas uniones maritales de hecho, que son las que conforman un hombre y una mujer, cuando sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular; para que nazca en la vida jurídica, debe durar mínimo 2 años. Actualmente¹², gracias a la sentencia C-075/07¹³ de la Corte Constitucional, se entiende que el régimen de protección aplica también para las parejas homosexuales.

También ha tenido bastante influencia en el cambio de la estructura de las familias el reconocimiento de la igualdad de la mujer, pues apenas con la Ley 28 de 1932¹⁴, se reconoció que “la mujer casada, mayor de edad, como tal, puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital, ni licencia del juez, ni tampoco el marido será su representante

- 11 Esta institución fue traída a Colombia por medio de la Ley 1.^a de 1976; sin embargo, aplicaba solo para las uniones realizadas por medio del matrimonio civil. Solo desde 1992, con la Ley 25 del mismo año, se permitió el divorcio en las parejas casadas por medio de matrimonio católico. Fue éste un tardío, pero gran avance en pro de la igualdad.
- 12 La Ley 54 de 1990 fue modificada por la Ley 979 de 2005, con el fin de establecer mecanismos ágiles para demostrar las uniones maritales de hecho; lo relevante al respecto es que, en virtud de esa nueva normatividad, la Corte Constitucional, en la sentencia C-075/07, declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990 en el entendido de que el régimen de protección en ellas contenido se aplica también a las parejas homosexuales.
- 13 Corte Constitucional. Sentencia C-075/07. M. P. RODRIGO ESCOBAR GIL. Comunicado de prensa de 7 de febrero de 2007.
- 14 Entró en vigencia el 1 de enero de 1933.

legal”¹⁵. Fue la reforma Constitucional Plebiscitaria de 1957, la que en su artículo 1, dice que “las mujeres tendrán los mismos derechos políticos de los varones”, concediéndole así plena ciudadanía a la mujer. Sólo hasta 1974 con el Decreto 2820 del mismo año, se eliminó la potestad marital del hombre sobre la mujer (GIRALDO GÓMEZ, 1987: vol. 28, p.20).

Desde ese entonces y hasta ahora, se han realizado varias reformas que buscan lograr la igualdad del hombre y la mujer, en especial la Constitución de 1991, que en su artículo 13 consagra el derecho a la igualdad; específicamente señala que no puede realizarse discriminación alguna en razón del sexo. El papel de la mujer ha cambiado, sobretodo en lo relacionado con su capacidad laboral, situación que necesariamente ha de producir un cambio en la estructura familiar anterior que tenía a la mujer como ama de casa, sin posibilidad de educarse o trabajar. Así mismo ha cambiado la percepción que en un principio se tuvo sobre los hijos nacidos por fuera del vínculo matrimonial, pues desde la Ley 29 de 1982 se les otorgó igualdad de derechos con los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Estos factores han hecho que en la realidad existan varias clases de familia: la nuclear, que puede estar conformada por una pareja sin hijos, una pareja con hijos, o un padre / madre solo, con hijos; la extensa, conformada por los miembros de la familia nuclear, más uno o varios parientes distintos a los mencionados, y, la compuesta, que es la familia nuclear, o la extendida, más otras personas que no son parientes consanguíneos (JELIN y DÍAZ-MUÑOZ, 2003), como por ejemplo, los hijos de varias uniones, bien sean matrimoniales, de hecho, inclusive entre parejas del mismo sexo.

No podríamos hacer aquí un estudio de los factores económicos que han afectado las estructuras familiares, pero a grandes rasgos, podemos afirmar, como lo hace LIWSKI, que:

15 Artículo 181, Ley 28 de 1932.

“los grupos con menores ingresos se han visto afectados por una empinada caída en sus niveles de empleo, salario, dificultad de acceso a los servicios (salud, educación) y comunicaciones. En este proceso la niñez y la adolescencia representan el sector de más alta vulnerabilidad” (Ídem: 14).

En suma, a pesar de los cambios que ha tenido la usual estructura familiar, cualquiera de sus variaciones sigue considerándose como familia, lo cual refleja que ciertamente lo que hace a una familia es el afecto, la unión y la convivencia, más allá de los vínculos de consanguinidad que existan, en el caso de las familias extensas y las compuestas, o más allá de los vínculos jurídicos que existan entre la pareja que la conforma. La consecuencia de esta consideración es que cualquier clase de familia es sujeto de protección, sin discriminación alguna, pues aunque existen teorías relacionadas con la mayor o menor conveniencia de uno u otro modelo de familia para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, lo cierto es que cualquier modelo de familia debe brindarles los elementos necesarios para su desarrollo integral, y en especial, brindarles el cariño, afecto, amor, comprensión, que necesitan para crecer en paz y armonía.

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁶, se consagró que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; muestra de ello es su artículo 25¹⁷ que declara el derecho que tiene toda persona, así como su familia, a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

16 Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 16, numeral 3.

17 Este artículo es acogido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el numeral 1 del artículo 23 y por el artículo 11 del pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En aras de proteger el interés superior del niño, se debe propender por el mantenimiento de la familia, implementando diversas políticas encaminadas a fortalecer a la familia, para que finalice el maltrato intrafamiliar contra los niños y niñas, y ellos puedan crecer en un ambiente lleno de amor y afecto.

En el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 1966¹⁸, en su artículo 10, se hace una consagración más amplia de los derechos de la familia, pues en su numeral 1º, se parte de la base de que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y señala que ésta debe tener “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹⁹, de 1989, desde su Preámbulo consagra la protección integral de la familia, profundizando así lo señalado en los anteriores instrumentos internacionales. De manera expresa reconoce que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Esto es el punto central a tener en cuenta: si el Estado no garantiza, a través de políticas públicas, los derechos fundamentales de todo ser humano, al interior de cada familia, es imposible que éstas puedan garanti-

18 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A [xxi], de 16 de diciembre de 1966. Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969 (Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos, 1966).

19 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991 (Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos, s.f.).

zarles a los niños, niñas y adolescentes lo necesario para un desarrollo integral. Señala más adelante el Preámbulo que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”; esto es fundamental, resalta la importancia de la familia al interior de la sociedad, en especial, como el entorno que va a rodear a los infantes y los adolescentes; ellos, al estar en proceso de desarrollo, necesitan un ambiente de paz y apoyo, de afecto y cariño; un ambiente en el que se les brinden las oportunidades necesarias para crecer sanamente, y donde tengan garantizados el amplio catálogo de derechos que les corresponde, como sujetos de derecho que son.

Ya que se establece la responsabilidad en cabeza de los padres o representantes legales de los niños, por la crianza y el desarrollo de ellos, “los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”²⁰.

Vale la pena mencionar que las Directrices de Riad²¹ dedican varios artículos a la familia²², que establecen que ésta es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, por lo cual los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar su integridad, adoptando políticas que permitan a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar; incluso deben facilitar servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto y prestar especial atención a los niños de familias afectadas

20 Artículo 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

21 Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, de 1990, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

22 Artículos 11 al 19, Directrices de Riad.

por problemas creados por cambios económicos, sociales y culturales rápidos y desiguales.

En Colombia, la Constitución de 1991 señala que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, garantizando así su protección integral²³. Si bien el Código del Menor continuaba la doctrina de la situación irregular, ya mencionaba entre los deberes de los padres, velar por que los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, por su parte, consagra por primera vez en la legislación nacional el principio de la corresponsabilidad²⁴, definido como la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; esos actores son la familia, la sociedad y el Estado.

El artículo 22 del mismo Código consagra el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Solo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este Código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.

LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, se sentó como principio inherente a la dignidad del ser humano que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”²⁵. De ahí en adelante, numerosos instrumentos internacionales han

23 Artículos 5.º y 42, Constitución de Colombia.

24 Artículo 10.º, Ley 1098 de 2006.

25 Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 5.º.

consagrado la misma prohibición, con iguales o similares palabras²⁶.

En relación con la violencia en contra de la niñez, fue la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, la que en su principio 9, por primera vez, consagró que “el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata”.

Treinta años después, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, estableció, además de la genérica prohibición²⁷, la obligación de unas medidas de protección que deben ser adoptadas por los Estados Partes; estas medidas son de carácter legislativo, administrativo, social y educativo, y deben comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial²⁸.

A nivel nacional, en la Constitución colombiana²⁹ se establece, en el artículo 44, que los niños serán protegidos

26 Otros instrumentos internacionales que han consagrado de manera genérica la misma prohibición, son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en su artículo 7.º; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, en su artículo 5.º; la Convención Internacional sobre la protección internacional de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, en su artículo 10.º.

27 El artículo 37 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño consagra explícitamente la prohibición de que ningún niño, niña o adolescente puede ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

28 Artículo 19, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Busca: “proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

29 Además de la genérica prohibición, consagrada en el artículo 12 de la Carta:

contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Con respecto a los adolescentes, señala que tienen derecho a la protección y formación integral. El artículo 42 hace referencia explícita a la violencia intrafamiliar, cuando en primer lugar señala que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes, y que cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Por su parte, ya el antiguo Código del Menor³⁰, establecía, en su artículo 8º, que “el menor tiene derecho a ser protegido contra toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación”³¹. Cabe señalar que este Código fue expedido el 27 de noviembre de 1989, sólo a 7 días de la aprobación de la Convención, lo cual implica que el proyecto del Código había sido redactado con bastante anterioridad, y evidentemente no podía desde ese entonces adaptar su contenido a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Como lo mencionamos antes, el Código del Menor acoge la doctrina de la situación irregular, y desde ese punto de vista se aborda la violencia intrafamiliar, de modo que es consagrada como una de las situaciones irregulares en las que se puede encontrar un “menor”, denominada “situación de abandono o peligro”³².

“Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

30 Código del Menor. Decreto 2737 del 27 de noviembre de 1989.

31 Además, en el artículo 16 consagraba el derecho a la integridad, en consecuencia del cual, “no podrá ser sometido a tortura, a tratos crueles o degradantes ni a detención arbitraria”.

32 Ídem: artículos 30 y 31.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, a diferencia del Código del Menor, trae una definición de maltrato infantil, como “toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente”³³.

Como acoge la doctrina de la protección integral, elimina las distintas “situaciones irregulares” y, por el contrario, establece en su artículo 20 un amplio catálogo de derechos de protección, entre los que se encuentra³⁴: el abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades³⁵ que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención y la tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria.

Su artículo 14 consagra la figura de la responsabilidad parental, lo cual significa que en ningún caso el ejercicio de la misma puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos. Este artículo es muy importante, porque es la razón de la fundamental importancia de la familia, que debe ser protegida, para que, a su vez, pueda brindar a sus miembros infantes y adolescentes, el máximo nivel de satisfacción de sus derechos, tal como lo dice el artículo, como “complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y

33 Ídem: artículo 18.

34 Numerales 1.º y 8.º, Código de la Infancia y la Adolescencia.

35 El artículo 45 consagra una prohibición dirigida específicamente a los directores y educadores de los centros públicos y privados de educación formal, cual es la de imponer sanciones que conlleven maltrato físico o psicológico de los estudiantes a su cargo, o adoptar medidas que de alguna manera afecten su dignidad.

crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”.

Otra innovación de este Código consiste en que establece una serie de obligaciones de la familia, en su artículo 39, entre las que se encuentra³⁶ el protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal; formarles, orientarles y estimularles en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades y en el desarrollo de su autonomía; abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico, y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida³⁷.

Así mismo, el artículo 40 consagra las obligaciones del Estado, entre las cuales se encuentra la de apoyar a las familias para que éstas puedan asegurarles a sus hijos e hijas, desde su gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual por lo menos hasta que cumplan los 18 años de edad. El numeral 26° del mismo artículo establece que el Estado debe prevenir y atender la violencia sexual, las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil y promover la difusión de los derechos sexuales y reproductivos. Finalmente, el numeral 35° señala que debe buscar y ubicar a la familia de origen o las personas con quienes conviva a la mayor brevedad posible cuando sean menores de edad no acompañados.

Como vemos, la prohibición de la violencia casi no es discutida en el ámbito legislativo, pues se encuentra establecida en distintos instrumentos internacionales, ratificados por la

36 Las obligaciones de la familia corresponden al cumplimiento de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, tales como la salud, la alimentación y la educación.

37 Numerales 1.º, 3.º y 9.º, Código de la Infancia y la Adolescencia.

mayoría de países del mundo, desde hace más de 60 años; sin embargo, no ha podido ser erradicada, y difícilmente lo será, pues las causas de la violencia³⁸, si bien provienen de diversas fuentes, sí están directamente relacionadas con la desigualdad³⁹ reinante, que cada día se incrementa más⁴⁰.

Siguiendo la noción que señala que “la justicia depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad y especialmente para la infancia” (GUTIÉRREZ, 2002: 157), reafirmamos que, mientras haya injusticia, y desigualdad, existirán motivos para la generación de violencia, puesto que “los distintos grupos sociales desposeídos que constituyen mayoría, ante la negación de sus derechos de aspirar a una vida mejor y sometidos a la presión de un medio ambiente que les cercena esos derechos, dan respuestas distintas a esa sociedad que los rechaza y la atacan en diferentes formas: delincuencia, terrorismo, lucha armada” (Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes: 285).

En relación con la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, el panorama no es más alentador. Empezando porque a lo largo de la historia, la infancia se ha considerado como una categoría aparte, excluida de la ciudadanía;

38 MARIÑO ROJAS (2005: 32) afirma que “El conflicto es la consecuencia tanto de las enormes desigualdades económicas y sociales existentes, como de la falta de mecanismos de solución de las diferencias, de diálogo y de participación, sumado a la ausencia de control de fenómenos generadores y multiplicadores de violencia como el paramilitarismo y la corrupción”.

39 Así, el estudio “Empleo, pobreza y desigualdad: una mirada desde la investigación universitaria”, señala que: “existe entre desigualdad y criminalidad una correlación positiva, es decir, a mayor desigualdad económica, mayor será la proporción de la población que se dedique a actividades ilegales. Igualmente, [...] mientras exista una mayor desigualdad resulta factible una mayor inestabilidad sociopolítica e implicará un menor crecimiento económico” (Citado por UMAÑA HERNÁNDEZ, 2007).

40 VELA ORBEGOZO (2007) dice que: “pese al aumento de la producción mundial han crecido los índices de la pobreza y se ha ampliado la brecha entre países ricos y países pobres” (Citado por UMAÑA HERNÁNDEZ, 2007).

a pesar de que los niños pueden encontrar protección en el estado civil, producto de pacto social, no forman parte de él. Esto va aunado a que la lucha por los derechos de los niños y de los adolescentes, no ha sido propia, sino que queda pendiente del discurso y del actuar de los adultos (BARATTA: 218 y 219).

Muy a pesar de las distintas prohibiciones, la violencia contra los niños, las niñas y los adolescentes “existe en todos los países del mundo, independientemente de las culturas, clases sociales, niveles educativos, ingresos y origen étnico” (PINHEIRO, 2006: 5). Esto es sumamente grave, pues las consecuencias a corto y largo plazo, en su mayoría, son serias y perjudiciales⁴¹, en especial si tenemos en cuenta que “la infancia es el momento de la vida fundamental para el desarrollo del ser humano para su formación como persona libre y sujeto de derechos” (GUTIÉRREZ, Op. cit.).

Las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de este tipo de violencia deben procurar, en lo posible, la permanencia de la familia, orientarse al fortalecimiento de los vínculos afectivos, y la mejora de las relaciones entre todos los miembros de la familia. En anteriores épocas, la tendencia era sacar al niño, la niña o el adolescente del núcleo familiar, para “protegerlo”; sin embargo, esto usualmente le acarrea todo lo contrario,

41 PINHEIRO (2006: 12 y 13) afirma que “...puede provocar una mayor susceptibilidad a sufrir problemas sociales, emocionales y cognitivos durante toda la vida y a presentar comportamientos perjudiciales para la salud, como por ejemplo el abuso de sustancias adictivas o la iniciación precoz en la actividad sexual. Entre los problemas de salud mental y los problemas sociales relacionados con la violencia se encuentran la ansiedad y los trastornos depresivos, las alucinaciones, el desempeño deficiente de las tareas profesionales, las alteraciones de la memoria y el comportamiento agresivo. La exposición temprana a la violencia está relacionada con el desarrollo posterior de enfermedades pulmonares, cardíacas y hepáticas, enfermedades de transmisión sexual y con el aborto espontáneo, así como con el comportamiento violento en el seno de la pareja y los intentos de suicidio en etapas posteriores de la vida”.

pues se le internaba en un centro, apartado de su ambiente tradicional, de modo que resultaba doblemente victimizado, pues además de haber sufrido una vulneración al derecho a la integridad física y a la dignidad (UNICEF, 2002: 81)⁴², resultaba privado de la libertad y alejado de su núcleo familiar. Solo en casos extremos debe considerarse la opción de alejarlo de su familia de origen, y debe procurarse siempre encontrar a miembros de la familia extensa que puedan brindarle las condiciones para un adecuado desarrollo. Se ha comprendido que el agresor es quien debe acarrear con las consecuencias de sus actos, de modo que en casos graves, puede adoptarse, como medida cautelar, la expulsión del hogar de quien maltrató al niño, la niña, la o el adolescente.

Esto no quiere decir que haya que limitarse a castigar a los agresores, pues lo ideal es evitar que se siga maltratando a los niños, las niñas y los adolescentes; por eso, “es necesario transformar la mentalidad de las sociedades y las condiciones económicas y sociales subyacentes ligadas a la violencia” (PINHEIRO, Op., cit.).

LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Hemos visto que normativamente, en los ámbitos nacional e internacional, se ha consagrado la protección integral de la niñez y la adolescencia, y la protección integral de la familia; sin embargo, el punto más importante es el referente

42 “El maltrato infantil es en gran medida el factor primordial en cuanto a violación de los derechos del niño se refiere, debido a que impide en el niño el desarrollo de su personalidad, de sus habilidades y talentos, además los discrimina, les niega la protección especial y ayuda, así como los beneficios de la educación y cuidado de la salud reconocidos en el texto de la Convención de los Derechos del Niño de 1989”. UNICEF/Colombia, Publicaciones. Disponible en [<http://www.unicef.org.co/pdf/memorias.pdf>].

a la efectiva protección integral de cada uno de los sujetos mencionados.

Así como la familia es titular de derechos, también lo es de deberes; pues es la familia la principal llamada a responder por la efectividad de los derechos de los que son titulares los niños, las niñas y los adolescentes. Justamente por eso, es que el Estado debe fortalecerlas, creando políticas sociales que importen un tratamiento integral, y no acudiendo exclusivamente a políticas asistencialistas que se orienten a dar respuesta a sus miembros con carácter individual y fragmentado (LIWISKI, Op. cit.: 11), pues “es contradictorio asignarle al espacio familiar, por un lado, la responsabilidad en su funcionamiento para la construcción de sociedades más solidarias y equitativas, y por otro lado, disminuir el acompañamiento y apoyo necesario” (Ídem).

Desafortunadamente, en la práctica existen políticas sectoriales hacia las mujeres, niños y jóvenes, pero no “una política vigorosa hacia la unidad que los enmarca a todos, y que va a incidir a fondo en la situación de cada uno, la familia” (KLIKSBER, s.f.: 25). Si esas políticas no existen, será imposible garantizar los derechos a los niños, las niñas y los adolescentes, quienes en primer lugar están en el escenario de su familia, la cual, en mucho casos, por no decir la mayoría, en Colombia y en América Latina, está azotada por la pobreza y la pésima e inequitativa distribución de riqueza de los países.

La protección integral de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes solo será posible en la medida en que se brinde también una protección integral a la familia; “esta protección se tiene que garantizar, a través de políticas públicas acordes con el carácter fundamental y prevalente de los derechos de la infancia, la protección integral de las niñas y los niños, en circunstancias especialmente difíciles” (MARIÑO ROJAS, Op. cit.: 31).

Y es que, en palabras de LEÓN (s.f.: 5) “en la promoción de una cultura de derechos, el papel primordial y más

crucial, lo desempeña la familia, como entorno inmediato, responsable e insustituible, en la provisión de las condiciones materiales, afectivas, de contención y socialización de las personas menores de edad. Para los niños, niñas y adolescentes el derecho a tener y desarrollarse en una familia constituye el ingrediente de mayor influencia en su formación y crecimiento”.

En el Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano, las políticas públicas son definidas como “un conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de la familia, para garantizar la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”⁴³. Estas políticas públicas se ejecutan a través de la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de planes, programas, proyectos, y estrategias. Así mismo, se consagran los principios que deben orientarlas; éstos son: el interés superior del niño, niña o adolescente; la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; 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 complementariedad; la prioridad en la inversión social dirigida a la niñez y la adolescencia; la financiación, gestión y eficiencia del gasto y la inversión pública, y la perspectiva de género⁴⁴.

Las políticas públicas⁴⁵ de protección de los niños, las niñas y los adolescentes, como lo señala GARCÍA MÉNDEZ⁴⁶, se distribuyen en cuatro niveles, representados en forma

43 Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 201.

44 Cfr. *Ibíd.* Artículo 203.

45 De acuerdo con ALEJO VARGAS VELÁSQUEZ, son “...el conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las misma o llevarlas a niveles manejables” (Citado por MARINO ROJAS, *Op cit.*: 32).

46 Citado por BARATTA (1997: 208).

de pirámide. La sección más ancha está representada por las políticas sociales básicas (escuela, salud); en el segundo nivel encontramos las políticas de ayuda social (medidas de protección en sentido estricto); más arriba las políticas correccionales (medidas socio-educativas de respuesta a la delincuencia juvenil), y, finalmente, las políticas institucionales que se refieren a la organización administrativa y judicial, es decir, a los derechos procesales fundamentales de los niños. Para una protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia deben primar las políticas sociales básicas, de modo que las otras políticas, con respecto a éstas, deben ser subsidiarias y residuales; además, debe respetarse un estándar mínimo de las normas del Estado social y una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos (BARATTA, Op. cit.: 208). Esta protección integral “tiene que darse en todos los aspectos, cubriendo cada uno de los bloques de derechos: derechos de supervivencia, derechos de desarrollo, derechos de protección y derechos de participación” (MARIÑO ROJAS, Op. cit.: 36).

La realidad de las políticas sociales en Latinoamérica es muy distinta a lo planteado, pues de los 5 núcleos principales de formulación de políticas públicas⁴⁷, se encuentran en último grado de prioridad, abandonándose a ser una dimensión marginal y posterior a la política económica (BUSTELO y MINUJÍN, s.f.: 123), no siendo una política integrada y comprensiva, sino “como una colección de políticas sectoriales que pocas veces alcanzan grados de articulación y de tratamiento en conjunto” (MARIÑO ROJAS, Op. cit.: 33). Esto es confirmado por TEJEIRO LÓPEZ (2005: 155), quien afirma que en Colombia “la cuestión de la infancia aún habita en los discursos marginales y asistenciales. No es prioridad política y mucho menos un compromiso institucional y

47 DURÁN STRAUCH (2002). Citado por MARIÑO ROJAS (Op. cit.: 33).

corresponsable con la sociedad civil y otros estamentos del Estado. Ante la ausencia de este como tal, la infancia está condenada a ser un programa de gobierno, histórico y al vaivén de las necesidades electorales de turno”.

No existe, pues, en Colombia, una política integral de infancia, ya que las políticas y programas responden a programas de gobierno que cambian con cada administración, haciendo que carezcan de la coherencia y continuidad necesarias (MARIÑO ROJAS, Op. cit.: 36 y 40). La profunda disminución de la cobertura de las políticas sociales básicas, se ha sustituido con un aumento de las políticas asistenciales⁴⁸ que, por supuesto, tienen un carácter fragmentario y clientelista, pues son percibidas más como prerrogativas de un gobierno (cuando no de un partido), frente a las cuales el ciudadano se transforma en cliente y el servicio, en dádiva (GARCÍA MÉNDEZ, 24).

Para lograr la protección integral de los derechos de los niños, las niñas, las y los adolescentes, es necesario evaluar cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos, en la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de derechos protegidos (CILLERO BRUÑOL: 34); no podría por lo tanto lograrse este cometido, si las necesidades básicas de los infantes y adolescentes se encuentran insatisfechas, como consecuencia obvia de la desigualdad económico-social, que vulneraría en primer lugar sus derechos a la salud, alimentación, educación, en resumidas cuentas, a crecer en condiciones adecuadas para un desarrollo pleno de sus capacidades. Además de esos derechos,

48 Esto genera una ciudadanía asistida: las personas serán objeto de tratamiento o de intervenciones públicas puntuales, lo que corresponde, en el campo de la infancia, a medidas restrictivas de derechos, como es el caso de la niñez abandonada o maltratada. No se trabaja sobre las causas sociales y económicas que las generan, sino que se reacciona de forma temporal, epidérmica. Es una doble negación de derechos que es a su vez doble negación de ciudadanía (MARIÑO ROJAS, Op cit.: 44 y 45).

y los que por conexidad también puedan verse vulnerados, la violencia intrafamiliar seguiría aumentando, violando así la prohibición universal de maltratar a los niños, las niñas y los adolescentes, tal como ocurre en el presente.

Se requiere aplicar una política social redistributiva, para desbloquear los grandísimos desequilibrios sociales y la masividad de la pobreza, mediante una fuerte inversión en recursos humanos, sobretodo allí donde los retrasos acumulados son mayores (MAURÁS: 30). Esto es urgente, pues la violencia social en los grupos familiares es producto de condiciones socioeconómicas específicas que tangibilizan una injusticia social manifiesta en la enorme brecha de los ricos y pobres. La inflación, el analfabetismo, la insalubridad comunitaria, las distorsiones culturales, la ausencia de valores cívicos y morales, la poca cobertura en salud, y hasta la propia existencia de la deuda externa como tal, son expresiones de violencia que oprimen y que afectan a los grupos familiares, con efectos que van desde la muerte prematura hasta los casos de estupro y violación en la población infantil y adolescentes (Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, Op. cit.: 289).

Como lo señala GARCÍA (s.f.: 119), el trabajo con la familia debe estar orientado a estimular el buen trato, la expresión de las opiniones y la escucha entre sus miembros; para abordar a la familia, es necesaria la conjunción y articulación al trabajo de mejoramiento de la calidad de la educación inicial y básica de los servicios de salud. Los Estados deben garantizar la difusión y comprensión de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, inclusive por parte de sus titulares, así como la concientización de los efectos dañinos de la violencia, en especial, sobre ellos (PINHEIRO, Op. cit.: 28 y 29).

En ese orden de ideas, es claro que la primera protección debe ser garantizada en la familia; por eso, “cuando un niño o adolescente necesita medidas de protección, sus padres

serán los primeros en recibir cuidados especiales para ser fuentes de apoyo y de auxilio” (SEDA: 92).

BIBLIOGRAFÍA

ABELLO JIMÉNEZ, ANA ELENA (s.f.). *La protección integral de la niñez y la adolescencia en el marco de la violencia intrafamiliar*. Centro de Investigaciones en Política Criminal. Universidad Externado de Colombia. Tesis de grado.

ALEXY, ROBERT Y EUGENIO BULYGIN (2001). *La pretensión de corrección del derecho*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 18, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación en resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

—. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A [III] del 10 de diciembre de 1948.

—. *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*. Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

—. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado por la resolución 2200 A (XXI), de diciembre 16 de 1966.

—. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado por la resolución 2200 A (XXI), de diciembre 16 de 1966.

BARATTA, ALESSANDRO (1997). “Infancia y democracia”, en UNICEF. *Derecho a tener Derecho*. Tomo 4.

- BUAIZ, YURI EMILIO (s.f.). Oficial de Derechos del Niño, UNICEF. *La Doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Ministerio de Salud, Costa Rica. Disponible en [<http://www.ministeriodesalud.go.cr/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf>].
- BUSTELO, EDUARDO Y ALBERTO MINUJÍN (s.f.). “Política social e igualdad”, en UNICEF. *Derecho a tener Derecho*. Tomo 4.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL (s.f.). “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, en UNICEF. *Derecho a tener Derecho*. Tomo 4.
- CIVIL SOCIETY INTERNATIONAL (s.f.). *Save the Children - History and Azerbaijan Program*. Disponible en [<http://www.civilsoc.org/nisorgs/azerbaj/savekids.htm>].
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-075/07. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Comunicado de prensa de 7 de febrero de 2007.
- DURÁN STRAUCH, ERNESTO (2002). “Elementos para un análisis de las políticas públicas de atención a la niñez y la juventud víctimas del conflicto armado”, *Conflicto armado, niñez y juventud, una perspectiva psicosocial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Fundación Dos Mundos. Citado por: Mariño Rojas, Cielo, *Niñez víctima del conflicto armado. Consideraciones sobre las políticas de desvinculación*.
- EDUCAR (s.f.). El portal educativo del Estado Argentino. Día Universal del Niño y de la Niña. Disponible en [<http://portal.educ.ar/noticias/educacion-y-sociedad/dia-universal-del-nino.php>].
- GARCÍA, MAURICIO (s.f.). “Familia, escuela y democracia: los pilares de la participación infantil”, en UNICEF. *Derecho a tener Derecho*. Tomo 4.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1997). *Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Forum Pacis, segunda Ed.

—. (s.f.). "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia", en UNICEF. *Derecho a tener Derecho*. Tomo 4.

GIRALDO GÓMEZ, ALICIA (1987). "Los Derechos de la Mujer en la Legislación Colombiana". *Repertorio histórico de la Academia antioqueña de historia*, vol. 28. Colombia. Disponible en [biblioteca-virtual-antioquia.udea.edu.co/pdf/11/11_306688912.pdf].

GUTIÉRREZ, MARCELA (2002). "Justicia y Niñez". *Memorias primer encuentro interuniversitario, derechos de la niñez y la juventud*. UNICEF. 2002. UNICEF/COLOMBIA, Publicaciones. Disponible en [http://www.unicef.org.co/pdf/memorias.pdf].

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES (s.f.). "La situación socioeconómica y el problema de la violencia", en UNICEF. *Derecho a tener Derecho*. Tomo 2.

JELIN, ELIZABETH Y ANA RITA DÍAZ-MUÑOZ (2003). "Major trends affecting families: South America in perspective", en Report prepared for United Nations Department of Economic and Social Affairs Division for Social Policy and Development Programme on the Family. April 2003. *Families in the process of development. Documents and publications*. Disponible en [http://www.un.org/esa/socdev/family/Publications/mtrendsbg.htm].

KLIKSBERG, BERNARDO (s.f.). "Evolución de la relación del niño, la niña y el adolescente con la familia". XIX Congreso Panamericano del Niño, México. Instituto Interamericano del Niño, Congreso Panamericano del Niño. Conferencias magistrales. Disponible en [http://iin.oea.org/anales_xix_cpn/html/conferencias.htm].

KUHN, THOMAS (1971) *La estructura de las Revoluciones Científicas*. Agustín Contín [Trad.]. México: Fondo de Cultura Económica.

LEÓN, ANA TERESA (s.f.). "Promoción de una cultura de derechos: Rol de la familia, el estado, la sociedad civil y los medios de comunicación". XIX Congreso Panamericano del Niño. México. Instituto Interamericano del Niño, Congreso Panamericano del Niño. Conferencias magistrales. Disponible en [http://iin.oea.org/anales_xix_cpn/html/conferencias.htm].

LIWSKI, NORBERTO (s.f.). "La familia como la institución con la responsabilidad primordial para la protección, educación y desarrollo integral del niño, la niña y el adolescente". XIX Congreso Panamericano del Niño. Ciudad de México. Instituto Interamericano del Niño, Congreso Panamericano del Niño. Conferencias magistrales, Disponible en [http://iin.oea.org/anales_xix_cpn/html/conferencias.htm].

MARIÑO ROJAS, CIELO (2005). *Niñez víctima del conflicto armado. Consideraciones sobre las políticas de desvinculación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MAURÁS, MARTA (s.f.). "Los planes nacionales de acción a favor de la infancia y la mujer en América Latina y el Caribe", en UNICEF. *Derecho a tener Derecho*. Tomo 2.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (1989). Human Rights bodies. Committee of the Rights of the Child. Convention and its Protocols, Status of ratification. Convention on the Rights of the Child New York, 20 November 1989. Disponible en [<http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/11.htm>].

OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE DERECHOS HUMANOS (1966). Estatus de los principales instrumentos de derechos humanos. Disponible en <http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf>].

PINHEIRO, SÉRGIO (2006). *La violencia contra los niños*. El estudio del Secretario General de las Naciones Unidas. UNICEF. Disponible en [http://www.unicef.org/violencestudy/spanish/reports/SG_violencestudy_sp.pdf].

REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Código de la Infancia y la Adolescencia*. Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006.

—. *Código del Menor*. Decreto 2737 del 27 de noviembre de 1989.

—. *Constitución Política*. Promulgada el 7 de julio de 1991.

—. Ley 28 del 12 de noviembre de 1932.

SAJÓN, RAFAEL; PEDRO ARCHARD; UBALDINO CALVENTO SOLARI (s.f.). "Menores en situación irregular", en UNICEF. *Derecho a tener Derecho*. Tomo 1. México: Ed. UNICEF Oficina regional para América Latina y el Caribe.

SALINAS, LAURA Y LUIS FIGUEROA (s.f.). *Doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia, derechos humanos y legislación nacional*. Universidad Autónoma Metropolitana de México. Disponible en [<http://www.uam.mx/cdi/4jornadas/infmarcojuridico.pt#262,7,Doctrinadelaprotecciónintegral>].

SEDE, EDSON (s.f.). "Comentario al proceso de reforma legal en Brasil", en UNICEF. *Derecho a tener Derecho*. Tomo 4.

TEJEIRO LÓPEZ, CARLOS (2005). *Teoría General de la Niñez y Adolescencia*. 2da. Edición. UNICEF. UNICEF/COLOMBIA, Publicaciones. Disponible en [<http://www.unicef.org/co/pdf/TratadoInfancia2.pdf>].

UMAÑA HERNÁNDEZ, CAMILO EDUARDO (2007). *La Oligopaz* (Inédito).

UNICEF (s.f.). *Convención sobre los Derechos del Niño. Las preguntas más frecuentes*. Disponible en [http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html].

—. (2002). *Primer Encuentro Interuniversitario: Derechos de la Niñez y la Juventud*. Conclusiones del encuentro interuniversitario región Caribe sobre los derechos del niño. UNICEF. 2002. UNICEF/COLOMBIA, Publicaciones. Disponible en [<http://www.unicef.org/co/pdf/memorias.pdf>].

VARGAS VELÁSQUEZ, ALEJO (1999). *El Estado y las políticas públicas*, Bogotá, Almodena, Editores (Citado por MARIÑO ROJAS, 2005).

VELA ORBEGOZO, BERNARDO (2007). *El declive de los fundamentos económicos de la paz: de la Conferencia de Bretton Woods al Consenso de Washington*. VIII Congreso Panamericano del Niño. Declaración de oportunidades para el niño. 9 de mayo de 1942 (Citado por UMAÑA HERNÁNDEZ, 2007).

EL ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROGRAMAS
DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA COMO MEDIDA
DE PROTECCIÓN PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LOS
DERECHOS DE LA NIÑEZ MALTRATADA EN EL CÓDIGO
DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Angela Marcela Olarte

Los derechos de la infancia en Colombia se habían visto desprotegidos y sometidos a constantes vulneraciones a lo largo del tiempo. Las crisis económicas, la violencia y la pobreza, habían sido las justificaciones para que los gobiernos aplazaran el compromiso de expedir una legislación que reconociera a los infantes como sujetos plenos de derechos.

Apesar de que desde la Carta Política del 1991 la Asamblea Nacional Constituyente, en el artículo 44, resaltó la importancia de los derechos fundamentales de los niños y niñas, bajo una visión que se basa en “el criterio y los principios de protección integral de la niñez en su doble dimensión: una garantía de los derechos de los niños y niñas y la protección en condiciones especialmente difíciles. Además, estableció la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, en la obligación de asistir y proteger a los niños y las niñas para asegurar su desarrollo armónico integral en ejercicio pleno de sus derechos” (UNICEF, s.f.).

I. LA INFANCIA COMO SUJETO DE DERECHOS BAJO LA PROTECCIÓN INTEGRAL

El Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA), expedido el 8 de noviembre de 2006, en cumplimiento de lo establecido en la Constitución Política, derogó el Código del Menor de 1989, el cual establecía como punto de partida para la protección de la infancia la doctrina de la situación irregular contraria a la consagrada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña (CIDN), aprobada por el Estado a través de la Ley 12 de 1991, que tiene como premisa fundamental la protección integral de la niñez y la adolescencia.

Bajo la protección integral, las políticas públicas de protección de la infancia se distribuyen, según GARCÍA MÉNDEZ, en una pirámide, la “sección más ancha está representada por la políticas sociales básicas. En el segundo nivel encontramos las políticas de ayuda social (medidas de protección en estricto sentido), más arriba las políticas correccionales (medidas socio-educativas de respuesta a la delincuencia juvenil) y, finalmente, las políticas institucionales que se refieren a la organización administrativa judicial, es decir, a los derechos procesales fundamentales de los niños” (BARATTA, 2005: 37). Dicha aclaración porque, bajo el paradigma de la situación irregular, no existen políticas sociales estructuradas, producto de “la incapacidad política del sistema de universalizar los servicios básicos” (GARCÍA MÉNDEZ, 1998: 16), donde la solución es la creación de políticas asistenciales que niegan los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes y niegan la ciudadanía en su fase social, que implica “derecho a tener un nivel adecuado de educación, de salud, de habitación y seguridad social” (MARIÑO ROJAS, 2005: 34).

La doctrina de la protección integral logra que el fin de las medidas de protección sea el restablecimiento de los derechos vulnerados. La infancia que ha sido vulnerada

en sus derechos se encuentra en una situación específica de vulneración, por lo que la medida de protección se debe dar dentro de las políticas de atención que atiendan de forma plena el restablecimiento definitivo de los derechos vulnerados.

Dichas políticas deben ir de la mano con las políticas sociales, y su eje transversal debe ser el principio del interés superior del niño.

La Ley 12 de 1991 aprobó la CIDN, y de forma análoga, la Constitución de 1991 contempló, en su artículo 44, los derechos fundamentales del niño.

A su vez, el artículo 45 consagra que el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

Esta armonización en las normas llevó a que la protección de los niños transformara su naturaleza, ya que la Convención de los Derechos del Niño, en su Preámbulo, consideró:

...Que en virtud de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especializada.

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...

Teniendo presente que, como indica la Declaración de los derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, antes como después del nacimiento.

A. LA DESPROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA EN LA SITUACIÓN IRREGULAR

Al contrario, la doctrina de la situación irregular se caracterizó por la actuación subsidiaria del Estado (protección), propia de un Estado que vive la violencia y el conflicto social, en el que los factores predominantes son la pobreza y la escasez. La falta de voluntad política es determinante a la hora de estudiar la forma como se le aseguran los derechos a la infancia, ya que a través de medidas superficiales trata una problemática que va más allá del asistencialismo del Estado, pues el verdadero problema consiste en la deficitaria satisfacción de las necesidades básicas a toda la población.

De la misma forma, y en contravía del principio de universalidad contemplado en la CIDN, dicha doctrina hace una distinción entre niños y menores, entendiendo por “niño todo aquel que tiene sus necesidades básicas satisfechas y menores quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas” (GARCÍA MÉNDEZ, *Op cit.*: 25). Bajo esta visión, los “menores” son considerados objetos del derecho, y la forma de activar la protección de sus derechos va a depender de la discrecionalidad de las autoridades competentes que actúan bajo la cultura de la “compasión-represión” (Ídem: 82), y el Estado asume una obligación subsidiaria y excluyente.

Es conveniente aclarar que el restablecimiento de los derechos vulnerados de las niñas y niños no era el fin principal de las medidas de protección en el Decreto 2737 de 1989; entendiendo el restablecimiento de derechos como la obligación que tiene el Estado de asegurar la continuidad en el ejercicio y goce efectivo de todos los derechos de las niñas y niños cuando estos han sido vulnerados. El que el restablecimiento no fuera el fin básico y principal se debe precisamente a que bajo la doctrina de la situación irregular, las políticas sociales dirigidas específicamente a

la infancia eran inexistentes. No podía hablarse entonces de un restablecimiento de derechos vulnerados, porque el Estado no podía asegurar la continuidad en el ejercicio de los derechos, cuando ni siquiera dio la oportunidad a la niñez para ejercerlos. Por lo que las medidas de protección constaban de un tratamiento que perpetuaba las deficiencias del Estado en los niños a través del tiempo frente a la obligación del Estado de crear políticas sociales que aseguraran por lo menos la satisfacción de las necesidades básicas de la infancia.

II. EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS VULNERADOS EN EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Ahora bien, es importante analizar si el Código de la Infancia y la Adolescencia cuenta con las herramientas indispensables para garantizar un efectivo restablecimiento de derechos, por lo que se hace necesario estudiar la implementación de una de las medidas de protección que consagra, como son los programas de atención especializada para el restablecimiento de los derechos de la niñez cuando éstos han sido vulnerados producto del maltrato infantil.

Como se mencionó antes, la protección integral tiene como premisa la niñez como sujeto de derechos, y dicha titularidad obliga al Estado a asegurar la satisfacción de cada una de las categorías de derechos, por medio de “políticas públicas acordes con el carácter fundamental y prevalente de los derechos de la infancia” (MARIÑO ROJAS, Op. cit.: 31), que permiten el ejercicio de la ciudadanía en un ambiente de igualdad y participación.

La Ley 1098 de 2006, en su artículo séptimo, define la protección integral como: “El reconocimiento de la niñez 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 en desarrollo del principio del interés superior del niño y la niña.

“La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos”.

El artículo descrito debe interpretarse en consonancia con los artículos primero y segundo, que establecen la finalidad y objeto de la ley, los cuales respectivamente rezan:

Artículo 1.º: Que los niños, niñas y adolescentes logren 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. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

Artículo 2.º: El presente Código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

Un aspecto importante que introduce dicho artículo es el reconocimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos como normas imperativas de obligatorio cumplimiento para la protección y restablecimiento de los derechos y libertades de la infancia, tales como la CIDN, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Lo anterior refleja el compromiso que adquirió el Estado en el aseguramiento efectivo de cada uno de los derechos de la infancia en los diferentes niveles de descentralización, debiendo materializarse en políticas sociales, complementadas con políticas de atención, políticas correccionales y

políticas institucionales, ya que se hace énfasis en la obligación del Estado en el reconocimiento de la niñez como sujetos de derechos, en la garantía y cumplimiento del ejercicio efectivo de los derechos de los niños, la prevención en la amenaza de alguno de ellos, y la seguridad en el restablecimiento inmediato de los derechos cuando haya alguna vulneración.

Según el capítulo segundo, artículo 50 del CIA:

Se entiende por restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.

Los lineamientos técnicos para el marco general y orientaciones de políticas públicas y planes territoriales en materia de infancia elaborados por el ICBF (2007: 11), consagran como marco conceptual la protección integral, desde los enfoques de reconocimiento, garantía, prevención y restablecimiento de derechos, y define este último como el reconocimiento de “la singularidad, la liberalidad, la capacidad de todo niño y toda niña para desarrollarse plenamente y supone un contexto de equidad y respeto. Requiere en nuestro caso, resignificar el estatus del niño o niña que ha sufrido la vulneración de sus derechos y la acción de todos los involucrados y responsables de su restablecimiento”.

Bajo la protección integral, el restablecimiento de derechos es el resultado del desarrollo del interés superior del niño y de la niña, en virtud de la aplicación de una medida de protección. En el marco normativo de la CIDN, su artículo 3° prescribe el principio del interés superior del niño como criterio fundamental a la hora de adoptar las medidas necesarias por parte de las autoridades públicas y privadas encargadas de su protección y cuidado, y la Ley 1098 en su artículo 8°, lo define como: “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simulta-

nea de todos sus Derechos Humanos que son universales, prevalentes e interdependientes”.

Las medidas de protección bajo el paradigma de la protección integral no deben operar de forma discrecional y mucho menos ser sinónimo de paternalismo y dependencia. Al contrario, la responsabilidad de las autoridades aumenta al adoptar una medida de protección, pues no se va a tratar de prolongar un estado de deficiencias sino que implica hacer un estudio de la proyección que cada niño tiene de si mismo, mediante el desarrollo de su personalidad, y el estudio de todas las dimensiones (social, familiar, etc.) con que los niños interactúan.

A. EL DEBER SER DE LOS PROGRAMAS DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA BAJO LA PROTECCIÓN INTEGRAL

El artículo 60 de la Ley 1098 de 2006 no define qué son los programas de atención especializada, pero impone unos parámetros específicos para ser ejecutados y establece que estos programas deben “ir dirigidos a los niños, niñas o adolescentes que sean víctimas de cualquier acto que vulnere sus derechos de protección, sus derechos a la integridad personal, sean víctimas de un delito o cuando se trate de una adolescente o mujer mayor de 18 años embarazada”.

Específicamente, la infancia víctima del maltrato infantil es susceptible de ser destinataria de esta medida, pues el artículo 18 de dicha Ley, al describir el derecho a la integridad personal, consagra:

...los niños, las niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Así mismo, el artículo 60 de la Ley establece como parámetro la determinación de la especialización de los programas de atención, a partir de diagnósticos que permiten determinar la naturaleza y el alcance de los mismos; agrega, además, un elemento fundamental para el desarrollo de los programas y es la formulación en el marco de las políticas públicas de infancia y adolescencia, obedeciendo a las problemáticas sociales que los afectan.

No obstante, además de los parámetros específicos, ya la Corte Constitucional, en la sentencia T-292 de 2004, sentó cuáles son los parámetros generales que deben tenerse en cuenta por los jueces y las autoridades administrativas en la aplicación de las normas de protección a la infancia. Dichos parámetros son:

- La garantía del desarrollo integral del niño se dirige a asegurar el desarrollo y crecimiento físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, con el fin de formar ciudadanos emancipados, útiles para la sociedad.

- La garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y la niña, mediante el cual se garantizan absolutamente todos los derechos reconocidos en la normatividad nacional e internacional.

- La protección del niño frente a riesgos prohibidos.

- El equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus padres biológicos o de crianza, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor.

- La necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado, puesto que las autoridades deben evitar desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra el niño o niña, al momento de adoptar la decisión.

- La necesidad de tomar en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto que se decide¹.

1 Sentencia T-495 de 2005. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Los criterios anteriores deben ser asegurados en la vinculación a programas de atención especializada, porque tienen como objetivo el restablecimiento de derechos vulnerados, a través de la vinculación de la familia y la comunidad, y se trata de un proceso de “atención diferenciado del cuidado básico que incluye acciones y herramientas particulares y específicas frente a ciertas situaciones de vulneración, tendientes a restablecer la dignidad e integridad” (ICBF, 2007a), a través de una red de servicios y recursos especializados, que no solo se circunscribe al medio institucional sino que se propicie el medio familiar para generar la inclusión de la niñez en la comunidad.

Los lineamientos técnicos de la medida de atención especializada para el restablecimiento de los derechos vulnerados del ICBF, describen los diferentes niveles de atención y servicios en los que se va a desarrollar la medida, cómo debe ser su forma de operar, y los objetivos que se supone que deben perseguir.

B. ALGUNAS INQUIETUDES Y OBSTÁCULOS EN LA IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA DE LOS PROGRAMAS DE ATENCIÓN PARA EL EFECTIVO RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA MALTRATADA

Como se trató antes, el restablecimiento de derechos por medio de la vinculación a los programas de atención especializada está sujeto a la formulación de las políticas públicas de infancia, que no puede ser supeditada a la voluntad de los gobernantes sino que se traduce en una obligación ineludible que trae la Ley de Infancia y Adolescencia.

No obstante Colombia ha adquirido compromisos internacionales a favor de la infancia, no ha demostrado un total cumplimiento y eso se explica por la exclusión que ha tenido la infancia como prioridad en la elaboración de los planes de desarrollo de los municipios y su materialización en los presupuestos de inversión, pues solo a partir del

estudio de un diagnóstico que permita conocer la situación real de la niñez se pueden proponer objetivos y metas que permitan un tratamiento específico y pueda hacerse realidad la protección integral. Esto fue lo que pretendieron la Procuraduría General de la Nación y la UNICEF (2005) en un análisis cuyo objetivo fue determinar el grado de inclusión de la infancia y adolescencia en los planes de desarrollo de 964 municipios y 32 departamentos.

En torno a lo que este artículo aborda, se va a mostrar lo referente a los temas de protección: frente a la violencia intrafamiliar, 379 municipios no abordaron el tema y 276 no formularon proyectos y programas; explotación sexual, 839 municipios no incluyeron la problemática en el diagnóstico y 858 no lo abordaron en las líneas de estrategias; los niños y niñas vinculados a grupos armados, 895 municipios no abordaron el tema y 923 no formularon programas y estrategias; niñez habitante de la calle, 858 no abordaron el tema y 858 no formularon programas ni proyectos; en lo que tiene que ver con trabajo infantil, 714 municipios no abordaron el tema y 817 no formularon programa alguno (Ídem: 62).

Según las conclusiones a las que llegó la Procuraduría, siempre será necesario que los municipios actúen en concurrencia con las instancias departamentales para el ejercicio de competencias y recursos, ya que alrededor de un tercio de los planes de desarrollo no especificaron qué recursos se iban a invertir en infancia. Frente a los temas de protección, según los datos anteriores puede decirse que fue el componente más intrascendente a la hora de incorporarlo en los planes de desarrollo, y es que si bien hay formulación de proyectos y programas, si previamente no se ha hecho un diagnóstico, es difícil encontrar criterios que permitan “focalizar y priorizar los esfuerzos y recursos de manera eficiente y efectiva” (Ídem: 90), precisando que la formulación de programas no necesariamente conlleva la ejecución y cumplimiento de los mismos.

A raíz del estudio que se hizo en el primer encuentro de gobernadores en Bogotá, en marzo de 2005, se formuló la Estrategia *municipios y departamentos por la infancia y la adolescencia*, que propuso el desarrollo de ocho prioridades consagradas en el artículo 44 de la Constitución Política: salud materna, salud infantil, nutrición, salud sexual y reproductiva, agua potable y saneamiento básico, registro civil, educación y reestablecimiento de los derechos vulnerados. La estrategia contenía tanto acciones preventivas orientadas al cumplimiento universal de los derechos de la niñez y la adolescencia, como acciones de protección especial para los niños, niñas y adolescentes a quienes se les debía el restablecimiento de los derechos vulnerados por parte de todos los municipios y departamentos del país.

Se han llevado a cabo varios encuentros de gobernadores, como el tercer encuentro en noviembre de 2006, en Cali, cuyo objetivo se centró en la inversión en infancia y adolescencia y se adquirió el compromiso de priorizar el gasto social para el logro de las ocho prioridades y el mejoramiento de las condiciones de vida de la infancia. Respecto a la protección de los niños a los que se les vulneraron sus derechos, los gobernadores se comprometieron a elaborar un diagnóstico de aquellas situaciones de vulnerabilidad más recurrentes en la infancia; se obligaron a implementar un sistema de información municipal y departamental, cuyo objetivo fuera el seguimiento de la situación de vulneración de los derechos de protección; exigir la creación de comisarías de familia en todos los municipios, en cumplimiento del artículo 84 de la Ley de Infancia y Adolescencia, expedida el 8 de noviembre de 2006 y cuya entrada en vigencia fue el 8 de mayo de 2007, y a crear programas para la convivencia familiar, y la detección, prevención y atención de cualquier forma de violencia, entre otros.

El último encuentro de gobernadores se realizó en la ciudad de Pereira en noviembre de 2007, donde el tema

central fue la sostenibilidad departamental y municipal de la Estrategia Hechos y Derechos 2008 - 2011.

A pesar de los acuerdos, compromisos y obligaciones adquiridas la verdad es que la inclusión de la infancia y adolescencia en los planes de desarrollo territoriales ha sido intrascendente sobre todo al momento de hablar de la protección de la infancia que ha sido vulnerada en sus derechos, desatendiendo el artículo 202 de la Ley de Infancia, que establece que en el nivel territorial se deberá contar con una política pública diferencial y prioritaria de infancia y obliga a los gobernadores y alcaldes que dentro de los primeros cuatro meses de su mandato deben realizar un diagnóstico para darle prioridad a ciertas problemáticas que deben atender en el plan de desarrollo y determinar las estrategias a corto, mediano y largo plazo que se implementaran.

Un caso para ejemplificar lo anterior es el plan de desarrollo territorial de la ciudad de Bogotá *"Bogotá Positiva: Para Vivir Mejor"*, *"Ciudad de Derechos"* (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2008); es uno de los objetivos estructurantes que pretende la construcción de una ciudad en la que se "garanticen, ejerzan, reconozcan y restablezcan los derechos individuales y colectivos, consolidar una Bogotá en la cual la equidad, la justicia social, la reconciliación, la paz y la vida en armonía con el ambiente sean posibles para todas y todos" (Ídem: 9). Uno de los programas que contempla este objetivo es *"Toda la Vida Protegidos"*, que busca la implementación y evaluación de las políticas públicas que están dirigidas a mejorar las condiciones de vida de todos los ciudadanos, y ciudadanas. A su vez, los proyectos que fueron creados para el desarrollo del programa están dirigidos a *"la Protección de la Infancia y Adolescencia, Jóvenes Visibles con Derechos y Responsabilidades, Años Dorados, y Familias Positivas"*. A pesar que el plan de desarrollo de Bogotá tiene como principio la prevalencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, no consideró el maltrato

infantil como una problemática de política de gobierno prioritaria y no se trazó metas específicas, a diferencia del plan de desarrollo anterior que traía el programa Cero Tolerancia con el Maltrato Infantil, que a su vez el nuevo gobierno “dejó de considerarlo como un eje social para convertirlo en parte de un proyecto de familias Positivas” (ORDÓÑEZ, 2008: 2-14). De igual forma, los recursos para inversión en proyectos de infancia y adolescencia no aumentaron significativamente, ya que se destinara un 3% del presupuesto a la Secretaría de Integración Social para problemas de infancia (Ídem). Situaciones como las que presentan los planes de desarrollo frente a la protección de la infancia llevan a concluir que las entidades territoriales olvidaron la interpretación debida de los principios rectores la Ley 1098 de 2006, que describe los lineamientos técnicos para el marco general y orientaciones de políticas públicas y planes territoriales.

Los lineamientos técnicos establecieron la estructura y contenido de los planes de desarrollo, los cuales debían ser conformados por un diagnóstico, objetivos generales y sectoriales de mediano y largo plazo; debían contemplar metas de mediano y largo plazo, estrategias y políticas, medios e instrumentos y, por último, los procedimientos y mecanismos para lograr las metas; no obstante, no todos los municipios contemplaron todos los elementos para la elaboración de los planes, y en muchos no existe coherencia entre el diagnóstico, los objetivos propuestos, las estrategias y las metas por alcanzar.

Así mismo, no existe complementariedad entre los diferentes niveles de descentralización territorial. Muestra de esa falta de coordinación es la ausencia de los programas dirigidos a la prevención y tratamiento del maltrato infantil, pues muchos municipios no crearon proyectos que ejecutarían los programas nacionales, para facilitar el cumplimiento de esos objetivos en el ámbito territorial, como la política nacional de Construcción de Paz y Convivencia Familiar-Haz Paz, que no ha producido el impacto esperado.

Ahora bien, no deja de ser igual de preocupante la situación de algunos municipios categoría 5 y 6, en los que la implementación de la medida de protección consistente en la vinculación a programas de atención especializada no ha sido ejecutada, ya que no cuentan con el equipo interdisciplinario que exige la Ley (psicólogo, trabajador social, médico, secretaria, según la densidad de la población), y por falta de recursos.

En otros municipios aún no se ha implementado el artículo 83 la Ley de Infancia, el cual establece que todos los “municipios contarán al menos con una comisaría de familia según la densidad de la población y las necesidades del servicio”. En el párrafo segundo la Ley les concedió un término de un año improrrogable a partir del 8 de mayo de 2006 para la creación de la comisaría de familia. Es importante anotar que los comisarios son los principales garantes de los derechos de la niñez y sus funciones, según el artículo 82, son las de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley. No obstante, a pocos días de cumplirse el término concedido, el cual se venció el 8 de mayo de 2008, no habían sido creadas las comisarías en todos los municipios, o por el contrario, los alcaldes otorgaron las funciones del comisario a los inspectores de policía, en virtud de la competencia subsidiaria que la Ley les asigna, aun cuando no cumplieran con las calidades exigidas por la Ley (estudios profesionales en áreas relacionadas con ciencias humanas, tener formación y capacitación en legislación de infancia y adolescencia). Esto acentúa las dificultades que pueden presentarse a la hora de adoptar una medida de protección que realmente propenda por el restablecimiento de derechos. Uno de los problemas más graves a la hora de abordar el tema de protección de los derechos de la infancia maltratada en la mayoría de los municipios del país que son de población rural, es la situación de conflicto armado que se vive y la

alta presencia de grupos al margen de la ley, que impiden el acceso por parte de las autoridades al lugar donde el niño sufre la vulneración.

Diferentes situaciones, en variados ámbitos, reflejan que no ha habido una armonización del imperativo del interés superior del niño y la niña, con otros principios como el de exigibilidad, universalidad, prevalencia, corresponsabilidad. Y la exigibilidad referida no solo a la facultad que tiene cualquier persona de exigir de la autoridad competente el cumplimiento y restablecimiento de los derechos de los niños y niñas, sino también la “responsabilidad inexcusable que tiene el Estado de actuar oportunamente para garantizar la realización y restablecimiento de estos derechos”, y esto implica la accesibilidad a instrumentos, procedimientos y mecanismos de protección de derechos humanos (artículo 11 inciso segundo).

Si bien la consagración de los principios en la Ley es clara, no lo es en su práctica. Las autoridades competentes no están haciendo posible la exigibilidad de los derechos de los niños en condiciones de vulneración como es el maltrato infantil, por la poca coordinación con el Sistema de Bienestar Familiar, que tiene como órgano rector al ICBF, que está a cargo de la articulación de las entidades responsables de la garantía, prevención y restablecimiento de los derechos de los niños en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal y resguardos indígenas.

Sin embargo, hay que aclarar que el ICBF no es el encargado de la política social, pues para ello fueron creados, por medio del Decreto 1137 de 1999, los Consejos de Política Social, que son la instancia para concretar las políticas sociales. La Ley 1098 estableció que los Consejos Municipales de Política Social serán presididos por el alcalde y gobernador de manera indelegable, quienes tendrán que sesionar mínimo cuatro veces al año. Esto, en virtud que, en la práctica, los alcaldes delegaban esta tarea en otros funcionarios y no había compromiso frente a la política social de la infancia.

Solo en la medida que las políticas sociales dirigidas a la realización de los derechos de supervivencia y desarrollo de la infancia, se materialicen puede hablarse de protección integral, por lo que la obligación en la formulación de las políticas sociales para la infancia deben ser pensadas a partir de tres características: debe ser pertinentes, viables y rentables. Dado que la implementación de estas políticas públicas requiere de una inversión social diferente, eficiente y equitativa, las políticas presupuestarias juegan un rol fundamental en la garantía de los derechos de la niñez. El monto y distribución de los recursos públicos asignados al cumplimiento de sus derechos reflejan en gran medida la prioridad que el Estado asigna a la niñez. Esta última en el entendido que el impacto que debe generar sea proporcional al costo que demanda” (MARTIN, 2009: 117).

Hoy en día, la mayoría de los municipios desarrollan programas nacionales, como los hogares comunitarios de bienestar, hogares FAMI, Jardines comunitarios, restaurantes escolares, hogares infantiles, Bienestarina, etc. En su creación, estos programas fueron destinados como medios para promover el desarrollo psicosocial, moral y físico de la primera infancia perteneciente a los sectores de extrema pobreza o asistencia en situaciones de emergencia; sin embargo, bajo el Decreto 2737 de 1989, se acogían para mantener a las niñas y niños abandonados, maltratados, etc. En vigencia de la Ley 1098 de 2006, los municipios no pueden destinar dichos programas para asuntos de vulneraciones tan puntuales, en razón a que la protección integral persigue la realización del interés superior del niño, mediante la satisfacción de todos sus derechos. De ahí la importancia del efectivo restablecimiento de los derechos cuando son vulnerados, que se logra a partir de la ejecución de una medida de protección idónea, dirigida a tratar especialmente dicha problemática, que garantiza a la infancia su pleno y armonioso desarrollo en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El interés superior del niño y de la niña no se está reflejando como un principio orientador e imperativo que obliga a las autoridades territoriales a garantizar la satisfacción integral de todos los derechos en las políticas públicas, y es que si bien el tema de infancia y adolescencia fue incluido en los planes de desarrollo, no se le dio ninguna prioridad.

El maltrato infantil no puede tratarse de forma flexible: requiere de políticas públicas eficaces que propendan por la prevención, pues al ser una forma generalizada de vulnerar los derechos de la infancia y la adolescencia, requiere un tratamiento especializado, y es ahí donde cobra importancia la medida de protección de la vinculación a programas de atención especializada, pero se exige que su desarrollo sea efectivo, pues entre las dificultades que pueden generarse en su aplicación están: la falta de profesional capacitado, la facultad para la elaboración de un diagnóstico que determine un tratamiento integral.

Los programas de atención especializada siempre deben procurar por la “satisfacción simultánea de todos los derechos”, pues no se deben sacrificar unos derechos para salvaguardar otros, por lo que los niños y niñas que ingresen a estos programas en cualquier modalidad de servicio debe seguir asegurándoseles la educación, la salud, una nutrición adecuada, el derecho a la familia, el derecho a la recreación, el derecho a la participación, y demás.

En conclusión, no se puede olvidar que el restablecimiento de los derechos vulnerados no puede estar condicionado a políticas públicas formuladas a partir de la interpretación discrecional del principio del interés superior, sino que es el principio del interés superior del niño y la niña que debe irradiar las políticas públicas de forma razonable para garantizar la vigencia y satisfacción de todos los derechos de los niños en un contexto de equidad y respeto. Éste debe ser interpretado a partir de una óptica constitucional, que le dé efectividad y llene de contenido los derechos de la infancia, por lo que la adopción en las decisiones en las que

estén involucrados los derechos de los niños y niñas, deben perseguir siempre el aseguramiento de su bienestar.

Es indispensable la aplicación de los principios de solidaridad y corresponsabilidad entre las autoridades competentes en la protección de los derechos de la infancia, pues solo la coordinación y complementariedad entre dichas autoridades puede lograr el desarrollo de una eficiente descentralización en la ejecución de la medida de la vinculación a los programas de atención especializada; sumado a esto, la planeación e incorporación de recursos en el presupuesto de los municipios para contratar profesionales capacitados, equipos especializados, capacidad para elaborar diagnósticos y proveer de manera eficaz los respectivos tratamientos, y cumplir con el objetivo principal, cual es el restablecimiento de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ (2008). Documento para la deliberación pública. Plan de desarrollo de la ciudad de Bogotá 2008-2012 "Bogotá Positiva: Para vivir Mejor". Disponible en <http://www.samuelalcalde.com/admin/files/proyecto.pdf>

BARATTA, ALESSANDRO (2005). "Infancia y democracia". Citado por MARIÑO ROJAS, CIELO. *Niñez víctima del conflicto armado: Consideraciones sobre las políticas de desvinculación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1998). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*. 3.ª edición. Bogotá: Unicef-Colombia.

ICBF, DIRECCIÓN TÉCNICA (2007). *Lineamientos técnicos, para el marco general y orientaciones de políticas públicas y planes territoriales en materia de infancia*. Bogotá: ICBF. Disponible en www.icbf.gov.co/Ley_infancia/documentos/Resolucion%203622-grupos%20eticos.pdf

- . (2007a). *Lineamientos técnicos de la medida: vinculación a programas de atención especializada para el restablecimiento de derechos vulnerados*. Bogotá: ICBF. Disponible en www.icbf.gov.co/.../Lineamientos%20Atencion%20Especializada%20a%20victimas%20de%20delitos%20Marzo%202012.doc
- MARIÑO ROJAS, CIELO (2005). *Niñez Víctima del Conflicto Armado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ORDÓÑEZ, MARTHA (2008). “¿Infancia Positiva?”, en *El Tiempo*. Bogotá. 10 de mayo de 2008.
- UNICEF (s.f.). “La Convención de los Derechos de los Niños en Colombia”, en *Derechos de lo niños, la Convención en Colombia*. Disponible en <http://www.unicef.org/colombia/11-colom.htm>. [Consultado 1 de marzo de 2007].
- UNICEF, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2005). “La infancia, la adolescencia y el ambiente sano en los Planes de Desarrollo departamentales y municipales”, en *Políticas de protección a la infancia, la adolescencia y la familia*. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/html/publicaciones/Infancia.htm>. [Consultado el 1° de enero de 2008].

LA VÍCTIMA COMO INSTRUMENTO DEL CONTROL SOCIAL:
ESTUDIO DE CASO DE LAS ZONAS HUMANITARIAS
DEL CHOCÓ COLOMBIANO

Camilo Eduardo Umaña Hernández

Resumen

[Palabras clave: Afrodescendientes, Control social, Violencia, Macroproyectos, Zonas humanitarias, Chocó, Cultura]

¿Qué hace que existan individuos y colectividades “tradicionalmente” victimizados? ¿Qué o quién reproduce dicho rol en tiempos y lugares tan variados y distantes? ¿Qué lleva a que estos grupos, antes de ser pilar de inflexión social, devengan objeto de un estado de cosas en el que la brecha entre poderosos y “el resto” se amplía exponencialmente?

La respuesta a estos interrogantes se elabora en el contexto de esta investigación, a través de un análisis de las fuerzas sociales que confluyen en posiciones de poder y que, en el caso de la víctima, generan productos culturales que definen sus calidades y delimitan sus posibilidades frente al acceso y exigibilidad de sus derechos. Allí, epistemología y cultura hacen parte de un engranaje social en el que los refuerzos simbólicos, lejos de ser erráticos y aleatorios, actúan de forma selectiva, especialmente frente a la reafirmación de instancias de poder que generan, en los casos de conflictos armados como el colombiano, la creación de

brechas, clasificaciones artificiosas entre buenos y malos, héroes y enemigos.

Bajo esta línea de argumentación, el papel de la sociedad civil es incierto. Así, exponemos el caso particular de las zonas humanitarias del Chocó colombiano, donde la realidad de desigualdad social, violencia, desplazamiento y vulneración de derechos contrasta con los grandes intereses geoestratégicos de importantes multinacionales frente a los cuales la actuación del Estado ve una oportunidad antes que la profundización de la problemática de las comunidades afrocolombianas que, por suerte de su ubicación en el planeta y de su vulnerabilidad, han padecido el conflicto armado hoy teñido por los intereses del capital que busca “despejar” territorios para hacerlos más “rentables”.

Ante ello, el acompañamiento de los órganos internacionales de justicia y de las organizaciones no gubernamentales ha permitido la visibilización de una problemática que, ante la ausencia de políticas públicas, se profundiza y radicaliza, padeciendo las comunidades afrocolombianas raizales las más variadas afrentas y agresiones por defender su territorio y costumbres bajo los principios de no intervención en el conflicto del Derecho Internacional Humanitario y sobre las bases de la autodeterminación, la cultura y la igualdad en torno a las que los derechos de los pueblos gravitan.

La existencia de grupos humanos tradicionalmente segregados y marginados ha sido objeto de diferentes estudios en la literatura. Su punto focal es la constatación de la sostenida opresión a la que han sido sometidos grupos humanos que, por su vulnerabilidad social (a causa de su procedencia nacional, de su estrato económico, de su sexo, de su edad, de sus creencias, etc.), se convierten en instrumento de dominación a modo de trofeos.

¿Qué hace que existan individuos y colectividades ‘tradicionalmente’ victimizados? ¿Qué o quién reproduce dicho rol en tiempos y lugares tan variados y distantes? ¿Qué lleva

a que estos grupos, antes de ser pilar de inflexión social, devengan objeto de un estado de cosas en el que la brecha entre poderosos y 'el resto' se amplía exponencialmente?

Para responder a dichos interrogantes, nos ubicamos en el análisis de las fuerzas sociales que establecen los parámetros de un cierto modo de hacer social. Aquí, para el caso de las víctimas, resulta necesario valerse de la victimología social crítica, esto es, el estudio de un determinado estado de cosas a través del cual se desentrañan las posiciones sociales de la víctima, ello con miras a detectar, por lo menos, las claves que procrean y re-crean la proclividad de unos ciertos sectores poblacionales a ser objeto de prácticas delictivas y, con ello, a devenir funcionales para un cierto orden que lo relega, por ejemplo, bajo la perspectiva de la reparación por encima de la no repetición.

Bajo este planteamiento preliminar queremos esbozar que dicha vulnerabilidad no proviene, entonces, de lo individual, sino que se adscribe necesariamente a lo social, a modo de una red de intereses que se hace atarraya para aquellas personas que son tradicionalmente agredidas y que carecen de la capacidad, siquiera, de percibir la vulneración (vía ignorancia o 'normalidad' del abuso, por ejemplo) o que, advirtiendo la ofensa, no entienden o conocen sus efectos. Lo anterior es basamento de una de las paradojas de la víctima: la víctima termina siendo cómplice de la afrenta que sufre, como cuando, *verbi gratia*, se justifica la defraudación al erario público o se admiten abusos y actos violentos por parte de las autoridades como valor de 'bien común'. En el peor de los casos, esa complicidad no es sólo fáctica sino casi moral: la víctima identifica como justo el haber recibido una afrenta, porque lo ve como consecuencia de sus propios actos. Esta situación se presenta frecuentemente en los sectores llamados sociales de Colombia frente a los cuales, por ejemplo, se identifica el hecho de denunciar o de 'meterse con los duros' como imprudencia que ocasiona

no otra cosa que una agresión, todo ello bajo la fórmula coloquial del “quién lo manda”.

Aquí, como se deja entrever, la explicación de la víctima como categoría social no parte sino como producto cultural.

Cultura es la abstracción de un fenómeno extremadamente complejo: la interacción social realiza un proceso de retroalimentación entre lo individual y lo colectivo que va a componer, modificar o reafirmar una cierta cosmogonía, una forma de interpretación de la realidad, para una determinada comunidad en un tiempo específico, en formas explícitas, como tradiciones y simbologías, e implícitas, como instrumentos de control social. Todo ello constituye el conjunto de modos y costumbres que identifican a un grupo social concreto.

En la construcción de esa identidad, el lenguaje instaaura uno de los linderos más importantes de la cultura. El lenguaje no es un conocimiento dado, sino que se compone de una serie de instrumentos que buscan cumplir con la misión de la comunicación, cuyos modos y contenidos se delimitan en sociedad.

Las palabras (agua, madre, frío, etc.) no contienen un sentido propio implícito, sino que pertenecen a un código cultural. Así, por ejemplo, existen palabras polivalentes como ‘Dios’, o palabras que se han vaciado de contenido como ‘democracia’. Ello ocurre tanto en Babel como en la esquina de la barriada.

La dificultad de hallar palabras con significado unánime tiene una gran relevancia explicativa: como expresión humana, el lenguaje que tiene origen en la dicción individual, sólo adquiere significado en lo social. En suma, si bien se vivifica uno a uno, se significa en uno más uno –en sociedad–.

Ese engranaje colectivo-individuo que hemos intentado describir conforma nada menos y nada más que la cosmovisión de una cierta comunidad, esto es, su forma de vida, el sistema de comprensión del mundo.

Esa construcción, como colectiva, se constituye procesalmente en un desarrollo que denominaremos diálogo social, esto es, la participación de todos los seres humanos en un territorio, tiempo y contexto determinados sin distinción alguna.

Es en este proceso donde está el punto de quiebre de un relato que en principio sería incluyente y garantista. La cultura así conformada, sin embargo, a lo largo de la historia de la humanidad se ha visto encausada por la epistemología del poderoso que vio en el proceso la forma de dominar el resultado. Así, el poderoso busca desesperadamente afianzar su posición usando el diálogo social como un andamiaje legitimador de una cierta forma de interpretar ciertos acontecimientos. Arbitraria y cuidadosamente, se establecen micro interpretaciones que protegen intereses que, en un orden social progresivamente jerarquizado, consolida un estado de cosas en el que diversas instancias estarán al servicio de re-crear una lógica elitista.

La cultura en sociedad se ve entonces apresada en unos márgenes (de poder) en virtud de los cuales surge, en el mundo contemporáneo, una cultura hegemónica a modo de partitura unánime para interpretar la realidad: lo de todos deviene lo de todos subordinado a lo de unos pocos.

En tanto las instancias del poder se ocupen de dominar la epistemología social, el proceso democrático de la conformación de la cultura pierde horizontalidad y gana verticalidad, deviene antidemocrático. Es entonces cuando deja de ser conformación cultural y se convierte en simple reproductor de los lineamientos de la cultura hegemónica.

Lo descrito depende de un fuerte sistema simbólico que, como código cultural, contiene una estructura impositiva a modo de violencia del poder, en voces del autor FRANCO BASSAGLIA, "crímenes de la paz".

Ese tipo de violencia no solo proviene de lo institucional: existen diferentes órganos de control social que ejercen las labores de vigilar y castigar, cuyos métodos, legales o

ilegales, refuerzan instancias epistemológicas que, hoy, se caracterizan por una fuerte estructura de clases.

En lo institucional, el principio del monopolio de la fuerza estatal como ejercicio legítimo de las formas de control social es un tipo de violencia que propende por la centralización de las formas de control legal en organismos preparados, en teoría, para ejercer la violencia bajo los límites legales que imponen los derechos humanos y el ordenamiento jurídico. Este tipo de control se ejerce mayormente mediante instancias simbólicas (como diría PIERRE BOURDIEU, “violencias dulces”), que contienen mecanismos de selección cultural que clasifican discursivas en torno al mantenimiento de un cierto organigrama del poder.

Esta forma de organización se vale de un ingrediente normativo que opera en lo preventivo y en lo represivo, en un modelo de premios y castigos que es, en su mayoría, *informal* (cuando tiene una expresión no institucionalizada) y, algo menos, *formal* (cuando se trata de coerciones provenientes de una instancia legalmente coactiva).

Esta balanza de coerción es herramienta de vigilancia de un estado de cosas que dispone las formas y magnitudes del poder; así mismo, es azote de castigo para las trasgresiones del ‘orden’. Esto, sutil en apariencia, invierte la lógica del monopolio ordenado de la fuerza y provoca una disfuncionalidad llamada violencia institucional, cuya dimensión es inversamente proporcional a la garantía de los derechos humanos: a mayor garantía de los derechos humanos menor violencia institucional y viceversa.

Al verse las *normas culturales* (esto es, aquellas que implican una identidad en cuanto a costumbres, conocimientos y modos de vida de la sociedad), subordinadas a los intereses de una clase o grupo determinado, se provoca un choque de intereses: el humano –de todos–, frente al del poder elitista –de unos pocos–.

En esa lógica descrita, ya no son prioritarios los derechos humanos, sino los intereses de clase que se expresan

en la epistemología social dominante. Así, por un lado, se segregan comportamientos que afecten o, incluso, ponen en peligro el 'orden'; mientras que, frente a otros comportamientos (muchas veces más lesivos al ser humano, pero inofensivos al sistema, como lo puede ser por ejemplo el homicidio de un opositor, o de una persona pobre), no se busca su supresión sino que se hace de ellos instrumento de 'defensa social'. Estas actuaciones no deben ser anuladas, sino que, por su rol ideológico de justificación, evidencian la verdadera finalidad del control de lo peligroso: la vigilancia y control del Estado como única alternativa al terror y resquebrajamiento sociales.

La elaboración de 'enemigos comunes', la utilización de terrorismo y seguridad como campaña de poder, y tantas más formas de control psico-social, buscan clasificar lo 'aceptable' e 'inaceptable' en una sociedad, infundir un aprendizaje colectivo de la frontera entre los 'buenos' y los 'malos'.

Esto, en lo que nos convoca, genera en sociedad grupos humanos expiatorios que son sacrificados para que 'el resto' aprenda y se sienta seguro: el fin común no es ya la protección de los derechos humanos sino la protección de un orden que garantiza unos ciertos derechos a quienes no pertenezcan a esas 'víctimas de siempre'.

Así, víctima, como tantas otras palabras, tiene un "refuerzo simbólico", es decir que, si bien su contenido cultural le lleva a ser muy dual y fluctuante en cuanto a su identificación social, destacará siempre en las 'víctimas tradicionales' la epistemología social del poder. De allí la importancia de un estudio serio y fiel a cada realidad social. El anterior planteamiento no desconoce otro tipo de víctimas, las no-tradicionales, sino que describe la realidad de un cierto grupo que revela lógicas de poder.

Con los anteriores planteamientos, en el presente escrito esbozaremos la situación paradigmática de las zonas humanitarias, en el caso particular colombiano.

¿Qué son las zonas humanitarias? El Derecho Internacional Humanitario –DIH– busca responder a la incertidumbre de la guerra reglando la “humanización” de los conflictos armados bajo el entendimiento de que debe haber unas reglas que permitan las menores pérdidas humanas, en virtud de lo cual existen unos deberes especiales de protección de los no-combatientes por parte de los combatientes.

Consagrado en los Convenios de Ginebra, el DIH pone énfasis, entonces, en la protección de la población civil. Así, se definen como víctimas a las personas que resultan afectadas por un conflicto armado, quienes son el objetivo primordial de protección en el entorno de un conflicto.

Según la Corte Constitucional colombiana, tres son los principios esenciales del DIH: “I.) aquel que limita el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir los métodos o medios de combate, II.) el que prohíbe el empleo, en los conflictos armados, de armas, proyectiles, materiales y métodos de combate de tal naturaleza que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios, y III.) el que impone distinguir entre civiles y combatientes. Dichos principios, en nuestro ordenamiento jurídico no pueden reducirse a simples enunciados teóricos de propósitos loables de la comunidad internacional”¹.

Bajo estos principios, y fundados específicamente en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (1977) “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, teóricamente vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, se han instaurado las zonas humanitarias como, al decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos², “lugares per-

1 Sentencia C-991/00. M. P. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Santafé de Bogotá D.C., 2 de agosto de 2000.
2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución del 15 de marzo de

fectamente identificables, con vallas públicas, que indican el carácter del lugar como un lugar donde viven personas que han asumido un código de comportamiento pacífico, y de no involucrarse en las acciones armadas” (Universidad Externado de Colombia. Cátedra UNESCO, 2007 y Comisión Colombiana de Juristas y Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, s.f.: 40).

Estas zonas se han buscado levantar, en el caso del Chocó colombiano, en los territorios a los que, en virtud de la Ley 70 de 1993, tienen derecho las comunidades negras³ en forma de propiedad colectiva de las tierras que ancestralmente han ocupado en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho: “El derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, en cuanto ésta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional. Y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad”⁴.

Sin embargo, pese a los antedichos sustentos legales y jurisprudenciales (nacionales e internacionales), las comunidades han sido vulneradas en sus derechos, no solo a la titulación colectiva y a la protección de su propiedad

2005 sobre las medidas provisionales respecto de la República de Colombia caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó.

- 3 Comunidad negra es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.
- 4 Sentencia T-955/03. M. P. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Bogotá, D.C., 17 de octubre del año 2003.

comunitaria, sino, incluso, a su propia supervivencia e identidad, esto debido a que la particular situación geoestratégica del Chocó implica, por parte del Estado colombiano y de empresas multinacionales, un especial interés en la consolidación de diversos megaproyectos, como lo son: la construcción de un canal interoceánico entre el Atlántico y el Pacífico⁵, la autopista Panamericana⁶, la implementación de la Interconexión Eléctrica⁷, poliductos, hidroeléctricas y los agronegocios de palma⁸, de plátano y de banano, así como

-
- 5 Teniendo que el departamento chocoano limita con ambos océanos, existen proyectos para construir un canal seco que consiste en hacer una conexión terrestre –por vía férrea y carretable– desde Bahía de Colombia (Turbo) hasta Bahía Solano y Nuquí, así como un canal de agua dulce para buques, con lo cual se dragaría la boca del río Atrato y se conectarían los ríos Cacarica (Colombia) y Payatuirá (Panamá).
 - 6 Carretera que se extiende desde Alaska, en América del Norte, hasta la Patagonia, en América del Sur. El tramo que impide que la carretera se conecte completamente es de 87 Km. de selva, ubicado entre el extremo este de Panamá y el noroeste de Colombia, llamado el Tapón de Darién, territorio sometido a la extracción de empresas privadas de los recursos forestales y la apropiación ilegal de tierras a través de la estrategia paramilitar, donde aún habitan millones de especies de fauna, de flora, de aves, de mariposas, de hierbas, de aguas naturales.
 - 7 La iniciativa de explorar la interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá es un asunto que se ha venido tratando desde mediados de los años ochenta. ISA, en su Boletín Semanal del Sector Energético colombiano, aclara, al respecto, que de los estudios eléctricos, energéticos y ambientales realizados, pueden sacarse las siguientes conclusiones preliminares sobre la factibilidad de la interconexión Colombia - Panamá: la interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá es viable desde el punto de vista técnico y tiene altas posibilidades de intercambio de energía. La complejidad ambiental es alta por razones de orden físico biótico y social: cruce de pantanos del río Atrato, localización de áreas de protección y conservación, y presencia de indígenas y comunidades negras, lo que implica complejos procesos de gestión y concertación con instituciones y población regional.
 - 8 La palma aceitera tiene gran potencial en la alimentación y la industria, y más recientemente, en la producción de biodiesel que, al decir de la Human Rights Everywhere, “actualmente ha recibido un nuevo impulso con las leyes que reglamentan la producción de biodiesel, ya que según el presidente Uribe, ‘en un país con declinación en petróleo, el biodiesel se convierte en una alternativa necesaria’. Por eso nosotros miramos con mucho entusiasmo el cultivo de palma”. En Colombia, el modelo adoptado para la producción de la palma es el empresarial, según el cual el capital privado se encarga

la extracción maderera y la actividad ganadera, todo ello articulado en el contexto de los tratados de libre comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA) y el Plan Puebla-Panamá.

Lo anterior ha provocado grandes afectaciones a la población civil por parte de distintos grupos armados (legales e ilegales), que han buscado continuamente controlar esta zona con el objeto de ampliar su poderío económico y su posición geoestratégica.

Desde 1996, las comunidades del norte chocoano fueron afectadas por una estrategia contrainsurgente de tipo paramilitar. En 1997, una incursión paramilitar y la “Operación Génesis” comandada por el General RITO ALEJO DEL RÍO⁹ (capturado el jueves 4 de septiembre de 2008 por sus actuaciones como comandante de la XVII Brigada del Ejército entre los años 1995 y 1997: “asesinatos, desplazamientos forzados y despojo de tierras y propiedades aparecen en el nuevo expediente de la Fiscalía que enreda al polémico

de la producción y/o del procesamiento y comercialización. Debido a la baja elasticidad de la demanda de este tipo de cultivo, las ganancias se deben al aumento de la superficie cultivada; así, según diversos estudios, éste solo se hace rentable con la puesta en producción de 10.000 a 25.000 hectáreas. Ello alimenta la lógica latifundista que ha regido por años la tierra en Colombia. Esto contiene un agravante ecológico ya que, según el Instituto Alexander Von Humboldt, “la palma no se integra en el ambiente existente, lo reemplaza en el suyo, lo que quiere decir que destruye las especies de fauna y flora que no son compatibles con ella y las transforma. Los suelos cambian sus características empobreciéndose y la capacidad agronómica de estos se pierde. Grupo Semillas, ¿La redención o el infierno para el Chocó biogeográfico? Palma africana en los territorios de las comunidades negras de Jiguamiandó y Curbaradó, Chocó”. En [<http://www.semillas.org.co/articulos.htm?x=868366&cmd%5B111%5D=C-1-24>]. A lo anterior se suma el que los empresarios palmicultores, han recibido incentivos económicos y tributarios del Estado, con créditos del Banco Agrario por \$10.957 millones y recursos del Plan Colombia por más de US\$700.000 (Quevedo, 2006).

- 9 Documentado ampliamente entre muchos, en Centro de Investigación y Educación Popular – CINEP– (s.f.), *Revista Semana* (15 de mayo de 2007) y Comisión Intereclesial de Justicia y Paz (16 de marzo de 2004).

general. En especial, se le investiga por el homicidio del campesino MARINO LÓPEZ MENA asesinado en 1997, en Riosucio, Chocó, por las autodefensas, quienes cercenaron su cuerpo y jugaron con su cabeza”¹⁰). Dicha operación fue adelantada por la Brigada xvii del Ejército¹¹ y dejó más de 7.000 personas desplazadas: entre ellas, unas 3.500, aproximadamente, habitaban en la cuenca del Cacarica y las demás en las cuencas de Salaquí, Domingodó, Truandó, Curbaradó, Jiguamiandó, entre otras¹².

-
- 10 *El Tiempo* (2008-09-04), *Revista Semana* [http://semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=107400], *El Colombiano*, DHCOLOMBIA [<http://www.dhcolombia.info/spip.php?article631>], *El Espectador* [<http://www.elespectador.com/impreso/judicial/articuloimpreso-el-uraba-de-rito-alejo-del-rio>].
- 11 Durante 4 días, del 24 al 27 de febrero de 1997, los habitantes de esta región del país soportaron el embate por tierra y agua de la Brigada xvii, y de efectivos armados de “civiles”. *En febrero de 1997, la Fuerza Aérea Colombiana junto con tropas de la Decimoséptima Brigada del Ejército dio inicio a la “Operación Génesis”, con el fin de atacar al Frente 7 de las FARC que hacía presencia en la zona. Según testimonios de los pobladores de la región, en este operativo fueron bombardeadas las comunidades de Caño Seco, Tamboral y Arenales, en la cuenca del río Salaquí, lo que causó el desplazamiento de aproximadamente quince mil campesinos de las cuencas de los ríos Cacarica, Jiguamiandó, Curbaradó, Domingodó, Truandó y Salaquí, entre otros, hacia el corregimiento de Pavarandó en el municipio de Mutatá, departamento de Antioquia, y hacia las cabeceras municipales de Riosucio y Turbo. Algunas familias incluso llegaron a Cartagena”. Defensoría del Pueblo. Resolución Defensorial 025 Sobre Violaciones Masivas de Derechos Humanos y Desplazamiento Forzado en la región del Bajo Atrato Chocoano. Octubre de 2002, Consideración C, Situación General, punto 16.*
- 12 Cfr Tribunal Permanente de los Pueblos, Audiencia sobre Biodiversidad y Crímenes de Lesa Humanidad, 25 y 26 de febrero de 2007, sobre la Operación Génesis advierte que es la causante “del desplazamiento forzoso de más de 2.500 afrocolombianos y mestizos y una tercera parte de los pueblos indígenas de la región (...) en la que fue evidente la connivencia con los paramilitares de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (hoy Bloque Elmer Cárdenas) en la que se perpetraron ametrallamientos contra la población, incendios a sus bienes y cosechas, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos. Al Estado Colombiano se le atribuyó responsabilidad por su acción y omisión en los crímenes de lesa humanidad, genocidio y terrorismo, en todas las manifestaciones que se anotaron cometidos por miembros de la Brigada xvii del Ejército Nacional en colaboración con los grupos paramilitares que se encuentran en la zona así como por mantener en la impunidad cada uno de los delitos cometidos contra las víctimas y por no investigar, juzgar y sancionar en debida forma, a los miembros de la fuerza pública y a los paramilitares que actúan en connivencia”.

Durante 4 años, estas comunidades permanecieron desplazadas, en su mayoría, en Turbo –Antioquia– y en territorio panameño, desde donde exigieron continuamente sus derechos a la titulación colectiva de los territorios, asentamientos, protección, desarrollo comunitario, justicia y reparación para el retorno con dignidad a sus territorios.

Desde el inicio del retorno de las comunidades por etapas, entre el 2000¹³ y el 2001, las acciones de control y de represión de tipo paramilitar se incrementaron¹⁴. En esos años persistió una dinámica de deforestación¹⁵, y una ofensiva paramilitar con ocasión del reconocimiento

- 13 En medio de tomas armadas (por ejemplo la del municipio de Riosucio, en la cual militares y paramilitares actuando conjuntamente, juzgaron a campesinos, colgándolos de árboles y descuartizándolos hasta decapitarlos), saqueos (en el asentamiento de Bijao, saquearon casas, y arrojaron motores, plantas eléctricas y electrodomésticos al río), desplazamientos (como el de miles de habitantes a Panamá en el año 1997), asesinatos (tal como el del 20 de febrero de 1998 en el que en la Esmeralda y Apartadó, el ejército retuvo a más de 60 campesinos, que irían a parar a una fosa común), retenes, ultrajes, agresiones, torturas, violaciones. Ello desconociendo, además, que, a través de la Ley 70 del 93, las familias de los Consejos Comunitarios asociados en CAVIDA, se hicieron beneficiarias de la titulación colectiva desde 1999. Todo lo anterior Justicia Y Paz & Banco de Datos del Cinep [<http://nocheyniebla.revolt.org/palmayddhh/03violaciones.pdf>].
- 14 Al control en Turbo y el retén en Tumaradó (1999-2003), según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “desde el año 2001, la empresa Urapalma S.A. ha promovido la siembra de palma aceitera en aproximadamente 1.500 hectáreas de la zona del territorio colectivo de estas comunidades, con ayuda de la protección armada perimetral y concéntrica de la Brigada XVII del Ejército y de civiles armados”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de marzo de 2003, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia, caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó” en [http://www.corteidh.or.cr/serieepdf/JiguCurva_se_01.pdf]. Cfr. Comisión Interceslial de Justicia y Paz [<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cacarica1.html>].
- 15 La Procuraduría inició proceso disciplinario contra la junta directiva de CODECHOCO, autoridad ambiental del orden regional, por su complicidad con la empresa Maderas del Darién S.A., ante el otorgamiento irregular de permisos, que terminó en 2003 con un fallo mediante el cual se halló responsable a la junta directiva del ente ambiental (Comisión Interceslial de Justicia y Paz, septiembre 4 de 2003).

de sus territorios colectivos (que dejan 14 comunidades desplazadas, asesinatos y desapariciones). Esto ocasiona que en el 2004¹⁶, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– (2005) informe que 21.142 hectáreas de los territorios colectivos de las comunidades de Jiguamiandó y Curbaradó “están afectadas por los cultivos de palma aceitera y en menor grado por la ganadería”, mientras que, en el territorio de Curbaradó, hay 3.636 Has. con palma africana. Concluyendo que “esta situación en la práctica representa para la región del Jiguamiandó y el Curbaradó, una contrarreforma agraria”¹⁷.

En 2002, bajo el gobierno URIBE VÉLEZ, se intensificaron las presiones militares y paramilitares, y las persecuciones continuaron¹⁸. En ese reconocimiento, la Comisión Intera-

- 16 Año durante el cual, en varias ocasiones, las unidades militares violaron los lugares de vida de la comunidad debidamente demarcados (05, 07, 12 y 31 del 12-03; 01-01-04) acusaron infundadamente a integrantes de CAVIDA de ser guerrilleros (01 y 24 del 01-04), amenazaron e intimidaron a pobladores afrodescendientes adultos acusándolos de ser guerrilleros (20 y 23 del 01-04), produjeron daños en bienes de supervivencia (20-01-04), rodearon todo el lugar humanitario con efectivos armados, intimidaron y amenazaron a los pobladores (22 y 24 del 01-04). A raíz del hostigamiento, intimidación y amenaza permanente de destrucción de la Malla de la Vida, los pobladores de CAVIDA decidieron retirarse del proceso de concertación y debieron desplazarse, ante el aumento del temor por toda la acción en la Zona Humanitaria de “Nueva Vida” (17, 18, 19 y 20 del 04-04). (Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, enero 26 de 2003).
- 17 Así, además, la estrategia utilizada por las empresas para acceder a la tierra ha sido la compraventa de mejoras a personas particulares, que dicen tener ocupación de los territorios antes de ser declarados como colectivos o a miembros individuales de los Consejos Comunitarios. A la fecha de la comisión, se habían celebrado 203 contratos (14.881 has), a pesar de carecer de toda validez jurídica de acuerdo a la Ley 70 del 93 (Arts. 7 y 15) (INCODER, *Comisión de Verificación a las cuencas del Jiguamiandó y Curbaradó adelantada del 25 de octubre al 1 de noviembre de 2004*).
- 18 El asesinato de RAMIRO VÁSQUEZ, la detención arbitraria de un coordinador de la comunidad, las torturas de tres integrantes de CAVIDA, intimidaciones y amenazas en Turbo a integrantes de la comunidad, la desaparición forzosa de Edwin Salazar, el saqueo y robo de los bienes y alimentos de los hogares infantiles comunitarios (abril), los cortes ilegales de madera protegidos por los “civiles armados” dentro del Territorio Colectivo, la detención de los

americana de Derechos Humanos decreta medidas cautelares con el fin de preservar la vida e integridad personal de los miembros de las Comunidades. Sin embargo, la Comisión ha continuado recibiendo información atinente a las constantes incursiones armadas en los territorios de las comunidades protegidas¹⁹. Todo lo cual se agrava en las constantes violaciones de derechos humanos que circundan a estas comunidades²⁰.

En medio de esta bacanal de muerte, el 7 de febrero la CIDH solicitó al Estado adoptar ciertas medidas específicas

participantes internacionales en el Encuentro Internacional sobre Justicia (noviembre), la movilización de “civiles armados” vestidos de camuflado por el río Atrato y el control permanente sobre los puntos de acceso a la comunidad en Tumaradó, Puente América, La Honda, además de los sobrevuelos frecuentes sobre las Zonas Humanitarias. El 16 de octubre de 2002, aproximadamente 160 hombres vestidos con prendas militares y brazaletes de las AUC ingresaron al resguardo indígena de Uradá, donde amenazaron a la comunidad indígena en los siguientes términos: “ustedes se unen a nosotros o se van de aquí. La próxima entrada es hacia las comunidades de Puerto Lleras y Pueblo Nuevo, de allí vamos a barrer a esas comunidades o se unen a nosotros o se van, tienen que sembrar palma y coca o están con nosotros o se van” (CIDH [<http://www.cidh.org/medidas/2002.sp.htm>]).

19 Por ejemplo, en Comunicado de Prensa n.º 15/03, el Profesor ROBERT K. GOLDMAN, Relator de la CIDH, finalizando visita de trabajo a la República de Colombia, constató en los márgenes del río Cacarica que la comunidad afrodescendiente, reasentada en territorio titulado colectivamente, sigue siendo víctima de asesinatos, torturas, actos de violencia e intimidación perpetrados contra miembros de la comunidad por parte de grupos paramilitares que operan en la zona, a pesar de la presencia de la Brigada XVII del Ejército. “El Relator de la CIDH notó con preocupación las consistentes denuncias sobre agresiones por parte de grupos paramilitares, alegadamente perpetradas con la aquiescencia y colaboración de la fuerza pública que opera en la región. Asimismo, recibió información sobre el fenómeno de la deforestación del territorio colectivo y sobre los actos de hostigamiento destinados a forzar a algunas de estas comunidades a plegarse a la siembra de palma africana como clásico preludeo a la introducción de cultivos de uso ilícito. Asimismo resaltó la vital importancia de la labor de acompañamiento que las Brigadas Internacionales de Paz han llevado a cabo a favor de las comunidades afrodescendientes del Chocó y el positivo efecto que ha tenido en su protección”.

20 En el 2003, hubo diversas violaciones documentadas en Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte de 6 de marzo de 2003.

con el fin de “aliviar la situación de los beneficiarios”. La Corte Interamericana (Resolución del 6 marzo de 2003), a su turno, observando las características especiales del caso, consideró necesaria la protección a través de medidas provisionales de todos los miembros de las comunidades, resolviendo requerir al Estado a que adopte las medidas necesarias para proteger a los miembros de las comunidades del Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, además de investigar los hechos que motivaron la adopción de las medidas provisionales, y otorgar una protección especial a las denominadas “zonas humanitarias de refugio”.

La persistencia y agravación de las violaciones, hostigamientos, y persecuciones durante los años subsiguientes, han servido de referencia a las Resoluciones de 17 de noviembre de 2004 y de 15 de marzo de 2005²¹ de la Corte Interamericana, que en Resolución del 7 de febrero de 2006, ante la gravedad de la situación de los miembros de las Comunidades, reiteró el requerimiento al Estado a que adopte, en forma inmediata y efectiva, todas las medidas

21 Resoluciones en las que se requirió al Estado de Colombia mantuviera las medidas adoptadas y dispusiera, en forma inmediata, las medidas que fueran necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad personal de todos los miembros del Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó. Todas ellas incumplidas sistemáticamente, así, por ejemplo, como consta en escrito radicado ante la Comisión Interamericana el 4 de abril de 2005, por la Comisión Intereclesial Justicia y Paz, representante de los beneficiarios de las medidas provisionales, se informa sobre la desaparición de Johana López, Mónica Suárez, Enrique Chimonja, Fabio Ariza y Edwin Mosquera, quienes se desempeñaban como miembros de dicha Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, y quienes eran beneficiarios de medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana. De la misma forma, en octubre de 2005, se presentaron diversas incursiones en las zonas humanitarias por parte de miembros del ejército acompañados de “civiles armados”, quienes procedieron al robo de ganado y a la destrucción de demarcaciones (Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) y la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) [<http://omct.org/pdf.php?lang=es&articleId=5353&type=print&PHPSESSID=a4b39ce213db6414b3f29bdca7c75ec7j>]).

necesarias para asegurar el pleno ejercicio de sus derechos a la vida y a la integridad²².

De allí se infiere entonces que la protección judicial que han tenido las comunidades ha sido vía mecanismos internacionales, lo que denota el abandono institucional nacional, el desconocimiento de facto por parte de Colombia como Estado de los diferentes instrumentos de Derechos Humanos internacionales y la importancia del acompañamiento de organizaciones de derechos humanos.

Adicionalmente, cabe anotar que estos pronunciamientos, si bien han producido una protección para las comunidades, no han sido cumplidos a cabalidad por el Estado.

En síntesis, de los mencionados hechos vulneratorios de los Derechos Humanos, se extraen como formas de represión: la apropiación de territorios y desterritorialización, las incursiones militares y hostigamientos (muertes, torturas y toda clase de vejaciones), la impunidad (procesos fachada adelantados en instancias nacionales que legitiman la actuación estatal en lo internacional, leyes de alternatividad penal como la de Justicia y Paz), la judicialización de las víctimas (se inventan procesos para apresar a los miembros de las comunidades y sus líderes), la expedición de leyes (en forma de legislaciones que buscan mermar la situación de comunidades campesinas²³), la formulación de políti-

22 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de febrero de 2006, *Medidas Provisionales Respecto de la República de Colombia. Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*.

23 Ejemplo de ello es la Ley 1152 de 2007 "Estatuto de Desarrollo Rural", impulsado por el gobierno Uribe Vélez y, en especial, por su Ministro de Agricultura. Esta reglamentación omite áreas de vital importancia, como la soberanía alimentaria, y adopta medidas que han sido criticadas como favorecedoras del latifundismo que, en Colombia, está en manos del narcotráfico. El propio Procurador General de la Nación señaló a su turno que: "Pareciera que el principal objetivo del proyecto fuese legitimar los cultivos de palma en territorios de los Consejos Comunitarios de Jiguamiandó, Curbaradó y Alto Mira y Frontera (Chocó), desarrollados sin el consentimiento de sus autoridades legítimas en el marco de sistemáticas y recurrentes violaciones a los derechos humanos que, además,

cas públicas y proyectos de ley gubernamentales (como las alianzas estratégicas entre palmeros y asociaciones de campesinos, indígenas y afros, recomendadas por el Banco Mundial).

Se puede apreciar aquí, entonces, la combinación de una serie de formas de control social en torno a un sector poblacional tradicionalmente marginado. Los intereses económicos solo comparables en su magnitud a la debilidad de la comunidad afrocolombiana, especialmente la ubicada en la región del Chocó colombiano, muestran como los controles formales e informales se mezclan en formas legales, ilegales y mixtas para vulnerar los derechos de estos pobladores.

Desde la reconstrucción de la verdad histórica de los afrodescendientes del noroccidente chocono, se extrae que las políticas de seguridad han significado “asumir como correlato la realidad de sistemáticas violaciones de derechos humanos, su articulación con proyectos económicos incentivados en la lógica del mercado mundial, el desarrollo de un conflicto armado interno que expresa intereses sociales contradictorios, pero sobre todo el profundizar en las iniciativas de las víctimas, que se constituyen en sujetos de derecho, en sujetos de existencia, más allá de las formalidades jurídicas” (PÉREZ DE ARMIÑO et al, 2006: 111).

Ante ello, los habitantes de las Comunidades Humanitarias han hecho valerosa y pacífica resistencia en afirmación integral de sus derechos a la vida, identidad cultural y al territorio, todo ello buscando respeto por parte de los actores armados en conflicto, así como el sostenimiento ecológico de su entorno, y el respeto a su autodeterminación, vida y dignidad.

han propiciado las amenazas y asesinatos contra quienes se oponen a su cultivo” (Procuraduría General de la Nación, 2006).

La lógica víctima, entonces, encaja en un estado de cosas que marginaliza culturalmente al diferente y refuerza la bondad simbólica del similar. De allí que los grupos humanos tradicionalmente relegados sean y hayan sido parte de una segregación cultural que les hace participantes de una conformación de violencia que no se presenta únicamente en hechos concretos delictivos, sino que encaja en un armazón de poder. De allí que el trabajo de victimología social debe abarcar el de las ideologías del control social para comprender la problemática desde un enfoque de solución: solo se puede auscultar la salida a la repetitiva lógica de muerte, buscando las lógicas de poder que subyacen en la realidad colombiana y que, cada vez más, se alejan de la abstracción del derecho formal.

Así, en suma, las zonas humanitarias contienen una esperanza: la de la propuesta pacífica por parte de las víctimas, pero, al mismo tiempo, contienen la desesperanza del cerco cultural que se levanta en torno a la autodeterminación de los pueblos por parte de una lógica de poder hegemónica.

BIBLIOGRAFÍA

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR –CINEP– (s.f.). *“Deuda con la humanidad. Paramilitarismo de Estado en Colombia 1988 - 2003. El General Rito Alejo Del Río: baluarte del paramilitarismo bajo el blindaje de la impunidad”*

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS Y COMISIÓN INTERECLESIAL DE JUSTICIA Y PAZ (s.f.). *Zonas Humanitarias y Zonas de Biodiversidad: espacios de dignidad para la población desplazada en Colombia*. Bogotá.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH (2002). en [<http://www.cidh.org/medidas/2002.sp.htm>].

COMISIÓN INTERECLESIAL DE JUSTICIA Y PAZ (2003). "Familias del Cacarica buscan refugio en Panamá ante ataque paramilitar", en. [<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cacarica1.html>]. Bogotá, febrero 14 del 2003.

COMISIÓN INTERECLESIAL DE JUSTICIA Y PAZ & BANCO DE DATOS DEL CINEP. "La Tramoya. Derechos Humanos y Palma Aceitera. Violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho humanitario", en [<http://nocheyniebla.revolt.org/palmayddhh/03violaciones.pdf>].

COMISIÓN INTERECLESIAL DE JUSTICIA Y PAZ. *Proceso disciplinario contra varios funcionarios de CODECHOCO*. Bogotá, D.C., septiembre 4 de 2003.

COMISIÓN INTERECLESIAL DE JUSTICIA Y PAZ. *Unidades del Ejército insultan y se burlan de un Obispo norteamericano e intimidan la Casa Misionera y el Centro de Salud*. Bogotá, D.C enero 26 de 2003. En, [<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cacarica4.html>]

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-991/00. M. P. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Santafé de Bogotá, D.C., 2 de agosto de 2000.

—. Sentencia T-955/03. M. P. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Bogotá, D.C., 17 de octubre de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006). *Medidas provisionales respecto de la República de Colombia. Caso de las comunidades de Jiguamiandó y del Curbaradó*. 7 de febrero de 2006.

—. (2005). *Resolución del 15 de marzo de 2005 sobre las medidas provisionales respecto de la República de Colombia. Caso de las comunidades de Jiguamiandó y del Curbaradó*.

DHCOLOMBIA (s.f.). "Algunos crímenes de Rito Alejo del Río" [<http://www.dhcolombia.info/spip.php?article631>].

El Colombiano (2008). “Será reabierto caso contra Rito Alejo del Río” [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/C/cf_reabren_caso_de_rito_alejo_del_rio_lcg_29092008/cf_reabren_caso_de_rito_alejo_del_rio_lcg_29092008.asp].

El Espectador. “El Urabá de Rito Alejo del Río” [<http://www.elespectador.com/impreso/judicial/articuloimpreso-el-uraba-de-rito-alejo-del-rio>].

El Tiempo. “Capturado general retirado Rito Alejo del Río; deberá responder por homicidio y paramilitarismo”. [http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-09-04/capturado-general-retirado-rito-alejo-del-rio-debera-responder-por-homicidio-y-paramilitarismo_4501074-1].

GRUPO SEMILLAS. ¿La redención o el infierno para el Chocó biogeográfico? Palma africana en los territorios de las comunidades negras de Jiguaminadó y Curbaradó, Chocó. [<http://www.semillas.org.co/articulos.htm?x=868366&cmd%5B111%5D=C-1-24>].

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL, INCODER (2005). *Los cultivos de palma de aceite en los territorios colectivos de las comunidades negras de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó, en el Departamento del Chocó*. Bogotá, 15 de marzo de 2005.

—. *Comisión de Verificación a las cuencas del Jiguamiandó y Curvaradó adelantada del 25 de octubre al 1 de noviembre de 2004*. En [http://es.geocities.com/archivo_cijp/incoder.doc].

MONDRAGÓN, HÉCTOR (2006). “Proyecto de ley 30. Desarrollo rural en Colombia y comunidades indígenas”, en *Actualidad Étnica*. Bogotá, agosto 11 de 2006. En [<http://www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid=3911>]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA (OMCT) Y LA FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (FIDH) (2005). “Acción Urgente. Colombia: Desapariciones y amenazas en contra de

miembros de Justicia y Paz". COL 005 / 0405 / OBS 021. 4 de abril de 2005, en [<http://omct.org/pdf.php?lang=es&articleId=5353&type=print&PHPSESSID=a4b39ce213db6414b3f29bdca7c75ec7>].

PÉREZ DE ARMIÑO, KARLOS; JOAQUÍN HERRERA FLORES; FRANÇOIS HOUTART; GERMÁN GUTIÉRREZ; MOHAMED AHMED LAABEID; RAFAEL ESCUDERO ALDAY; DANILO RUEDA; MARGARITA FLÓREZ ALONSO; CARLOS ALBERTO RUIZ (2006). *De los derechos y la seguridad humana, de tod@s o de nadie*. PTM-Mundubat. Bilbao: España.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2006). *Observaciones al Proyecto de Ley sobre Desarrollo Rural*. Bogotá. Octubre de 2006.

QUEVEDO, NORBEY (2006). *El Espectador*, 3 de septiembre de 2006.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. CÁTEDRA UNESCO (2007). *Derechos Humanos y Violencia: Gobierno y Gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Revista Semana, 15 de mayo de 2007. "Colombia: Mancuso dice que los Generales Rito Alejo del Río, Martín Carreño e Iván Ramírez ayudaron a expandir el 'paramilitarismo'" [http://semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=103661], en Comisión Intereclesial de Justicia y Paz. (2004). *Informe sobre la preclusión de la causa del General Rito Alejo*. Bogotá, 16 de marzo de 2004.

Revista Semana. "El general Rito Alejo del Río vuelve a ser señalado como estrecho colaborador de los paramilitares". [http://semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=107400].

RUIZ, CARLOS ALBERTO (s.f.). *Opciones y obsesiones de la 'seguridad humana' en la encrucijada neoliberal*.

TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS (2007). Audiencia sobre Biodiversidad y Crímenes de Lesa Humanidad. Bogotá, 25 y

26 de febrero de 2007. En [http://www.wrm.org.uy/países/Colombia/Audiencia_Biodiversidad.pdf].

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. CÁTEDRA UNESCO (2007).
Derechos Humanos y Violencia: Gobierno y Gobernanza.
*El desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los
Derechos Humanos*. Bogotá. Noviembre de 2007.

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN, PRESUPUESTO
FUNDAMENTAL PARA LA GARANTÍA EFECTIVA
DE LOS DERECHOS A LA VERDAD,
A LA JUSTICIA Y A LA REPARACIÓN

Nury Salcedo Poveda

Resumen

[Palabras clave: Víctima, Derechos Humanos, Proceso Penal, Derecho a la Información, Verdad, Justicia, Reparación, Sistema Acusatorio, Justicia y Paz]

El proceso penal es el escenario por excelencia en el que confluyen las expectativas de las víctimas de delitos de que sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación sean satisfechos. Para que la víctima pueda participar activa y eficazmente en el proceso penal, resulta fundamental que reciba información sobre varios aspectos que resultan trascendentales a la hora de ejercer y hacer efectivos sus derechos.

Recibir información es una necesidad inmediata que tiene la víctima desde el instante que sus derechos han sido vulnerados, y esto ha sido reconocido por diversos instrumentos internacionales como un derecho y a su vez un deber correlativo del Estado de proporcionarla.

El trato que la víctima recibe en el momento que entra en contacto con las autoridades resulta fundamental para referirnos a un proceso comunicativo en el que se emita

una adecuada información, esta última como consecuencia directa de la respuesta institucional que se da ante las necesidades de la víctima.

Un verdadero reconocimiento de la dignidad de la víctima y del derecho de ésta de acceder a la justicia requiere que el Estado proporcione los medios y mecanismos para suplir esa necesidad de información, de tal suerte que la víctima pueda adquirir y construir el conocimiento que requiere para realizar una verdadera y eficaz participación que garantice la protección de sus intereses, los cuales se hacen de mayor entidad cuando se está ante una víctima de violaciones de derechos humanos.

Colombia, desde mediados del siglo xx, viene padeciendo las devastadoras consecuencias del conflicto armado, el cual es un escenario propicio para múltiples violaciones de derechos humanos y violaciones al Derecho Internacional Humanitario, frente a lo que no ha existido una respuesta eficaz del Estado colombiano, tal como lo evidencian las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se ha declarado responsable internacionalmente a Colombia al verificar el incumplimiento de las obligaciones de prevenir actos que atentan contra los derechos humanos, garantizar el pleno ejercicio y goce de los mismos e investigar, sancionar y reparar a las víctimas por violaciones flagrantes de derechos humanos, principalmente. La eficacia de esto, según se ha planteado en diferentes instancias internacionales, depende en gran medida de garantizar a las víctimas el acceso a la justicia.

El proceso penal es el espacio por antonomasia en el que los Estados garantizan el cumplimiento de su obligación de investigar, sancionar y reparar a las víctimas, por lo que surge para el Estado el deber de proporcionar los recursos necesarios (jurídicos, logísticos, etc.) para que la víctima pueda participar activamente en el proceso penal. Con el fin de que dicha participación sea lo suficientemente eficaz,

resulta fundamental que a la víctima se le proporcione información sobre varios aspectos que resultan trascendentales a la hora de ejercer y hacer efectivos los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder establece la necesidad de informar a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información.

En un sentido similar, pero con un contenido más específico, el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, profirido en el ámbito del Consejo de la Unión Europea el 15 de marzo de 2001, reconoce el acceso a la información como un derecho de las víctimas y su garantía como un deber del Estado, en los siguientes términos:

Artículo 4 Derecho a Recibir Información:

1. Los Estados miembros garantizarán que la víctima tenga acceso, en particular desde el primer contacto con las autoridades policiales, por los medios que consideren adecuados y, cuando sea posible, en lenguas de comprensión general, a la información pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información incluirá, como mínimo:

- a) el tipo de servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo;
- b) el tipo de apoyo que puede recibir;
- c) el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia;
- d) las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquéllas;

e) el modo y las condiciones en que podrá obtener protección;

f) la medida y las condiciones en que puede acceder a:

i) asesoramiento jurídico, o

ii) asistencia jurídica gratuita, o

iii) cualquier otro tipo de asesoramiento, siempre que, en los casos contemplados en los incisos i) y ii), la víctima tenga derecho a ello;

g) los requisitos para tener derecho a una indemnización;

h) si reside en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de sus derechos que puede utilizar.

2. Los Estados miembros garantizarán que la víctima que lo solicite sea informada:

a) del curso dado a su denuncia;

b) de los elementos pertinentes que le permitan, en caso de enjuiciamiento, seguir el desarrollo del proceso penal relativo al inculpado por los hechos que la afectan, salvo en casos excepcionales en que el correcto desarrollo de la causa pueda verse afectado;

c) de la sentencia del tribunal.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar, al menos en el caso de que pueda existir un riesgo para la víctima, que en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada por la infracción, se pueda decidir, en caso necesario, informar de ello a la víctima".

Artículo 5 Garantías de comunicación:

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para reducir cuanto sea posible las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión y a la participación de la víctima en las fases importantes del proceso penal, cuando ésta sea testigo o parte en las actuaciones, en términos comparables a los aplicables.

El derecho a la información es consecuencia directa del derecho de acceso a la justicia y, a recibir un trato digno, como bien lo ha señalado el autor MAURICIO DUCE (2005): “Para que la participación de la víctima en el proceso adquiera algún sentido resulta indispensable que ésta esté debidamente informada de las decisiones más importantes que se producen en su caso y de los derechos y posibilidades de intervención que tiene durante su desarrollo”. Recibir información es una necesidad inmediata que tiene la víctima desde el instante que sus derechos han sido vulnerados. En un primer momento requerirá información acerca de lo que debe hacer, a dónde debe acudir, cuáles son sus derechos, cómo los puede hacer efectivos, entre otros. Una vez puesto en marcha el aparato judicial, demandará información sobre el curso del proceso, sobre cómo puede actuar de manera activa para el esclarecimiento de los hechos, la sanción de los autores y su eventual reparación.

En el ordenamiento jurídico colombiano, principalmente en las leyes 906 de 2004 y 975 de 2005, se encuentra consagrada la garantía de acceso a la información; en la primera se establece que la víctima tiene derecho a recibir información desde el primer contacto con las autoridades, el cual, según lo ha manifestado la Corte Constitucional, “se proyecta en dos ámbitos: (i) información acerca de los derechos que el orden jurídico establece para garantizar sus intereses en el proceso penal, y (ii) acceso a la información acerca de las circunstancias en que se cometió el delito, que forma parte

del derecho “a saber”, el cual se materializa con la posibilidad de acceso al expediente o a las diligencias, desde sus primeros desarrollos”¹.

El derecho a recibir información no se condiciona a la intervención en el sentido que consagra el artículo 340 de la Ley 906 de 2004, es decir a la audiencia de formulación de acusación, que es el momento cuando, según el código, se determina la calidad de víctima, sino desde el primer contacto con las autoridades, toda vez que exigir ello sería truncar el acceso a la justicia a que tiene derecho la víctima², ya que la etapa de investigación es de gran importancia en el esclarecimiento de los hechos, porque allí se recaudan elementos materiales probatorios que resultan trascendentes en el momento de formular imputación y posterior acusación con miras a adelantar todo un juicio en el que se pueda determinar la responsabilidad penal del acusado; lo que resulta de gran interés para la víctima ya que en virtud de la interconexión e interdependencia que existe entre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, estos eventos resultan compatibles³.

En un sentido análogo a lo establecido en la Ley 906 de 2004, el derecho a obtener información se encuentra consagrado en la Ley 975 de 2005. Al respecto el artículo 37 consagra:

El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

37.1 Recibir durante todo el procedimiento un trato humano digno.

1 Corte Constitucional, Sentencia C - 454 de 2006.

2 Ídem.

3 Ídem.

37.5 A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses; y conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas.

37.6 A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal y a interponer los recursos cuando ello hubiere lugar.

De lo anterior, se desprende que acceder a la información es un derecho que le ha sido reconocido a la víctima en los ámbitos nacional e internacional. Este derecho resulta de vital importancia para la víctima, ya que además de tener que soportar el daño que como consecuencia de un hecho punible se le ha infligido, a ello se le suma la carga de tenerse que enfrentar ante “una maraña jurídica muy compleja que raya con lo que es la vida normal”⁴. Como resulta apenas lógico, del derecho de la víctima a obtener información se deriva un deber correlativo del Estado de proporcionarla.

En Colombia son diversas las instituciones encargadas de atender y asesorar a víctimas de violaciones de derechos humanos. La Ley 975 ha previsto todo un andamiaje institucional encaminado a garantizar un efectivo goce de los derechos de las víctimas; así pues, la víctima tiene derecho a acudir a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación – CNRR –, a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, para que estas instituciones presten la asesoría y orientación correspondiente que garantice la protección efectiva de sus intereses. No obstante, todas estas instituciones, salvo la CNRR, que fue creada con la Ley 975, ya tenían asignada esta función. Si bien instituciones

4 Entrevista al Dr. MANUEL PÉREZ.

como las mencionadas han creado unidades especiales para la atención de víctimas de “Justicia y Paz”, ello no quiere decir que no tengan adicionalmente la función de atender al resto de las víctimas de violaciones de derechos humanos que tengan que tramitar sus procesos por la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004; la única de estas instituciones que es de exclusiva aplicación de la Ley de “Justicia y Paz” es la CNRR; éstas son, entonces, las instituciones que junto con las Inspecciones de Policía y las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía General, están encargadas de interlocutar con la víctima y proveerle toda la información necesaria, principalmente en lo que tiene que ver con sus derechos, los mecanismos idóneos para hacerlos efectivos, y cuando ya existe un proceso penal en curso, información sobre el desarrollo y avance procesal e investigativo, junto con las implicaciones que dicho desarrollo tiene en sus intereses.

IMPORTANCIA PRÁCTICA QUE REVISTE EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACIÓN

El derecho de acceder a la información supone que entre las autoridades y la víctima surja un proceso comunicativo, entendiéndolo éste como un proceso de interacción social por medio de mensajes (FISKE, 1984), el cual resulta fundamental a la hora de establecer una verdadera satisfacción a la garantía del derecho a obtener información que trasciende del contenido normativo enunciado.

La comunicación humana se da de dos modos: como una *comunicación digital*, donde el mensaje se construye a través de un código cuyo significante y significado están preestablecidos. Pero también puede darse la *comunicación analógica*, entendida como toda comunicación no verbal, como los gestos, la distancia y movimiento corporal, el tono de la voz, entre otros. Estos modos de comunicación no se excluyen el uno del otro, sino que por el contrario,

se complementan entre sí construyendo la totalidad de un mensaje (WATZLAWICK, 1981: 61).

A través del mensaje, el emisor envía una cantidad de información la cual es recibida por el receptor con el fin de satisfacer incertidumbres. Dicha satisfacción está condicionada a las experiencias previas del receptor, según sostiene BERLYNE (1985: 302): “La cantidad de información de un mensaje no se puede estimar sin tener en cuenta al receptor y lo que sucede dentro de él”.

Partiendo de lo dicho antes, cuando las víctimas entran en contacto con las autoridades éstas últimas emiten un mensaje, al cual las primeras le cargan de significado influidas por su experiencia previa, mensaje que, como ya se mencionó, se construye en su totalidad no solo con palabras⁵.

El trato que la víctima recibe en el momento que entra en contacto con las autoridades resulta fundamental para referirnos a un proceso comunicativo en el que se emita una adecuada información. Sin intención de generalizar y caracterizar a las víctimas, sí es claro que éstas llegan a las autoridades con un drama preexistente, con expectativas y necesidades que requieren ser satisfechas de manera adecuada, pronta y eficaz, lo cual resulta trascendental en el proceso de construcción de confianza en el sistema judicial y sus operadores⁶. Así pues, si en el proceso comunicativo que entablan las víctimas y las autoridades, estas últimas no prestan una adecuada atención a las víctimas, en términos de cordialidad y respeto de su situación, desde una concepción de usuarias de un servicio público que el Estado está en la obligación de proporcionar, junto con un mensaje sobrecargado de tecnicismos jurídicos y una

5 Recordar los conceptos de comunicación digital y analógica.

6 NICOLÁS RENGIFO, víctima de una violación de derechos humanos, manifestó: “el común denominador de los funcionarios públicos, déspota, no nos interesa, conteste lo que se le pregunte únicamente”, lo cual denota el ambiente de desconfianza que reina en relación con el sistema judicial.

remisión constante entre instituciones sin ningún tipo de coordinación, ineludiblemente conlleva a una victimización secundaria. Ésta, como consecuencia directa de la respuesta institucional que se da ante las necesidades de la víctima. Basados nuevamente en lo desarrollado por BERLYNE, lo fundamental para buscar alguna medida cuantitativa de la información es considerar lo que el mensaje implica para el individuo que lo recibe, es decir, hay que preguntarse qué tanto lo afecta.

En entrevistas realizadas a víctimas y diversos expertos, todas coincidieron en que una adecuada o inadecuada atención a las víctimas depende en gran medida del funcionario con quien se entable el contacto directo; al respecto, una de ellas señaló:

Salvo algunas honrosas excepciones, porque hay funcionarios excelentes de la defensoría, hay individuos, hay personas y hay sectores del Estado, pero como política hay mucho descuido, (...) nosotros vemos con mucha preocupación las instituciones y el papel que han jugado, sin excluir que hay buenos funcionarios en algunas de esas instancias, pero el Estado integralmente no tiene una visión que pueda dar cuenta del problema y que tenga en cuenta también el punto de vista de la víctima⁷.

Ello resulta preocupante, porque la imagen, el concepto, confiabilidad y legitimidad que construyen las víctimas acerca del Estado y de sus instituciones están fuertemente influidos por el significado que ellas den al mensaje transmitido por los funcionarios que en su momento las atendieron, el cual, como ya se anotó, está compuesto con elementos de la comunicación digital y analógica. Sobre las experiencias que CONSUELO PEÑA ha tenido en el contacto con las autoridades, manifestó:

7 Entrevista a MARÍA RODRÍGUEZ.

Por ejemplo, cuando yo fui a la Defensoría, recién llegué a Bogotá, me atendió una muchacha muy grosera, ella me regañaba, ¡no llore! ¿para qué llora?, ¡hable bien, claro!, pero como eso fue recién me vine para Bogotá yo estaba miedosa, ahora no, a la que me regaña la mando a comer mierda, les digo que ojalá no les maten un hijo, pero como en ese tiempo yo estaba recién llegada, a mí me daba miedo, yo no decía nada, y yo no soportaba el llanto, si lloro ahora que ya hace tanto tiempo, imagínese en esos días y la vieja esa me decía que si iba a declarar o iba era a llorar? Y me hacía una pregunta y yo no le entendía; me decía: ¡oiga! ¿es que usted es sorda o qué? Aquí, aquí la gente es jodida⁸.

Las instituciones encargadas de la atención a las víctimas gozan de una mala reputación en cuanto a su eficiencia, toda vez que la mala calidad de la atención en el contacto que tienen las víctimas con las autoridades ha generado que la comunidad perciba que no existe un verdadero interés en sus necesidades. Como ya se ha enunciado, una de las principales necesidades de los seres humanos en general es la obtención de información, ya que con base en ella se construye el conocimiento, y ésta se adquiere en las relaciones que a diario se tienen: las relaciones entre el individuo y los otros integrantes de la sociedad, entre el individuo y la naturaleza, entre el individuo y las cosas, entre otras. Lo anterior permite afirmar que existen diferentes fuentes de información, tanto formales como informales, que satisfacen al individuo en esta necesidad, la cual apremia cuando la persona se enfrenta a algo desconocido, algo como el sistema judicial, la maraña jurídica que ya se enunció.

Un verdadero reconocimiento de la dignidad de la víctima, del derecho a un trato digno y del acceso a la justicia requiere que el Estado proporcione los medios y mecanismos para suplir esa necesidad de información, de tal suerte que

8 Entrevista a CONSUELO PEÑA.

la víctima pueda adquirir y construir el conocimiento que requiere para realizar una verdadera y eficaz participación que garantice la protección de sus intereses, los cuales se hacen de mayor entidad cuando se está ante una víctima de violaciones de derechos humanos .

¿SE ESTÁ GARANTIZANDO EL DERECHO DE LA VÍCTIMA
A OBTENER INFORMACIÓN EN LOS SISTEMAS PROCESALES
PENALES QUE SE ESTÁN APLICANDO EN COLOMBIA?

En el sistema acusatorio, pese a los esfuerzos realizados por la Corte Constitucional, el acceso a la información resulta algo ilusorio, no solo para la víctima sino también para su representante, pues como se mencionó antes, obtener o no información depende en gran medida del funcionario encargado. Al respecto, el doctor MANUEL PÉREZ, abogado defensor de derechos humanos, manifestó:

La víctima se encuentra con algo muy fuerte y con la supuesta reserva del sumario que eso no se entiende y más tratándose de un familiar, de un ser querido, que un fiscal le diga que no le puede informar, infórmese con su abogado, hay fiscales, hay funcionarios que tienen una actitud más humana, pero la media es que no se tiene.

(...)

No tengo un solo papel de la actuación, todo lo tiene la Fiscalía, lo tiene el juez, lo tiene el abogado defensor, pero a la víctima, a quien representa los intereses de las víctimas es prácticamente un papel muy triste, un papel como de maletero del fiscal, ni siquiera es un complemento todavía, (...) es más complicado para la víctima acceder a la información hoy día. Antes in-

cluso en las preliminares podía el abogado tomar copias del expediente, podía actuar, podía participar⁹.

Los fiscales no han asimilado su papel como garantes de los derechos de las víctimas, por el contrario, en muchas oportunidades pueden ver a la víctima como un obstáculo para no tramitar los casos en los que no tienen interés. Además, como se planteó en párrafos anteriores, tanto el funcionario como la víctima llegan con una experiencia previa que puede afectar o permitir una adecuada comunicación, lo que influye sustancialmente en la protección de los intereses de la víctima, toda vez que aspectos de diferente naturaleza pueden generar un conflicto de intereses, como lo señaló el abogado defensor de derechos humanos MANUEL PÉREZ:

Muchas veces puede haber incompatibilidades ideológicas muy fuertes entre el fiscal y la víctima, yo me pongo a pensar en un fiscal que en su estructura mental es de derecha, es uribista para ponerlo más concretamente y la víctima es una persona que fue un guerrillero muerto por fuera de combate, que fue capturado y ejecutado, no veo que el fiscal se pueda mover con mucha comodidad en una situación de estas, entonces dejar que un fiscal que ideológicamente es absolutamente distante de la víctima sea quien represente los intereses de la ella y sus familiares...¹⁰.

El tema de las víctimas en el sistema acusatorio fue una preocupación latente, que evidenció la Corporación Excelex en la Justicia en el informe que realizó en diciembre de 2006 sobre la implementación del sistema acusatorio. Allí se planteó que la víctima fue sometida a un abandono como consecuencia de la reducción de sus poderes y el alcance de su participación dentro del proceso penal, en relación

9 Entrevista al Dr. MANUEL PÉREZ.

10 Ídem.

con lo que ocurría en el sistema regulado en la Ley 600 de 2000. En efecto, el citado informe manifestó que: “en el sistema acusatorio las víctimas deben contar con el apoyo de la Fiscalía General de la Nación, institución a la que deben acudir para efectos de obtener y suministrar información y elementos de convicción útiles para la acusación, lo cual está siendo cuestionado porque se interpreta como un recorte a los derechos de las víctimas que antes podían participar sin esta intermediación como parte civil aún antes de la iniciación formal del proceso” (Corporación Excelencia en la Justicia, 2006).

Sin embargo, éste no es un problema exclusivo de Colombia, por el contrario resulta ser un problema regional. Así lo expresa el documento elaborado por Mauricio Duce y Cristián Riego para el Centro de Estudios de Justicia en las Américas –CEJA– (2005) sobre los Desafíos del Ministerio Público Fiscal¹¹ en América Latina. En él se plantea que una de las mayores debilidades de estas instituciones radica en las funciones que en materia de víctimas se le han atribuido en las reformas procesales penales con tendencia acusatoria de América, donde es general la “falta de programas concretos de intervención en favor de las víctimas, como por ejemplo el diseño y ejecución de programas de información especiales acerca de sus derechos, del estado de avance de los procesos en las que ellas intervienen o la carencia de sistemas de protección a las mismas frente a potenciales atentados que su participación en el proceso pudiera generar” (resaltado fuera del texto).

Y concluye que: (...) “en un escenario generalizado en el que hay falta de institucionalidad al interior del Ministerio Público para hacerse cargo de las víctimas, operativamente el vínculo con ellas queda en manos de cada uno de los fiscales que llevan sus casos (...) lo cual, genera muchos

11 Entiéndase como Ministerio Público la Fiscalía.

problemas para estandarizar niveles mínimos de calidad de servicio”.

Es evidente que el acceso a la información no se está garantizando en la práctica de la Ley 906 de 2004, principalmente en la etapa investigativa, cuando se deja a la discrecionalidad del fiscal a cargo proveer o no esa información, lo cual afecta directamente los intereses de la víctima, por la trascendencia que dicha etapa tiene en la búsqueda efectiva de los derechos a la verdad y la justicia, máxime cuando esta etapa no tiene un término de duración establecido, y se somete al criterio elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Plazo Razonable.

En cuanto a la aplicación de la Ley de “Justicia y Paz”, las instituciones a las que se les ha encargado la atención de las víctimas, son varias; además se han implementado diferentes mecanismos que pretenden difundir información sobre los derechos de las víctimas de los grupos paramilitares desmovilizados y el cómo hacerlos efectivos. Sin embargo, parece ser que resultan insuficientes ante la demanda existente y en muchos casos no resultan accesibles al conglomerado.

En este contexto de Justicia y Paz se está visibilizando mucho la idea de que la víctima sea sujeto de derecho y, sin embargo, como hay un marco legal muy restringido esa información o autoridades a las que pueden acceder dentro de ese marco legal que es la ley de Justicia y Paz es algo muy limitado, porque muchas víctimas están enteradas que son sujetos de derecho; sin embargo, lo que hay y la oferta que hay es insuficiente para sus demandas y de alguna manera se confunde la reparación con una indemnización económica, pero muchas víctimas desconocen sus derechos¹².

12 Entrevista a MARÍA RODRÍGUEZ.

Las instituciones han dispuesto líneas telefónicas de atención que nunca son contestadas y en el caso particular de la Defensoría del Pueblo, la única información que se puede obtener por este medio es la dirección de la sede de la Defensoría y, que a partir de las 6 de la mañana distribuyen 21 turnos, para atender únicamente, entre la población que requiere asesoría de esta institución en general¹³.

En internet se encuentra bastante información sobre los procedimientos para vincularse a los procesos de justicia y paz, al igual que la información sobre los desmovilizados, pero resulta cuestionable la eficacia de este medio si se tiene en cuenta que a junio de 2007 eran suscriptores de Internet 1.141.714 personas, según informe semestral de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (2007).

Es importante anotar que tener medios eficaces para difundir la información es uno de los elementos determinantes para asegurar una verdadera garantía del acceso a ésta; sin embargo, el tema no acaba allí: resulta necesario analizar el tipo y la calidad de información que se está emitiendo, y acompañar la difusión con un proceso de verificación del significado que se le está atribuyendo al mensaje por el receptor.

En la práctica, la mayoría de veces la información que se da, y esto resulta válido en los dos sistemas procesales a los que se ha hecho referencia, atiende a cumplir una mera formalidad, a una lectura rápida de los derechos de los que se es titular, pero no va más allá de eso, con lo cual no se está prestando una efectiva labor de asesoría¹⁴.

13 Este fue el resultado obtenido después de llamar a las líneas 0018000 dispuestas por la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría el 17 de octubre, entre las 8:00 y las 11:00 de la mañana.

14 Entrevista a CONSUELO PEÑA.

Al respecto, el doctor MANUEL PÉREZ señaló:

Lo que yo he visto es que les entregan a las víctimas, por ejemplo las de justicia y paz, un formato al que nadie las acompaña a llenarlo, en el que no se sabe qué contestar muchas veces, que si la gente quiere decir algo distinto a lo que dice el formato no puede, yo no creo que haya una verdadera asesoría jurídica, (...) hay campañas que uno las ve y que a uno le llegan, pero no necesariamente los mecanismos empleados, como la televisión, sea el más idóneo; un mensaje que llega por la televisión pues es importante, pero si no se acompaña debidamente, si no se tienen los abogados y sabemos que la defensoría es muy limitada en su accionar, dudo yo que pueda estar cumpliendo un buen papel en este sentido”¹⁵.

Además de lo anterior, en el caso particular de la aplicación de la Ley 975 de 2005, las víctimas expresaron que los términos en los que los paramilitares procesados por esta Ley están confesando, o mejor dicho justificando sus crímenes, generan una completa sensación de indignación y de agresión ante la ausencia de consideración y respeto por el dolor que el daño sufrido les ha causado.

Aunado a esto, el hecho de negar la expedición de copias de las grabaciones de las diligencias argumentando su carácter reservado, al igual que dejar al arbitrio del fiscal la realización de preguntas y aclaraciones que las víctimas proponen, genera en la víctima una sensación de aislamiento del proceso, que impide el ejercicio de sus derechos¹⁶. “Si se presentan inconformidades por el desarrollo de la diligencia o surgen preguntas, las víctimas o sus abogados tienen que realizarlas en un papel y entregarlo a un funcionario de la fiscalía quien lo hace llegar al fiscal. Queda a juicio y voluntad del fiscal realizar la pregunta o leer la aclaración o

15 Entrevista al Dr. MANUEL PÉREZ.

16 Entrevista a CONSUELO PEÑA.

constancia, razón por la cual varias víctimas se van sin que se realicen sus preguntas y sin respuesta. No hay posibilidad de intervención directa oportuna y espontánea por parte de las víctimas” (Federación Internacional de Derechos Humanos, 2007: 66).

Lo hasta aquí expuesto evidencia que los funcionarios a quienes se les ha encargado la atención de víctimas desvirtúan la condición de sujetos de derechos que normativamente se les reconoce a éstas, ya que el mensaje que envían carece de un lenguaje adecuado para la fácil comprensión de su contenido, lo cual conduce a la víctima a una ausencia de información, impidiendo construir un conocimiento que le permita moverse con mayor seguridad en las instancias jurídicas, particularmente las judiciales; lo cual conlleva a que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, los cuales tienen unas implicaciones jurídicas bastante altas y que en gran medida dependen de la participación activa de la víctima, resulten ilusorios.

Las instituciones estatales son una fuente formal de información para las víctimas en la medida que normativamente han sido diseñadas para ello; sin embargo, como se evidenció, no están garantizando el acceso a la información a las víctimas, ya que no proporcionan un servicio de asesoría de calidad en los momentos previos a la iniciación de un proceso penal, ni dentro de él, lo que ha generado una sensación de inconformidad y desconfianza frente a la efectividad del sistema judicial, pero esto no puede mirarse como un fenómeno aislado, pues al margen debe hacerse un análisis sobre el mensaje que las fuentes informales¹⁷ están transmitiendo a las víctimas.

Como se mencionó en apartes anteriores, la información proviene de las diferentes relaciones a las que el individuo

17 Entendiendo por fuente informal principalmente el entorno social de la víctima.

está condicionado, de tal suerte que la información que las víctimas reciben de las instituciones a las que acuden resultan provenientes de una fuente formal de información; junto con éstas, existen unas fuentes informales o sociales de información las cuales están enviando de manera constante mensajes a los que las víctimas les atribuyen significado, y que resultan más influyentes en la construcción de la cosmovisión de la víctima.

Por ejemplo, cuando las víctimas han escuchado que desde el inicio de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz hasta octubre de 2007 habían asesinado a 16 víctimas que estaban tramitando sus casos por esta Ley (Ídem), de entrada se crea una barrera entre el sistema judicial y la víctima, pues en tal información no se ve reflejado que se vayan a garantizar sus derechos.

El Noveno Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia –MAPP– puso en evidencia el rearme de los grupos paramilitares. Al respecto expresó: “Luego de siete meses de finalizado el proceso de desarme y desmovilización, la MAPP/OEA, en el marco de las labores de verificación del desmantelamiento de la estructura militar de las AUC y el seguimiento del orden público, identifica un complejo escenario en algunas regiones de Colombia (Nariño, Chocó, Putumayo, entre otras). En estos territorios, la población no parece percibir un cambio sustancial en las condiciones de seguridad, debido al surgimiento y permanencia de estructuras armadas ilegales, ligadas a economías ilícitas, con capacidad armada de intimidación y control” (Organización de Estados Americanos, 2007). Frente a este panorama, surge el interrogante sobre la interpretación que pueden hacer la víctima cuando se enfrenta a la paradoja de un proceso de judicialización de paramilitares en el que constantemente le están diciendo que tiene derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, pero paralelamente

está siendo agredida nuevamente por grupos que se han denominado bandas emergentes.

Mensajes de este tipo impiden que las víctimas decidan denunciar y participar en este proceso ante el temor a nuevos atentados contra ellas, lo que ineludiblemente lleva a un ambiente de impunidad, el cual genera una desconfianza permanente en los aparatos de justicia por su ineficacia. Por ejemplo, CONSUELO PEÑA manifestó lo siguiente:

Una de las niñas de ella tenía en esa época trece años y se la violaron los paramilitares, y la niña lo identificó y dijo él fue el que me violó y lo cogieron y lo llevaron preso y en la noche le llegaron dos tipos a donde estaba la hermana de mis hijos y le dijeron ¡Luz Mira usted qué quiere, que los acabemos a todos o suelta al que está preso! y ella de miedo, porque sabía que no tenía pa' donde irse y como tiene hijos pequeños pues fue y le dijo al inspector que lo soltara que la niña se dio cuenta que ese no era, y el inspector la regañó, que pa' que lo hizo coger, y dígame a su hija que abra los ojos bien que no haga poner la gente presa sin saber, o es que está loca, y todo eso tenía que aguantarse por qué, porque la gente fue allá a amenazarla¹⁸.

Particularmente en la Ley de Justicia y Paz, pero no de manera exclusiva, las víctimas deciden no participar, ya que no cuentan con los mecanismos de protección suficientes que garanticen que no se realizarán contra ellas nuevos atentados (Ídem). Lo que evidencia un problema estructural de ineficacia del Estado en cuanto a su deber de garantizar un derecho de una entidad inmensa, como lo es la garantía de no repetición, lo que conlleva a la creación de barreras que a priori impiden el acceso de la víctima a la justicia.

Así pues, los significados que las víctimas están otorgando a los mensajes recibidos desde las diferentes fuentes de

18 Entrevista realizada a CONSUELO PEÑA.

información, es decir, de su entorno social, de los medios masivos de comunicación, de las autoridades mismas, llevan a la víctima a percibir que exigir la garantía de sus derechos como víctima genera un desgaste, un esfuerzo que en muchos casos no vale la pena ejercer, máxime cuando está sometida a condiciones tan adversas como el desplazamiento, la miseria, la misma inseguridad y el miedo constante ante nuevas agresiones. Todo ello hace que sus esfuerzos tengan que encaminarse a una supervivencia en un medio hostil, lo cual de entrada impide que en muchas oportunidades se pongan en conocimiento de las autoridades los hechos que han sido constitutivos de violaciones de sus derechos, o que una vez puestos en conocimiento de las instancias pertinentes, éstos sean procesos que están condenados al archivo, por la ausencia de una participación activa de la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

BERLYNE, D. E. (1985). "Información y Motivación", en *Comunicación Humana: Exploraciones Teóricas*. México D. F.: Editorial Trillas, S. A.

FISKE, JOHN (1984.). *Introducción al Estudio de la Comunicación*. Bogotá: Editorial Norma.

WATZLAWICK, PAUL (1981). *Teoría de la Comunicación Humana*. Barcelona: Editorial Herder.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE PLENIPOTENCIARIOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Estatuto de Roma*. Adoptado el 17 de julio de 1998.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal*. 15 de marzo de 2001.

NACIONES UNIDAS. *Declaración y Programa de Acción de Viena*. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993.

- . *Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco el 26 de junio 1945*. Entrada en vigor: 24 de octubre de 1945.
- . *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.
- . *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.
- . *Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos*. 61º período de sesiones, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad. UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1.

INFORMES

- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA EN LAS AMÉRICAS. *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. Noviembre de 2005. Disponible en Internet: <http://www.cejamericas.org/>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pronunciamiento sobre la Aplicación y Alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*. Agosto 1 de 2006.
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, OBSERVATORIO CIUDADANO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. *Informe Implementación del Sistema Acusatorio*. Diciembre de 2006.
- COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. *Informe Semestral Internet*. n° 10, octubre de 2007.
- DUCE, MAURICIO (2005). *Los derechos de las víctimas: principales problemas en los sistemas reformados*. Agosto de 2005, se encuentra en Internet: <http://www.cejamericas.org/>.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2007). *La Desmovilización Paramilitar, en los Caminos de la Corte Penal Internacional*. Bogotá. Octubre de 2007.

INTERNACIONAL CRISIS GROUP. *Informe Sobre América Latina N° 16, Colombia: ¿Hacia la Paz y la Justicia?* 14 de marzo de 2006.

NACIONES UNIDAS. *Informe Final del Relator Especial el Sr. Theo van Boven sobre el Estudio Relativo al Derecho de Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 de julio de 1993.

—. *Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos*. 53.º período de sesiones, Informe Final del Relator Especial sobre la Impunidad y Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20.

—. *Informe final del relator especial sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, E/CN.4/2000/62, de enero 18 de 2000.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia*. Noveno Informe, Junio 3 de 2007.

JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Sentencia del 29 de julio de 1988.

—. Caso BÁMACA VELÁSQUEZ, Sentencia del 22 de noviembre de 2000.

—. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79.

- . Caso de las Hermanas SERRANO CRUZ. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120.
- . Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140.
- . Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-293 de 6 de julio 1995, M. P. CARLOS GAVIRIA.
- . Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA y EDUARDO MONTEALEGRE
- . Sentencia C 004 de 20 de enero de 2003, M. P. EDUARDO MONTEALEGRE.
- . Sentencia C - 591 del 9 de junio de 2005, M. P. CLARA INÉS CARGAS HERNÁNDEZ.
- . Sentencia C - 1154 del 15 de Diciembre de 2005, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA.
- . Sentencia C - 370 de 18 de mayo de 2006. M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, ALVARO TAFUR GALVIS, entre otros
- . Sentencia C - 454 del 7 de junio de 2006, M. P. Jaime CÓRDOBA TRIVIÑO.
- . Sentencia C - 209 de marzo 21 de 2007, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA.
- . Sentencia C - 516 del 11 de Julio de 2007. M P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

LEGISLACIÓN

Decreto 2700 de 1991.

Ley 600 de 2000.

Ley 906 de 2004.

Ley 975 de 2005.

ANEXO

ENTREVISTAS REALIZADAS¹⁹

MARÍA RODRÍGUEZ, integrante del Movimiento del Víctimas de Crímenes del Estado. Bogotá, 11 de noviembre de 2007.

CONSUELO PEÑA, víctima de violaciones de derechos humanos que se encuentra tramitando su proceso por la Ley 975 de 2005. Bogotá, 10 de enero de 2008.

Dr. MANUEL PÉREZ, abogado defensor de derechos humanos, integrante de Abogados sin Fronteras Francia. Bogotá, 30 de octubre de 2007.

NICOLÁS RENGIFO, víctima de violaciones de derechos humanos tramitando su caso por Ley 906 de 2004. Bogotá, 10 de enero de 2008.

PATRICIA ROJAS, víctima de violaciones de derechos humanos, sus casos se encuentran en la impunidad. Bogotá, 15 de diciembre de 2007.

19 Los nombres han sido cambiados por la seguridad de las personas entrevistadas. Además, por lo extenso de las entrevistas realizadas éstas no serán publicadas.

EL FRAUDE AL CONSUMIDOR
DESDE UNA PERSPECTIVA VICTIMOLÓGICA:
LA DENUNCIA Y SU CIFRA OSCURA

Paola Forero Neyra

Resumen

[Palabras clave: Fraude al consumidor, Consumidor, Víctima, Empresa, Práctica deshonestas, Cifra oscura, Cifra negra]

El fraude al consumidor, pese a ser una conducta social y legalmente reprochable, no es denunciado, en algunas ocasiones porque el hecho no ha sido descubierto, porque no es percibido por la víctima como criminal, por la desconfianza o poca credibilidad en las autoridades competentes, por temor o vergüenza de las preguntas que puedan hacerle durante la investigación, por la relación de la víctima con su agresor, por temor a represalias, porque considera que el hecho criminal no fue lo suficientemente grave, porque la calidad de víctima y agresor coinciden en una persona, por la posibilidad de obtener reparación a través de otros mecanismos, como el arreglo directo entre las partes o la venganza, entre otros motivos. Así mismo, las personas a diario son propensas a ser víctimas del fraude al consumidor, pues es usual celebrar contratos en los cuales se adquieren bienes o servicios, en este caso celebrando una compraventa, siendo usuarios de servicios públicos domiciliarios a través

del contrato de suministro o adquiriendo la prestación de un servicio. En dichos contratos puede haber una parte más débil que la otra, como consecuencia del precario conocimiento del consumidor al respecto, pues se trata de un inexperto en el campo de la producción y distribución de bienes y servicios; mientras se enfrenta a una empresa dedicada a esta actividad, a la que le interesa obtener ganancias sin importar si su conducta constituye una práctica deshonestas, cuenta con asesores jurídicos y, así mismo, en ocasiones tiene poder para intervenir en las decisiones judiciales, generando de esta manera impunidad.

INTRODUCCIÓN

A través de investigaciones realizadas por el Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, se ha logrado establecer los porcentajes de denuncia y no denuncia de hechos sociales y legalmente reprochables, obteniendo así altos porcentajes de no denuncia; razón por la cual el presente trabajo tuvo como objetivo fundamental identificar las cifras reales de victimización, específicamente frente al fraude al consumidor, en la ciudad de Bogotá, ya que las cifras obtenidas por las autoridades solo reflejan el número de víctimas que acuden al sistema de justicia, o aquel mínimo de conductas investigadas oficiosamente. Así mismo, se pretendió identificar las razones de no denuncia, la confianza de los ciudadanos en las autoridades, la eficacia del sistema de protección a los derechos de los consumidores en Bogotá, fundamentalmente en los últimos cinco años, lugares más comunes de ocurrencia y modalidades más frecuentes.

Este estudio se desarrolló a través de las encuestas de victimización¹ realizadas por el Centro de Investigación en

1 Las Encuestas de Victimización son, en términos generales, aquellas

Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, en el año 2005, con base en el cuestionario proporcionado por el Instituto Interregional para la Investigación sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI), organismo de las Naciones Unidas.

LA CIFRA OSCURA DE LA CRIMINALIDAD

La cifra oscura u oculta de la criminalidad está constituida por todas aquellas conductas contrarias a la ley, que no llegan al conocimiento de las instituciones oficiales por varios motivos. Para el autor LOUK HULSMAN (1984: 53), la cifra oscura está compuesta de aquellas “situaciones legalmente punibles que el sistema ignora o descuida”. Es aquello que permanece oscuro frente a las autoridades, es una sombra, por lo que se le ha denominado también criminalidad sumergida. Algunos autores, como MÁXIMO SOZZO (2003), sostienen que la criminalidad sumergida es el género, mientras la cifra oscura su especie, debido a que la primera se conforma por todo aquello que escapa a las fuentes de recolección de la criminalidad real (incluyendo las encuestas de victimización).

Según la autora venezolana LOLA ANIYAR (1977: 81), existe una criminalidad legal, que es aquella que aparece registrada en las estadísticas oficiales, las cuales, generalmente, registran apenas aquellos casos de sentencias en firme; una criminalidad aparente, la cual es conocida por los órganos de control social, pero que no aparece registrada en las estadísticas, bien porque no ha recibido sentencia o porque se ha desistido de la acción, o porque no se ha encontrado

informaciones cuantificadas que pretenden indagar sobre comportamientos de vida social presuntamente delictuosos, así como de las experiencias de victimización, a través de entrevistas realizadas a un sector de la población de un lugar, en un periodo determinado.

al autor, etc., y la criminalidad real es la cantidad de delitos que verdaderamente se cometen en un momento dado.

Entre la criminalidad real y la criminalidad aparente hay una enorme cantidad de casos que jamás serán conocidos por la policía; esta diferencia es lo que se denomina cifra oscura, cifra negra o delincuencia oculta. Por esto, es imposible conocer la cifra real de delitos a través de las estadísticas policiales o judiciales ya que no se logra probar en ocasiones, la responsabilidad del presunto autor (DÍEZ RIPOLLÉS, 1996: 17 y 18), por lo que como solución a esta problemática se crean las Encuestas de Victimización.

Así mismo, es común que la cifra negra disminuya a medida que aumenta la gravedad del hecho criminal, la cual se determina por las penas previstas (pena privativa de la libertad o multa), su frecuente comisión, el conocimiento de las víctimas respecto a las conductas contrarias a la ley, entre otros; por lo que en la etapa del descubrimiento del hecho (la actitud de la víctima y la actitud de la policía) queda gran parte de aquella cifra negra u oscura que jamás va a llegar a instancias judiciales.

Dentro de las razones por las cuales la víctima no denuncia los hechos criminales, se encuentran las siguientes (ANIYAR DE CASTRO, Op. cit.: 82 y 83): el hecho no ha sido descubierto. En este caso, la persona no se percató de que fue víctima de un hecho criminal, por lo que no se siente víctima; diferente es cuando el hecho no fue percibido por la víctima como criminal, no considera el hecho como negativo, por lo que tampoco se siente víctima. Aquí el problema central radica en la falta de conocimiento del derecho.

Otra de las causas de no denuncia es la desconfianza o poca credibilidad en las autoridades competentes, por lo que la víctima prefiere dejar el hecho impune, antes que acudir a ellas, e incluso siente temor o vergüenza por las preguntas que puedan hacerle durante la investigación, lo cual es común en las víctimas de ofensas sexuales; así mismo, importante también es la relación de la víctima con

su agresor, ya que por su grado de parentesco, amistad, etc., siente simpatía, miedo o pesar, entre otros, por lo que decide no denunciarlo. También está el temor a represalias, el cual puede crearse tanto por un agresor conocido o no, más cuando la víctima es amenazada.

Igualmente, en ocasiones la víctima no denuncia a su agresor, porque considera que el hecho criminal no fue lo suficientemente grave como para que el victimario deba pagar la condena prevista en las leyes.

Cuando la calidad de víctima y agresor coinciden en una persona, es mejor no denunciar, para evitar ser investigado por otros hechos criminales de los cuales fue victimario y no víctima. Por último, otra de las razones de la no denuncia es la posibilidad de obtener reparación a través de otros mecanismos, como el arreglo directo entre las partes o la venganza de la víctima, etc.

Las anteriores razones de no denuncia pertenecen a la víctima, en quien está la decisión de denunciar o no; sin embargo, existen motivos por parte de las autoridades, que hacen que un hecho criminal no llegue a su conocimiento, por lo que formará parte de la cifra oscura. Dichas razones se pueden resumir en el desinterés de la policía en perseguir ciertos hechos, la prioridad a algunos casos, la falta de eficiencia para descubrir el hecho y la no investigación por presiones de victimarios con mucho poder (agresores de cuello blanco), que serán estudiados después.

Por todo lo anterior, la criminología acepta que no todos los delitos que ocurren son denunciados, por lo que la cifra real de delitos no corresponde con la cifra oficial (o criminalidad legal, según LOLA ANIYAR), por lo que es necesario el estudio de la cifra oscura, constituida precisamente por los delitos no denunciados, constituyéndose ésta en una de las grandes preocupaciones de los criminólogos, para lo cual se desarrollaron distintos métodos estadísticos, entre

ellos los informes de autodenuncia² (*self reporter survey*) y las encuestas de victimización (*victimization studies*) (RONDA, 1998), las cuales se analizarán a continuación.

ENCUESTAS DE VICTIMOLOGÍA

Las Encuestas de victimización son, en términos generales, aquellas informaciones cuantificadas que pretenden indagar sobre comportamientos de la vida social presuntamente delictuosos, así como sobre las experiencias de victimización, mediante entrevistas realizadas a un sector de la población de un determinado lugar, en un período específico. Dichas encuestas se realizan con un cuestionario, a un muestreo representativo de la población que se pretende encuestar, a la cual fundamentalmente se le pregunta si ha sido víctima de unos hechos violatorios de sus derechos, con el fin de obtener información acerca de la frecuencia y las características de los mismos, como de las personas victimizadas y los motivos de denuncia y no denuncia (LARRAURI, 1993: 58).

De esta forma, las encuestas intentan prevenir el delito, actuando directamente en la posible víctima o en sectores sociales con alto riesgo de victimización y no exclusivamente en el infractor, por lo que con la realización de las mismas, se puede averiguar la cantidad de hechos delictivos cometidos durante un período en un ámbito espacial determinado, ofreciendo así mismo una información sobre las características personales de la víctima, su actitud, su relación con el victimario, alcance del daño, tiempo y lugar del hecho, entre otros datos, que normalmente aporta una víctima que denuncia.

2 Según LOLA ANIYAR (1977), la autodenuncia o autoconfesión “consiste en hacer encuestas anónimas, para conocer cuántas personas han cometido hechos contrarios a la ley, en un período determinado.

Puede decirse, sin temor a exagerar, que las encuestas de victimización constituyen en la actualidad el proyecto empírico comparativo internacional más importante en el campo de la prevención del delito y del sistema de justicia penal, que pone particular énfasis en los riesgos de victimización y las experiencias de los ciudadanos de todo el mundo.

PERCEPCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE AL CONSUMO

El ser humano asume una forma de pensar, conforme a lo que le enseñan en su casa y escuela (socialización primaria) (BERGER y LUCKMANN, 1999: 36 y ss.), como también puede ser influenciado por un determinado grupo social, por ejemplo sus amigos, por los medios de comunicación, por la cultura, ocupación y estrato social entre otros. Lo anterior permite construir un sujeto, por lo que frente al tema de estudio, las situaciones anteriores forman distintas clases de consumidores: los que se interesan por hacer valer sus derechos o los que toleran la insatisfacción del bien o servicio defectuoso, la publicidad engañosa, la falta de información, etc., por lo que se hará un estudio del consumidor en Colombia, precisamente para indagar sobre las razones de la cifra oscura de la criminalidad en el fraude al consumidor.

Conforme a la historia en Colombia, vale la pena recordar que en el año de 1944 fue creada la Asociación Nacional de Industriales (ANDI), con el fin de propiciar la libertad de empresa y de asesorar y representar a las empresas privadas, entre otras funciones; sin embargo, a partir de entonces, debieron transcurrir 31 años, para que en 1975 se organizaran los consumidores en la defensa de sus derechos, a través de la Confederación Colombiana de Consumidores, diferencia temporal que contribuyó a crear una cultura de no reclamo, pues el consumidor que había sido víctima de fraude se enfrentaba a una empresa, que además de tener recursos

económicos para contratar abogados, estaba organizada y representada por la ANDI.

Además de lo anterior, en Colombia se elevaron a rango constitucional los derechos colectivos, solo a partir de la Constitución de 1991; sin embargo, el derecho a la libertad de empresa ya estaba consagrado desde varios años atrás, incluso desde la Constitución de 1886, lo cual revela desinterés incluso por el mismo Estado, en la protección del consumidor y pone de manifiesto la desigualdad que existía entre estos dos sujetos de la relación de consumo (empresa y consumidor). Por otro lado, se suma al desinterés del Estado, el precario conocimiento que tiene el consumidor de sus derechos, el cual no adquirió los conocimientos técnicos para elaborar un bien, no le interesa saber cómo funciona un producto, pues su objetivo es satisfacer una necesidad; sin embargo, en el momento en que el bien deje de funcionar, buscará la ayuda de un experto para que solucione el problema.

Así mismo, es necesario mencionar la carencia de una ley aprobada por el Congreso de Colombia sobre protección al consumidor, pues existe un Estatuto del Consumidor (Decreto 3466 de 1982) creado en virtud de la Ley 73 de 1981, la cual revistió al Presidente de la República de la facultad de expedir normas sobre el control de la distribución o venta de bienes y servicios, y para establecer las sanciones y procedimientos para tal fin. Dicho estatuto es anterior a la Constitución de 1991, razón por la cual se ha pretendido cambiar o actualizar, sin ningún éxito.

Además de dicho decreto, existen otras disposiciones que en conjunto conforman la legislación aplicable al derecho de consumo; sin embargo, la carencia de una única ley que regule dicho tema dificulta el conocimiento de los derechos de los consumidores, los cuales podrán ser fácilmente vulnerados y convertirse en letra muerta.

Por lo anterior, es interesante mencionar las distintas posturas que asume un consumidor frente a un bien o servicio

defectuoso. Si el consumidor decide no hacer uso del derecho de acción, tolera el defecto; conducta que según algunos autores, encuentra razón de ser en el tiempo y esfuerzo que requiere la acción, frente al resultado o ventaja que obtendría con la misma (relación costo beneficio); sin embargo, existe otra forma de reacción, pues el consumidor asume una actitud personal frente a la empresa o marca que incumplió, advirtiendo a sus amigos, cambiando de empresa o marca, lo cual se denomina doctrinariamente acción de naturaleza privada. Otra postura frente al bien o servicio defectuoso es ejercer una acción directa, quejándose con el fabricante o vendedor, o pedirle el reembolso o cambio. Por último, también hay consumidores que emprenden una acción pública o buscan una compensación a través de la acción de grupo o por medio de una acción civil, entre otras.

Las distintas posturas se refieren a varias clases de consumidores: los pasivos, los activistas, los voces y los irritados, entre otros. Los pasivos rara vez se quejan cuando están insatisfechos y no distinguen los beneficios sociales de la queja. Esta clase de consumidores aparecen dependiendo del momento y lugar en que hayan crecido, valores aprendidos en la familia y escuela, la cultura, ocupación, estrato social, entre otros. También están los denominados doctrinariamente "voces", que se caracterizan porque rara vez ejercen una acción privada o pública, y simplemente actúan en forma directa, quejándose con el productor. Los irritados ejercen acciones privadas, mientras los activistas hacen uso de la acción pública y por sus convicciones creen en los beneficios sociales de la queja.

Visto lo anterior, debe establecerse la clase de consumidor que hay en Colombia, tarea que si bien no es fácil, se logrará con los resultados de las Encuestas Internacionales de Victimización elaboradas en 2005, por lo que allí se verá reflejada la clase de consumidor que predomina en Colombia.

Analizado el caso de Colombia y una vez entendido el hecho de que en cada sociedad hay distintas clases de

consumidores como consecuencia de la cultura, ocupación, educación, familia, escuela, medios de comunicación, amigos, etc. (socialización primaria y secundaria), es interesante comparar la evolución que han tenido los consumidores en otros países, específicamente Estados Unidos. En dicho país se han elaborado diferentes estudios sobre el tema, entre ellos la obra de SUTHERLAND, en la que aparecen casos detallados de los grandes fraudes realizados por los agresores de cuello blanco, como también se han realizado encuestas para conocer la percepción del consumidor. Como consecuencia de los anteriores trabajos, se puede citar aquí el caso ocurrido en Estados Unidos en 1989 (HAWHINS et al, 1997: 7), en el cual se registraron 200 boicots nacionales a los fabricantes, precisamente por la insatisfacción de los consumidores. La palabra boicot viene de boicoteo, un “término usado para designar la interrupción voluntaria e intencionada de relaciones con personas o grupos para inducirlos a aceptar determinadas condiciones” (TRIANA, 1990), y boicotear es “privar a una persona, entidad o gobierno de toda relación comercial o social para obligarla a ceder a una exigencia”. En otras palabras, el boicot, es una campaña social organizada por los consumidores, que establecen una interrupción temporal de la compra de uno o más productos de ciertas empresas, con la cual se pretende que éstas disminuyan considerablemente sus ventas, con el propósito de que con la presión cambien de actitud. Para que sea efectivo el boicot, es necesario reiterar que los consumidores deben unirse y organizarse, castigando a la empresa con la no compra.

En Colombia no se conoce hasta el momento un caso de boicot organizado por los consumidores, frente a la conducta de una empresa; sin embargo, sí se utilizan las acciones populares y de grupo en la defensa de los derechos de los consumidores, las cuales, aunque ya estaban consagradas en el Código Civil de Colombia, solo con la Constitución

de 1991 se elevaron a rango constitucional para la defensa de los derechos colectivos o de tercera generación.

PERCEPCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA EMPRESA

Las personas que se dedican a la producción y a las ventas se conocen como empresarios, y algunos de ellos, aunque no tienen antecedentes penales y son educados en familias que les inculcan valores, adineradas y estudiadas, separan el mundo de los negocios de aquel en que viven, por lo que pueden sentir compasión por el pobre, pero frente al consumidor no les importa engañar.

El fraude al consumidor es una conducta contraria a la ley, que se caracteriza porque es cometida por personas económicamente pudientes y preparadas; a esta clase de conductas, la doctrina las ha denominado infracciones de cuello blanco, y se definen como “aquellas violaciones de la ley por parte de la clase socioeconómica alta, en el curso de su ocupación” (SUTHERLAND, 1969: 13).

Algunos empresarios poseen grandes habilidades para obtener dinero, sin importar el método empleado, ya que se los considera buenos profesionales, si consiguen ubicar a la empresa en la mejor posición del mercado. Por lo general, dichas personas que se dedican a esta profesión u oficio, entienden que su trabajo consiste en obtener una ganancia así violen las leyes, e incluso tienen sus propios códigos de negocios, en los cuales incluyen toda una serie de prácticas que vulneran los intereses de los consumidores y están prohibidas; sin embargo, estos sujetos no ven en sus frecuentes conductas una vulneración de la ley, no se consideran infractores, ya que están cumpliendo con su trabajo, efectuando lo que su manual como “buenos” empresarios les indica.

De esta manera, el empresario o empresaria deshonesto/a, que obtiene grandes ganancias por vender bienes de mala calidad, ofrecer bienes al público con información engaño-

sa, vender bienes a precios superiores del justo, entre otras conductas, no se considera infractor de la ley, porque su conducta no genera una reacción social negativa y en raras ocasiones es judicializado por ello, por lo que las prácticas desleales se generalizan (Ídem, 167 y ss.). Sin embargo, el hecho de que las estadísticas demuestren un número precario de denuncias y condenas contra estas personas³, no significa que no cometan a menudo fraudes al consumidor, ya que el poder y las influencias políticas que tienen estos agresores hacen que no se investiguen a conciencia dichos comportamientos, llegando incluso a la impunidad o a arreglos directos con la víctima, evitando que el público en general conozca el hecho criminal en el que incurren, por lo que los consumidores son víctimas de fraude, pero no se enteran que lo son, debido también a lo complicado de las actividades de producción, con lo cual se facilita la agresión, pues no serán fácilmente descubiertos, además de que los consumidores se encuentran desorganizados y no les interesa denunciar, ya que la pérdida individual no es muy significativa.

Así mismo, los empresarios intervienen directa o indirectamente en la elaboración de las leyes, por lo que las normas los favorecen. En Colombia, una de las funciones de la ANDI (1998) es “intervenir ante las ramas legislativa y ejecutiva del poder público, para contribuir en la expedición de normas de conveniencia nacional”; lo anterior demuestra el poder que tiene la misma en la creación de normas, teniendo en cuenta que esta asociación representa a las empresas nacionales.

Otra razón por la cual estas personas rara vez son denunciadas, es por la confusión del sujeto que debe responderle

3 Al respecto pueden consultarse los resultados de las Encuestas Internacionales de Victimización, realizadas por el Centro de Investigación en Política Criminal, en los años correspondientes a 1997 y 2000.

al consumidor; pues utilizan intermediarios para poner sus productos en el mercado, realizan sus negocios a distancia, tienen distintas sucursales detrás de una gran empresa y se dividen la responsabilidad entre los ejecutivos. Así mismo, a los productores y proveedores, no les interesa fabricar o vender un producto para satisfacer una necesidad, sino que les importa obtener una ganancia, por lo que los consumidores se convierten en víctimas colectivas, inocentes, pasivas y anónimas de fraude (RIVERA LLANO, 1997: 182).

Además de lo anterior, este tipo de conductas son difícilmente descubiertas, debido a la complejidad y a la técnica en la producción; también influye el poco interés de los consumidores en defender sus derechos, porque no los conocen, porque el daño sufrido se considera insignificante o porque no perciben este tipo de conductas como contrarias a la ley, entre otras razones. Así mismo, la percepción del consumidor respecto al empresario es el de una persona honesta, honorable, inteligente y con una buena posición económica porque sabe hacer negocios, es astuto, pero no lo consideran infractor de la ley, confían en él, le tienen respeto y asumen una posición humilde en el momento de hacer un reclamo, e incluso le agradecen cuando atiende favorablemente su reclamo.

Al no tener conocimientos sobre la producción ni sobre las normas de protección, el consumidor confía en el experto, en el profesional en el tema, es decir en la empresa, por lo que la desigualdad entre consumidor y empresario se refleja en los conocimientos, como en la parte económica, en la participación de la empresa en el poder ejecutivo y legislativo, en las formas de asociarse, entre otras.

Esta percepción del consumidor y la desigualdad existente entre los sujetos de la relación de consumo, contribuyen a que la cifra negra de la criminalidad sea elevada en el caso de fraude al consumidor, lo cual fue analizado a través de la Encuesta Internacional de Victimización del año 2005.

Análisis de datos de la encuesta internacional de victimización frente al fraude al consumidor

Como se mencionó, el Centro de Investigación en Política Criminal realizó en el año 2005, con base en el cuestionario suministrado por UNICRI, una Encuesta Internacional de Victimización, con la ayuda de los estudiantes de cuarto año de Derecho, de la cátedra de Criminología de la Universidad Externado de Colombia, quienes entrevistaron cara a cara, a un total de 917 personas, hombres y mujeres mayores de 16 años, en la ciudad de Bogotá, teniendo en cuenta sus 20 localidades y los estratos sociales en que se divide la misma.

Bogotá es la capital de Colombia y del Departamento de Cundinamarca; está situada en la sabana de Bogotá al pie de los cerros de Guadalupe y Monserrate, a 2.630 metros de altura sobre el nivel del mar. Tiene un área de 1.587 kilómetros cuadrados y tiene aproximadamente 7'120.074 habitantes (DANE, 2006); es la principal ciudad de Colombia y es el centro político, administrativo y financiero del país, así como el primer centro comercial, industrial y cultural de la nación. Su moneda es el peso colombiano y su idioma oficial es el español; la ciudad es administrada por el Alcalde Mayor, es elegido popularmente para períodos de cuatro años; el Distrito Capital está compuesto de unidades administrativas (localidades), cada una de ellas con su alcalde local, elegido por el Alcalde Mayor.

La ciudad se divide en 20 localidades, (Antonio Nariño, Barrios Unidos, Bosa, Chapinero, Ciudad Bolívar, Engativá, Fontibón, Kennedy, La Candelaria, Los Mártires, Puente Aranda, Rafael Uribe Uribe, San Cristóbal, Santa Fe, Suba, Teusaquillo, Tunjuelito, Usaquén, Usme y Sumapaz) y en estratos socioeconómicos del 1 al 6, representando el 1 y 2 a la clase social baja; el 3 y 4, a la clase social media, y el 5 y 6, a la alta. Los estratos sociales según el Departamento Administrativo de Planeación Distrital (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2001: 54 y ss) se determinan por la actualización

cartográfica, zonificación, características de las viviendas y entorno inmediato.

Teniendo en cuenta las anteriores características de la ciudad y con base en el cuestionario de UNICRI, se procedió a revisar las preguntas, con el fin de adecuarlo a Colombia y así realizar un número de 900 encuestas, que al final resultaron ser 917.

Posteriormente, las encuestas fueron entregadas a 45 estudiantes de cuarto año de derecho, a quienes una vez otorgada la correspondiente capacitación, les correspondió entrevistar personas mayores de 16 años, en las localidades y estratos socioeconómicos en que se divide la ciudad, durante el transcurso del año 2005, de conformidad con las proyecciones realizadas en el censo del 93 para el año 2005. Los estudiantes fueron divididos en grupos, dentro de los cuales había un coordinador, con la función de verificar el buen diligenciamiento. El cuestionario para la encuesta se realizó en español e incluyó preguntas sobre hurto de vehículos automotores, hurto de motocicleta, hurto de bicicletas, hurto en vivienda y tentativa de hurto en vivienda, hurto calificado y hurto simple, ofensas sexuales, lesiones o amenazas, secuestro, fraude al consumidor y corrupción.

Los estudiantes comenzaron a realizar las encuestas a partir del mes de junio de 2005, terminando dicha labor hasta noviembre del mismo año. Después de una exhaustiva revisión del material recolectado, se efectuó la digitación. Una vez revisadas las encuestas, con la colaboración del profesor ENRIQUE LEÓN QUERÚZ (estadístico), se obtuvieron unos resultados provisionales en febrero de 2006, con los cruces solicitados, específicamente para el fraude al consumidor. En dichos resultados, se revisó el material digitado y se obtuvo un total de 917 encuestas realizadas.

Depurada la información, se procedió a realizar el análisis de las mismas y se obtuvieron los siguientes resultados: se entrevistó a un total de 917 personas en la ciudad de Bogotá, 51% hombres y 49% mujeres. De conformidad con las pro-

yecciones del censo del 93, se obtuvieron 140 encuestas en el estrato 1, 426 en el estrato 2, 219 en el estrato 3, 69 en el estrato 4, 44 en el estrato 5 y 19 en el estrato 6, por lo que la encuesta efectuada por el Centro de Investigación en Política Criminal y UNICRI en el año 2005, es representativa según los estratos socioeconómicos en que se divide la ciudad.

Así mismo, en lo referente a la edad de los entrevistados, se procedió a clasificarlas en grupos según las edades. Al grupo 1 se le asignaron las personas entre 16 a 25 años, las cuales correspondieron a un 29,67% de los entrevistados, al grupo 2, quienes tuvieran entre 26 a 40 años, porcentaje que correspondió a un 35% según los resultados; en el grupo 3, quienes tuvieran 41 a 55 años y fue de un 25,19%, y el grupo 4 se conformó por quienes tuvieran 56 años o más y correspondió a un 11%.

Respecto al nivel educativo de los entrevistados, se dividieron las respuestas en grupos del 1 al 6, de los cuales el 1 correspondió al nivel educativo más bajo y el 6 al más alto; en el nivel 1 (bajo), se obtuvo un 3% del total de entrevistados, el 6,4% eran de nivel educativo 2 (bajo), el 16% contestó pertenecer al nivel 3 (medio), el 36,2% fue de nivel 4 (medio), el 14% fue de nivel 5 (alto) y el 25,3% pertenecían al nivel educativo 6 (alto). Así mismo, del total de personas entrevistadas, el 63,10% tenían entre 16 y 39 años, el 31,55% tenían entre 40 y 60 años y el 5,35% de 60 en adelante.

Los resultados obtenidos arrojaron que del total de entrevistados, de acuerdo a las localidades en las cuales se divide la ciudad de Bogotá, el 10% contestó vivir en la localidad de Antonio Nariño, el 3% en Barrios Unidos, el 8% en Bosa, el 4% en Chapinero, el 13,2% en Ciudad Bolívar, el 3% en Engativá, el 7% en Fontibón, el 14% en Kennedy, el 3% en La Candelaria, el 2% en Los Mártires, el 5% en Puente Aranda, el 4% en Rafael Uribe, el 5% en San Cristóbal, el 3% en Santa Fe, el 11,5% en Suba, el 1% en Teusaquillo, el 4% en Tunjuelito, el 7,5% en Usaquén y el 3,6% en Usme.

Con referencia al ingreso promedio total mensual del hogar, igualmente las respuestas se clasificaron en grupos del 1 al 7, siendo el 1 el de menos ingresos económicos y el 7 el de los mayores ingresos. Así, al grupo 1 (menos de un salario mínimo) pertenecieron el 12% de los entrevistados, al grupo 2 (entre uno y dos salarios mínimos) el 36%, al grupo 3 (entre dos y cuatro salarios mínimos) el 22%, al grupo 4 (entre cuatro y seis salarios mínimos) el 12%, al grupo 5 (entre seis y diez salarios mínimos) el 5,6%, al grupo 6 (entre diez y dieciséis salarios mínimos) el 5,23%, al grupo 7 (más de dieciséis salarios mínimos legales mensuales) el 3% y al grupo 8 (no sabe / no contestó) el 4%.

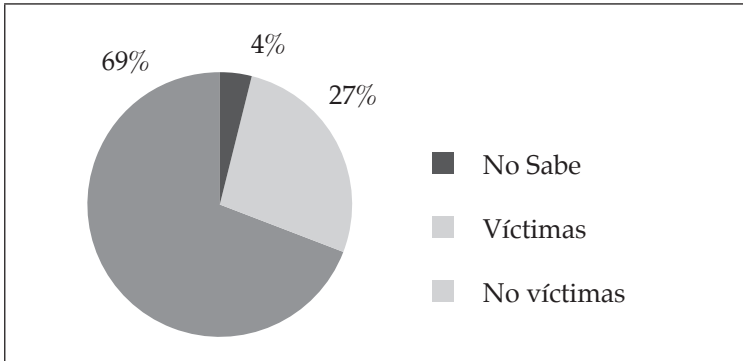
Finalmente, con los anteriores resultados se procedió a elaborar los correspondientes cruces, con el fin de determinar quiénes fueron víctimas de fraude al consumidor; quiénes denunciaron y quiénes no. Dicha información será presentada y analizada a continuación.

VÍCTIMAS DE FRAUDE AL CONSUMIDOR

Según estudios realizados por el Centro de Investigación en Política Criminal en el año 1997, en la ciudad de Bogotá, el 28% de las personas entrevistadas fueron víctimas de fraude al consumidor, mientras el 72% restante consideró no haber sufrido este tipo de lesión. Posteriormente, en el año 2000, la investigación realizada por el Centro de Investigación en Política Criminal en la ciudad de Bogotá, demostró que de 1.014 personas entrevistadas, 327 (32%) fueron víctimas de fraude al consumidor, mientras 687 (68%) contestaron no haber sido víctimas. Teniendo en cuenta estos resultados, hubo un porcentaje de aumento de víctimas de fraude al consumidor de un 4%.

El trabajo realizado en el año 2005 por el Centro de Investigación en Política Criminal en la ciudad de Bogotá, mostró que de las 917 encuestas realizadas, el 69% (625 personas) contestó no haber sufrido un fraude al consumidor

en 2004, el 27% (250 personas) contestó ser víctima y el 4% (41 personas) contestó no saber.



Frente a estos resultados, es necesario señalar que tal como se mencionó en el acápite 2 sobre percepción del consumidor, muchas personas no se consideran víctimas, por lo que el porcentaje de no víctimas puede estar afectado, porque los ciudadanos no se percataron del hecho o no consideran que el fraude al consumidor sea una conducta contraria a la ley.

Con base en los estudios realizados por el Centro de Investigación en Política Criminal en 1997 y 2000, se puede afirmar que el porcentaje de víctimas de fraude al consumidor en el año 2005 disminuyó respecto al año 1997 en un 1% y respecto al año 2000, en un 5%.

Así mismo, es importante destacar el porcentaje que, según la encuesta, determina las personas que no saben si fueron víctimas de fraude al consumidor, ya que pone de manifiesto que el 4% de ellas (es decir 41 de las 917 encuestadas) no perciben este hecho contrario a la ley, no saben en qué consiste, por lo que tampoco saben si son víctimas del mismo. Las anteriores razones contribuyen a que la cifra oscura de la criminalidad aumente, porque estas personas, al no considerarse víctimas, jamás denunciarán el hecho.

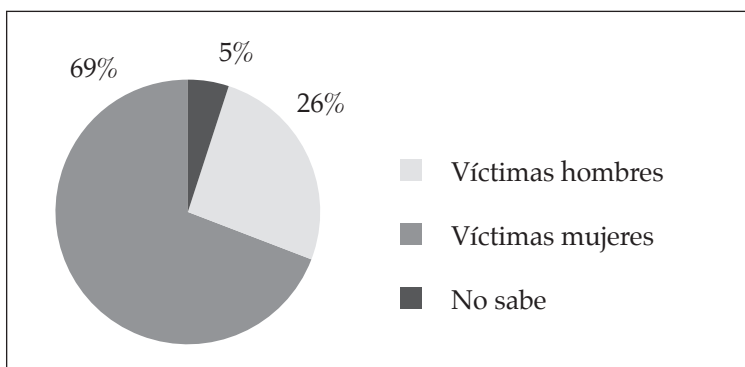
Como se mencionó anteriormente, distintos países han realizado Encuestas Internacionales de Victimología con el apoyo de UNICRI, por lo que se cita aquí la experiencia realizada en México en el año 2004, respecto al fraude al consumidor, en la cual se obtuvo que tan solo el 8% de los entrevistados aseguraron ser víctimas de fraude al consumidor.

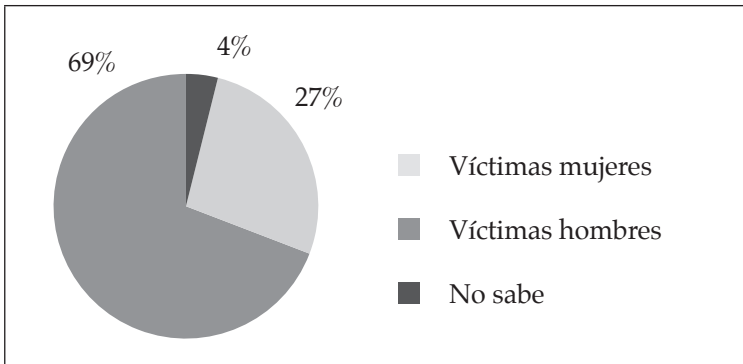
Los estudios realizados en ambos países (Colombia y México) específicamente sobre fraude al consumidor, mostraron un bajo porcentaje de víctimas; sin embargo, en México la cifra es mucho menor que en Colombia, lo cual puede significar que los consumidores no conocen sus derechos o no consideran que los hechos sean constitutivos de fraude, por lo que no saben qué situaciones los vulneran.

QUIÉNES FUERON VÍCTIMAS DE FRAUDE AL CONSUMIDOR

Frente al total de víctimas, el cual como se analizó es del 27%, resulta importante distinguir cuáles de ellas fueron hombres y cuáles mujeres.

Total de hombres y mujeres víctimas
de fraude al consumidor en 2004





Los resultados de la Encuesta de Victimización arrojaron que, del total de víctimas, es decir 250 personas, 119 (26%) fueron hombres, las no víctimas hombres fueron 320 (69%) y el porcentaje de hombres que contestaron no saber fue de un 5%.

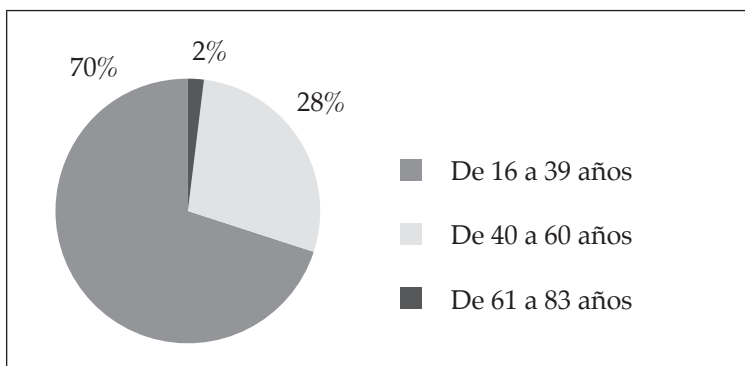
En lo que respecta a las mujeres, la encuesta arrojó que del total de víctimas (250 personas) el 29% (129 mujeres) aceptó ser víctima de fraude al consumidor; mientras al 67% (296 mujeres) se consideró no víctima de este hecho y el 4% de ellas (20 mujeres) contestó no saber.

Los porcentajes de víctimas según el género de las personas no arrojaron mayor diferencia, por lo que pueden ser víctimas de este hecho contrario a la ley tanto los hombres como las mujeres. Respecto a la cifra de no víctimas, debe señalarse que la misma puede deberse a que ni los hombres ni las mujeres consideran el fraude al consumidor, como una conducta socialmente negativa o no estiman que sea un fraude, por lo que no se sienten víctimas, no saben en qué consiste este hecho; el consumidor no tiene conocimientos técnicos sobre producción, no se dedica a esta actividad, por lo que puede ser fácilmente vulnerado, además de que confía y respeta al empresario. Así mismo, puede que la persona haya sufrido una lesión como consecuencia de un fraude

al consumidor; sin embargo, no se siente víctima porque el daño sufrido no fue lo suficientemente grave.

El porcentaje de personas que contestaron no saber si fueron víctimas de fraude al consumidor, es similar en hombres y mujeres y es representativo respecto a la cifra de víctimas, por lo que se reitera lo anteriormente dicho, en cuanto a que los consumidores no conocen sus derechos y no tienen claridad de cuándo se presenta un fraude.

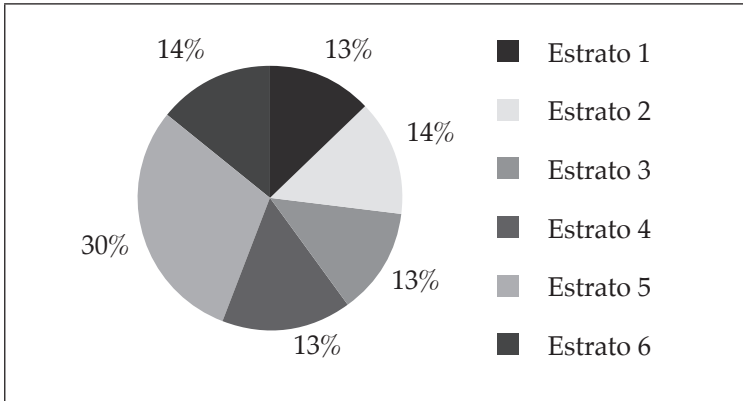
Total de víctimas según su edad



Para efectos de analizar los resultados obtenidos, se clasificaron las víctimas de fraude al consumidor según su edad, en tres grupos: entre 16 y 39 años (personas jóvenes), entre 40 y 60 años (personas maduras) y entre 61 y 83 años (ancianas).

Las personas víctimas de fraude correspondieron en un 70% a edades entre 16 a 39 años, un 28% de ellas tenía una edad promedio entre 40 a 60 años y un 2% correspondió a edades entre 61 a 83 años, por lo que tienden a ser propensas al fraude, las personas jóvenes, lo cual puede deberse a que son quienes más consumen; mientras las personas con edad entre 61 a 83 años están fuera del mercado.

Total de víctimas según su estrato socio económico

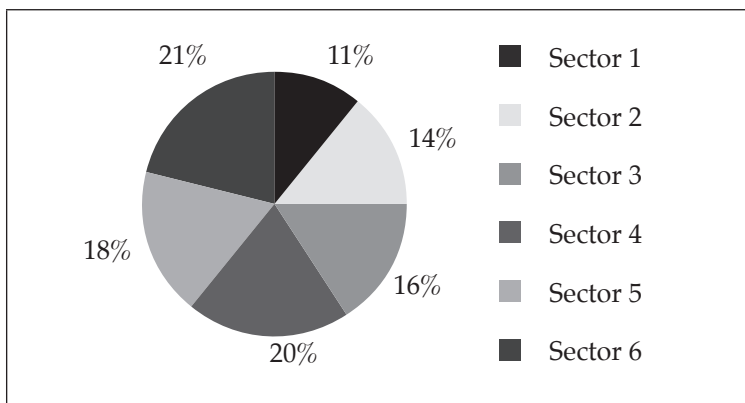


Como se mencionó antes, según el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, Bogotá se divide en seis estratos sociales, según la zonificación, características de las viviendas y entorno inmediato, por lo que al estrato 1 y 2 corresponde la clase social baja, al estrato 3 y 4, la clase social media y al 5 y 6, la clase alta.

Según los resultados obtenidos en el estudio realizado, los mayores porcentajes de víctimas de fraude al consumidor pertenecen al estrato cinco (30%) y cuatro (16%), por lo que parece haber una tendencia a ser victimizadas aquellas personas de clase alta y media; sin embargo, puede ser víctima de fraude al consumidor cualquier persona sin importar su estrato socio económico, por lo que los resultados obtenidos pueden deberse a que personas con una posición económica "buena", que les permitió estudiar y, por lo mismo, saber a qué tienen derecho, aceptan haber sido víctimas de fraude, porque se dan cuenta del mismo y por su situación económica adquieren más y por lo mismo están más expuestas.

En cuanto al resto de estratos, no se observan grandes diferencias en sus porcentajes pero sí se destaca el hecho de que en cada uno de ellos hay víctimas.

Víctimas según su ingreso promedio total mensual

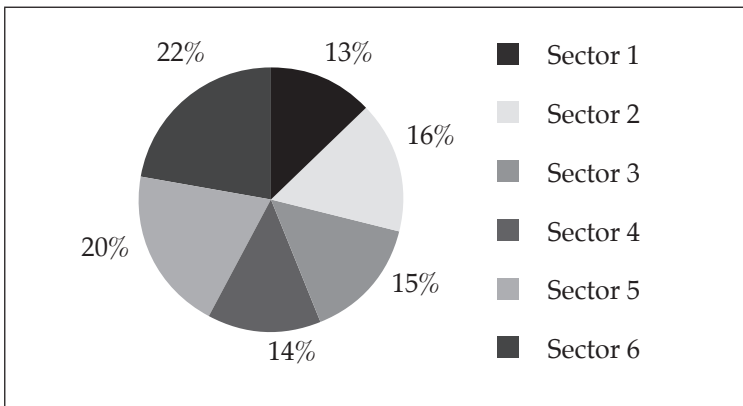


De conformidad con el número de salarios mínimos percibidos en cada hogar, se dividieron las respuestas por sectores, así: al sector 1 correspondieron aquellos hogares cuyos ingresos fueran menores; al sector 2, quienes tuvieran ingresos entre uno y dos salarios mínimos legales mensuales; al sector 3, aquellos que contestaron percibir entre dos y cuatro salarios mínimos legales mensuales; en el sector 4, quienes manifestaron obtener entre cuatro y seis salarios mínimos legales mensuales; al sector 5, quienes tuvieran ingresos entre seis y dieciséis salarios mínimos legales mensuales y al sector 6, quienes ganaran más de dieciséis salarios mínimos legales mensuales.

Conforme a los resultados obtenidos en la encuesta, de los dos últimos gráficos se puede observar, cómo la mayoría de personas que aceptan haber sido víctimas de fraude al consumidor pertenecen a estratos sociales altos y reciben

altos ingresos económicos, mientras el porcentaje más bajo de la última gráfica corresponde a las víctimas en el sector uno, con los menores ingresos, lo cual puede deberse, como lo hemos venido mencionando, a las pocas oportunidades de instrucción que tienen las personas con menores ingresos, por lo que no saben en qué consiste el fraude al consumidor, no los consideran una conducta negativa ni contraria a la ley. De esta manera, no saben si son víctimas de este hecho, al no conocer las normas que los protegen ni sus derechos, las acciones encaminadas a protegerlos, ni saben ante quién acudir para obtener una reparación.

Víctimas según su nivel educativo



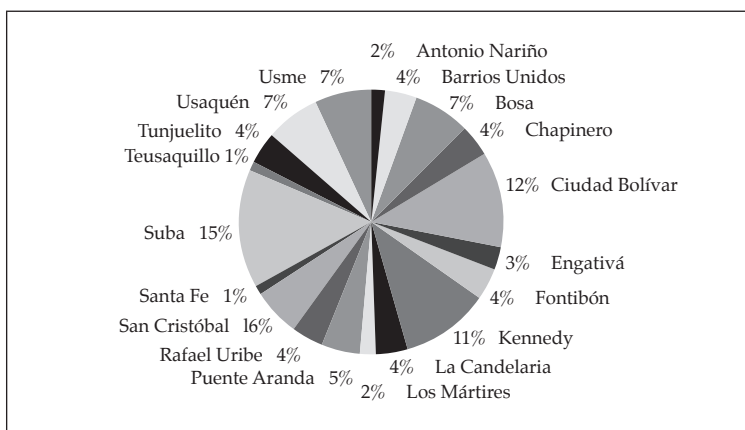
Siguiendo con la clasificación por sectores con el fin de poder analizar los resultados obtenidos, respecto a los niveles educativos, correspondió al sector 1 y 2 el nivel educativo más bajo, al sector 3 y 4 el nivel de educación medio y al 5 y 6, el nivel superior.

De acuerdo con los resultados obtenidos con la encuesta y conforme a lo ya explicado, del anterior gráfico, se puede observar cómo las personas que poseen un alto nivel educativo reconocen que han sido víctimas de fraude al consumidor;

mientras las personas con menores estudios son quienes contestan no haberlo sido, al parecer porque no se perciben como víctimas y porque no tienen la suficiente instrucción para entender en qué consiste este hecho contrario a la ley.

En relación con las encuestas realizadas por el Centro de Investigación, debe mencionarse que para el año de 1997, según el nivel educativo de las personas entrevistadas, las víctimas de fraude al consumidor fueron en su mayoría de un nivel considerado superior, lo cual concuerda con los resultados obtenidos.

Víctimas según las localidades de la ciudad de Bogotá



Las localidades con mayor índice de victimización de fraude al consumidor son: Suba, Ciudad Bolívar y Kennedy.

Como ya se mencionó, en la localidad de Suba predominan, según el Plan de Ordenamiento Territorial, los estratos 2 y 3. Respecto a la localidad de Ciudad Bolívar, predomina el estrato 2 y en la localidad de Kennedy predominan los estratos 2 y 3.

MODALIDADES DE FRAUDE AL CONSUMIDOR

Conforme a los resultados obtenidos con la encuesta del año 2005, el fraude al consumidor en la ciudad de Bogotá, correspondió a compras de electrodomésticos en un 25%, compras por internet en un 6%, alimentos en un 3%, compra de vivienda en un 3%, y ropa en un 1%. Los anteriores porcentajes, como se puede observar, hacen referencia al contrato de compraventa y en lo que se refiere a la prestación de un servicio en un hotel, restaurante o bar, se obtuvo un porcentaje de un 21%, el cual puede hacer referencia a la inclusión de las propinas en la factura, o a la mala prestación del servicio, así como también hubo inconformidad en la construcción o reparaciones de vivienda en un porcentaje, de un 7% y en un taller mecánico, en un 7%.

Las personas necesariamente deben consumir y las modalidades de fraude que arrojó la encuesta, hacen referencia a contratos que usualmente la gente celebra, desde lo más necesario, como la alimentación, la ropa y los medicamentos, hasta lo que para algunos serían elementos suntuosos, como la compra de electrodomésticos de mala calidad, la compra de vivienda y las reparaciones en la misma o en un taller mecánico, por lo que es usual ser víctimas de este hecho contrario a la ley; otra cosa distinta es que no lo perciban, porque no se dan cuenta del bien o servicio de mala calidad, no consideren la conducta contraria a la ley, razón que hace referencia a la percepción que tienen los consumidores de los empresarios, por considerarlos personas respetables y honestas, y por no conocer las normas que los protegen.

Con lo anterior, las modalidades más frecuentes de fraude hacen referencia a los contratos de compraventa y prestación de servicios. Así mismo, no hay ningún porcentaje de fraude al consumidor, por medio de contratos de suministro, celebrados entre los usuarios y las empresas de servicios públicos domiciliarios, por fallas del servicio, imposición de multas no autorizadas, mala facturación, etc.;

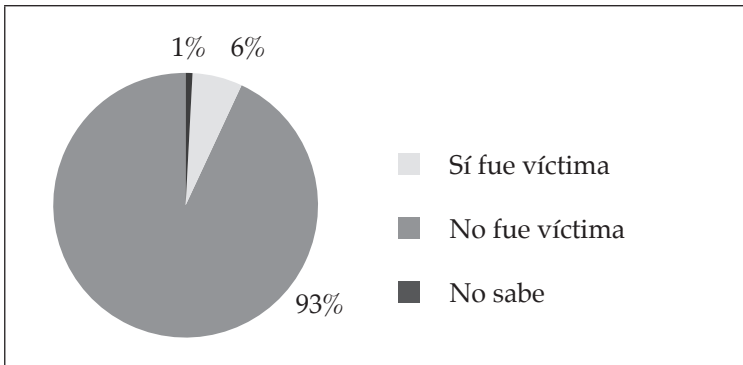
sin embargo, no es posible concluir que esta modalidad de fraude no sea frecuente en Bogotá, al igual que el fraude a través de compra de medicamentos, el cual solo tuvo una víctima. Esta última cifra contrasta con las quejas interpuestas en el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) frente a medicamentos.

Respecto al estudio mencionado, realizado en México, el mismo dio como resultado que en ese país, los fraudes más frecuentes son:

Modalidades de fraude	Porcentajes
Algún tipo de negocio	26%
Trabajo por taller mecánico	11%
Trabajo de construcción	8%
Tarjetas de crédito	5%
Compañía de telefonía	4%
Hotel, restaurante y bar	3%
Otros	29%

Así mismo, en los países de América del Sur, los recientes informes (Davies, 2004) revelan la constante práctica de fraude al consumidor en los medicamentos: en Venezuela la situación es tan alarmante, que incluso varias personas han muerto como consecuencia de la adulteración y venta de los mismos, los cuales son elaborados por prestigiosas empresas y recetados incluso por los propios médicos, quienes están siendo sobornados por los laboratorios; en Perú se venden medicamentos para personas menores de 12 años, los cuales están contraindicados para ellas.

Fraude con tarjeta de crédito



Aunque las respuestas de la encuesta solo arrojaron un 6% de personas víctimas de fraude, es frecuente esta modalidad, la cual involucra a personas con tarjeta de crédito, con recursos económicos altos y medios, ya que son quienes pueden acceder a una cuenta bancaria.

Para complementar lo anteriores resultados, se obtuvieron las quejas de los usuarios del servicio financiero, recibidas en la Superintendencia Financiera en el año 2005⁴:

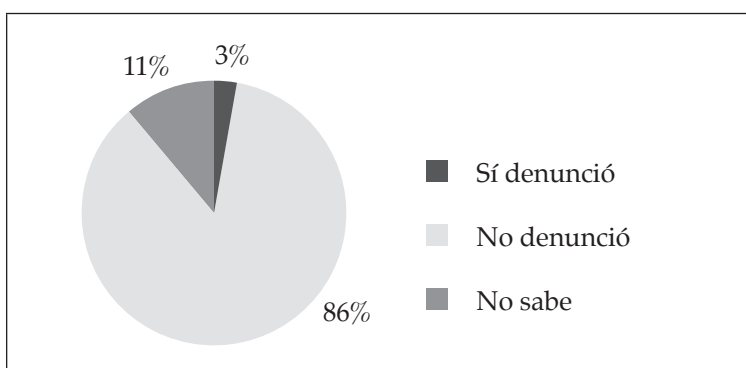
Algún tipo de queja	10.972
Quejas por fraude electrónico (cajero, Internet y teléfono)	1.804
Quejas referidas a tarjetas de crédito	1.625
Quejas por liquidación de créditos	1.619

4 Balance y experiencia del Derecho del consumo: alcance constitucional y Decreto 3466 de 1982 (4.º: 2006: Bogotá) Memorias del Seminario Balance y Experiencia del Derecho del Consumo: Alcance Constitucional y Decreto 3466 de 1982. Bogotá: Departamento de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Quejas por créditos de consumo	1.144
Quejas por cuentas corriente	995
Total quejas año 2005	18.159

La anterior información demuestra que sí es frecuente el fraude a través de tarjetas de crédito y contrasta con las cifras obtenidas en la encuesta realizada por el Centro de Investigación en Política Criminal en el año 2005.

Denuncia de las víctimas de fraude al consumidor



De la encuesta realizada en 2005, tan solo el 3%, o sea 8 personas, denunciaron el fraude al consumidor del cual fueron víctimas; mientras la cifra de no denuncia es del 86% (211 personas), y la cifra de quienes no saben, es representativa en comparación con la denuncia; el 11% es decir, 27 personas de las 917 encuestas realizadas.

La cifra de no denuncia, como ya se mencionó, es lo que se conoce como la cifra negra de la criminalidad, puesto que, aunque se es víctima de un hecho contrario a la ley, el mismo no se denuncia, por lo que las autoridades correspondientes no registran dicha cifra y de ahí la necesidad de

realizar la encuesta de victimización. Para el caso del fraude al consumidor, se observa que la cifra oscura es elevada, lo cual suele ocurrir en infracciones como ésta, en las que, por lo general, se trata de comportamientos de cuello blanco.

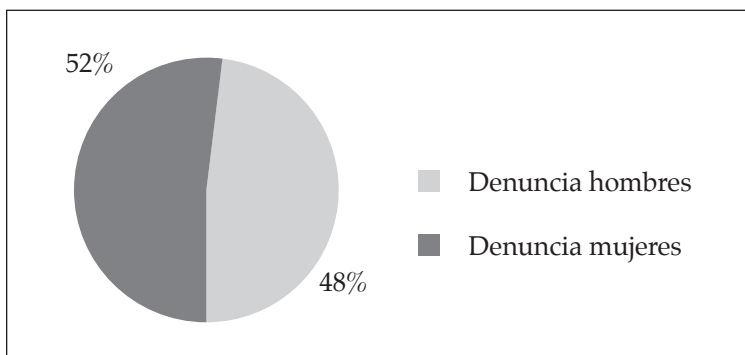
La Encuesta de Victimización realizada por el Centro de Investigación en Política Criminal de 1997, arrojó igualmente un elevado porcentaje en la cifra oscura; sin embargo, un porcentaje considerable de las víctimas, aunque no denuncian, sí reportaron el defecto del bien o servicio a la compañía o fábrica que les vendió el mismo.

Posteriormente, en el año 2000, la Encuesta de Victimización realizada por el Centro de Investigación en Política Criminal, arrojó una cifra de denuncia de tan solo el 6%, mientras la cifra oscura fue de un 94%, lo cual reflejó una falta de denuncia del fraude al consumidor en la totalidad de los entrevistados.

Respecto a la experiencia en México, las cifras arrojaron igualmente grandes diferencias entre los porcentajes de denuncia y no denuncia; sin embargo, en dicho país la cifra de denuncia es del 14%, lo cual refleja, en principio, una mayor consciencia de las personas frente a las agresiones como consumidores, aunque sigue siendo una cifra baja.

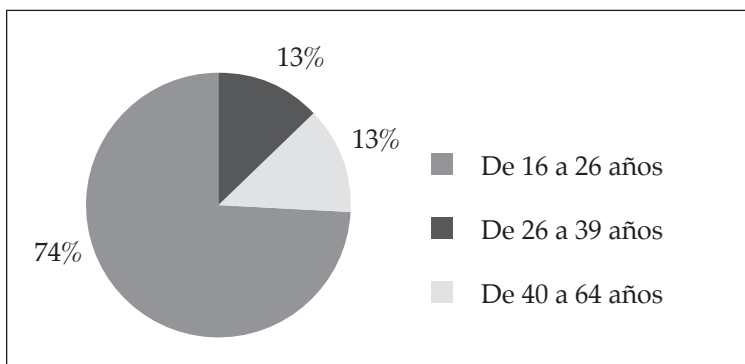
Dentro de las razones para que las personas no denuncien pueden mencionarse las siguientes: la no percepción del hecho, el no percibirlo como una conducta contraria a la ley, por la desconfianza o poca credibilidad en las autoridades competentes, por temor, porque la ofensa sufrida no fue lo suficientemente grave, porque las víctimas no conocen los organismos de control o porque arreglan directamente con el proveedor, o productor el daño sufrido. Lo anterior, según las encuestas realizadas a algunos consumidores, víctimas de fraude, en el año 2006.

QUIÉNES DENUNCIARON

Denuncia de fraude
al consumidor según el género

La gráfica muestra un porcentaje similar de denuncia entre los hombres y las mujeres; dicho resultado, comparándolo con los resultados obtenidos por el Centro de Investigación en Política Criminal, en la Encuesta de Victimización del año 2000, refleja un incremento en la denuncia respecto a los hombres, pues para el año 2000, las mujeres denunciaron en un 82%, mientras los hombres sólo lo hicieron en un 38%.

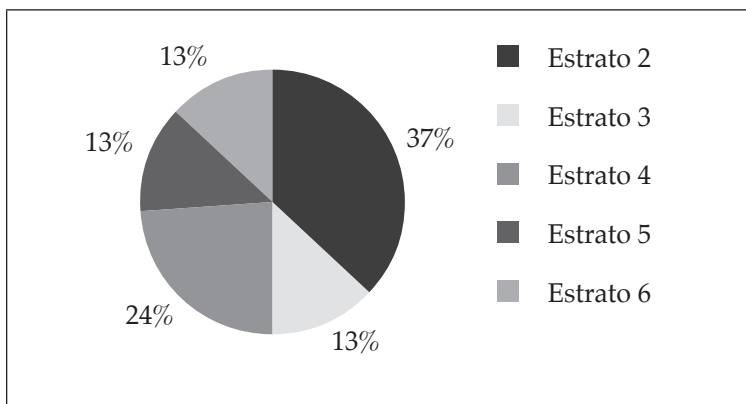
Denuncia según la edad



Para efectos del análisis de resultados, las víctimas de fraude al consumidor debieron clasificarse por sectores según la edad de las mismas, para así saber, quiénes denunciaron. Teniendo en cuenta lo anterior, se obtuvo que de 8 personas que denunciaron (100%), 6 personas tenían una edad promedio entre 16 y 26 años, lo cual correspondió a un 74%; una persona denunció, con edad entre 26 a 39 años; otra que denunció tenía una edad entre 40 a 60 años y nadie lo hizo en el sector que comprendió edades de 61 a 83 años.

Lo anterior pone de manifiesto varias clases de consumidores en la ciudad de Bogotá: las personas que más consumen y que por lo mismo se ven más afectadas tienen una edad entre 16 a 26 años (jóvenes). En segundo lugar, figuran las personas entre 26 a 39 años, a quienes les puede no interesar denunciar el fraude al consumidor, porque el trámite de una denuncia implica tiempo y dinero y la lesión sufrida no es de mayor gravedad (relación costo beneficio), por lo que prefieren arreglar directamente con el proveedor o productor, adoptando una actitud de “voces”; o prefieren no quejarse, pero no vuelven a contratar con dicha empresa que les vendió un producto defectuoso u ofreció un servicio de mala calidad, adoptando de esta manera una actitud dentro del grupo de los irritados. Por último, respecto a las personas con 61 a 83 años, no hay una cifra denuncia, lo cual puede deberse a que se encuentran fuera del mercado, no son víctimas y por dicha razón no denuncian.

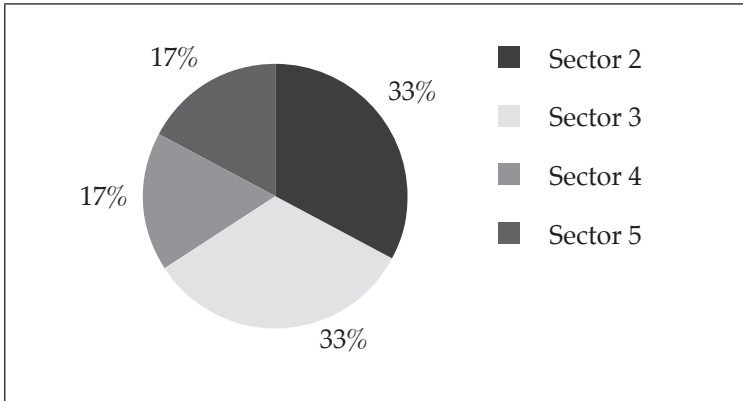
Denuncia según el estrato socio económico



Como se mencionó, al estrato 1 y 2 corresponde la clase social baja, al estrato 3 y 4 la media y al 5 y 6 la clase alta. Teniendo en cuenta lo anterior, y de acuerdo con los resultados obtenidos en la Encuesta de Victimización sobre fraude al consumidor en 2004, se observa que de acuerdo al estrato socioeconómico de las personas entrevistadas, quienes más denunciaron este hecho correspondieron al estrato 2, con un 37%; le siguieron el estrato 4, con un 24%, y los estratos 3, 5 y 6 tuvieron un mismo porcentaje en denuncia; sin embargo, es de destacar la no presencia de denuncia en el estrato 1.

Con base en los estudios del Centro de Investigación en Política Criminal, las personas que más denunciaron en el año 2000, según el estrato socio económico de los entrevistados, correspondieron a un nivel bajo (estrato 2) en un 50% y medio (estratos 3 y 4) en un 42%, mientras en el nivel alto (estratos 5 y 6) las personas denunciaron tan solo en un 7%.

Denuncia según el ingreso promedio total mensual del hogar



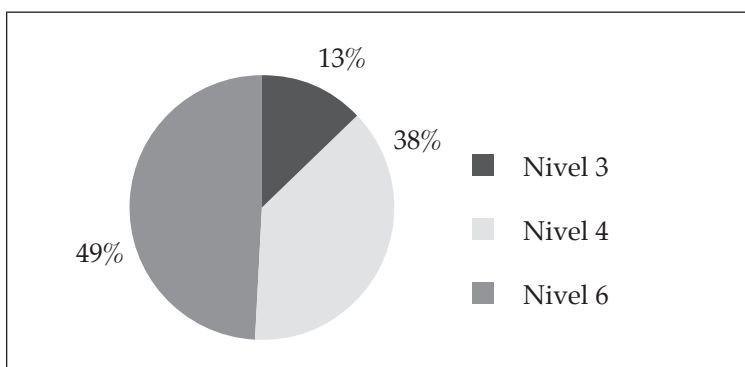
Con el fin de analizar los resultados de las encuestas, debió hacerse una clasificación según el ingreso promedio total mensual del hogar, por lo que a los sectores 1 y 2 pertenecieron las personas con menores ingresos (menos de uno y dos salarios mínimos legales mensuales); a los sectores 3 y 4, quienes tenían un ingreso medio (entre dos y seis salarios mínimos legales mensuales) y a los sectores 5 y 6 (entre seis y dieciséis salarios mínimos legales mensuales). Con base en dicha división, se obtuvo que quienes más denunciaron pertenecen a un sector 2 (bajo) con un 33% y 3 (medio) con un 33%. Le siguen los sectores 4 (medio) y 5 (alto) con un porcentaje de un 17%, sin que se detectara denuncia en el sector 1 ni en el 6.

El sector 2 denuncia el fraude al consumidor, porque no puede tolerar que sus bajos ingresos se disminuyan con la compra de bienes defectuosos y con la prestación de servicios de mala calidad, por lo que le interesa hacer valer sus derechos, porque la lesión sufrida es considerada grave.

Los sectores 3 y 4, aunque tienen una mejor posición económica, denuncian el fraude al consumidor, porque

la lesión sufrida sigue siendo grave y porque han podido obtener más años de instrucción formal, por lo que saben que este hecho es contrario a la ley y que por lo mismo tienen y pueden hacer valer sus derechos; mientras que los sectores 1 y 6, particularmente, comparten la característica de la no denuncia.

Denuncia según el nivel educativo

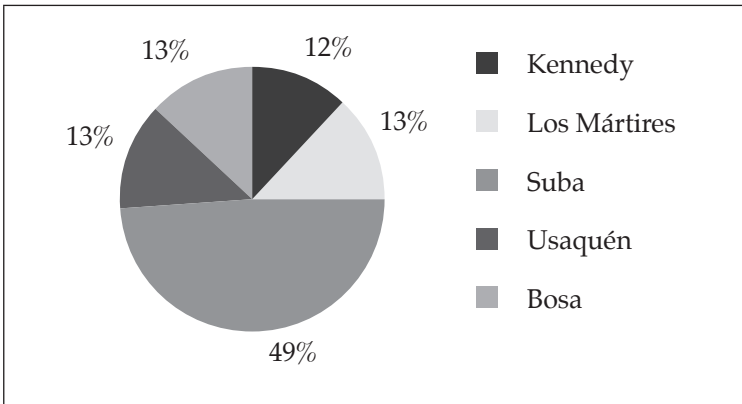


Los niveles educativos 1 y 2 corresponden a un nivel educativo bajo, el nivel 3 y 4 a un nivel medio y el nivel 5 y 6 al nivel educativo alto. Con base en lo anterior, las personas con un nivel educativo medio y alto denuncian el fraude al consumidor, al parecer porque son quienes, debido a su instrucción, conocen más de sus derechos como consumidores, al igual de las situaciones en que hay fraude al consumidor; sin embargo, en el estrato 5 no hay personas que lo denuncien, lo cual puede deberse a la insignificancia del daño producido o a la desconfianza del sistema de control, ya sea porque no hay seguridad ni celeridad en el mismo, como se observó antes.

De acuerdo con los resultados obtenidos en el año 2000, quienes más denunciaron el fraude al consumidor correspondían a un nivel educativo 6 (47%), le siguió el

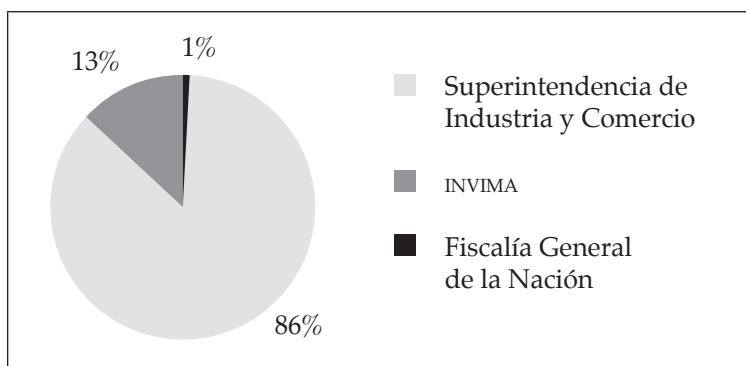
nivel 4 (33%), sin que nadie denunciara en el nivel 1, lo cual concuerda con los resultados obtenidos en el 2005. Sin embargo, en el año 2000 en el nivel educativo 2 (bajo), hubo un porcentaje de denuncia de un 5% y en el nivel 5 un porcentaje de denuncia de un 9,5%, por lo que estos porcentajes disminuyeron para el 2005, pasando de una baja denuncia a una abstención total.

Denuncia según las localidades de Bogotá



La localidad con mayor denuncia fue Suba, con un 49%, y le siguieron localidades como Los Mártires, Bosa, Usaquén y Kennedy y en el resto de localidades no se presentó denuncia por parte de sus habitantes.

A quién denunció el fraude al consumidor



Al respecto, debe mencionarse que aunque el formulario suministrado por UNICRI no incluyó una pregunta en tal sentido, la información encontrada en la Superintendencia de Industria y Comercio, el INVIMA y la Fiscalía General de la Nación, permitió hacer un análisis respecto a la entidad que recibe mayor denuncia por este hecho.

La Superintendencia de Industria y Comercio tiene facultades jurisdiccionales en materia de protección al consumidor, por lo que puede ordenar el cese de la difusión de un mensaje publicitario con información engañosa, ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios, suspender la producción y comercialización de bienes o servicios, cuando se tengan indicios graves de que atentan contra la vida o la seguridad de los consumidores y asumir las investigaciones a los proveedores u organizaciones de consumidores por violación de cualquier disposición sobre protección al consumidor, e imponer las sanciones correspondientes⁵.

A su vez, la Fiscalía General de la Nación tiene la titularidad de la acción penal, por lo que es la encargada de

5 Cfr. Artículo 145 Ley 446 de 1998.

iniciar una investigación, para así poder establecer si un determinado hecho es contrario a la ley penal. Como se estudió, hay conductas descritas en el Código Penal de Colombia que pueden afectar a los consumidores; tales comportamientos se encuentran en los títulos respectivos de infracciones contra el orden económico y social, y contra la salud pública.

Respecto al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), su objeto es la vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva, por lo que, para ello, puede adoptar las medidas sanitarias de seguridad pertinentes, adelantar procedimientos y sanciones, como la suspensión de actividades, decomiso de objetos y productos, y destruir artículos y productos, entre otras.

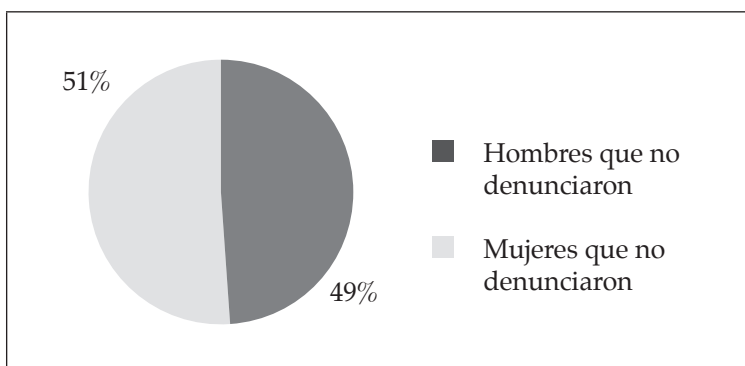
Por lo anterior, indispensable fue acudir a dichas entidades en busca de la información allí registrada, sobre denuncias de fraude al consumidor. La información suministrada en la Superintendencia de Industria y Comercio, el INVIMA y la Fiscalía General de la Nación permitió establecer los organismos de control sobre fraude al consumidor. Con base en los datos suministrados por cada una de estas entidades, logró establecerse que gran mayoría de las víctimas de fraude acudieron a la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2005, la cual tiene competencia en la ciudad de Bogotá, cuenta con una oficina delegada para la protección del consumidor y tiene facultades jurisdiccionales en la defensa del consumidor.

Mientras el 86% de las víctimas de fraude acudieron a la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2005 para exigir el cumplimiento de la garantía de buen funcionamiento, el 13% acudió al INVIMA, en aquellos casos de

fraude referidos a alimentos y medicamentos; sin embargo, debe tenerse en cuenta que este último organismo no tiene facultades jurisdiccionales. Así mismo, en la Fiscalía General de la Nación se encontró una cifra de denuncia de un 1%, en el año 2005, por aquellas infracciones a la ley penal que vulneran los derechos de los consumidores.

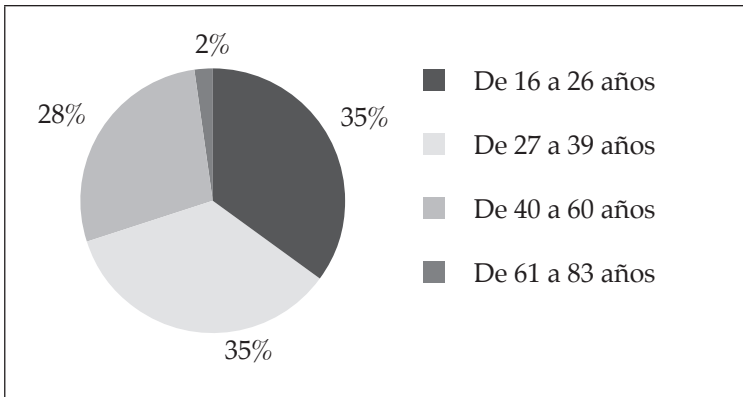
NO DENUNCIA DEL FRAUDE AL CONSUMIDOR

Quiénes no denunciaron La no denuncia según el género



Los resultados de la Encuesta de Victimización realizada por el Centro de Investigación en Política Criminal en el año 2005, arrojaron que de 917 encuestas realizadas, 211 no denunciaron el fraude al consumidor del cual fueron víctimas, por lo que teniendo en cuenta este resultado, los hombres que no denunciaron el fraude al consumidor fueron 104, es decir un 49%, mientras las mujeres que no denunciaron fueron 107, o sea un 52%.

No denuncia según la edad

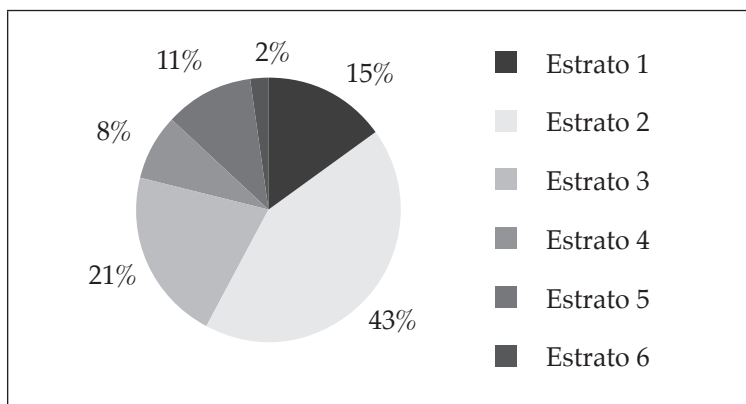


Curioso es observar cómo la mayoría de personas que denunciaron son ahora quienes menos lo hicieron; así lo demuestran los resultados de la encuesta. Las personas con edad entre 16 a 26 años no denunciaron en un 35%, quienes tienen 27 a 39 años no lo hicieron en un 37%, mientras el grupo de personas entre 40 a 60 años no denunció en un 28% y el sector comprendido por las personas ancianas (entre 61 a 83) no denunciaron en un 2%. Lo anterior podría hacernos falsamente concluir que este último grupo es el que más denuncia el fraude al consumidor, sin embargo, las cifras de victimización y de denuncia demostraron lo contrario, por lo que el resultado obtenido en la no denuncia, es consecuencia de que las personas jóvenes son víctimas de fraude, mientras las personas de mayor edad no y a esto se debe el bajo porcentaje en la no denuncia, para aquellos que no consumen de igual forma que una persona joven.

De esta manera, las cifras de victimización y de denuncia guardan estrecha relación, en la medida en que entre más víctimas, más posibilidad de denuncia o de no denuncia, por lo que las personas con edades entre 61 a 83 años sí consideran no ser víctimas de este hecho, la cifra de denuncia

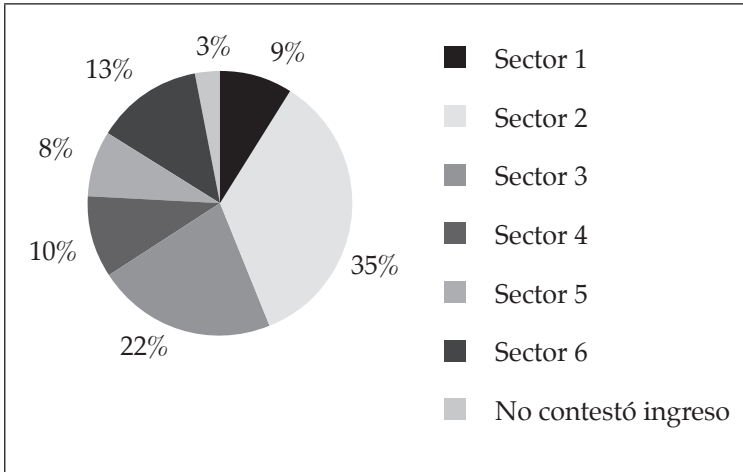
y no denuncia respecto a ellas va a ser de un porcentaje mínimo respecto a las otras.

La no denuncia según el estrato socio económico



Según el porcentaje de no denuncia obtenido en las encuestas, de 211 personas que no denunciaron el fraude del cual fueron víctimas, en el estrato 1 no denunciaron 31 personas, lo cual correspondió a un porcentaje del 15%; en el estrato 2, 90 personas, es decir el 43% no denunciaron; en el estrato 3, 45 personas (21%); en el estrato 4, 17 personas (8%); en el estrato 5, no denunciaron 24 personas (11%) y en el estrato 6, 4 personas (2%).

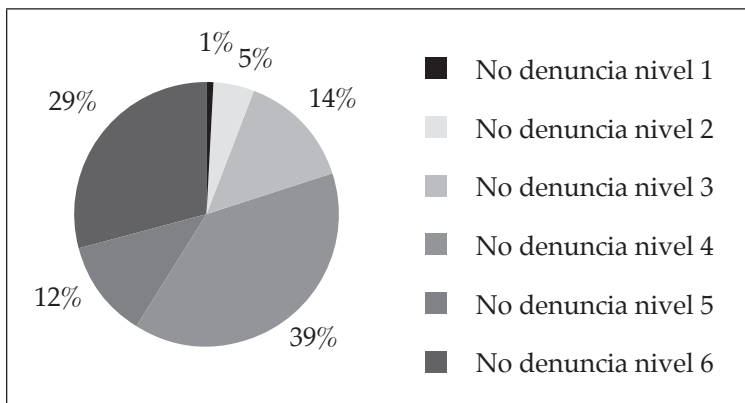
No denuncia según el ingreso promedio total mensual del hogar



Como se mencionó, a los sectores 1 y 2 correspondieron aquellas personas cuyos ingresos eran entre menos de un salario mínimo a dos salarios mínimos legales mensuales, a los sectores 3 y 4, quienes percibieran ingresos entre dos y seis salarios mínimos legales mensuales y a los sectores 5 y 6 quienes tuvieran entre seis y dieciséis salarios mínimos legales mensuales.

Los sectores 2 y 3 son los que reflejan un mayor porcentaje de no denuncia; sin embargo, la encuesta arrojó que los sectores con mayor denuncia según los ingresos económicos correspondían al 2, 3, 4 y 5, mientras en el 1 y 2 no hubo porcentaje al respecto, por lo que coinciden las personas que denuncian y las que no lo hacen, probablemente por la cantidad de personas que aceptan haber sido víctimas de fraude en estos sectores.

La no denuncia según el nivel educativo

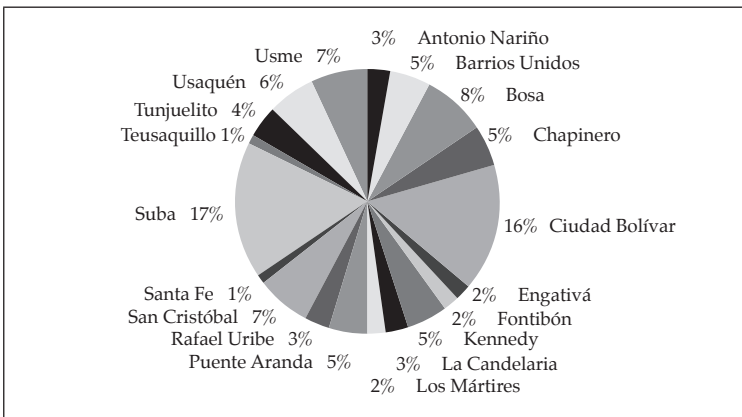


Las personas que no denunciaron fueron en total 211 y según el nivel educativo, en el nivel 1 (bajo) no lo hicieron 3 personas, lo cual correspondió a un porcentaje del 1%, en el nivel 2 (bajo), 11 personas, es decir el 5%, en el nivel educativo 3 (medio), 29 (14%), en el nivel 4 (medio) 80 (40%), en el nivel 5, 26 personas (12%), y en el nivel 6 no denunciaron 62 personas (29%).

Los anteriores resultados manifiestan que las personas que poseen mayor instrucción académica, son quienes menos denuncian el fraude al consumidor, aunque sí reconocen ser víctimas de esta conducta contraria a la ley, lo cual significa que sí consideran que la conducta es social y legalmente reprochable, sin embargo no denuncian, por lo que las razones de no denuncia se deben a otros factores, como la relación costo beneficio, debido a que el daño individualmente sufrido no es demasiado grave o por desconfianza en el aparato judicial, ya que las personas pueden considerar que las autoridades correspondientes no son eficientes o no resolverán el problema.

Incluso en el caso del fraude al consumidor, es usual que el consumidor resuelva el daño ocasionado por el bien o servicio, directamente con el proveedor o productor, sin necesidad de acudir a las autoridades correspondientes, ya que en últimas la pretensión del consumidor (comprador) es que el bien o producto adquirido funcione adecuadamente.

No denuncia según localidades



Las localidades con mayor porcentaje de no denuncia son Suba, con un 17%, y Ciudad Bolívar, con un 16%. De nuevo coinciden las cifras de denuncia y no denuncia; sin embargo, debe tenerse en cuenta que Suba es una de las localidades con mayor número de habitantes, al igual que Ciudad Bolívar, por lo que así como pueden estar dentro de las localidades que más denuncian, también figuran entre las que menos lo hacen.

RAZONES DE NO DENUNCIA

Con el fin de establecer los motivos de no denuncia, se efectuaron algunas encuestas a personas víctimas de fraude al consumidor, debido a que el formulario de la encuesta

suministrado por UNICRI no incluía una pregunta que permitiera determinar los mismos.

De acuerdo con las respuestas dadas por consumidores víctimas de fraude al consumidor, las personas no denuncian el fraude al consumidor por desconfianza o poca credibilidad en las autoridades competentes (19%), porque las autoridades no hubieran hecho nada (19%), porque arreglan el problema o falla del bien o servicio directamente con la empresa (19%), porque no saben a dónde acudir para interponer un denuncia de este tipo (18%), porque no percibieron el hecho (13%), porque no consideran que el hecho sea contrario a la ley (6%) y porque la ofensa sufrida no fue lo suficientemente grave (6%).

Lo anterior pone de manifiesto que las víctimas no confían en las autoridades competentes, pues consideran que acudir a ellas va a hacerles perder el tiempo y que no les resolverán el problema, por lo que prefieren arreglar directamente con la empresa, algunas veces exigiendo la garantía de buen funcionamiento, la reparación, el cambio del bien o servicio por otro, la devolución de su dinero, entre otras.

Así mismo, es pertinente mencionar el hecho de que en Colombia la justicia es lenta, por lo que hay trámites engorrosos que perjudican en tiempo y dinero al consumidor. De esta manera, la práctica de una prueba pericial para comprobar el defecto de un bien o servicio es costosa y el beneficio que se obtiene es mínimo, ya que la mayoría de las veces se le impone una multa irrisoria a la empresa infractora, lo cual no garantiza que la misma se abstenga de reincidir en dicho comportamiento. Lo anterior se corroboró con la entrevista realizada al Juez Civil del Circuito, Doctor GUSTAVO SERRANO RUBIO, en septiembre de 2006.

Además de las anteriores razones, la falta de una ley sobre protección al consumidor dificulta y confunde al consumidor, el cual no conoce sus derechos.

A pesar de existir un Estatuto del Consumidor, éste no constituye la legislación aplicable al tema de estudio, debido

a que existen otras normas que en conjunto conforman la normatividad en materia de protección al consumidor, por lo que si las personas no conocen sus derechos, no saben en qué consiste el fraude al consumidor, no se perciben como víctimas y no denunciarán el hecho. Lo anterior se corroboró con las respuestas dadas por el asesor jurídico de la Confederación Colombiana de Consumidores, Doctor RUBÉN DARÍO SERNA, en septiembre de 2006.

CONCLUSIONES

En Colombia hay diferentes clases de consumidores, en su mayoría existen los pasivos, los cuales no confían en la acción ejercida de manera particular, los irritados, que aunque no ejercen ningún reclamo, castigan a la empresa dejando de adquirir bienes o servicios producidos o prestados por ella y divulgan a sus conocidos la mala experiencia tenida, para que no adquieran sus bienes o servicios.

De igual forma, existen aquellos consumidores activos, que se atreven a hacer el reclamo directamente ante el proveedor o productor, aquellos que ejercen una acción de manera particular y aquellos que acuden a las acciones populares o de grupo para así lograr proteger sus derechos.

La falta de conocimiento de las normas hace que las personas no perciban el hecho del fraude al consumidor como contrario a la ley, incluso muchas de ellas no lo perciben ni siquiera como socialmente reprochable, pues confían en la empresa, consideran al empresario como una persona honesta y respetable, así que las conductas deshonestas no son consideradas como tales, y simplemente hacen parte del mundo de los negocios.

Los empresarios son personas con mucho poder, por lo que fácilmente pueden influir en las decisiones judiciales.

Los empresarios intervienen en la elaboración de las normas, por lo que pueden crear situaciones que los favorezcan.

Las sanciones que se imponen a las empresas por la violación de las normas de protección al consumidor son demasiado irrisorias, por lo que prefieren pagar la multa impuesta y seguir con sus prácticas deshonestas.

Los derechos de los consumidores pueden y deben exigirse de manera colectiva por todos los afectados; de esta manera se logra una mayor eficiencia, se protege a la sociedad, la cual se ve directamente afectada con la producción en serie de bienes y servicios de mala calidad, que en últimas van a ser consumidos por toda una población. Por lo anterior, los derechos a la salud, a un ambiente sano, a la seguridad y al adecuado aprovisionamiento de los consumidores y usuarios, son derechos de todos, no tienen un titular determinado, por lo que así mismo deben ser ejercidos y protegidos, teniendo en cuenta la prevalencia del interés general sobre el particular.

Las acciones más efectivas en la defensa de los derechos del consumidor son las acciones populares y de grupo, ya que no demoran mucho tiempo, pueden ejercerse sin abogado (en el caso de las acciones populares), protegen los derechos colectivos, por lo que puede adherirse todo el que se sienta perjudicado; así mismo, la decisión adoptada tiene efectos *erga omnes*, protegiendo así, tanto a quienes intervinieron en el proceso, como a quienes no hicieron parte de él, es decir a la sociedad en general.

Hasta el momento, los grandes logros del derecho colombiano respecto al tema deben atribuirse a la existencia de las acciones populares y de grupo y a la creación de la Confederación Colombiana de Consumidores y a las ligas de consumidores, las cuales han sido fruto del esfuerzo y la unión de los consumidores, para lograr una protección, divulgar las normas que los protegen, educar a los ciudadanos, estar presentes en temas que necesariamente los involucran, como los tratados de libre comercio que celebra Colombia con otros países, entre ellos Estados Unidos. Sin embargo, a pesar de lo obtenido, falta una mayor protec-

ción por parte del Estado, educación para sus ciudadanos, eficiencia y celeridad en la justicia.

Los consumidores no conocen las normatividad aplicable al derecho del consumo, por lo que no pueden exigir sus derechos, ni conocen los organismos de control encargados de recibir sus denuncias. Adicionalmente, las normas sobre protección a los derechos del consumidor se encuentran demasiado dispersas, pues pese a existir un Estatuto del Consumidor, el mismo es anterior a la Constitución de 1991, por lo que ha tenido varias regulaciones en los temas no previstos en él, a través de distintas leyes y decretos.

Las personas sí son víctimas de fraude al consumidor; diariamente celebran relaciones de consumo, en las cuales adquieren bienes o servicios de mala calidad; sin embargo, los consumidores no dan mayor trascendencia a la lesión, porque están en inferioridad económica y jurídica frente a la empresa, la cual cuenta con asesoría, tiene el dinero suficiente para contratar los mejores abogados en su defensa y posee conocimientos técnicos en la producción de bienes y servicios, por lo que muchas veces el consumidor no se atreve a reclamar.

El estudio realizado a través de las encuestas de victimización reflejó que quienes se consideran víctimas de fraude al consumidor son aquellas personas de estratos sociales altos, con altos niveles de educación y buenos ingresos económicos; es decir, saben en qué consiste este hecho, lo consideran contrario a la ley y conocen sus derechos.

Muchas de las víctimas de fraude al consumidor no se consideran como tales, porque no perciben el hecho, precisamente porque no saben cómo se elabora, ni cómo debe funcionar un bien; no conocen la exigencia en cuanto a la calidad de un servicio, por lo que los derechos de los consumidores son fácilmente vulnerados.

Las encuestas de victimización mostraron que la mayoría de las víctimas de este hecho criminal corresponde a per-

sonas con edad entre 16 a 39 años, lo cual puede deberse a que son quienes más consumen.

Existe relación en cuanto a la educación de las personas y el sentirse como víctimas de fraude, pues entre mayor instrucción formal hayan recibido, son conscientes de que este hecho es contrario a la ley, se consideran víctimas y hay mayor probabilidad de que denuncien; sin embargo, el factor costo-beneficio puede influir en la no denuncia.

Respecto a la denuncia, el estudio realizado mediante las encuestas de victimización reflejó que quienes denuncian son las personas con ingresos económicos medios, lo cual puede deberse a que aquellos con ingresos económicos bajos no pueden acceder a la justicia, ya que les es muy onerosa, mientras quienes poseen ingresos económicos altos consideran que la lesión sufrida mediante un fraude no justifica el trámite de un proceso engorroso y además costoso.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, JORGE (1991). Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías. México: Universidad Autónoma de México.

ALT POWELL, EILEEN (2005). Delincuentes se aprovechan de los que necesitan crédito para defraudarlos [En línea] Associated Press (USA). [Consultado 27 de octubre de 2005]. Disponible por internet: www.terra.com/finanzas/articulo/html/fin4050.htm.

ANDI (1998). Proyecto contra la falsificación de productos y usurpación de marcas [En línea] Gerencias seccionales ANDI (Colombia). [Consultado el 29 de octubre de 2005]. Disponible por internet: <http://www.andi.com.co>.

ANIYAR DE CASTRO, LOLA (1977). *Criminología de la reacción social*. Maracaibo: Universidad del Zulia.

- . (1982). *La realidad contra los mitos, reflexiones críticas en criminología*. Maracaibo: Universidad del Zulia.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1991). Constitución Política de Colombia.
- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL (1978). *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid: Civitas.
- BALANCE Y EXPERIENCIA DEL DERECHO DEL CONSUMO: ALCANCE CONSTITUCIONAL Y DECRETO 3466 DE 1982 (4.º: 2006: Bogotá) Memorias del Seminario Balance y Experiencia del Derecho del Consumo: Alcance Constitucional y Decreto 3466 de 1982. Bogotá: Departamento de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- BERGER, PETER Y THOMAS LUCKMANN (1999). *La construcción social de la realidad*. Argentina: Amorrortu.
- BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO (1996). *Criminología, victimología y cárceles*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- . (1994). *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*. Valencia: Tirant lo blanch.
- BOTERO, JORGE HUMBERTO (2005). Bogotá no tendrá representación particular en TLC [En línea] ETB portales (Colombia). [Consultado el 6 de febrero de 2006]. Disponible por internet: http://www.pymesetb.com/detalle_noticia.asp?id_not=1919
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1983). *Victimología presente y futuro*. Bogotá: Temis S.A.
- CABANELLAS, GUILLERMO (1982). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Argentina: Editorial Heliosta S.R.L.
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (2003). Abril- junio de 2000. [En línea], Bogotá (Colombia): [Consultado el 6 enero de

2006]. Disponible por internet: http://camara.ccb.org.co/documentos/2003_12_10_10_46_34_610_obseguridad_16.pdf.

—. (2005). Vicepresidencia de gestión cívica y social, programa de seguridad y convivencia. Encuesta de percepción de seguridad ciudadana y de victimización en Bogotá.

CANCINO MORENO, ANTONIO J. (1982). *Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal*. Colombia: Ediciones librería del profesional.

CASA DE NARIÑO, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2003). Más del 80% de habitantes de Bogotá, Cali y Medellín no han sido afectados por delitos. [En línea] Casa de Nariño. (Bogotá). [Consultado el 22 de septiembre de 2005]. Disponible por internet: www.sne.htm.

CREIMER, ISRAEL (1998). El derecho del consumidor en el mercosur. [En línea] CÁTEDRA DE DERECHO, ECONOMÍA Y SOCIEDAD (Uruguay). [Consultado el 27 de octubre de 2005] Disponible por internet: www.zamudio.biblioteca.org/comercial4.htm.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., J. L. DÍEZ RIPOLLÉS Y F. J. GIRÓN GONZÁLEZ-TORRE (1996). Valencia España: Tirant lo Blanch.

COMITÉ CONJUNTO DE EXPERTOS DEL GOBIERNO Y DEL SECTOR PRIVADO SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO (2002). *Tercer Informe con Recomendaciones* [En línea]. (Canadá) [Consultado el 1º de abril de 2006]. Disponible por internet: <http://www.ftaa-alca.org>.

Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de 1993.

—. Ley 446 de 1998.

—. Ley 472 de 1998.

—. Código Penal, Ley 599 de 2000.

—. Código Penal, Ley 890 de 2004.

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (1993). *Ley federal de protección al consumidor*. México: Editorial Porrúa, S.A.

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR (2000). *Ley Orgánica de defensa del consumidor* (Ecuador). [Consultado el 29 de octubre de 2005]. Disponible por internet: http://www.pacifictel.net/transparencia/docs/Ley_Defensa_Consumidor.pdf.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 24 de julio de 2003. Consejero Ponente: Manuel Santiago Ureta Ayola.

CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL Y CARMEN ELOÍSA RUIZ (2003). “Delitos contra el orden económico social, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CORREDOR BELTRÁN, DIEGO (2003). “Delitos contra la salud pública”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-524 de 1995, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

—. Sentencia C-332 de 2000, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ.

—. Sentencia C-1141 de 2000, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

—. Sentencia T-333 de 2000, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

—. Sentencia C-228 de 2002, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

—. Sentencia C-973 de 2002, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

—. Sentencia T-466 de 2003, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

—. Sentencia T-145 de 2004, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

—. Sentencia T-453 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

CUBILLOS VELANDIA, RAMIRO Y ERICK RINCÓN CÁRDENAS (2002). *Introducción jurídica al comercio electrónico*. Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 3 de mayo de 2005, M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

DAVIES, VANESSA (2004). Prohíben publicidades en Venezuela. [En línea] El Nacional (Venezuela). [Consultado el 4 de agosto de 2006]. Disponible por internet: www.boletinfarmacos.org.

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ (1994) *Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema*. [En línea] Universidad de Cádiz (España). [Consultado el 3 de mayo de 2005]. Disponible por internet: www.inicia.es/de/pazenred/victima.htm.

DIRECCIÓN METROPOLITANA DE SEGURIDAD CIUDADANA, OBSERVATORIO METROPOLITANO DE SEGURIDAD CIUDADANA (2003). *Encuesta de victimización*. [En línea] Quito Distrito Metropolitano. (Quito). [Consultado el 22 de julio de 2005]. Disponible por internet: www.informedevictimización.htm.

DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL (1996). *Delitos contra la propiedad*. [En línea] (Argentina). [Consultado el 13 de julio de 2005]. Disponible por internet: <http://iidejual.gov.ar/L2delipro.pdf>.

ECA (1997). “La necesidad de estudiar la violencia de los noventa”. [En línea] *Revista ECA*. (El Salvador). [Consultado el 22 de julio de 2005]. Disponible por internet: www.presentación.htm.

ESTATUTO DEL CONSUMIDOR. Decreto número 3466 de 1982.

- HARKER USECHE, PAULA MÓNICA (1995). "Victimología y víctima, una perspectiva crítica", en *Pensamiento jurídico: Revista de teoría del derecho y análisis jurídico*. Bogotá.
- HAWHINS, DEL I., A. CONEY KENNETH Y ROGER BEST (1997). *Comportamiento del consumidor*. Colombia: Mc Graw Hill Interamericana S.A.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO (1998). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF (2005). *Los retos de la alimentación se traducen en desarrollo social*[En línea] (Colombia). [Consultado el 6 de febrero de 2005]. Disponible por internet: <http://www.icbf.gov.co>.
- GALIANA SAURA, ÁNGELES Y MARIO RUIZ SANZ (2002). *Análisis socio-jurídico de la integración de los inmigrantes en las comarcas de Tarragona* [En línea] Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho (Tarragona España), noviembre de 2002 [Consultado el 12 de abril de 2005]. Disponible por internet: www.uv.es/CEFD/galiana.htm.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO (1988). *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa Calpe.
- GIRALDO, ALEJANDRO (2002). *El estado de situación de la protección al consumidor en el ámbito nacional y comunitario: una propuesta de decisión* [En línea] Secretaría General de la Comunidad Andina (Perú). [Consultado el 6 de enero de 2006]. Disponible por internet: <http://www.comunidadandina.org>
- GUTIÉRREZ, MARCELA (1997). Ponencia. Encuestas de victimología realizadas en Colombia, en ICOPA VIII (1997: Nueva Zelanda) Departamento de Derecho Penal y Criminología.

- INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN, ICONTEC (2004). *Contenido Tesis y otros trabajos de grado*. Bogotá: Lerner.
- LAMBOIS, SUSANA E. (2005). *El consumidor y sus derechos* [En línea] (Argentina). [Consultado el 30 de mayo de 2006]. Disponible por internet: www.salvador.edu.ar
- LARRAURI, ELENA (1993). *Victimología. ¿Quiénes son las víctimas?, ¿Cuáles son sus derechos?, ¿Cuáles sus necesidades?* Bogotá: Editorial Temis.
- LÓPEZ REY Y ARROJO, MANUEL (1997). *Criminología*, Madrid: Editorial Aguilar.
- LOUK HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona: Ediotrial Ariel, S.A.
- MÉNDEZ PINEDO, ELVIRA (1998). *La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un derecho procesal comunitario de consumo*. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A.
- MENESES GONZÁLEZ, BONIFACIO (2002). *Victimología: Hacia la creación de instituto de apoyo y asistencia a la víctima del delito* [En línea] Bibliotecal. (Perú). [Consultado el 10 de mayo de 2005]. Disponible por internet: www.bibliotecal.org.pe/foro2/victimologia.htm.
- MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, REPÚBLICA DE COLOMBIA (2005). *En IX Ronda del TLC cierra mesa de comercio electrónico* [En línea] (Colombia). [Consultado el 29 de octubre de 2005]. Disponible por internet: www.tlc.gov.co.
- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 1266 de 1994.
- . Resolución 114 de 2004.

- MOLINA ARRUBLA, GERARDO (1994). *Introducción a la criminología*. Medellín: Editorial Diké.
- NACIONES UNIDAS (1980). *Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Viena.
- ORTIZ RODRÍGUEZ, ALFONSO (1987). *Manual de derecho penal especial*. 3.^a edición. Colombia: Universidad de Medellín.
- PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO (2005). *Manual de derecho penal, Parte general - Parte especial*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda.
- PALACIO, MARISOL (2001). *Contribuciones de la victimología al sistema penal*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- PERSONERÍA DE MEDELLÍN (2005). *Derechos del Consumidor* [En línea] Medellín (Colombia). [Consultado el 10 de mayo de 2006]. Disponible por internet: www.personeriamedellin.gov.co.
- PINILLA PINILLA, NILSON (2005). *Estudios Penales*. Colombia: Legis Editores S.A.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL (1995). *Los delitos contra el orden económico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1971). *Código de Comercio. Decreto 410 de 1971*.
- . Decreto 2269, 16 de septiembre de 1993.
- . Decreto 677 de 1995.
- POLO, EDUARDO (1980). *La protección del consumidor en el derecho privado*. España : Civitas, S.A.
- RAMÍREZ G., RODRIGO (1983). *La victimología*. Bogotá: Temis.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.

- RIVERA LLANO, ABELARDO (1997). *La Victimología ¿Un problema criminológico?* Bogotá: Librería Jurídica Radar Ediciones.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS (1990). *Victimología, estudio de la víctima*. México: Editorial Porrúa, S.A.
- . (1993). *Luis. Criminología*. México : Editorial Porrúa.
- RONDA, CARLOS C. (1998). *Metodos científicos de investigación aplicados al diseño de planes de seguridad* [En línea] Xpertia. (Argentina). [Consultado el 13 de julio de 2005]. Disponible por internet: www.expertos - Xpertia, portal de expertos, la mejor información y opinión.htm.
- SANGRADOR, JOSÉ LUIS (1981). *Interacción humana y conducta social*. Madrid: Salvat.
- SORIA VERDE, MIGUEL ANGEL (comp.) (1993). *La Víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- SOZZO, MÁXIMO (2003). *¿Contando el delito? Análisis crítico y comportamiento de las encuestas de victimización en Argentina* [En línea] Universidad del Litoral (Argentina). [Consultado el 18 de julio de 2006]. Disponible por internet: www.cartapacio.edu.ar.
- STIGLITZ, GABRIEL A. (1990). *Protección jurídica al consumidor*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (2001). *Circular Externa número 10* (circular única), julio 19 de 2001.
- . COMUNIDAD ANDINA CAN (2004). [En línea] Ministerio de Industria y Turismo (Colombia). [Consultado el 18 de julio de 2006]. Disponible por internet: www.sic.gov.co.

- . (2002). Concepto 02065072 del 12 de septiembre [En línea] Oficina jurídica (Bogotá). [Consultado el 10 de enero de 2006]. Disponible por internet: <http://www.sic.gov.co/>.
- . Resolución n° 13736, 30 abril de 2001, Radicación n.° 00094208.
- . Resolución n° 41, 13 enero de 2004, Radicación n.° 03069417.
- . Resolución n° 21960, 6 de septiembre de 2004, Radicación: 04009433 A.
- SUTHERLAND, EDWIN H. (1969). *El delito de cuello blanco*. Venezuela: Universidad Central de Venezuela.
- UNICRI. UNITED NATIONS INTERREGIONAL (s.f.) *Crime and Justice Research Institute* [En línea] [Consultado el 21 de septiembre de 2005]. Disponible por internet: www.unicri.it.
- UNIVERSIDAD DEL NORTE (2005). *Asociación Distrital de Consumidores* [En línea] Gestores en la red. Barranquilla (Colombia). [Consultado el 10 de mayo de 2006]. Disponible por internet: www.uninorte.edu.co.
- USCANGA ESCOBAR, JORGE (2004). *Proposición con punto de acuerdo para exhortar al ejecutivo federal a dar cumplimiento con el plan nacional de desarrollo 2001-2006, y se realicen las encuestas de victimización por medio del Inegi* [En línea] Senado de la República. (México). [Consultado el 22 de julio de 2005]. Disponible por internet: www.senadodelarepublica-gacetaparlamentaria.htm.
- VALLEJO ARTEAGA, MARÍA CRISTINA Y PAOLA DE LOS RÍOS GUTIÉRREZ (1999). *Fraude al consumidor, ¿Delito o contravención?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. (1988). *La obligación de seguridad en la Responsabilidad Civil y ley de contrato de trabajo*. Rosario (Argentina): Ed. Vélez Sarsfield.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en octubre de 2009

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre propalbond de 70 gramos
Bogotá, Colombia

Post tenebras spero lucem

