

San Gil - Colombia - ISSN 1692-6404

Número 9

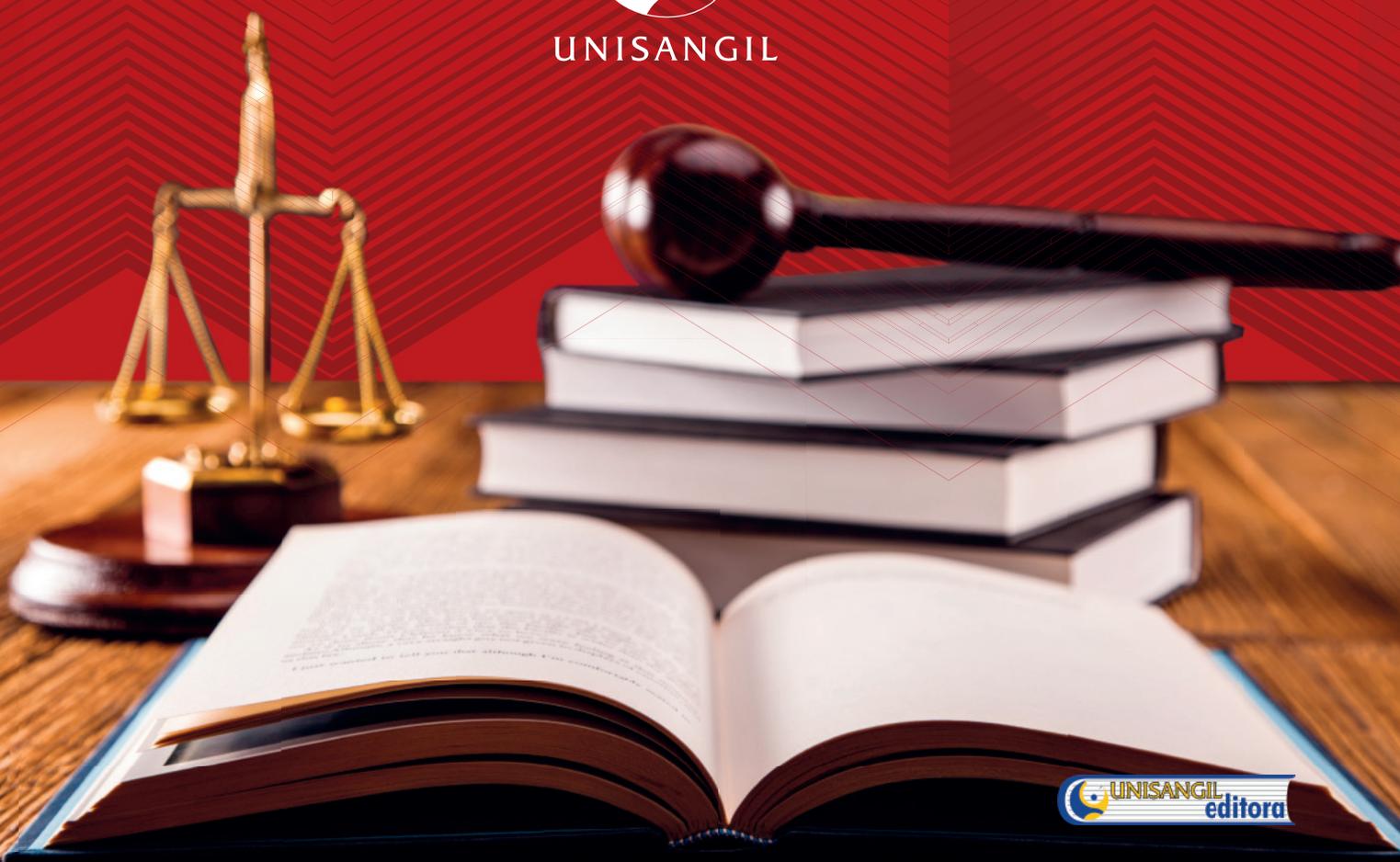
ENERO - DICIEMBRE 2013

AL DERECHO & AL REVÉS

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE UNISANGIL



UNISANGIL



UNISANGIL
editora

www.unisangil.edu.co

San Gil, Santander - Campus universitario
Km 2 vía Charalá - PBX: (7) 7245757

Chiquinquirá, Boyacá
Calle 18 No. 12-18 - PBX (8) 7266058

Yopal, Casanare
Campus universitario
Km 2 vía Matepantano

Sede Administrativa:
Calle 7 No 20-63
PBX (8) 6341700

AL DERECHO & AL REVÉS

Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de UNISANGIL
NÚMERO 9 - ENERO - DICIEMBRE 2013 - ISSN 1692-6404
San Gil, Santander, Colombia
Volumen 9

DEPÓSITO LEGAL

Se cumple con la Normatividad relativa a derecho de autor: Decreto 460 de 1995.

Los artículos de esta revista se podrán reproducir citando su procedencia y autor. La revista AL DERECHO Y AL REVÉS es el medio para divulgar la producción científico-académica y promover el intercambio de conocimientos sociojurídicos con otras instituciones nacionales e internacionales.

LUIS GUSTAVO ÁLVAREZ RUEDA
Rector.

LEONARDO PORRAS MARTÍNEZ
Vicerrector Administrativo y Financiero.

BEATRIZ TOLOZA ZUÁREZ
Vicerrectora Académica.

WILLIAM GUERRERO SALAZAR
Director de Investigación.

DIRECCIÓN

LAURA MERCEDES TORRES PARADA

COMITÉ EDITORIAL

LAURA MERCEDES TORRES PARADA
Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

LAURA LIDA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Coordinadora Unidad de Publicaciones

LUZ MIRIAM PÉREZ VERA
Editora

COMITÉ CIENTÍFICO

JAHER TORRADO NIÑO
Coordinador de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UNISANGIL

ISABEL CRISTINA RAMIREZ NUÑEZ
Proyección social de Derecho. Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación UNISANGIL

DIEGO ANDRES JOYA BERMÚDEZ
Director Consultorio Jurídico

ÁRBITROS REVISTA VOLUMEN No. 9

DIANA STHEFANY REINA CUFÍÑO
Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Magister (C) en Derecho - UNAL

DIANA PATRICIA CARDONA SÁNCHEZ
Abogada. Especialista en Derecho Público (C) Escuela Superior de Administración Pública ESAP.

ROBERTO SILVA FERNANDEZ
Abogado. Especialista en Derecho Administrativo. Especialista en Docencia Universitaria. Doctor (C) en Derecho UBA

LUIS JOSÉ MEDINA ZAMBRANO
Abogado. Especialista en Derecho Público. Especialista en Gestión Pública.

EDNA JOHANNA PICO SILVA
Abogada. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Conciliadora en Equidad.

ROSMER ARMANDO BONILLA PINEDA
Abogado. Contador Público. Especialista Derecho Tributario (C) Universidad de la Sabana.

JUAN FRANCISCO FELIPE ARISTIZABAL OSORIO
Abogado. Especialista en Docencia Universitaria (C), Magister (C) en en Derecho Internacional Universidad de Granada España.

CARMEN SOFÍA LANCHEROS DURÁN
Abogada. Especialista en Derecho Comercial. Magister (C) en Derecho Comercial – Universidad Pontificia Bolivariana.

DISEÑO

Futura Diseño e Impresión

TRADUCCIONES

Instituto de Idiomas UNISANGIL

CORRECCIÓN UNISANGIL

Diana Lucia Díaz Patiño

CONTENIDO

<u>AL DERECHO</u>	<i>Pág.</i>
Conflicto armado en Colombia y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (DIH) / Colombia armed conflict and the Implementation of International Humanitarian law (IHL)	9
<i>Javier Mauricio Hernández Ferreira.</i>	
La noción de servicio público/ the concept of public service	18
<i>Rodrigo Andrés Moscoso Valderrama.</i>	
Antecedentes fácticos de la responsabilidad legal en la praxis médica / background factual of liability in medical praxis	25
<i>Guillermo León Ríos Cárdenas.</i>	
La transmigración internacional en México y su nuevo paradigma de justicia: propósito de las reformas constitucionales/ transmigration International in México and her new paradigm of justice: a purpose of the constitucionales.	35
<i>Noé López Zúñiga.</i>	
 <u>AL REVÉS</u>	
La incorregibilidad del delincuente sexual: el caso de Colombia/ incorrigibility of offender sexual: the case of Colombia	51
<i>Rafael Velandia Montes.</i>	
Constitución, derecho al matrimonio, unión de personas del mismo sexo. Colombia, España, Venezuela/ constitution law marriage, union of same-sex. Colombia, Spain, Venezuela	65
<i>José Osvaldo Casique Ayala.</i>	
Democratización y acceso a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) desde la perspectiva jurídica de la garantía del derecho/ democratization and access to Information and Communications Technology (ICT) from the perspective of the legal guarantee of the right.....	72
<i>Lino J. Pereira Monterroza.</i>	
La eutanasia: concepto, desarrollo socio-político y ético en el magisterio de la iglesia católica/ euthanasia: concept, socio-political and ethics in the teaching of the catholic church	81
<i>Ricardo Azaél Escobar.</i>	
Guía para Presentación de Artículos “al Derecho y al Revés”	93

EDITORIAL

LAURA MERCEDES TORRES PARADA
Directora revista *“Al Derecho y al Revés”*

La revista “Al derecho y al Revés”, se ha constituido desde su creación, en el medio idóneo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Unisangil para la divulgación y difusión de expresiones del conocimiento fruto del análisis y la reflexión desde la teoría, así como de la ejecución y resultados de investigación jurídica y socio jurídica, realizados por académicos e investigadores de diversas latitudes y especialidades que colaboran de manera armónica y desinteresada con nuestra comunidad académica. Consecuentes con la misión y fines tanto de Unisangil como de la Facultad, la revista presenta un compendio de trabajos científicos con el ánimo de contribuir desde la academia, al debate público como ejercicio dialógico que involucra a la ciencia del derecho frente a la dinámica de la cambiante realidad social.

En esta ocasión se presentan temas que abordan el análisis desde diversas perspectivas y áreas del derecho, que sin embargo tienen en común realidades fácticas y jurídicas de innegable actualidad. Es así como a continuación se presenta un breve resumen del contenido temático de la revista.

En un primer momento se presenta un trabajo del investigador y docente Javier Mauricio Hernández Ferreira que refiere a reflexiones sobre el conflicto armado en Colombia y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, tema que presenta posturas y argumentos basados en las particularidades del conflicto desde la visión del derecho internacional. También se cuenta con el aporte del docente investigador, Rodrigo Andrés Moscoso Valderrama, que conceptualiza acerca de la noción de servicio público, función pública y función administrativa en el Estado Social de Derecho desde una óptica jurídica y filosófica. En otro de sus apartes, el profesor e investigador magister en derecho administrativo, Guillermo León Ríos Cárdenas, realiza una revisión de los antecedentes fácticos de la responsabilidad médica, a través de un ejercicio descriptivo y analítico que logra presentar una visión panorámica de la evolución legal del tema desde la praxis.

Interesante resulta también el aporte del Magister Mexicano, Noé López Zuñiga, quien presenta los resultados de un trabajo de investigación sobre la problemática del fenómeno de transmigración internacional en México, a propósito de reformas constitucionales que se constituyen en paradigmas del derecho en esas latitudes, pero de gran incidencia en el plano internacional. Por su parte el investigador, abogado, docente y doctor en sociología, Rafael Velandia Montes, aborda el estudio del delincuente sexual como fenómeno de incorregibilidad, visto desde la teoría y teniendo como referencia el caso colombiano. Este trabajo tiene la virtud de presentar aspectos teóricos y posturas desde la psicología, la sociología y la criminología sobre tan controversial tema.

Innegable aporte resulta, el presentado por el docente investigador y abogado venezolano, José Oswaldo Cacique Ayala, en cuanto pretende realizar un estudio comparado acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo, tomando como referencia los sistemas jurídicos de España, Venezuela y Colombia; tema que resulta de innegable vigencia en tiempos en que activistas de los derechos luchan por el reconocimiento de uniones de este talante. En la línea de los derechos fundamentales, el connotado presbítero Ricardo Azael Escobar, Doctor en Ciencias Políticas y Sociología, presenta un estudio muy sesudo acerca de la eutanasia, abordando el ejercicio desde sus fundamentos conceptuales, desarrollo socio-político y ético, a partir de la óptica religiosa de la iglesia católica. Finalmente se cuenta con el magistral aporte del magister venezolano, Lino J. Pereira Monterroza, quien intenta presentar el tema de la democratización y acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones desde una perspectiva jurídica o postura garantista como derecho.

Como se puede evidenciar, la presente edición de la revista consigue reunir los debates más controversiales y de gran actualidad para presentarlos desde diversos matices y posturas jurídicas fundamentadas y argumentadas en la ciencia jurídica y la praxis, con lo cual, seguramente lograrán impactar a sus lectores de manera positiva.

EL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)

Colombia armed conflict and the Implementation of International Humanitarian Law (IHL)

*Javier Mauricio Hernández Ferreira

Jmhf1978@gmail.com

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

Resumen

La relación de las consideraciones para entender la realidad histórica y actualidad del conflicto armado desarrollado en Colombia está dada por el periodo de gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002 -2010) que, como se advierte a través de los medios, utilizó la violencia como medio para solucionar conflictos socioeconómicos y políticos para el control y eliminación de los grupos armados al margen de la ley. En ese sentido el objetivo del presente artículo es mostrar cómo hacia el futuro inmediato la acción de los grupos al margen de la ley tenderá a involucrar más a los civiles y la dinámica del desplazamiento se hará constante, pues la población se ha convertido en el principal objetivo en disputa que libran los actores armados por mantener su influencia en las zonas de importancia estratégica. Razón para que el último periodo de violencia se destaque de los antecesores, por ser el más sangriento y extenso en lo geográfico como en lo temporal, y porque en el mismo se ha vinculado de forma directa e indiscriminada a la población civil; violencia a la que concurren grupos armados de las autodefensas y las guerrillas en los diferentes departamentos de Colombia. Lo anterior ha llamado la atención de la normatividad internacional, como es el caso del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Es así como, desde esta perspectiva, la revisión teórica ha sido el medio para el desarrollo de la investigación y, desde ella, la selección de los referentes que han aportado y de los cuales se presenta este avance.

Palabras clave: conflicto armado, violencia, desplazamiento, autodefensa, guerrillas, Derecho Internacional Humanitario – DIH.

Abstract

The list of considerations for understanding the historical reality and the currently armed conflict developed in Colombia is given in Alvaro Uribe Velez's period of government (2002 -2010) which, as noted by the media, violence was used as a mean to solve economic and political conflicts in order to control and eliminate the armed groups operating outside the law parameters, and how, in an immediate future, the action of those groups will tend to involve more civilians, and how the dynamics displacement will shift into something constant, because noncombatants became the target in dispute between the armed actors to maintain their influence in areas of strategic importance. This is why the last period of violence stands out from the preceding ones, for being the bloodiest and the most widespread in terms of geography extension and time, and because this conflict has been directly connected in an indiscriminate way to the civilian population; the kind of violence that armed self-defense groups and guerrillas have made use of in the different departments of Colombia. This has drawn the attention of some international standards regulatory bodies, such as International Humanitarian Law (IHL). Thus, from this perspective, the theoretical review has been the mean to develop research and from there, the selection of the leaders who have contributed and which this development occurs.

Keywords: Armed conflict, violence, displacement, self-defense armed groups, guerrillas, international humanitarian law– IHL.

* Magister en Ciencia Política de la Universidad de Salerno (IT). Docente investigador. Unisangil. San Gil Santander, Colombia. Jmhf1978@gmail.com

Introducción

Para el estudio se recurrió a la historia reciente de la nación colombiana, tomando como fuente los conceptos que han sido desarrollados al interior del derecho de la guerra, teniendo presente que es la vertiente del derecho internacional, conocida como Derecho Internacional Humanitario (DIH), la principal herramienta en el camino de entender y limitar los efectos que las confrontaciones armadas pueden tener al interior de la sociedad colombiana.

La historia del conflicto armado en Colombia es compleja y, es por esto mismo que hilar su proceso y abordar la relación de las consideraciones para entenderla resulta indispensable en la tarea comprensiva y crítica que nos proponemos. Se hace necesario mencionar las relaciones de poder coercitivo ejercido por los paramilitares y la guerrilla, que han generado la violencia en el ámbito rural, circunstancia que nace del hecho de no ser contrarrestada por el Estado desde el desarrollo de proyectos productivos para estos entornos. Habría también que decir, que de alguna manera las estructuras regionales políticas y de seguridad han sido permisivas, por lo cual, los municipios y regiones del país están invadidos por la violencia. Esta puesta ofrece reflexiones de la realidad histórica del conflicto armado a través de la consulta del DIH que, como conjunto de normas, tiene como objetivo principal la protección de las personas que no participan en hostilidades o que han decidido dejar de participar en el enfrentamiento. Por ello, estas normas pueden ofrecer percepciones que faciliten el entendimiento sobre la senda de la violencia en Colombia.

El conflicto armado y el contexto

Muchos han sido los cuestionamientos alrededor de la guerra, de sus inicios, de su evolución y, lo que es más importante, de su razón de ser. Tales preguntas han nacido con el ánimo de determinar si dicha actividad humana se incrusta en lo más puro de la especie, si se encuentra y está presente en su código genético, o si por el contrario es un comportamiento adquirido.

De acuerdo con ello, el derecho de la gente, es natural, que aplicado a las naciones, desde Dawkins (1993) considera:

“al género humano, esparcido sobre la faz de la tierra, como una gran sociedad de que cada cual de ellas es miembro, y en que las unas, respecto de las otras tienen los mismos deberes que los individuos entre la especie humana, tal comportamiento es estructurado en las

razones e intereses del grupo social al que pertenecen, lo que lleva a pensar que existe una relación innegable entre la violencia, que según esto podría entenderse como connatural al ser humano” (p. 78).

Correspondientemente, la expresión política del mismo que también encuentra génesis en las necesidades insolutas del hombre. Lo anterior conduce a escudriñar en el sentido del ser político, pues si se pretende encontrar la verdadera razón de la guerra, se debe abordar la misma desde el más puro ámbito político¹.

La guerra se ha visto relacionada con la política en más de una ocasión y por un gran número de pensadores que han visto en esta, una buena herramienta para entender y explicar la razón de ser de dicha anomalía que de cuando en cuando inunda de sangre, sudor y lágrimas las mentes y las almas de las más diversas naciones. El estudio de estos fenómenos permite comprender cuál es la naturaleza de la guerra y de esta manera contribuir eficazmente a la solución de nuevos conflictos, mejorando directamente la competencia profesional de los responsables de tomar decisiones relacionadas con la seguridad y defensa. No hay que olvidar que el verdadero uso de la historia no es hacer a los hombres más precavidos para la próxima vez, sino más juiciosos para siempre.

De este fenómeno se dice que es una situación en desarrollo, escalando desde una mera contraposición o enfrentamiento de intereses y valores de las partes, a una confrontación en la cual se busca la eliminación del contrario, así como las razones, por medio de la violencia. En más de una ocasión y por una gran cantidad de tratadistas y pensadores se ha pretendido dar razón de la existencia de tan cruda y humana realidad.

Entre los mismos se pueden traer a colación algunos que postularon que el conflicto armado o la guerra debía ser entendido como un verdadero arte, expresión humana de la cual se desprenden todo tipo de acciones y sentimientos, por medio de los cuales plasma su esencia y logra perpetuar parte de lo que se podría conocer como su espíritu.

Con la aparición de los Estados Nacionales, las confrontaciones bélicas fueron evolucionando de manera que llegaron a convertirse en una forma muy frecuente de desarrollar las relaciones entre los Estados.

¹ HOBBS manifiesta que los hombres voluntariamente deciden juntarse y reconocer un ente superior, en donde ceden sus derechos con el ánimo de que el Leviatán regule las relaciones entre los hombres y permita la transición desde el Estado de naturaleza.

Tales relaciones sociales, producto del entendimiento al interior de grupos sociales organizados que cuentan con un cierto grado de evolución, se convierten en el motor que impulsa el avance de las mismas, si se tiene en cuenta que dentro de esta competencia es fundamental encontrarse en el primer lugar así como conocer, entender y mejorar las formas y tácticas que sean utilizadas por el adversario en la carrera hacia la victoria que se inicia con la declaración o con los primeros actos de guerra que se despliegan y que marcan el inicio de las confrontaciones bélicas.

La evolución del ánimo humano por imponerse a sus congéneres, le ha dado a la guerra las más fatales consecuencias, como pudieron ser vistas durante el siglo XIX, y más recientemente las que arrasaron Europa desde los propios inicios y hasta mediados del siglo pasado. Con las muestras de poder y de la gran capacidad destructiva que se desplegó en el ocaso de la Segunda Guerra Mundial, se generó una nueva forma de hacer la guerra, tras llevar las hostilidades a un estado de catalepsia obligada, del cual se espera que despierte sin el mínimo aviso, llevando sobre el mundo conocido hasta el momento, un halo de destrucción que, al decir del propio Einstein, una de las mentes más brillantes de la humanidad en el siglo XX, “llevaría a la misma a que la próxima guerra que fuera luchada valiéndose de palos, masas y piedras”. Ratifica:

(...) Y lo que es tanto o más grave, estaremos, contra la advertencia implacable de Kant, haciendo la guerra de una manera tan brutal, que en una mañana por lo menos relativamente cercana, no estaremos en condiciones de hacer la paz (Abad, p. 105).

Actualmente, tras la finalización (parcial) de ese conflicto bipolar entre “rojos” y “azules”, han surgido nuevos enemigos que amenazan la humanidad en su sentido global, que boicotea lo que hasta hoy esta ha logrado construir, que atacan más allá de una ideología política o un territorio ancestralmente poseído, el nivel de vida que se ha estandarizado en algunos países del globo y que se entiende como parte de su esencia, estos países que si bien se han inmiscuido en gran cantidad de las confrontaciones bélicas de la historia, nunca vieron alcanzados sus cimientos o jamás sintieron los horrores de la guerra en sus propios territorios.

Lo dicho hasta aquí muestra cómo son los diferentes conflictos armados a nivel global, con nuevas formas, otros enemigos y diferentes reglas para ser luchadas, asumiendo la comunidad internacional un papel más activo en la prevención y sanción de los excesos cometidos durante las confrontaciones bélicas modernas.

Conflicto armado en Colombia

Si bien en este país muchas veces se ha hablado de la guerra como definición para la anómala situación que se vive en el día a día de la comunidad nacional, no debe olvidarse que al utilizar este término se hace referencia a aquellas líneas de conducta propias de los enfrentamientos bélicos entre ejércitos legalmente constituidos que representan a diversas naciones y que por tal razón hacen uso de las más variadas estrategias militares para otrora aniquilar al enemigo, hoy dentro de un espíritu mucho más acorde con las nuevas reglas que se encargan de humanizar la guerra que se dirigen a doblegar la voluntad de lucha del mismo, con lo cual se ve consolidado el objetivo principal del mismo. Advierte (Martínez, 2009, p. 47):

Para lograr su objetivo, que es vencer, un Estado implicado en un conflicto tratará de destruir o debilitar el potencial bélico del enemigo, con el mínimo de pérdidas para sí mismo. Este potencial está integrado por dos elementos: recursos en hombres y recursos en material. Para desgastar el potencial humano por el cual entendemos los individuos que contribuyen directamente en el esfuerzo bélico- hay tres medios: matar, herir o capturar. Ahora bien, estos tres medios son equivalentes en cuanto al rendimiento militar; seamos francos: los tres medios eliminan con idéntica eficacia las fuerzas vivas del adversario.

Al ubicarse en el periodo de gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002 -2010), siendo este periodo el objeto de estudio de la presente investigación y teniendo conciencia de la forma como fue entendida la realidad nacional por parte de dicho gobernante, se está frente a un Estado que implementó una nueva política nacional de seguridad, conocida como la “Política de Seguridad Democrática” en la que se demarcaron metas claras para ser alcanzadas a muy corto plazo y para lo cual se vio la necesidad de contar con una participación activa de la sociedad. La negación de la existencia de una confrontación armada de carácter no internacional fue uno de los pilares de la misma, pues este gobierno aseveró que se luchaba contra una amenaza que vinculaba fenómenos delictivos como son el narcotráfico y el terrorismo, acuñando el término “amenaza narcoterrorista”.

Entonces, es necesario decir que las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) – Ejército del Pueblo (EP), hoy; no controlan el territorio en el que se pueda decir tengan constituido un embrión de Estado, un principio de organización con los atributos de un gobierno, ejercido, aunque sea de una manera rústica

y primitiva por un mando unificado. Si tuvieran control territorial y el mismo se ejerciera también sobre una porción de la población colombiana, donde la misma estuviese viviendo bajo un régimen político establecido por las FARC, no habría más remedio que reconocerles el carácter verdadero de un Estado en gestación. En ese caso, se tendría lo que dentro del Derecho Internacional se conoce como un Conflicto Armado Interno y al gobierno no le quedaría alternativa distinta a aceptarlo.

De esta forma se tiene que la “Política de seguridad democrática” se dirigió en contra de todos los grupos ilegales que se ensañaban contra la sociedad nacional, lo que fue visto por la sociedad en general cuando el gobierno nacional y sus fuerzas legítimas se encargaron de combatir sin ninguna diferencia a todo aquel que se enfrentara a la institucionalidad Colombiana. Por tal razón y en vista de su marcada inferioridad militar, las organizaciones guerrilleras tuvieron que reacomodar sus propósitos para poder mantener sus posiciones estratégicas, viéndose obligados a recurrir principalmente a las tácticas de minado de los accesos hacia sus zonas de retaguardia, conducta abiertamente contraria a los postulados de Derecho Internacional Humanitario. Como resultado lógico de esto se ha pagado un alto costo por parte de la Fuerza Pública, la que registrara entre el año 2003 y el 2007 un tercio del total de militares y policías heridos y muertos en combate por efecto de dichos medios ilícitos de hacer la guerra.

Así, algunos inconformes con las políticas del Gobierno promovieron la idea de que este mantenía una relación soterrada con algunos de los actores que bañaban con sangre los campos y ciudades del país. Se entiende entonces que lo que ha sucedido en Colombia es el enfrentamiento legítimo entre la sociedad nacional y los grupos armados al margen de la ley, los que con su actuar han mancillado la esencia más íntima de la misma, llevándola a que en repetidas ocasiones haya demostrado de manera clara a la comunidad internacional que estos grupos armados ilegales no son representación de la sociedad civil colombiana, con lo que le quitaron de un solo tajo cualquier vestigio de legitimidad que pudieran haber tenido en sus albores. Lo anterior sin hacer ningún tipo de distinción en las razones que los llevaron a su actuar delictivo.

No obstante, y al realizar un análisis juicioso de la realidad que se vive en el día a día colombiano, se debe entender que aun los postulados negatorios de los gobiernos de turno, para el caso sub examine el desarrollado entre el año 2002 al 2010, haciendo uso del presupuesto histórico y social el que de acuerdo con los lineamientos y posiciones de la comunidad

internacional, puede llevar a plantear que el caso colombiano sí se identifica con los postulados propios de un conflicto armado, llegando a esta apreciación si se tiene en cuenta que se trata de una confrontación al interior de un mismo Estado, desarrollada entre sus nacionales y que se extiende durante un tiempo considerable con una intensidad tal que afecta de forma grave el desarrollo de la nación.

Si se agregan al conflicto en Colombia algunos elementos como el tráfico de drogas, la intervención de grupos de justicia privada, las transgresiones en temas de derechos humanos, el problema del accionar de los grupos de delincuencia común y una creciente desigualdad social, con una distribución de la riqueza cada vez más ajena a una distribución paritaria de la misma, se cumple fielmente con la labor de avivar el fuego cada vez más fuerte del conflicto armado.

Es claro que el manejo que por años se le ha dado a los fenómenos antes mencionados y que aquejan fuertemente a la sociedad colombiana, no ha rendido los mejores frutos, con lo cual se ha dejado el camino abierto al escalamiento o como también se conoce la degradación del conflicto, esto cuando cae en una espiral descendente, que profundiza con el paso del tiempo las razones del mismo².

En este momento se entiende la verdadera importancia de los roles a desempeñar por parte de las diferentes fuerzas armadas colombianas, para poder combatir efectivamente el terrorismo que ataca directamente a la población civil, los atroces efectos del narcotráfico con su infiltración de las estructuras sociales con el poder que da su enorme capacidad económica, la degradación de la sociedad al incrementarse la desigualdad social, con lo cual se generan nuevas formas de violencia, que deben ser resueltas por el Estado y el desarrollo de su razón de ser, al garantizar el pleno goce de los derechos de sus ciudadanos.

² Cabe destacar que la constitución de 1991 fue en parte el resultado de las negociaciones con grupos guerrilleros que negociaron con el gobierno su reinserción a la vida civil a cambio de una democratización de los espacios políticos. Como resultado de estas negociaciones se desmovilizaron más de 2.000 combatientes del EPL que operaban en la región de Urabá. Esto abrió el camino para que un grupo de Autodefensas que actuaba en la región, bajo el mando de Fidel Castaño, entregara las armas. Sin embargo, frente a la ocupación de las FARC-EP de los espacios dejados por el EPL en la región, las Autodefensas iniciaron una reactivación de su aparato militar; esta vez bajo el mando de Carlos Castaño, quien centralizó bajo un solo mando los diferentes grupos de autodefensas y paramilitares dando origen a las ACCU. La reactivación de estos grupos de autodefensas se realizó bajo la anuencia de las autoridades militares de la zona y en medio de una guerra sucia que resultó en el asesinato de 200 desmovilizados del EPL (de los 2.149 que había en todo el país) durante los dos años que siguieron a su reinserción. Citado en: ROMERO, M. (2003) “Paramilitares y autodefensas 1982-2003”. Bogotá, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia.

Para poder garantizar el goce de sus derechos a nacionales y extranjeros por parte del gobierno nacional, se dio la implementación de una nueva política en diversos campos como son la inteligencia: que se debe ubicar en un lugar de prevalencia cuando se lucha contra organizaciones al margen de la ley, lo anterior de la mano de un incremento en la capacitación y el pie de fuerza de los entes militares y policiales; la especialización de aquellos que serán enviados a afrontar la amenaza en las más diversas regiones de la geografía nacional.

La sincronización de los esfuerzos en el campo militar y policial debió reforzarse por actuaciones del gobierno en el campo social, con el fin de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. Solo tal consolidación de las políticas públicas de la mano de las decisiones tomadas en el campo militar y policial para combatir a los armados ilegales, se vería reflejada en la recuperación de la soberanía, entendida como el poder de hacer cumplir las decisiones estatales en todo el territorio nacional, manteniendo para esto el monopolio estatal en campos como la justicia y la aplicación de la fuerza legal.

En el campo militar y en lo que hace referencia a la “guerra”, se observan dos elementos propios del campo económico que deben ser tenidos en cuenta por el gobierno en su afán de hacer frente a la amenaza contra el orden constitucional: los mismos son la obtención de los recursos que serán asignados al esfuerzo bélico, sin afectar con esto la estabilidad económica de la nación, lo que la haría entrar en eventos inflacionarios que en un sentido totalmente contrario al esperado generaría en el país mayor desigualdad, que como se ha dicho anteriormente se configura en el combustible aprovechado por los grupos armados ilegales en su afán de hacerse con el poder o bien de utilizar a la población marginada para sus fines delincuenciales.

Ahora, “la movilización militar no es suficiente para ganar una guerra y que es necesario tener en cuenta

la sofisticación financiera del Estado: su habilidad para extraer recursos de los contribuyentes y para obtener préstamos de los inversionistas. Hay que lograr un equilibrio certero entre los diferentes sectores de la economía para maximizar los recursos para la guerra, sin afectar el bienestar económico de la población (Soto, 2001)³.

³ En este caso presencia se entiende como el cumplimiento de las responsabilidades básicas del Estado: impartir justicia, garantizar seguridad y prestar servicios públicos y de salubridad básicos. Aunque esta interpretación puede ser pobre, el punto que se trata resaltar es que la

Normatividad de DIH, aplicable en Colombia: El bloque de constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia norma superior. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

Se puede decir que el Bloque de Constitucionalidad, se tiene como uno de los más importantes aportes de la Constitución de 1991 al sistema jurídico colombiano, ya que su función principal es la de servir como instrumento de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos “ad extra” del Estado, que al mismo tiempo, sirve como complemento válido para la garantía de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, compromiso adquirido por el Estado colombiano en diferentes escenarios internacionales:

El principio de interpretación de los derechos y deberes de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), exige afirmar el carácter fundamental del derecho a la seguridad social para aquellas personas con necesidades básicas insatisfechas y que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental (CP art. 13 inc. 3).

Esta figura se constituye en un importante recurso de carácter complementario a la Constitución Nacional en materia de aplicación de las leyes, tratados y convenios de carácter internacional que regulan los principios de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, entendiendo que en una sola regulación, no se podrían consagrar todos aquellos instrumentos que garantizan la protección de los derechos humanos y el respeto por el derecho internacional humanitario, concretándose

presencia estatal es más que la existencia física de las entidades oficiales. Estas no solo deben estar, sino deben cumplir con las labores con las labores que justifican su existencia”.

o facilitándose para la sociedad que a través del bloque de constitucionalidad implícito en la norma superior, se incluyan todas las normas internacionales.

Los artículos 9, 93, 94, 214 y 102 de la Constitución Nacional regulan la inclusión de todos aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado Colombiano en las disposiciones internas de la legislación nacional, abarcando entonces toda una gama de convenios internacionales que amplían el espectro de garantías de los derechos fundamentales.

Para el caso analizado en la presente investigación es pertinente realizar un somero acercamiento con aquellas normas que se han visto incorporadas al cuerpo normativo nacional, con el ánimo de proteger a aquellos que se ven alcanzados por los efectos del conflicto armado. Precisamente a continuación se exponen algunos de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia y se hace alusión del momento histórico en que los mismos fueron asumidos como una obligación de acatamiento y cumplimiento para los entes oficiales y en general para todo el pueblo colombiano.

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Normatividad que fuera aprobada por el Congreso de la República de Colombia a través de la Ley 5ª de 1960, demostrando con esto el gran compromiso que se tiene por parte de la institucionalidad colombiana con las normas que pretenden regular las confrontaciones armadas. Con esta meta trazada el Congreso de la República acepta la implementación de esta compilación de normas internacionales. “Por la cual se aprueba el Acta final y los Convenios suscritos por la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949.”

- I. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.
- II. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar.
- III. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

El artículo 3 común a estos cuatro convenios contempla, como un primer esfuerzo, los parámetros de acción

que se deben seguir por parte de quienes se encuentren sometidos al rigor de los nuevos conflictos armados de carácter no internacional. Es esta la razón para que se incluya en este articulado a los mínimos que deben ser respetados por aquellos que se muestren respetuosos de la integridad del ser humano y de sus bienes.

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios.*
- b) La toma de rehenes.*
- c) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.*
- d) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

Protocolos Adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949:

1. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) 8 de junio de 1977.

Este protocolo se aplica en las situaciones previstas en el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Artículo 2 - Aplicación del Convenio. Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.

Sí una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones.”

El conflicto que atraviesa Colombia no se ajusta a los presupuestos señalados en este protocolo.

2. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) 8 de junio de 1977.

1. *El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de*

los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. *El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.”*

Se tiene pues que es el protocolo II el instrumento que por su descripción en lo relativo a su ámbito de aplicación, coincide con el conflicto armado que existe en Colombia desde hace más de 60 años. El Ejército Colombiano se enfrenta permanentemente con grupos armados al margen de la ley, como son las FARC y el ELN, quienes cumplen con los requisitos de las partes en conflicto, son grupos armados bajo la dirección de un mando o líder responsable, que ejercen sobre diferentes sitios del territorio nacional un control que les ha permitido realizar operaciones militares concertadas.

El protocolo II fue aprobado por el Congreso de la República a través de la Ley 171 de 1994: Por medio de la cual se aprueba 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 sin carácter internacional (Protocolo II)”, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977.

En el mismo sentido, la sentencia C-225 de 1995 declaró exequible 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 sin carácter internacional (Protocolo II)” hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977 y la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba 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 sin carácter internacional (Protocolo II).”

El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello,

la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del “iuscogens”. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma iuscogens o norma imperativa de derecho internacional general

una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario (AUTOR, 1969).

3°.- Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, entró en vigor el día 23 de marzo de 1976.

4°.- Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, adoptado por la Resolución 96 del 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

5°.- Convención contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

7°.- Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

9.- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

10.- Estatuto de Roma de 1998. Creación de la Corte Penal Internacional, la misma que tiene competencia en Colombia desde 2002.

Conclusiones

Se puede concluir de lo anterior, que si bien no ha sido aceptada la existencia del conflicto armado de carácter no internacional por parte de los gobiernos de turno incluido el que se desarrolló entre los años 2002 al 2010, la realidad que se vive en las regiones del país, la realidad que debe ser asumida por el grueso de la población nacional no es otra que la del desarrollo de un conflicto armado.

Aunque parezca un verdadero despropósito, se encuentra que dentro de la normatividad aceptada por el gobierno nacional para ser incluida en el cuerpo legal colombiano, se da una aceptación tácita de la existencia de una verdadera confrontación armada de la que hacen parte grupos que hacen gala de su capacidad de influir en el normal devenir de las relaciones sociales al interior y exterior de las fronteras nacionales.

La violencia armada que aqueja al país es una realidad que no se puede negar por intereses políticos o económicos, es una realidad que día a día enluta a la nación, la misma que se ha extendido en el tiempo de forma tal que ha llegado a adquirir un espectro de normalidad para algunos que afortunadamente no se ven alcanzados por los afectos de la misma. Lo anterior no se puede esgrimir como una razón válida para pretender que no se encuentra Colombia y sus instituciones haciendo frente a una violencia armada que algunos puntos de su historia han sido generalizados.

La violencia armada que ha aquejado a Colombia por más de seis décadas, ha llenado por completo los requisitos necesarios para ser objeto de preocupación por el derecho internacional en su rama dedicada al estudio y regulación de las confrontaciones armadas conocidas hoy como de carácter no internacional que deben ser reguladas con el fin de limitar su efectos sobre aquellos que no participan de las mismas.

Queda así sentado el presupuesto de la validez de la aplicación de las normas de carácter humanitario sobre aquellos actos desarrollados por las partes en conflicto en el territorio nacional. De esta forma se ha venido entendiendo por parte de los poderes públicos colombianos bien de forma tácita o expresa en algunos casos.

Una vez introducido el tema de la existencia de una confrontación armada de carácter no internacional, de haber expresado en el presente estudio algunas de las razones de la existencia de las confrontaciones armadas entre los hombres, analizada de forma somera la realidad

nacional y entendida la presencia de la comunidad internacional con sus norma de la guerra, se deja sentado el camino para poder abordar la relación que este fenómeno ha tenido con los destinos del departamento de Santander, lo que será abordado en la parte final del estudio que se sigue desarrollando sobre el tema.

Referencias

Abad, I. (1967) pág. 105. *Academia Chilena de la Historia*. Santiago de Chile 1967.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2004). Fabián Novak. "Derecho Internacional Humanitario." Pontificia Universidad Católica del Instituto de Estudios Internacionales. P. 137. Lima, Perú. Fondo Editorial.

Dawkins, R. (1993) *El gen egoísta: Las bases biológicas de nuestra conducta*. Barcelona. Salvat Editores, S.A. Recuperado de <https://profesorparticulardecomunicacion.files.wordpress.com/2015/04/el-gen-egoc3adsta-richard-dawinks.pdf>

Hurtado, S. (2008). A PAERTE Rei 56. *Tres visiones sobre la democracia Spinoza Rousseau y Tocqueville*: Recuperado de <http://serbal.mec.es/AParteRei>.

Martínez, J. (2009) *Estado de conflicto Colombia contemporánea* Universidad Sergio Arboleda. Escuela de Postgrados. Especialización en Estudios Políticos, p. 47.

Rodríguez, A. & Pérez, E. (2005). "Soberanía del Estado Y Derecho Internacional", *Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla*.

LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

The concept of public service

*Rodrigo Andrés Moscoso Valderrama

longinos44@gmail.com

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

Resumen

Este artículo presenta una reflexión alrededor del servicio público como concepto de vital importancia para entender la ejecución contractual estatal de la fiducia e interventoría pública, ya que actualmente, el servicio público no es aquel que presta el Estado, sino el que está limitado en su fin y su alcance a satisfacer el interés general. Uno de los propósitos de este artículo es realizar un breve recorrido desde la privatización del Derecho Administrativo hasta una presentación acerca de los criterios constitucionales de la estructura de costos del servicio público y el problema del cargo fijo en la telefonía básica conmutada.

Palabras clave: servicio e interés público, derecho administrativo, postcontemporánea, mercantilismo, exequibilidad.

Abstract

This article presents a reflection about the public service concept of vital importance to understand the State contractual execution of the trust and public auditing, since currently, the public service is not one that lends the State, but which is limited in its purpose and scope to satisfy the general interest. One of the purposes of this article is to make a brief from the privatization of the administrative right to a presentation about the constitutional criteria of the cost structure of the public service and the problem of the fixed basic telephony in charge switched.

Keywords: service and public interest, administrative law, postcontemporanea, mercantilism, constitutionality.

Introducción

En una visita a Lisboa, el Papa Benedicto XVI describió el diario vivir de la sociedad actual, como el propio de una época “turbulenta”; en la cual la cultura “(...) refleja una tensión, que a veces toma forma de conflicto, entre el presente y la tradición. La dinámica de la sociedad absolutiza el presente, separándolo del patrimonio cultural del pasado y sin intención de delinear el futuro”, afirmó ante más de mil personas (EFE, 2010).

Aunque el comentario podría reconocerse como parcializado por la condición religiosa de su emisor, no dista mucho de la realidad que aqueja las relaciones humanas desde finales de la centuria anterior y que por supuesto no es ajena a la constante transformación del Derecho en estos, los primeros diez años del segundo milenio.

Lo anterior resulta compatible con la ilustración del “origen de la actual dislocación de la Administración” o “la progresiva difuminación entre el Derecho público y el Derecho privado,” realizada por Descalzo González parafraseando a Parejo Alfonso, cuando afirma (...). Siempre de acuerdo con este último auto, Parejo Alfonso, una posible consecuencia de la fórmula participada de la Administración pública sería, previsiblemente, la sustitución del interés general, en cuanto algo distinto y superior a la suma de los intereses particulares, por la composición de intereses individuales de grupos o sectores. En corto: podría dar lugar a un nuevo corporativismo que entraría en clara contradicción con el Estado social de Derecho proclamado en el artículo 1.1. Sobre la presencia de este riesgo cierto en la política de participación ha llamado la atención más recientemente Sánchez Morón, cuando advierte que puede decirse que la Constitución no imposibilita cualquier evolución del

* Magíster en Derecho económico, investigador de las Universidades Militar Nueva Granada y UNISANGIL. longinos44@gmail.com San Gil, Santander, Colombia.

sistema institucional en sentido neocorporativo, dentro de ciertos límites. Otra cosa es que esta evolución, de radicalizarse, pudiera dar al traste, al fin y al cabo, con el propio modelo constitucional.

De esta manera, y siguiendo de nuevo a Parejo Alfonso, cabe sostener que el centro de la crisis no se encuentra tanto en el edificio singular de la Administración Pública como estructura burocrática de interpretación objetiva del interés público, cuanto más bien en el modelo del Estado mismo. La incapacidad del mandato político representativo para sustentar la pluralidad de decisiones que deben ser tomadas en la sociedad actual, así como la dificultad de aplicar las técnicas hasta ahora tradicionales para resolver los conflictos sociales de la época, acreditan, sin duda, que la solución no pasa tanto por la transformación de la Administración, sino por la auténtica reconstrucción del Derecho público (Descalzo, 2010, p. 24-124).

Al respecto, el biólogo estadounidense Garrett James Hardin, autor del famoso artículo *“The Tragedy of the Commons”*, publicado en la revista *Science*, refiere: *“(…) La ruina es el destino hacia el cual todos los hombres se precipitan, persiguiendo cada uno su propio interés en una sociedad que cree en la libertad de los bienes comunes”* (1968, p. 1243-1248).

Así pues, este escenario actualmente problemático de la noción de Derecho Administrativo, es resultado de los cambios económicos derivados del proceso de globalización, iniciados en el mismo origen del mercantilismo del siglo XV, etapa imprescindible en la economía de mercado, y por ende en el capitalismo europeo, consolidado a partir del siglo XX con la corriente de pensamiento neoliberal acogida en los noventa bajo los postulados de Friedrich August Von Hayek, entre otros, quienes han llegado a generar una distorsión de la relación y distinción entre los intereses públicos y privados, vistos como necesidades a atender por parte del Estado, que se entremezclan en el ejercicio de la función administrativa en instituciones jurídicas de considerable antigüedad, como la concesión o la delegación.

En relación con la importancia que tienen los intereses públicos como finalidades del Estado, resulta necesario destacar la concepción de estos al interior de la función administrativa. Aunque la gran mayoría de jurisdicciones y doctrinas del Derecho Público coinciden en señalar las dificultades existentes para identificar de manera inequívoca el concepto de interés público, existen diversos acercamientos útiles para esta exposición. Con Huerta Ochoa (2005), el punto de partida del análisis de su alcance

público-administrativo es etimológico al referir que “los elementos de este concepto compuesto son el “interés” y lo “público”, por lo que se debe comenzar por desentrañar su significado.

El interés se refiere al valor o importancia que tiene una cosa para una persona o grupo, lo que implica la existencia de una estimación valorativa y simultáneamente, la de un provecho, resultado o utilidad que esas mismas cosas o bienes tienen, una conveniencia o necesidad, tanto en el orden moral como en el material. Lo “público” por su parte, está referido a aquello que es o pertenece al pueblo, la comunidad, las personas en general, pero que no es de titularidad individual.

El concepto de interés público, que actúa como justificante de determinadas acciones por parte del Estado, es un concepto muy amplio y opera como cláusula general habilitante de la actuación pública en nombre de un bien jurídico protegido por el ordenamiento. El interés público puede identificarse en términos generales con alguno de los fines del Estado mismo y es la pauta de actuación a la que la administración pública ha de sujetarse (Huerta, 2005).

El Estado es, entonces, no solo un simple ejecutor de la ley en el ejercicio de la función administrativa, sino que asume como prioridad en cuanto a ella, la atención de los fines (necesidades) públicas.

De otra parte, Gaspar Ariño identifica como prolegómeno de la teoría del servicio público y su relación con el interés público al *“plantearlo en el marco de un esquema más general: el de los fines del Estado.*

Es así como el interés público, de género teórico conceptual de interés general inscribe (García de Enterría, 1996); que no obstante tener una dimensión amplia que puede llegar a aplicarse en función de una interpretación jurídica determinada como lo que se pretende frente al tema central de esté escrito –la noción de servicio público– guarda una relación estrecha con el fin o la necesidad que pretende satisfacer, cuyo interés resulta útil para ilustrar la anterior afirmación, la relación entre necesidades colectivas e interés y servicio público, es el problema jurídico planteado en la sentencia SU – 157/99 de la Corte Constitucional, Sala Plena de Constitucionalidad, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

El caso concreto se refiere a la expedición el 22 de octubre de 1995, por parte del entonces Presidente de los Estados

Unidos de América, Bill Clinton, de la Orden Ejecutiva 12978 “*Blocking Assets and Prohibiting Transactions with Significant Narcotics Traffickers*”, encaminada a congelar activos y prohibir transacciones en los E.E.U.U., de importantes narcotraficantes que tenían su principal centro de operaciones en Colombia como Gilberto Rodríguez Orejuela, Miguel Ángel Rodríguez Orejuela, José Santacruz Londoño y Helmer Herrera Buitrago.

La orden cuenta con varios anexos en los que se reseñan listados de personas naturales y jurídicas que están presuntamente vinculadas con los llamados “carteles” del narcotráfico y dispone que, en ese país, serán sancionadas todas las personas que celebren negocios con aquellas que figuran en la denominada “lista Clinton.”

El 21 de diciembre de 1995, la embajada del gobierno norteamericano informó al gobierno y a la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia que los banqueros:

(...) no deben prestar servicio bancario a los “Narcotraficantes Específicamente señalados... los banqueros que presten tal servicio corren el riesgo de ser incluidos en la lista de “Narcotraficantes Específicamente señalados”, y con ello “(...) no podrán hacer ningún negocio con el sistema bancario de los Estados Unidos (...).

Es así como la Alta Corporación de lo constitucional se ve obligada a analizar la naturaleza del servicio bancario frente a las restricciones en las libertades civiles derivadas de la aplicación de la denominada lista Clinton. Al respecto, la Corte determina: No podría sostenerse la tesis que patrocine la absoluta imposibilidad, legal o práctica, de acceder a la actividad financiera, pues la total discrecionalidad de las entidades financieras implicaría negar el carácter de interés público de la actividad bancaria, los derechos de los clientes a la personalidad jurídica y a ejercer, en condiciones de igualdad, la libre iniciativa privada. De otro lado, tampoco parecería posible negar la libertad contractual a la banca para escoger objetivamente las personas con quienes desee tener relaciones comerciales, como quiera que también el interés público de esa actividad, el derecho de asociación y a la autodeterminación del contenido de los contratos.

Sobre el servicio público

El establecimiento de un régimen económico y de hacienda pública en la Constitución nacional, no hace referencia

únicamente a un capítulo absorto del resto de la Carta, sino que por el contrario debe estar en consonancia con la misma. De ahí que el conjunto de principios, derechos y deberes consagrados del artículo 1º al 40, tienen una especial preponderancia al momento de interpretar los alcances de la intervención del Estado al interior de la economía. Es entonces, cuando se afirma que la actividad de los poderes públicos no se debe desarrollar de manera neutra, si se quiere fría frente a las necesidades del colectivo; sino que por el contrario, adquiere el carácter de *social de Derecho, al consagrar dichos principios, derechos y deberes como fines que debe tener en cuenta el Estado en todas sus actuaciones.*

De esta manera, lo expuesto es concordante con lo establecido en el artículo 333 de la Constitución, el cual designa al Estado como el director de la economía y por tal motivo el interventor de todo el mercado interno para el cumplimiento de los Fines y Propósitos de la Carta mediante las siguientes funciones: ordenadora; facultativa de funcionamiento; reglamentaria; y de policía administrativa sancionatoria (inspección, vigilancia y control) sobre los agentes económicos.

Existen entonces diversos regímenes o expresiones jurídicas constitucionales de la designación del Estado como interventor de la economía (Sierra, 2006):

Régimen de declaración: El Estado para poder desarrollar el ejercicio de su potestad sancionadora, requiere de los agentes económicos la declaración de toda la información referente a su estatus y dinámica de sus operaciones en un periodo de tiempo determinado.

Régimen de reglamentación: Fijación de condiciones para la realización de una actividad.

Régimen de autorización previa: Impedir el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita.

Régimen de interdicción: Prohibir ciertas actividades económicas juzgadas indeseables.

Régimen de monopolio: El Estado excluye para sí ciertas actividades económicas y se reserva su desarrollo, sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley.

No obstante este amplio campo de intervención, las facultades del Estado son aún más amplias, rigurosas y reforzadas por la Carta frente al desarrollo de las actividades propias de los denominados “*servicios públicos domiciliarios.*”

Los servicios públicos domiciliarios

La Constitución Política de Colombia, al atribuirle en el Artículo 333 al Estado la dirección general de la economía, promueve su directa intervención en función del bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de todos y cada uno de los miembros de la comunidad; así como otros fines sociales. Pero tal intervención solo puede ser exitosa si es aplicada en gran medida en la verificación de la operación eficiente de los servicios públicos y privados que afectan el interés general (Caballero, 1999).

Es decir, que no solamente debe extenderse a la realización de un mandato estatal; sino que implica también una obligación en miras de la eficiencia en la prestación del servicio a todos los usuarios susceptibles de su necesidad, conforme al artículo 365, frente al costo de oportunidad social enfrentado por el Estado en la realidad, que es regulado tanto por el legislativo dentro de su potestad configurativa, como por los múltiples entes de control de la función pública.

No obstante esta rigurosa contemplación, es también admisible la prestación plural del servicio público, siempre y cuando se observe la satisfacción de todos los fines sociales, por parte directa o indirecta del Estado (Nación, empresas mixtas sociales o comerciales, departamentos o municipios) particulares o comunidades organizadas.

Existen así diversas clases de servicios públicos de acuerdo al factor ordenador constitucional que se adopte y entre ellas, por supuesto, se encuentra el servicio público domiciliario, en cuya prestación se admite también la participación plural de agentes.

Aunque el artículo 367 de la Carta Política no contempla una definición expresa de lo que es un servicio público domiciliario, el numeral 14.21 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, dispone: "(...) Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se define en este capítulo." Pero ello, aunque delimita el campo de acción del análisis, no permite conceptualizar con claridad su definición, por tanto, resulta útil traer a colación la postcontemporánea definición a construir con base en la obra del doctrinante colombiano Atehortúa, 2006. Se afirmaría entonces que se entiende por servicio público domiciliario:

(...) Aquel que suministra un proveedor a usuarios para solucionar necesidades que determinan su calidad de vida individual o el desarrollo colectivo de la sociedad, caracterizado por contar con tres elementos esenciales:

(...) Que el servicio se reciba en el domicilio (puede ser el lugar donde se habita o se trabaja, es decir, en términos más genéricos y amplios el lugar en donde las personas pueden ser localizadas. Que se preste mediante la utilización de una red, física o humana. Que a través de los servicios que se prestan se satisfagan necesidades esenciales de los usuarios que merecen tener una especial protección por parte del Estado.

De lo expuesto se deriva que la intervención deba ser más rigurosa y reforzada en esta clase de servicio, no solo por la preeminencia de la eficiencia a favor de un racional ejercicio estatal del costo de oportunidad social, sino porque la satisfacción de los usuarios está dirigida a la satisfacción de unas necesidades esenciales ligadas inescindiblemente con la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales de las personas, que hacen del servicio público domiciliario un servicio esencial conforme al inciso primero del artículo 56 de la Constitución desarrollado en el artículo 4° de la Ley 142 de 1994.

La estructura tarifaria y cargo fijo

Una de las expresiones de la intervención estatal como régimen de reglamentación de los servicios públicos domiciliarios, se encuentra en la definición y establecimiento de las tarifas. Pero, ¿qué es una tarifa? Resulta entonces útil la distinción de vocablos adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-545/94, del Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, en donde se resolvió una acción pública de inconstitucionalidad contra el literal q) del artículo 9o. de la Ley 10 de 1990 "Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones (...)".

Resulta de la mayor importancia precisar el contenido especializado de varias voces de la nueva Carta en materia de tributación, tales como contribución, impuesto, tasa, fiscal, parafiscal así como tarifas, que contienen elementos necesarios para comprender el alcance de la norma:

Contribución: expresión que comprende todas las cargas fiscales al patrimonio particular, sustentadas en la potestad tributaria del Estado.

Impuesto: el contribuyente está obligado a pagar el impuesto sin recibir ninguna contraprestación por parte del Estado. No hay una relación *do ut des*, es decir, los impuestos representan la obligación para el contribuyente de hacer un pago, sin que exista una retribución particular por parte del Estado.

Tasa, la O.E.A. y el B.I.D., al diseñar un modelo de Código Tributario describen la tasa así: “Tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva y potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que contribuye al presupuesto de la obligación.”

El concepto del Ministerio Público (MP) cita opinión del profesor Abel Cruz Santos: (...) las tasas, también llamadas derechos, provienen de servicios públicos que no obligan a los asociados; sólo los pagan las personas que los utilizan. Se consideran como un precio que cobra el Estado por el servicio prestado, contrariamente a lo ocurrido con el impuesto, que no supone para quien lo paga contraprestación de ninguna clase.

Contribución especial

Siendo este un pago por una inversión que beneficia a un grupo de personas, como es el caso de la valorización.

Tarifa, tabla de impuestos, tasas u otras contribuciones

Contribuciones Parafiscales: son los pagos que deben realizar los usuarios de algunos organismos públicos, mixtos o privados, para asegurar el financiamiento de estas entidades de manera autónoma.

(...) El sistema y el método para definir los expresados costos y beneficios, con base en los cuales habrán de ser fijadas las tarifas así como la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. (Sentencia C-545 de 1994, Corte Constitucional)

Cuando el Congreso, las asambleas y los concejos hacen uso del expediente previsto en el inciso segundo del artículo 338

de la Carta, están condicionados por la misma preceptiva superior y, por ende, no les es dado traspasar a otra autoridad de manera absoluta e incontrolada la competencia para fijar tarifas de tasas y contribuciones. Es decir, la falta de cualquiera de los enunciados requisitos implica la inconstitucionalidad del actor mediante el cual se otorgó a una autoridad específica tal atribución, pues en ese evento se estaría reasignando una facultad propia del respectivo cuerpo colegiado por fuera de los límites señalados en el Ordenamiento Fundamental. Mediante ley, ordenanza o acuerdo se faculta a determinada autoridad para fijar las tarifas de tasas o contribuciones.

Así, bajo ese enfoque, la Constitución asimiló que el régimen tarifario de los servicios públicos no solo debía responder a los criterios de costos, sino que también debía consultar los principios de solidaridad y redistribución del ingreso; de ahí que el desarrollo legal dado en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, establezca siete criterios al momento en el que el operador deba determinar la tarifa: eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia. En la aplicación de dichos criterios surgen entonces las fórmulas y prácticas de tarifas que deben estar acompañadas de las Regulaciones subyacentes y técnicas que para cada servicio establezca la Comisión de Regulación correspondiente.

Ahora bien, en atención al criterio de costos y de eficiencia económica, el estatuto de servicios públicos domiciliarios (Ley 142/94) ha establecido en su artículo 90 algunas de las alternativas que pueden ser incluidas como elementos y/o cargos de las tarifas, sin perjuicio de lo que al respecto llegare a establecer las Comisiones de regulación:

- Un cargo por unidad de consumo.
- Un cargo fijo.
- Un cargo por aportes de conexión, el cual podrá cubrir los costos involucrados en la conexión del usuario al servicio.

El cargo fijo es el reflejo de los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso. Se considerarán como costos necesarios para garantizar la disponibilidad permanente del suministro, aquellos denominados costos fijos de clientela, entre los cuales se incluyen los gastos adecuados de administración, facturación, medición y los demás servicios permanentes que de acuerdo a definiciones que realicen las respectivas comisiones de regulación, son necesarios para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia (Art. 90.2).

Pros y contras en relación con la eliminación del cargo fijo

Para la Corte Constitucional en línea ya establecida a través de sus pronunciamientos (MP Jaime Córdoba Triviño, 2003) (MP Clara Inés Vargas Hernández, 2006), la alternativa legal a la cual pueden acudir los operadores de establecer un cargo fijo en sus tarifas resulta constitucional, como quiera que ello busca garantizar la recuperación de costos y gastos de operación que garantizan el cumplimiento del principio de universalidad a favor de los usuarios; pero por supuesto, el fundamento del cargo se debe ajustar en su estimación y valor a que lo recaudado atienda los costos y gastos que tendría una empresa en un mercado competitivo bajo condiciones de eficiencia o el mismo nivel de riesgo y no se convierta en una irregular manera de lucro de los operadores.

De ahí que la Corte haya establecido que la determinación de costos fijos debe responder a los siguientes cinco criterios que permiten su Exequibilidad anota (Córdoba, Sentencia C-041/03.Corte Constitucional 28 de enero de 2003):

(...) En el momento de realizar la regulación de los costos fijos, no pueden derivar de un mismo hecho varios costos. Es claro que las comisiones no pueden contabilizar dos veces costos tales como la facturación o la medición, toda vez que éstos podrían ser entendidos como los gastos de administración de que habla el segundo inciso del artículo 90.2 de la Ley 142 de 1994.

Deben valorar y ponderar los intereses de los usuarios. Esto implica el deber de garantizar que los costos fijos constituyan el mínimo esfuerzo para los usuarios.

En el cargo por unidad de consumo es menester que se tenga en cuenta el consumo específico, particularizado y determinable del usuario y del servicio que preste la empresa.

Los criterios deben estar concretamente definidos, es decir, no pueden ser vagos, generales y excesivamente amplios, sino que deben ser precisos y estrictos.

Resulta absolutamente necesario que las comisiones, antes de hacer la regulación de los costos fijos, escuchen a los usuarios del servicio. La participación directa de los consumidores es relevante para la toma de ese tipo de decisiones. Pero tal deber no se satisface únicamente con la sola participación de voceros o de representantes de

los usuarios de los servicios, sino que debe llegar hasta el punto de abrir espacios para que estos últimos de manera directa expongan sus reclamos y sus puntos de vista respecto de los criterios que se van a adoptar.

No obstante la claridad de los anteriores planteamientos de la Corte, los Congresistas (Córdoba, 2003) Dilian Francisca Toro, Eduardo Sanguino Soto (165/05) y Edgar Artunduaga Sánchez (54/05), presentaron sendas ponencias para promover el proyecto de ley 54 de 2005 Senado, 165 de 2005 Senado, hoy archivados por falta de debate, que buscaban modificar los artículos 90 y 125 de la Ley 142 de 1994, eliminando el cargo fijo de la estructura tarifaria de los servicios públicos domiciliarios, bajo el argumento que las tarifas cobradas por las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, les han permitido cometer abusos en el cobro de las mismas.

Según los autores del proyecto, son tan ostensibles los cargos que se le trasladan al usuario, que en algunas ciudades el pago por servicios públicos, es uno de los más costosos de Latinoamérica, lo que ha llevado a muchos alcaldes a pensar en eliminar este “cargo fijo” y adoptar un esquema de tarifas que sea más asequible a los usuarios.

A manera de ejemplo, Sánchez Artunduaga señala que en el caso del acueducto, las empresas cobran un valor estipulado por metro cúbico de agua potable que ingresa al predio y cobran también un cargo por metros cúbicos equivalente por el agua servida que sale del predio (alcantarillado).

Asegura también que caso similar ocurre con la Energía y el gas natural, cuyas tarifas incluyen el kilovatio hora utilizada con unos recargos a partir de un mínimo de consumo; en el gas domiciliario la situación es similar. En cuanto a la telefonía, el legislador considera que anteriormente se justificaba el cargo básico porque se trataba de un sistema de comunicación por alambres, pero hoy en día sólo se requiere de un receptor de microondas o satelital, dada la telefonía celular.

Conclusiones

La noción de servicio público en Colombia está estrechamente ligada al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, por ende a la satisfacción de todas aquellas funciones constitucionalmente definidas como indispensables para alcanzar las metas de bienestar

o interés general. Esta peculiar deformación del Estado Liberal al benefactor, ha de ser un factor de análisis tanto en la planeación de la contratación pública dirigida a la administración y prestación de bienes públicos y privados, por parte de fiduciarios e interventores; y claramente un factor a desarrollar dentro de la presente investigación, en aspectos como la noción de utilidad del privado y el manejo de los bienes públicos y privados.

Referencias

Atehortúa, C. (2006). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Descalzo, A. (2010). *Consideraciones sobre la formación de la noción del Derecho Administrativo en España y algunas de sus cuestiones de reciente actualidad*. Universidad Carlos III de Madrid (págs. 24-124). Madrid.

Efe, A. (29 de abril de 2010). "Papa pidió a intelectuales que no tengan miedo a confrontarse con Dios y a dialogar con creyentes". *Diario El Tiempo*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/mundo/europa/papa-en-portugal_7704663-2

García de Enterría, E. (1996). *Una nota sobre le interés general como concepto jurídico indeterminado*. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 69-89.

Hardin, G. (1968). "The Tragedy of Commons". *Revista Science*, 1243-1248.

Huerta, K. (31 de enero de 2005). *El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional*. *Diario Oficial de la Federación* Recuperado de <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>.

Sentencias. Corte Constitucional.

Ministerio Público (MP) Martínez Caballero, Alejandro, SU-157/99 (Corte Constitucional 10 de marzo de 1999).

Ministerio Público (MP) Jaime Córdoba Triviño, Sentencia C-041/03 (Corte Constitucional 28 de enero de 2003).

Ministerio Público (MP) Sierra Porto, Humberto Antonio, Sentencia C-860/06 (Corte Constitucional 18 de octubre de 2006).

ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA RESPONSABILIDAD LEGAL EN LA PRAXIS MÉDICA

Background factual of liability in medical praxis

*Guillermo León Ríos Cárdenas
guilleriosca63@hotmail.com
UNISANGIL
San Gil, Santander, Colombia

Resumen

El hombre como parte inherente a la sociedad, manifiesta la necesidad de tener los medios para atender en forma debida sus requerimientos de salud, y ello se observa a través de la historia de la humanidad desde la antigua Grecia. La Sociología como materia auxiliar de la Medicina y de otras disciplinas, ha sido un aporte decisivo en la búsqueda de respuestas en ese sentido.

Dada la prioridad de este aspecto para el hombre, siempre ha estado regulado por aspectos jurídicos; a fin de lograr que su ejercicio cumpla el cometido y los fines que se pretenden. Esto es, un óptimo servicio en cabeza del Estado que permita mitigar las dolencias de la humanidad.

Por ello, el derecho ha dispuesto que el despliegue de tal actividad tenga consecuencias para el profesional de la Medicina tanto en el área Penal, como en Civil y por supuesto en el Disciplinar. Desde ahí, surge el Derecho Médico de carácter especial, el cual pretende normativizar de manera más cercana las incidencias del ejercicio médico frente a sus propósitos. Ahora, en este orden de ideas, se analizará si el ejercicio de la Cirugía Plástica y Reconstructiva se puede considerar como el área de la medicina más controvertida en el alcance de sus fines y por ello, más proclive a suscitar acciones judiciales.

Palabras clave: responsabilidad legal, responsabilidad médica, cirugía plástica reconstructiva, acto médico, consentimiento informado, daño.

Abstract

Man as an inherent part of society, expressed the need to have the means to attend their requirements in appropriate form of health, and this is observed through the history of humankind since ancient Greece. Sociology as an auxiliary field of medicine and other disciplines has been a decisive contribution to the finding answers in the regard. Given the priority of this aspect for man, he has always been regulated by legal aspects; to achieve its mandate and the exercise fulfills the purposes intended. This is, optimal service head of state that may help mitigate the ailments of mankind. Therefore, the law has provided that deploying of such activity has implications for both medical professional in the penalty area and Civil and of course in the Discipline. From there, the Medical Law special character emerges, which aims ruling more closely incidences of medical practice against its purposes. Now, in this thinking, we will analyze whether the exercise of Plastic and Reconstructive Surgery can be considered as the most controversial area of medicine in the scope of its purposes and therefore more likely to raise legal action.

Keywords: legal, medical, plastic Reconstructive Surgery, medic act, hurt, damage, informed consent.

* Abogado, Universidad Libre. Magíster en Ciencias Penales, Universidad Anáhuac. Estado de México. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad del Cauca. Estudiante de Segundo Año del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor Auxiliar Universidad Cooperativa de Colombia. Sede-Popayán, Cauca. Profesor Investigador UNISANGIL, guilleriosca63@hotmail.com Santander, Colombia.

Introducción

Toda intervención médica, de alguna manera pone en riesgo la vida del paciente. Muchos pueden ser los motivos, es una realidad que da paso al margen de error; de mil pacientes, uno puede fallecer y en el ejercicio de la cirugía plástica y reconstructiva, este margen de error se amplía. Entonces, al reconocer que hay un riesgo, es conveniente analizar la praxis médica en Colombia bajo criterios jurídicos y mostrar el manejo de estos márgenes de error. Por la puesta anterior, cabe indicar la importancia de la actividad del cirujano, como también mostrarse de acuerdo a la exigencia social que demanda el ejercicio de los profesionales de la medicina en el país, para así evidenciar la incomprensión en la que está inmerso el ejercicio de la Cirugía Plástica y Reconstructiva, como especialidad de la labor médica.

De la misma forma, mostrar los numerosos condicionamientos que lo afectan para garantizar un resultado favorable en el tratamiento de su paciente. Condiciones que conllevan a efectos y reacciones imprevisibles, con diferente manifestación en cada paciente, generando variables a tener en cuenta en la praxis médica y en la diligencia jurídica, cuando se presentan situaciones anómalas en un procedimiento o resultado médico; ya que las situaciones son otras cuando la intervención médica se realiza por causas diferentes a la existencia de una enfermedad.

Es el caso de la praxis de la Cirugía Plástica y Reconstructiva, donde se hace complejo determinar las dimensiones de la naturaleza jurídica para atender el ejercicio de estos profesionales, como también el alcance de su responsabilidad; que exige sin lugar a dudas un marco legal que prevenga y regule el actuar médico, pero que al mismo tiempo vincule la responsabilidad del paciente en cuanto a cómo asume el valor de su vida, siguiendo los protocolos propios para acceder a una intervención de este tipo.

Así mismo, la aceptación de los límites de la medicina para transformar su físico, siendo desde ahí donde se alude una corresponsabilidad del paciente, que la reglamentación aún no tiene en cuenta.

Este estudio de carácter documental, sugiere el análisis de fuentes secundarias y terciarias, de “dónde depende fundamentalmente la información que se obtiene o se consulta en documentos” (Bernal, 2006, p. 110). Por tanto, en el proceso de investigación, se aplicaron métodos de análisis y síntesis, que aportaron la totalidad de los documentos.

En apoyo a este punto, cabe mencionar el planteamiento de Díaz, (2009a): “los métodos teóricos de análisis y síntesis... permiten explicar los hechos y profundizar en las relaciones esenciales y las cualidades fundamentales de los procesos que no pueden observarse directamente”. Así, la investigación utilizó “los métodos teóricos de análisis y síntesis, ambos son procesos cognoscitivos para la investigación científica” (p. 129-130). Esto teniendo como base aspectos sociales que permitieron ver los fundamentos jurídicos pero con sentido social.

Reseña histórica de la medicina y la salud

Es conveniente hablar sobre la historia de la medicina, y esto remonta a la época de la antigua Grecia, donde el texto más antiguo y conservado de esa literatura es la *Ilíada* de Homero, que indica los primeros testimonios del ejercicio médico.

En sus textos se encuentran los verbos *iáomai*, que significa tratar médicamente; palabras como *médico*; *iatper*, *iator*, *iatrós*, entre otras, que luego fueron retomadas por el español convirtiéndose en raíz de definiciones como *pediatría*, *psiquiatría*, *foniatra*. Igual sucede con palabras como *cuidar*, *curar*, provenientes de la palabra griega *therapéuo*. Por su parte, en la literatura europea la raíz *Med* significa reflexionar, meditar, compaginando con el griego donde *médomai* traduce *médica* y *modo*.

Dado lo anterior, se podrá entonces afirmar que la medicina requiere la meditación, búsqueda de modos y medidas, como lo expone el doctor en Filosofía y Letras, Pablo Adrián Caballero, en su artículo “Medicina y Salud entre los Griegos” (2012).

Caballero también indica en su estudio que los griegos consideraban la medicina un arte antes que una ciencia, razón por la cual la observaban desde diferentes ópticas de acuerdo a quien la suministrara; por ello coexistían el *chamán*, el *curandero* o *mag*, las que se regían por ritos, igual calidad tenía la curación, *milagros* y, por último, aquella que provenía de la evolución científica que se basaba en la observación, el saber y la confianza o fe en el tratamiento impartido. Esta última tiene sus principios en la labor del primer médico, *Hipócrates*, quien se apoyó para fundar su escuela de medicina en los estudios de *Pitágoras* así como *Alcmeón* de *Crotona*, *Empédocles*, *Anaxágoras* y *Heródico* de *Selimbria*, seguidos posteriormente por *Dioscórides* y *Galeno*, de donde proviene el nombre dado como sinónimo de *médico*. Estos pioneros de la medicina

aplicaron hierbas curativas, formularon dietas e incluso practicaron procedimientos quirúrgicos; sin dejar a un lado la parte moral como opción de cura.

Homero trató de definir los orígenes de las enfermedades, encontrando que algunas provenían de la guerra, el ambiente y aquellas a las cuales la razón no le encontraba causa, se las endilgaban a castigos divinos provenientes de la propia conducta del enfermo. Ello explicaba que a pesar del conocimiento que iban adquiriendo en el manejo de las enfermedades, no se apartaban de los ritos purificadores y palabras tranquilizadoras; esto se evidenció cuando Odiseo, al ser herido por un jabalí, fue curado por los hijos de Autólico, finalizando con un rito mágico denominado epodé.

Lo propio pasó en la mitología griega con Apolo, a quien le daban el sobrenombre de Paion por ser sanador de los Dioses del Olimpo debido a que sanó a Hades y a Ares, también hechos relatados en la *Ilíada*.

Es entonces reiterada la existencia de aspectos medicinales y ritos mágicos curativos que permitían recobrar la salud, razón por la que el médico no solo debía tener el conocimiento sino también contar con el favor de los Dioses para lograr su propósito. Esto es claro cuando se relata que los enfermos debían pasar noches de purificación en el templo de Asclepios, tal y como se lo enseñó el Centauro Quirón mediante el uso de ensalmos y cantos mágicos.

Este tipo de prácticas se mantuvieron por parte de Dioses como Dionisio, los Órficos y los seguidores de Pitágoras, hasta que Sófocles en la boca de Ayante expresó: “No es propio de médico sabio cantar ensalmos ante una dolencia que requiere bisturí (Ayante 581-2)”, lo que implica que se inicia el abandono de lo mágico por lo científico, siempre con sustento en el estudio de las plantas y sus propiedades curativas.

A pesar de estos exigüos progresos, los Griegos no curaban el cuerpo sin antes encargarse del alma. Así lo señala Sócrates en sus escritos *Cármides* de Platón (156 D-157 A), cuando afirma que la salud anímica es requisito indispensable para obtener la salud somática, cuya labor es enteramente del médico haciendo uso de su aplomo intelectual ya que cada paciente requiere una intervención distinta de acuerdo a sus necesidades particulares, logrando obtener su confianza, pues la salud no solo es una mezcla de elementos corporales sino que requiere de ciertas convicciones; tal como lo exponen Alcmeón e Hipócrates.

Desde ahí el médico se convierte en un observador de su paciente, es él quien debe encontrar lo que el mismo enfermo no percibe, siempre acompañado de la psicoterapia como apoyo, por considerar que la psiquis del enfermo tiene un papel indispensable en su recuperación; teoría que luego es recogida por el catolicismo en algunos apartes del evangelio en donde se señala que Cristo es un médico que cura las dolencias de la humanidad, luego de que cura el alma del enfermo (Caballero, 2012, v.3).

Relación médico paciente y acciones judiciales: el nuevo entorno del acto médico.

El quehacer médico apunta a promover, mantener y recuperar la salud, que, según la Organización Mundial de la Salud - OMS, es “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solo como la ausencia de enfermedad o de invalidez”. De ahí la importancia sin par que tiene la defensa de los Derechos Fundamentales del ser humano, en un Estado Social de Derecho, específicamente el derecho a la Salud en relación con su protección constitucional colombiana y del mismo modo la del profesional en medicina.

Por tanto, el actuar de médicos especialistas en cirugía plástica y reconstructiva, que como finalidad buscar el bienestar del paciente; forma parte del cuidado de la salud física y psicológica, actuar que se remonta dentro del marco jurídico justificándolo considerablemente. Sobre este sentido, señala la Ley 67 de 1935, reglamenta el ejercicio de la profesión médica y cirugía. Art. 1. El ejercicio de la profesión de médico... constituye una función social. Los profesionales serán responsables civil y penalmente, no solo por su acto sino también por sus omisiones en el ejercicio profesional.

Es así como de manera somera entra el aspecto sociológico con relación a la medicina, pues esta es una ciencia dedicada al estudio de la enfermedad para postergar la vida con salud, donde la muerte es un caso fortuito para el ambiente médico, ya que el Galeno pone todos sus conocimientos y técnicas, aplicándolos al servicio del paciente y ofreciendo un diagnóstico que forje medidas preventivas o curativas según el caso. Esto genera una situación social a la que es inherente la profesión médica, de la que se hace responsable ante el paciente, en cuanto a ofrecer bienestar físico y mental. Es ahí donde el médico es esencial a un grupo social, que como se menciona, su atención va directamente

a la persona de manera individual, pero que desde esta individualidad se forma núcleo de bienestar en un ámbito, por lo cual se crea impacto social.

La sociología y la medicina

La sociología es una ciencia que estudia todos aquellos fenómenos que se causan en la sociedad, en los diferentes contextos en los que se encuentren inmersos, pasajes como la cultura y ciertos comportamientos que el ser humano exterioriza cuando convive con otros. Muchos estudiosos como Auguste Comte, Karl Marx, Herbert Spencer, Emile Durkheim y Max Weber, han realizado diversas reflexiones sociológicas.

La Sociología jurídica estudia todos los conflictos e implicaciones que se vinculan con el Derecho en referencia a los comportamientos que tiene el hombre, pero ya frente a una legislación y unas normas que se encuentran obligados a cumplir, en tanto que la Sociología Médica, llamada igualmente “La Sociología de la salud”, estudia las causas sociales y las consecuencias de la salud y la enfermedad, según Rosen (2005). “Recoge las perspectivas sociológicas, las teorías y los métodos, aplicándolos al estudio de la salud y la práctica médica” (p. 64-65). Así, la Sociología Médica surge como tal en los años 40 en los Estados Unidos, pero la denominación fue usada mucho antes, a finales del Siglo XIX por McIntre, quien subrayó la importancia de los factores sociales en la salud”. (González, s.f.).

En apoyo, Rose, (2005, p. 64) señala que “Virchow formulaba esta preocupación por las relaciones de la Medicina con los problemas sociales por medio del lema algo retórico pero impactante (...) La Medicina es una ciencia social y la política no es más que Medicina a gran escala”.

Como se puede observar, la Medicina es una ciencia social que viene a ser formulada por Virchow, ya que a causa del desarrollo y los problemas sociales, esta ciencia se ve en la obligación de estudiar diversos factores que se encuentran perjudicando a la Sociedad y como tal, al estar inmersos en Leyes existen tanto derechos como deberes que tienen que ser respetados para poder gozar así de un bienestar general; en este caso el tema de la salud, juega un papel fundamental, porque es un agente primordial que ayuda al mejoramiento de una comunidad seguidamente.

Neumann concreta:

El segundo principio contenido en la idea de la Medicina como ciencia social, es que las condiciones

sociales y económicas tienen un efecto importante en la salud y en la enfermedad, y esas relaciones deben estar sujetas a la investigación científica. Para Neumann no hacían falta pruebas para demostrar que “la mayor parte de las enfermedades que impiden el disfrute completo de la vida o matan a un considerable número de personas prematuramente, no se deben a causas naturales sino más bien a condiciones sociales producidas artificialmente (p. 64).

Claramente, como lo propone Neumann, las condiciones de vida en las que viven las personas a diario son naturales o artificiales debido a diferentes factores, como la contaminación en el agua, que hace parte fundamental del consumo humano, el suelo en donde se desequilibra la parte física y química, el aire contaminado, compuestos que producen epidemias naturales y malestares que perturban las condiciones de vida de los habitantes ocasionando enfermedades endémicas incluso mortales a través de la historia del hombre. Por tanto, el Estado está en la obligación de controlar a las Instituciones respecto al manejo de los recursos y la atención que se está brindando a los pacientes, al igual que las condiciones generales de vida para que aspectos negativos no se aumenten en detrimento de la comunidad. Esto, atendiendo a las consideraciones de Rose (2005b):

Si la Sociedad está en la obligación de proteger la salud de sus miembros, y si se reconoce que las condiciones sociales y económicas tienen un efecto importante en la salud y en la enfermedad, entonces es lógico que se den los pasos conducentes a promover la salud y a combatir la enfermedad, y que las medidas que se adopten sean tanto sociales como Médicas (p. 84).

El argumento, el estilo de vida de las personas, es una realidad cotidiana, que compromete las percepciones y sentimientos de un ser humano, que pueden generar reacciones a dichas circunstancias, influyendo tajantemente en el estado de salud de las personas, ya que debido a sus condiciones sociales, su acceso a la salud y educación es muy restringido, entonces las posibilidades de vida son negativas, lo que hace que al no satisfacerse unas necesidades básicas resulte más complejo prevenir enfermedades.

Por el contrario, históricamente muchas enfermedades son de tipología social y contrarrestarlas se vuelve un reto común enmarcado en la dinámica de una sociedad en particular.

La vida del hombre es muy compleja y la protección de los derechos que orbitan en ella se hace igualmente difícil, razón por la cual se hace necesario observar y estudiar constantemente sus comportamientos para anticiparse a sus necesidades; en ello es absolutamente importante la función de la sociología como ciencia complementaria, no solo del derecho sino de la medicina, generando un diagnóstico del estado del hombre, su medio social y por ende su salud. El Estado junto con las Autoridades debe proponer políticas públicas y planificar soluciones dentro del medio en que se desenvuelven los individuos, haciendo un buen trabajo social; de la mano del derecho como protector de derechos subjetivos en cabeza de los ciudadanos.

Concebía el alcance de la salud pública lo más ampliamente posible, señalando que una de sus funciones era la de estudiar las condiciones en que viven los diversos grupos sociales y determinar los efectos de esas condiciones en la salud. Con base en este conocimiento sería posible tomar las medidas apropiadas. Para que la Medicina pueda cumplir su gran misión, debe intervenir en la vida política y social. Debe señalar los obstáculos que impiden el funcionamiento normal de los procesos vitales, y eliminarlos (Virchow, et al., s. f).

En respuesta a esta necesidad social normatividad, protege el derecho a la salud, es así como la Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 1º, establece el Estado Social de Derecho, el cual garantiza niveles mínimos de salud, alimentación, educación y vivienda como derechos de los ciudadanos.

La salud se constituye como un derecho fundamental, lo que implica un conjunto de relaciones entre el Estado y los ciudadanos entre sí y en orden a conseguir su efectividad, como se observa en el contenido del artículo 366º de la Carta Magna: “El bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”; consagrando de manera expresa la salud y la salubridad pública.

Además, se manifiesta el derecho a la salud en el mismo artículo 1º:

“La dignidad Humana, artículo 11º, el derecho a la vida, artículo 13º protección especial a los débiles y de los disminuidos, el artículo 44º, que establece el derecho fundamental de la salud de los niños y los

artículos 48º y 49º que garantizan en forma general a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.”

Por otra parte, la profesión de la medicina ha sido objeto de varias normas que regulan la actividad médica, es así como la ley 67º de 1935 de diciembre 4 que reglamentó el ejercicio de la medicina y cirugía; el Código Moral Médico, Decreto 2831 del 23 de Septiembre de 1954; en materia de Ética Médica, la Ley 23 de 1981 y el Decreto 3380 de 1981 que reglamentó la Ley 23 de 1981. No queda duda entonces que el Derecho a la Salud tiene rango de Derecho fundamental y sagrado de la vida. (Colombia, Corte Constitucional (1992) “Sentencia No. T-484” Fabio Morón Díaz).

El componente social que rodea al hombre hace necesario el apoyo de la sociología en su calidad de materia auxiliar del derecho. En este evento, la Sociología Médica al estudiar el desempeño profesional del Médico, y su incidencia en el estado de salud no solo de una persona sino de un grupo poblacional en general, lo cual le acarrea una responsabilidad y un deber de poner en funcionamiento todos sus conocimientos, los medios necesarios, ya sea para diagnosticar o brindar el tratamiento oportuno a una enfermedad específica, logrando así un resultado definitivo o temporal, cuidando la reserva y cumpliendo el deber de dar un pronóstico basado en el respaldo científico, es decir, que la Medicina debe estar apoyada en la evidencia o como lo llaman en el Derecho; la prueba que certifica el padecimiento que está sufriendo una persona; a través de los estudios o análisis que se le hayan hecho.

Así mismo, como sujeto garante de una vida, debe consolidarse una relación Médico- Paciente, configurándose así una relación de confianza y seguridad en cuanto al diagnóstico o al tratamiento que se le va a brindar.

Dicha relación incluye otros aspectos como el psicológico, en donde hay un acercamiento personal, que genera una sustancia neurotransmisora como lo llaman los médicos, la felicidad, alegría, la euforia, permiten que haya una pronta mejoría; en cuanto a la parte fisiológica. Desde el punto de vista social, es claro para los médicos que al mejorar a una persona, las relaciones interpersonales de esta darían un cambio y un bienestar general en la sociedad, ya que cada individuo responde al estímulo externo desde su connotación social y personal, algo en lo que la sociología contribuye notablemente.

Por su parte, el profesional de la salud no está ajeno a su propia realidad como ser social, por ello su comportamiento

debe estar enmarcado dentro de unos principios y valores, como reglas que se mantienen dentro del fuero interno del individuo que implican que la persona debe tener conciencia de sus actos y más un médico, sujeto con una gran responsabilidad profesional frente a sus pacientes, siendo una de sus principales virtudes la diligencia y el cuidado, siempre con el objetivo de buscar su bienestar, ya que el hecho de que una persona acuda a los servicios de salud, implica tanto para el Estado como para el galeno el deber de prestar una buena y adecuada asistencia. La Constitución Política de Colombia en el artículo 90°, consagra la responsabilidad que tiene el Estado:

el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las Autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este. (Colombia, 2008).

Desde este precepto, al explicar que en caso de que las Instituciones de Salud llegasen a causar un daño, el Estado estaría en la obligación de resarcirlo e indemnizarlo, como bien lo define Chacón:

entiéndase por responsabilidad la obligación de la Institución del Estado de indemnizar, por la afectación a un paciente que fallece o presenta una alteración grave de su estado de salud, o su integridad personal, como consecuencia del acto médico. Así como en el caso de la indemnización se habla de responsabilidad civil o patrimonial, de igual manera se puede predicar la responsabilidad ética que deviene por la inobservancia de los cánones que establezcan el cabal ejercicio de la Profesión.

Sobre los actos médicos y su responsabilidad, se debe tener en cuenta que los actos médicos, en palabras del Tratadista Alfonso Tamayo y Tamayo:

el conjunto de actividades médicas, las cuales los profesionales de la medicina producen en el cuerpo humano, directa o indirectamente, efectos destinados a prevenir, curar o aliviar, las enfermedades, así como a rehabilitar las funciones pérdidas o alteradas y a promover el bienestar físico, psíquico o social de las personas, o con fines de investigación científica o legal y cumplimiento de carácter pericial.

En Colombia, los especialistas de la Medicina en sus diferentes áreas, son quizás de las especialidades profesionales más vulnerables en el campo de la responsabilidad legal. Las frecuentes demandas penales, civiles, administrativas, disciplinarias, ocasionadas por la responsabilidad en la mala praxis, surge por las expectativas que se generan en los pacientes por parte de los especialistas de la medicina, como también el riesgo que cualquier procedimiento quirúrgico pueda dar como resultado, siendo mayor la responsabilidad cuando su adopción genera más riesgo al paciente, como son las intervenciones quirúrgicas y dentro de éstas las que son de tipo necesario y las que son de tipo electivo, como suele suceder con la cirugía mal denominada estética más apropiadamente plástica y reconstructiva, en la cual el paciente asume parte del riesgo de su decisión, sin que ello exonere al profesional médico de la responsabilidad que su despliegue profesional implique.

La controversia jurídica tiene origen en los pacientes que eventualmente refieran un resultado diferente al que el cirujano prometió, directa o indirectamente, como garantía del procedimiento indicado o sugerido.

El profesional en Medicina es catalogado por el Estado como una persona idónea para el ejercicio de la profesión, mediante títulos médicos expedidos por las autoridades académicas o sus delegados y tomado el juramento médico, las personas pueden acudir en busca de su opinión, consejo y posible tratamiento; estableciendo así esa relación del médico con el paciente.

La Ley 23 de 1981, en su artículo 3°, expresa: “El médico dispensará los beneficios de la medicina, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley”. Igualmente, en el artículo 5° que sobre la práctica profesional consagra, se manifiesta la relación del médico y paciente en las siguientes modalidades:

por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes, por acción unilateral del médico, en caso de emergencia, por solicitud de terceras personas, por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad pública o privada.

Asimismo, existen obligaciones en la relación médico y paciente, entendida ésta como la relación jurídica entre sujetos determinados llamados acreedor y deudor; por virtud de la cual, este último debe cumplir una prestación con el objeto de satisfacer un interés serio y legítimo del acreedor.

Sobre el paciente, como actor principal del acto médico, se puede indicar que le asisten deberes por cumplir tales como colaborar con las normas institucionales, tratar con respeto al médico y demás colaboradores de la institución, firmar los documentos pertinentes a su tratamientos propuestos, etc.

El médico dentro del ejercicio de su labor está obligado a cumplir con el Principio de reserva-privacidad de la información que tiene del paciente, como parte de su actuar responsable, como acertadamente lo dispone la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia médica que reza lo siguiente:

“Artículo 1°. – La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica.

1°. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual.

Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

2°. – El hombre es unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias eternas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base”.

El Capítulo V de la misma Ley se refiere a las relaciones Médico- Paciente así: ARTÍCULO 46°, para ejercer la profesión de médico se requiere:

- a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional.
- b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud.
- c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales: “PARAGRAFO. El Ministerio de Salud expedirá a cada médico un carné o tarjeta profesional que acredite su calidad de tal, y enviará mensualmente a la Federación Médica Colombiana una relación completa de los profesionales registrados,

identificándolos con el número correspondiente a la tarjeta profesional.” Ley 23 de 1981, febrero 18. Normas Ética de Médica.

Si bien es cierto la ley regula la salud, su ejercicio y, derivado de ello e impone deberes y obligaciones tanto al paciente como al médico tratante dentro de esta simbiosis. De la misma forma, aborda las consecuencias que se generan cuando estos límites legales se infringen y, como ya se anotó, las responsabilidades que se generan para el ejercicio médico tienen una calificación ciertamente estricta, considerando la trascendencia de sus decisiones para los intereses generales y obviamente particulares que se encuentran en juego.

Como ya se esbozó, una parte de la responsabilidad se direcciona hacia las consecuencias civiles, otras penales, disciplinarias, derivas de su mal ejercicio, de error en la praxis o de incurrir en actos antiéticos frente a su relación de orden íntima que se genera por la cercanía que se consolida entre médico y paciente, consecuencias que llegan a generar impacto en el aparato estatal cuando el servicio de salud es de orden público.

En consecuencia, el médico es responsable frente a los daños ocasionados y el Estado también lo es como lo ha definido Chacón (2003b) en su libro “Fundamentos de responsabilidad Médica”, refiriéndose a que “los presupuestos de responsabilidad Médica del Estado son: A) La culpa. B) Daño antijurídico. C) Relación de causalidad.” Explicados así: Dentro de la culpa el artículo 23 del Código Penal lo define así: “La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.”

Bien, pues en la Profesión de la Medicina se encuentra que quien la ejerza debe actuar con cautela, diligencia, cuidado y mucho conocimiento como lo dije anteriormente, utilizando la técnica adecuada para brindar el mejor servicio asistencial. Al hablar de culpa en el Derecho Médico, me permito citar un ejemplo claro y es que si se observa, un médico general que tiene como funciones la atención integral en salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación, siguiendo el protocolo médico adecuado; por tanto, no podría ocuparse de otra especialidad que no sea la suya, como la cirugía por ejemplo, ya que si por alguna razón es llamado a intervenir y accede, está ante un acto negligente, imprudente y llevado a cabo con impericia; es decir la falta de conocimiento en determinada área sin tener el conocimiento ni la experiencia para hacerlo.

Todo este bagaje jurídico nos da cuenta de los alcances de la responsabilidad del ejercicio médico, pero nada de esto tiene trascendencia sin tener presente el daño, puesto que el daño, es en realidad la consecuencia real que trasciende para el paciente y que implica un menoscabo en la órbita de sus derechos subjetivos de tipo personal, moral o patrimonial, que incluso puede irradiarse no solo al afectado, sino a su espectro familiar teniendo nuevamente en cuenta su condición de ser social y resaltando la importancia de la calidad de vida para que sus relaciones interpersonales fluyan de una manera normal y óptima.

Bien lo expone Serrano (2000), al señalar que el daño es un elemento esencial para que se dé la responsabilidad penal del médico. Situación en la que el autor refiere la necesidad del daño para la responsabilidad Civil del Médico, también el análisis es aplicable a la responsabilidad Penal Médica.

Es evidente que no solo dentro del campo del derecho Civil Médico, sino también en el campo del Derecho Penal Médico, es necesaria la afectación y la vulneración o daño de bienes jurídicos concretos para que sean procedentes las sanciones en contra de quienes ocasionaron dicha afectación.

En tanto que la normatividad Civil colombiana claramente sustenta en el daño ocasionado injustificadamente el deber de resarcirlo, fundamentando en ello la teoría de la Responsabilidad Civil Extracontractual, claro desarrollo de la ley Aquilia instituida en el Derecho Romano y acogida por el ordenamiento y otros como el derecho francés; la cual se aplica en el ejercicio médico que se ejecuta sin que medie un vínculo contractual previo.

Retomando entonces el concepto de la Sociología, la Sociología Jurídica, la Sociología Médica, queda establecido en forma amplia y contundente la importancia y determinación de la Sociología en todos sus campos, frente a la consolidación y evolución de las normas que regulan el comportamiento humano y que protege derechos subjetivos, tanto en la existencia y consagración de los derechos que la dinámica social van demandado, como en la protección de los mismos; mediante las acciones de orden Administrativo, Judicial y Constitucional.

La norma siempre es una respuesta a un clamor social, y la detección de las necesidades del hombre son claramente evidenciadas por las ciencias que se dedican al estudio del hombre y su comportamiento en comunidad, como la Antropología y la Sociología; razón por la cual dichas ciencias actuarán al servicio de la humanidad en forma

coetánea y en perfecta sincronía, a fin de cumplir sus respectivos cometidos.

El ejercicio de la cirugía plástica y reconstructiva, la más afectada por acciones judiciales en Colombia

Empezar por conceptualizar el vocablo praxis, que significa práctica y consiste en actuar sin la observancia de las técnicas que rigen una determinada actividad, en este caso, la médica. Para luego reconocer que en Colombia no hay un seguimiento a los procedimientos médicos quirúrgicos, pues no existen estadísticas que informen sobre la cantidad de cirugías, el error y el éxito de las mismas. Aunque Díaz señala que:

la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de la mejoría. Excepcionalmente es de resultado como en aquellos casos de cirugías estéticas, donde el paciente piensa que va a obtener un resultado (2011, p. 199).

Por lo anterior, la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica Estética y Reconstructiva ha trabajado para disponer un escenario legislativo propicio para la reglamentación del ejercicio de estos procedimientos, con base en el cumplimiento de la garantía constitucional de defender la salud como derecho fundamental de los colombianos. Con ello busca controlar los riesgos derivados del ejercicio no idóneo de las especialidades.

De ahí la conveniencia que el Ministerio de Salud y Protección Social haya emitido en mayo de 2013 la resolución 1441, por medio de la cual anota que las cirugías plásticas estéticas no pueden ser realizadas por médicos especialistas en medicina estética ni por médicos generales. Siendo este un primer viso de control y de promoción de los límites que tienen los médicos generales, aclarando a todo tipo de paciente que la medicina tiene niveles y que también tiene ramas, por lo cual hay que establecer diferencias para consulta al médico indicado.

La Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica los diferencia de la siguiente manera: Un cirujano plástico, es un médico cirujano titulado que realiza estudios de especialización por cuatro años si es en Colombia o cinco si es en el exterior, para obtener el título de cirujano plástico, estético,

maxilofacial y de la mano. Mientras que el médico estético, es un médico general, que luego de cumplir con el año rural, realiza estudios universitarios de medicina estética durante tres años, algunos reciben un énfasis en láser y otros tienen una preparación más integral, dependiendo de la institución en la que cursen sus estudios. Los agrupa la Asociación Científica Colombiana de Medicina Estética (ACICME). El médico estético está capacitado para realizar procedimientos estéticos no quirúrgicos, faciales y corporales, enfocados principalmente al rejuvenecimiento facial, entre otros.

A pesar de las anteriores aclaraciones, Manrique (2006) reseña que “la cirugía plástica es la tercera especialidad con más frecuencia en demanda (33,3%). El motivo más frecuente es el resultado adverso, pero con frecuencia también por insatisfacción” (p. 43).

En efecto, la responsabilidad está ahí, reflejada en el error en el procedimiento quirúrgico. Con relación a ello, Manrique comenta: “el interés comercial de algunos proveedores de salud en cirugías plásticas y el afán en tiempo, economía y discreción del cliente son los factores contribuyentes para descuidar los aspectos éticos y de seguridad del paciente” (2006b, p. 43), por lo cual se incurre en desinformación, dando cabida a la presión, generando un procedimiento quirúrgico que rompe con los protocolos.

Así, la controversia jurídica, tiene origen en los pacientes que refieren el resultado diferente al que el cirujano prometió, directa o indirectamente, como garantía del procedimiento indicado; es el caso de la especialidad de la Cirugía Plástica y Reconstructiva.

También el litigio médico-legal en Colombia se presenta por la incompetencia en la praxis de algunos profesionales de la salud como la que está relacionada con la existencia de lugares no habilitados para la atención médico-quirúrgico por parte del Ministerio de Salud, para la ejecución de procedimientos en donde están involucradas personas inescrupulosas (profesionales de la salud o particulares), e irresponsables que realizan operaciones quirúrgicas; propias de los actos de los especialistas en las diferentes áreas de la Medicina.

Conclusiones

La Medicina es un área profesional que protege derechos de alta importancia para la humanidad y que confluye derechos fundamentales del hombre relacionados

estrechamente con la vida misma, protegidos no solo constitucionalmente sino mediante instrumentos de carácter internacional. Se ha hecho necesario que su ejercicio esté regulado de manera estricta por la Ley, de ahí su relación directa con el Derecho; convirtiéndose en un medio eficaz para lograr que este oficio cumpla su cometido, tanto en la protección de los señalados derechos descritos, como en la rectitud de su ejercicio.

Todo ello, teniendo en cuenta las diversas relaciones que se desarrollan, los aspectos éticos que deben regir el actuar del médico y las responsabilidades de tipo Civil, Penal y Disciplinar; que puede suscitar el despliegue de sus acciones.

La Cirugía Plástica y Reconstructiva es una parte del ejercicio médico en que la responsabilidad desde diferentes ángulos se observa de manera más evidente, considerando que en algunos eventos, el médico de esta área ofrece al paciente un resultado determinado que en otros espacios de esa profesión no son tan definitivos para este. Ello implica que se hace más contundente la teoría del daño a consecuencia de una mala praxis y por supuesto la responsabilidad que no se excluye, pese a cumplir con rigor de tener como soporte el consentimiento informado, que autoriza desde el paciente realizar el procedimiento con el cuidado y la pericia que esta requiere; y sin embargo debe someterse a constantes reclamos legales.

Ahora, haciendo un paralelo médico-paciente, este último, en estos tiempos tiene autoridad como cliente de reclamar porque tiene acceso a más información sobre el tema, que desde las diferentes calamidades sufridas por otros, en procedimientos médicos erróneos se preparan para reclamar, dando luz a la reclamación para reparar, es decir; de pagar con su prestigio como profesional. Del mismo modo, exigir la atención de profesionales calificados y con disposición frente a las necesidades del paciente y desde esta misma proponer la aplicación de aspectos jurídicos como recurso de cuidado y control entre médicos y pacientes.

El Derecho Médico, se puede decir de reciente consolidación, que pretende regular por un lado la protección del derecho fundamental a la salud protegido por los ordenamientos jurídicos (Constitución Nacional del 1991. Art. 1) y por el otro, al profesional en el ámbito de la salud, en este último; en cuanto a la parte de los requisitos para el ejercer la medicina, que tiene responsabilidad penal, pues el médico está expuesto a ser denunciado ante la Fiscalía General de la Nación para que

se investigue, si se dio una actuación médica negligente, para que sea sancionado con la privación de la libertad. Del mismo modo, se puede interponer una responsabilidad civil, que es la reclamación que se presenta ante un juez civil para obtener la reparación patrimonial del perjuicio, la cual se estima en dinero efectivo, del mismo modo se tiene el derecho de instaurar demanda ante disciplinario profesional desde el “derecho administrativo” disciplinario que regula el ejercicio de la medicina y determina, entre otros asuntos, los órganos de control y el régimen disciplinario sustancial y procedimental para establecer la responsabilidad por la infracción de las normas éticas de dicha profesión.

Referencias

Bernal, C. 2006. *Metodología de la investigación*, Pearson Prentice Hall. Colombia.

Caballero, A. 2012. “Medicina y Salud entre los Griegos”. Tomado de la Revista INMANENCIA del Cfr. GEORGE ROSE., Op. Cit., Pág.64.

Chacón, A. 2003. *Fundamentos de Responsabilidad Médica*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Enero 1.

Derecho Fundamentales / Sida / Instituto de Seguros Sociales. Expediente 2130.

Hospital Interzonal de Agudos - HIGA. Eva Perón, Volumen 3. N° 2 Julio - Diciembre 2012. ISSN: 2250-5423.

Díaz, A. (s.f.) *Medicina y Sociedad*. Recuperado de <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/OficinadelasNacionesUnidas/>

González, I. (s.f). *Sociología Médica o Sociología de la Salud*. Universidad de Cundinamarca.

La cirugía estética. Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=CHTdUWpHNDXX2mdNXaWx>

Ley 67 de 1935. Reglamenta el ejercicio de la profesión médica y cirugía. Art. 1.

Serrano Escobar, L. G. (2000). *Responsabilidad Médica*. Ediciones Doctrina y Ley.

Manrique, J. I. (2006). *División Científica SCARE FEPASDE. Demandas por complicaciones anestésicas en procedimientos de cirugía plástica*. N° 2 de 2006.

Morón Díaz, F. *Sentencia No. T-484/92. “Derecho a la salud / Derecho a la Vida / Ley 23 de 1981, Febrero 18. Normas en Materia de Ética Médica*.

Neumann, S. (s.f.) “*Offentliche Gesundheitspflege*”. Pág. 64., Citado por GEORGE ROSEN. *De la Policía Médica a la Medicina Social*. Siglo XXI Editores, S.A. de C.V. México D.F./ Siglo XXI Editores Argentina, S.A. Buenos Aires, Argentina.

Rosen, G. (2005). *De la Policía Médica a la Medicina Social*. Siglo XXI Editores, S.A. de C.V. México. D.F./SigloXXI Editores Argentina, S.A. Buenos Aires, Argentina. 2005. Págs.64-65.

Virchow, *Die Einheitsbestrebungen in der Wissenschaftlichen*. Citado por George Rosen. *De la Policía Médica a la Medicina Social*. Siglo XXI Editores, S.A. de C.V. México D.F./ Siglo XXI Editores Argentina, S.A. Buenos Aires, Argentina.

Ruiz, W. (2011). *La responsabilidad médica en Colombia*. Recuperado de revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article

LA TRANSMIGRACIÓN INTERNACIONAL EN MÉXICO Y SU NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA: A PROPÓSITO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Transmigration International in México and her new paradigm of justice: a purpose of the constitucionales

*Noé López Zúñiga

noe.lopez.zuniga@uabc.edu.mx

Universidad Autónoma de Baja California,

Tijuana, México

Resumen

El aumento de la inestabilidad social ha propuesto ajustes ineludibles, como lo es el rediseño de las políticas públicas en materia de justicia y democracia. En el caso de México, esto se ha evidenciado con la implementación de la Reforma del Estado, en particular con las reformas en materia de seguridad y justicia, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de junio de 2008, así como con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el D.O.F., del 10 de junio de 2011, y con la promulgación de nuevas leyes como la Ley de Migración del 25 de mayo de 2011, la nueva Ley de Amparo, la que entró en vigor el 3 de abril de 2013, y otras a nivel local. En este contexto, México se encuentra por lo menos teóricamente en coherencia con los ideales de libertad y justicia, e inaugura una nueva era en el tratamiento y regulación de la justicia en México, en particular con el tema de la migración transnacional. En primer término, porque el Estado mexicano adopta en el artículo primero constitucional, la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona; adiciona un tercer párrafo, donde les traslada la obligación a las autoridades de todos los niveles y ámbitos, tanto de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Palabras clave: justicia, democracia, derechos humanos, migración, inmigración, transmigrantes.

Abstract

The increased social instability inescapable proposed adjustments, such as the redesign of public policies on justice and democracy. In the case of Mexico, this has been demonstrated with the implementation of state reform, particularly reforms in security and justice, published in the Official Gazette on June 18, 2008, as well as constitutional reform on human rights, published in the Official Gazette of June 10, 2011, with the enactment of new laws such as the Immigration Act of May 25, 2011, the new Law on Protection Law, which came into force on April 3, 2013 and other locally. In this context, Mexico is at least theoretically consistent with the ideals of freedom and justice, and opens a new era in the treatment and control of justice in Mexico, particularly the issue of transnational migration. First, because the Mexican state takes in the first article of the Constitution, the interpretation clause as pro and top person, added a third paragraph, where the obligation transferred them to the authorities of all levels and areas, both to promote, respect, protect and fulfill human rights in accordance with the principles of universality, interdependence, indivisibility and escalation.

Keywords: justice, democracy, human rights, immigration, immigrants, transmigrants.

* Profesor-Investigador en la Facultad de Derecho Tijuana, de la Universidad Autónoma de Baja California (México). Magister en Derecho, Especialista en Derecho Procesal Constitucional, estudiante del Doctorado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - UBA. noe.lopez.zuniga@uabc.edu.mx, noelopezzuniga@hotmail.com

Introducción

En la actualidad, la sociedad ha registrado cambios sociales rápidos y muy extendidos, lo que ha provocado un aumento del ritmo de la inestabilidad social, y las transformaciones en la sociedad. Existe para ello la búsqueda de ajustes estructurales ineludibles que han de estar basados en una mayor y más profunda introspección y comprensión de la modernidad. Estos cambios afectan y transforman las relaciones sociales y las instituciones alineadas con el eje Norte - Sur y Este - Oeste, creando así oportunidades para el rediseño político que permita que las personas reclamen justicia y democracia, pero al mismo tiempo han promovido la polarización económica, la diferencia cultural y la dominación del poder militar en todo el mundo.

Ahora bien, al hablar de la búsqueda de la justicia, quienes más han luchado por ella son los migrantes y transmigrantes internacionales, a quienes se les ha negado todo acceso real a ésta, aunque en el discurso de los derechos humanos se sostenga que la búsqueda de la justicia es una parte fundamental, legítima e intrínseca de toda persona y por tanto constituye una característica vital de una variada gama de desarrollo sociolegal que abarca los riesgos ambientales, la crisis financiera, los motines políticos y las migraciones masivas.

En este contexto, las características del fenómeno migratorio global han hecho de México un lugar de origen, destino y tránsito obligado para migrantes de todo el mundo en ruta hacia Estado Unidos, considerando a este país como uno de los principales polos de atracción para la inmigración de carácter económico, legal o irregular. México es un país de expulsión y tránsito de migrantes. Los transmigrantes son principalmente centroamericanos que intentan llegar a los Estados Unidos, atravesando territorio mexicano.

Respecto a la migración irregular, es posible sustentar que desde los años noventa, las políticas públicas en esta materia han sido solo un paliativo, que lejos de solucionar tal fenómeno, han agravado considerablemente la violación sistemática de los derechos humanos de los transmigrantes que llegan a México en la búsqueda de una vida digna y en donde, paradójicamente, el posible encuentro con la muerte es sólo un obstáculo más que vencer en el anhelo de encontrar mejores condiciones de desarrollo, ya sea en dicho país o en el vecino del norte.

Quedó registrado que los avances en la regulación y tratamiento de la migración irregular, se da a partir de dos momentos fundamentales de la vida contemporánea: La

terminación de la guerra fría y los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. Ciertamente, a partir de estos dos acontecimientos, uno positivo y el otro negativo, la migración irregular, particularmente la transmigración que se da en las fronteras de México, ha tenido repercusiones de impacto mundial que ha determinado, en parte, el endurecimiento de las leyes de migración y una evidente política antiinmigrante de los Estados Unidos de América hacia el mundo, principalmente al de habla hispana, significándose así el cierre de occidente en sí mismo.

Es evidente que el fenómeno migratorio ha rebasado a las instituciones y, en particular en México, se ha visto la necesidad de generar un nuevo marco jurídico migratorio e impulsar nuevas acciones y políticas públicas que de aplicarse de forma correcta, darán un nuevo cauce a la migración ya que se podrán respetar los derechos humanos de todo migrante.

El Poder Legislativo y el Ejecutivo Federal, a fin de dar respuesta a la situación insostenible de violación sistemática de los derechos humanos de las personas migrantes, principalmente de los transmigrantes centroamericanos, aprobaron diversas reformas legales y constitucionales que impactarán el tratamiento y regulación de este fenómeno en México. Estos cambios son: la derogación y reformas a diversas disposiciones de la Ley General de Población, y a través de las cuales se despenaliza la migración irregular. La promulgación de la nueva Ley de Migración y su reglamento, la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la entrada en vigor en distintos estados de la república del nuevo sistema de justicia penal, en el que se incorpora el sistema acusatorio-adversarial, con características de oralidad, y la mediación penal; finalmente, con la nueva Ley de Amparo de 2013, de aplicarse correctamente, se da inicio al nuevo paradigma de justicia para la migración en México.

Este trabajo comprende una revisión de la reforma constitucional y legal en materia de derechos humanos y pretende realizar un análisis respecto al alcance de la misma, su impacto en el tratamiento de la migración, y transmigración en México.

El nuevo sistema jurídico mexicano y su impacto en el nuevo orden nacional

Los sistemas jurídicos son un referente importante para medir los avances y el desarrollo de las naciones, además

de que han sido utilizados para relacionar los aspectos que impactan en la consolidación de los regímenes democráticos de los países occidentales, principalmente los de América Latina, los cuales, después de la Segunda Guerra Mundial, se encuentran en constante ajuste social, económico y político. Se señala también, por ejemplo, que la calidad de la democracia se mide con la efectiva aplicabilidad de los sistemas jurídicos, precisamente a través de las formas como se accede a la justicia.

El Estado mexicano, convencido de que se requieren nuevas instituciones jurídicas que den coherencia a los ideales de libertad y justicia, y ante la necesidad urgente de su acatamiento, pero también promover el acceso a estos principios, ha diseñado un sistema *ad-hoc* a la corriente de los derechos humanos y ha implementado diversas reformas y adiciones constitucionales en materia de seguridad y justicia, las cuales fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el día 18 de junio de 2008; así mismo a nivel local, se reformó el artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, se promulgó el Nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, se reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California, y se implementó la Justicia Alternativa.

Esta formalmente entró en vigor con la Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California, publicada en el Periódico Oficial número 43 del 19 de octubre de 2007; con todos estos avances legislativos dio inicio al nuevo esquema y paradigma de justicia, es decir el nuevo sistema de justicia penal, que busca la transparencia efectiva y eficaz de cara a la sociedad. Posteriormente, a tres años de distancia de aquella reforma (2008), se sostuvo la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el D.O.F., del 10 de junio de 2011, y se han creado nuevas leyes, como la Ley de Migración, publicada el 25 de mayo de 2011 y recientemente la nueva Ley de Amparo, publicada en abril de (2013). Con todas estas reformas e instrumentos, se inicia una nueva era en la regulación de la justicia en México y particularmente en el tratamiento de la migración irregular, en que es posible encontrar a los transmigrantes internacionales.

Lo anterior, porque el Estado mexicano adopta en su constitución la cláusula de interpretación conforme y el principio *pro-persona*, adiciona un tercer párrafo, donde les traslada la obligación a las autoridades de todos los niveles y ámbitos, tanto de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad

con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Además, porque se le adiciona un segundo párrafo al artículo 11 de la Constitución, en el que queda protegido como un derecho fundamental, el asilo por persecución y el refugio por causas humanitarias, y por último, con la reforma al artículo 33 constitucional se reconoce el derecho de previa audiencia que tiene todo extranjero en caso de ser sujeto de expulsión del territorio; garantía de audiencia que se deberá llevar a cabo mediante un proceso administrativo, en el que además se le fijará un término y un lugar para ello.

Es importante destacar que con todas estas reformas, la figura jurídica de asilado o refugiado ya no únicamente por cuestiones políticas o religiosas, sino por las miserables y reprobables condiciones económicas en las que se ven obligados a sobrevivir en sus países de origen, provocarán en México un gran debate constitucional que ocupará los tribunales durante la próxima década, y en el que debido a sus interpretaciones, se construirá un paradigma de justicia para todos.

Pérez Johnson (2012) sostiene que esta reforma transformó el orden jurídico, lo que representó un choque de dos planetas en sentido metafórico, pues en medio de la explosión provocada por esa colisión, mientras los pedazos seguían volando, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas consultas, definía cómo debe funcionar el sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad y si se debe abandonar el control concentrado por un control difuso, entre otros puntos relacionados con la reforma constitucional.

En efecto, con la reforma en materia de derechos humanos, específicamente con la adición del tercer párrafo al artículo 1º constitucional, y en el que ahora se establece que “todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”, surge así el control difuso de la constitución, es decir, “todos los jueces del sistema judicial mexicano, sean estatales o federales, son la primera instancia de defensa de la constitución y de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos”; lo que implica grandes interrogantes como: *¿Qué están haciendo los estados y las autoridades a nivel local, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, para dar cumplimiento a esta obligación constitucional? México, un país fronterizo y considerado de migrantes ¿está haciendo algo desde el poder, para proteger y*

garantizar los derechos humanos de las personas migrantes y transmigrantes?

Las reformas en materia de justicia son consideradas como un punto de quiebre para los sistemas de seguridad pública, penitenciario, impartición y administración de justicia. Algunos estados de la república, como el estado de Baja California, adelantados a estos cambios, entendieron que en sus sistemas de gobiernos locales, fortalecer la administración de justicia es prioritario y estratégico y, por tanto, valorar la implementación de nuevos mecanismos que garanticen plenamente el acceso a la justicia es fundamental.

Por consiguiente, de este entendimiento político, se reformaron y adaptaron las constituciones locales y después el sistema de justicia a una nueva ideología, albergando así, técnicas, formas, herramientas y subsistemas de justicia que se han de desarrollar en los próximos años, con el objetivo de brindar a sus gobernados una justicia de calidad y acorde al orden jurídico nacional, en el que el poder judicial ha de ser el protagonista, pues es evidente que en este siglo XXI, el ejercicio del poder público ha sido encomendado al poder judicial para lograr el equilibrio, la justicia y la paz en la sociedad, con la condición que será la aplicación e interpretación irrestricta de los derechos humanos, la política rectora del objetivo planteado, lo que significa el reposicionamiento del poder ante la sociedad.

En lo particular, México reformó el artículo 7 de la Constitución Local, promulgó el Nuevo Código de Procedimientos Penales para el estado de Baja California, reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California, implementó la Justicia Alternativa, la cual, formalmente entró en vigor con la Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California, publicada en el Periódico Oficial número 43 del 19 de octubre de 2007.

Con todos estos avances legislativos se inició con el nuevo esquema y paradigma de justicia en Baja California: el Nuevo Sistema de Justicia Penal, que busca una justicia más transparente, efectiva, y eficaz de cara a la sociedad en el que se deberá dar cumplimiento al anhelo de los bajacalifornianos: la paz.

Sin embargo, para que esto se logre realmente, se requiere de un cambio profundo en la forma de procurar y administrar la justicia, redimensionar estructural y funcionalmente las instituciones que operan este sistema,

un cambio histórico y cultural que permita romper con el modelo tradicional. También es preciso evaluar y monitorear el nuevo sistema en la búsqueda de su perfeccionamiento.

El 11 de agosto de 2010, este modelo de justicia entró en vigor en la ciudad de Mexicali, B.C., por tanto, a la fecha arroja una experiencia de tres años. A partir del 11 de agosto de 2014, entrará en vigor en Ensenada, B.C., y posteriormente, el 11 de agosto de 2015 en Tijuana, Tecate y Playas de Rosarito de Baja California.

Hoy, los poderes públicos se encuentran trabajando conjuntamente en la búsqueda de consensos necesarios para avanzar sistemáticamente en una mejora continua en la materia jurídica de este nuevo modelo, que habrá de procurar y administrar la justicia en la región con nuevas exigencias y altas expectativas, en el que deberán beneficiarse los más desprotegidos, que son los migrantes y transmigrantes que llegan a Baja California, lugar transfronterizo con el estado de California, Estados Unidos de América.

Con este nuevo sistema se trata de impulsar el desarrollo de una sociedad más igualitaria, responsable, equitativa, justa, tolerante, solidaria y consciente de la necesidad de perdonar y resolver los conflictos que surgen o se presentan en ella de una manera diferente pero justa, segura y rápida.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la regulación y tratamiento de la migración en México

La defensa de los derechos humanos es hoy una vía más para luchar contra los efectos de los esquemas de desigualdad social, evidentes en todos los planos de la vida y los grupos sociales más afectados en pleno ejercicio de sus derechos, son aquellos cuya vulnerabilidad es mayor, precisamente por su posición más desventajosa en la escala social; o bien, porque sufren por su exposición cotidiana a algún tipo de discriminación y exclusión del orden político, económico, étnico e inclusive legal, como lo que les acontece a los migrantes y transmigrantes irregulares en México.

Como consecuencia de esa defensa de los derechos humanos, se traslada al plano del derecho constitucional el paradigma que representa el alcance y efectiva aplicabilidad

de los derechos de los migrantes internacionales en territorio nacional, tales como la igualdad, libertad, y seguridad. En este orden de ideas, las reformas constitucionales en materia de derechos humanos representarán uno de los avances más importantes para la democracia en México, pues se modificaron once artículos constitucionales (1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105) que son los pilares del sistema de protección de los derechos humanos. Esta reforma es la más importante en la historia de México contemporáneo, a través de la cual nació un nuevo paradigma de justicia para todos y con el que se inauguró la era del neoconstitucionalismo mexicano.

Con esta reforma, sostiene la Ministra Sánchez Cordero (2013), se dio un cambio radical en el tradicional paradigma de tutela de los derechos inherentes a la persona, situando a México a la par de los países que enfocan su atención y esfuerzos en la protección y defensa de los derechos humanos a través de mecanismos de vanguardia.

Para fines de este trabajo, solo se abordarán tres artículos de los once reformados: (1º, 11º, y 33), los cuales resultan ser de gran interés y trascendencia para la migración internacional y en particular para los transmigrantes.

Con la incorporación constitucional de la cláusula de interpretación conforme y el principio *pro-persona*, México hace un reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos y garantiza que esto será aplicable a casos concretos, lo que por supuesto, beneficiará considerablemente a las personas migrantes que soliciten refugio o asilo. Por otra parte, la adición de un segundo párrafo al artículo 11 de la Constitución, en el que queda protegido como un derecho fundamental, el asilo por persecución, y el refugio por causas humanitarias, México constitucionaliza estos dos derechos de carácter internacional y por último, con la reforma al artículo 33 constitucional en el que se reconoce el derecho de previa audiencia que tiene todo extranjero en caso de ser sujeto de expulsión del territorio; garantía de audiencia que se deberá llevar a cabo mediante un proceso administrativo, en el que además se le fijará un término y un lugar para ello.

Es importante destacar que con todas estas reformas, la figura jurídica de asilado o refugiado ya no únicamente por cuestiones políticas o religiosas, sino por las miserables y reprobables condiciones económicas en las que se ven obligados a sobrevivir en sus países de origen, provocaran en México un gran debate constitucional que tendrá ocupados los tribunales durante la próxima década, y en el que, debido a sus interpretaciones jurisprudenciales, se

iniciará con un nuevo esquema interpretativo del derecho a migrar en la búsqueda de mejores oportunidades de vida.

En esta materia, es importante señalar que sobre el derecho a migrar, la mayoría de las constituciones han callado o son muy reticentes. Al respecto, dice Ernanno Vitale (2010):

que esto se puede entender bien por qué todas las leyes ordinarias y los reglamentos en materia de inmigración se han convertido, poco a poco, más restrictivos en los países del llamado primer mundo (al agravarse el problema migratorio); pero no solo en estos últimos a menudo suele olvidarse que el fenómeno migratorio concierne también desplazamiento entre países pobres o en vías de desarrollo (p. 56).

En tal sentido, se tiene la migración y transmigración en la frontera sur de México, la cual, en sus inicios, se manifestó ante la demanda de mano de obra que tenía la industria cafetalera del estado de Chiapas, fenómeno que pudo detectarse desde fines del siglo XIX (1880), para llevar a cabo su proceso productivo ante una demanda mundial creciente de dicho producto (Santiago, 2010); así, consecuentemente, se desencadenó una actividad económica impulsada por la producción de café para mercados nacionales e internacionales, lo que provocó el crecimiento económico de regiones productoras, con implicaciones para los movimientos migratorios tanto de nacionales como de internacionales, prioritariamente centroamericanos.

Con el correr del tiempo, la migración centroamericana hacia México ha incluido a prácticamente todos los países de la región centroamericana con excepción hasta ahora de Costa Rica y Panamá, y el destino se ha diversificado, tanto en lo que respecta a sectores económicos, como a regiones de destino. Actualmente se estima que ingresan a México alrededor de 50 mil jornaleros agrícolas, a quienes se les autoriza su entrada al país y su condición de trabajadores mediante la expedición de la forma migratoria de visitante agrícola (Gebara, 2012, p. 280). Sin embargo, existe otra gran cantidad de migrantes centroamericanos indocumentados, considerados transmigrantes, cuyo objetivo central es llegar a los Estados Unidos, pero que su trayecto necesariamente incluye México como país de tránsito y en el que se ha detectado una constante y sistemática violación a sus derechos humanos, tanto de la autoridad como de grupos delictivos. Han existido

casos de centroamericanos secuestrados y asesinados por bandas de la delincuencia organizada, que operan en el sureste de la república mexicana.

Las nuevas disposiciones legales aplicables a la migración y transmigración irregular

Con las reformas legales, tiene México con el extranjero que se interne de forma irregular entrar al territorio nacional o sea que incumpla los requisitos a que se refieren los artículos 41, 42, 62 de la LGP deberá respetar sus derechos y para ello será llevado al Instituto Nacional de Migración que, a través del Secretario, Subsecretario o Comisionado, procederá con fundamento en el artículo 144 de la nueva Ley de Migración a deportar del territorio nacional a quienes no tengan la documentación requerida.

Para ello, hay que entender que la sanción de deportación es una medida administrativa, la cual ordena la salida del territorio nacional de un extranjero y se determina el período durante el cual no podrá reingresar al mismo.

El marco normativo que se mantenía antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Migración era, además de parco, inhumano pues establecía sanciones pecuniarias de entre veinte a cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal aplicables a extranjeros irregulares y que obviamente por su condición precaria estaban imposibilitados a cumplirlas. A la fecha, dichas sanciones pecuniarias han desaparecido, por tanto las multas ya no son materia de sanción para los extranjeros irregulares, pero sí su deportación sin juicio ante autoridad distinta del que lo aseguró.

Por otro lado, el también derogado artículo 125 de la LGP, explicaba que el extranjero que incurriera en las hipótesis previstas en los artículos 115, 116, 117, 118 y 138, sería expulsado o repatriado a su país de origen si existiese convenio con este último, sin perjuicio de que se le aplicaran las penas previstas en dichos preceptos. Ahora, la nueva ley migratoria señala la deportación sin sanción pecuniaria, y solo se puede dar en los casos previstos en el artículo 144, de la Ley de Migración. Cabe señalarse además que para garantizar la protección de los derechos humanos, se deroga el tipo penal previsto en el artículo 156 del Código Penal Federal, que establecía pena de uno a dos años de prisión a los extranjeros expulsados del país y que regresen nuevamente.

La criminalización de los migrantes irregulares no solo era una de las principales causales de las conductas de arbitrariedad: también la delincuencia común y organizada la capitalizaba en su favor, pues todos aquellos que abusan de los migrantes o cometen delitos en su perjuicio están conscientes de que los migrantes no tienen un acceso real a la justicia.

Así, durante muchos años, la penalización de la migración irregular, permitió una serie de actos coaligados entre la autoridad y la delincuencia organizada que dio como resultado un círculo vicioso entre el abuso de autoridad y el temor, miedo y desconfianza de los migrantes irregulares. Dichas conductas aunadas con el silencio y la impunidad, se repitieron una y otra vez durante más de tres décadas; lo que constituyó violaciones a los derechos humanos de miles de migrantes irregulares, principalmente del centro y el sur de América. A esta situación hay que abonarle la contribución del sentido de un marco legal migratorio injusto, confeccionado para albergar conductas aún más graves, tales como la agresión, el asalto, el robo, la extorsión, la humillación, la violación sexual, el secuestro y la trata de migrantes. Ese era el penoso escenario existente entre los migrantes irregulares y las instituciones, en el sentido de considerar a la migración irregular como un crimen.

Interpretación de la reforma al artículo 1º constitucional

El artículo 1º de la Constitución establece el principio de igualdad, al decir en su texto original lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y las condiciones que ella misma establece”.

Ahora, este principio ha sido ampliado y robustecido con la cláusula de *interpretación conforme* al describir, lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Por otro lado, se adicionan dos párrafos más; el primero aborda lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta

Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

*Y el segundo párrafo adicionado dice:
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger, y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad. En consecuencia el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar, y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

Esto significa que, en primer término, la Constitución ya no “otorga” sino “reconoce” que toda persona “goza” de los derechos humanos y de los mecanismos para su protección, es decir, de las garantías para su libre ejercicio. Así mismo, el constituyente permanente ha añadido la *cláusula de interpretación conforme*, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Lo que implica, según Carbonell (2011a), la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrada no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano. Significa, en otras palabras, la apertura al derecho internacional de los derechos humanos al orden jurídico nacional.

Por otro lado, con la adición del segundo párrafo, se incorpora al sistema de derecho el principio *pro-persona*, utilizado en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de las cortes internacionales encargadas de su protección y tutela. Este principio, dice Carbonell (2011b), supone que:

Cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

En otras palabras, con esta reforma doctrinalmente se formaliza la era del neoconstitucionalismo mexicano, que significa ya no solo el reconocimiento de los derechos humanos, sino ahora se implica el fortalecimiento de las garantías que hacen efectivos a estos derechos. Esto

implícitamente es el reconocimiento amplio de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, en esta materia.

En efecto, con esta reforma la soberanía mexicana reconoce a normas internacionales en materia de derechos humanos que, en conjunto con las otorgadas por el derecho interno, forman un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

Al respecto, merece la pena decir que el 12 de marzo de 2012, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo un gran debate en el que se discutió la jerarquía de los tratados internacionales, a través de las cuales se pretendió resolver una contradicción de tesis entre tribunales colegiados. De este debate jurisdiccional sobresalen cinco razonamientos que señalan la posición que tienen los tratados internacionales respecto la constitución y el alcance que se le debe dar a los derechos humanos.

El ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea manifestó que, conforme a la reforma al artículo primero constitucional, los tratados internacionales en materia de derechos humanos están ubicados en el mismo nivel que la constitución. Ahora, “no hay en la Constitución una idea de que primero tengamos que analizar la Constitución y después analizar los Tratados, sino que este bloque o esta masa de derechos, se deben interpretar conjuntamente, armónicamente”. Además terminó sosteniendo que:

Una vez que los tratados son incorporados al orden Constitucional cuando se trata de derechos humanos, no compiten en un grado de jerarquía sino que nos obliga por mandato de la propia Constitución a interpretar armónicamente siempre en beneficio de la persona.

Por su parte, el Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, estableció que: “Si hay una cúspide dentro de la esta pirámide de jerarquía normativa que es la Constitución.”

El ministro Sergio Valls Hernández señaló: “No se relacionan entre sí en términos de jerarquía, sino que configuran un conjunto normativo de rango constitucional”. La ministra Olga Sánchez Cordero sostuvo que “la propia norma fundamental prevé el principio *pro-persona*. Por esto estoy de acuerdo con el proyecto que implica la aplicación más favorable a la persona en sus derechos”.

El ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, discutió que: “Todo ese conjunto de derechos, tanto constitucionales

como convencionales, que ahora todos están a nivel constitucional, por disposición propia del artículo 1º, están sujetos a las restricciones que marca la constitución”.

Al respecto, se debe entender que a la luz de la interpretación jurisdiccional tradicional, la jerarquía de la norma es primordial a la hora de resolver conflictos de normas. Sin embargo, ahora a partir de esta reforma, existe una ausencia de directrices claras con respecto a todos aquellos derechos humanos que no estén previstos en la propia constitución. Por tanto, a criterio de muchos juristas, deberá decidirse a favor de la norma jerárquicamente superior en esta materia; estos es, las normas de derechos humanos de fuente internacional que más beneficien a la persona. Al respecto, Tinoco (2011) señala que en México “se da un paso definitivo a favor de los derechos humanos de fuente internacional, al situarlos más allá del carácter infraconstitucional y supralegal reconocido judicialmente en la actualidad” (p.45).

Entonces, a partir de la adición del tercer párrafo al artículo 1º de la Constitución, el Estado mexicano estará obligado a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

Es decir, esta adhesión implica deberes constitucionales a cargo de las autoridades. Al respecto, señala Carbonell (2011c), se puede afirmar que:

las autoridades de todos los niveles de gobierno ahora también tienen la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho (...) [representa en palabras de este autor] “obligaciones a cargo de todas las autoridades del Estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos (p. 68).

Sobre este particular, el 24 de agosto de 2011, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en revisión del amparo 531/2011, promovido por: Mie Nillu Mazateco, A.C., y siendo ponente la ministra Olga Sánchez Cordero, emitió con cinco votos a favor, la tesis 1a. XVIII/2012 (9a.), que a la letra dice:

Derechos humanos, obligaciones constitucionales de las autoridades en la materia

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la

Federación el 10 de junio de 2011, vigente a partir del día siguiente de su publicación, se reformó y adicionó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer diversas obligaciones a las autoridades, entre ellas, que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir, que los derechos humanos son los reconocidos por la Ley Fundamental y los tratados internacionales suscritos por México, y que la interpretación de aquella y de las disposiciones de derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales y en las leyes, siempre debe ser en las mejores condiciones para las personas.

Asimismo, del párrafo tercero de dicho precepto destaca que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que, en consecuencia, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley, lo cual conlleva a que las autoridades actúen atendiendo a todas las personas por igual, con una visión interdependiente, ya que el ejercicio de un derecho humano implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos vinculados, los cuales no podrán dividirse, y todo habrá de ser de manera progresiva, prohibiendo cualquier retroceso en los medios establecidos para el ejercicio, tutela, reparación y efectividad de aquéllos.

Bajo este contexto, la pregunta obligada es: *¿Qué están haciendo las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de las clases vulnerables, como lo pueden ser los migrantes irregulares que transitan por territorio mexicano?* Debe entenderse que los derechos humanos generan obligaciones para las autoridades de todos los niveles de gobierno, lo que implica necesariamente observar y acatar lo que en cada caso señala la Carta Magna y los tratados internacionales en materia de derechos humanos y en especial el derecho humano de migrar, el derecho humano de libre tránsito.

Bajo esta reforma, se debe garantizar a los migrantes y sus familias (clase altamente vulnerable), una mayor seguridad (resguardo de la integridad personal), un verdadero acceso a la justicia y a otros derechos y libertades, que se consideran básicos para el desarrollo de una vida digna, tales como el derecho a la educación, a la salud, a la justicia, al trabajo y a tener una identidad (es decir el reconocimiento jurídico, como persona). El problema del garantismo que plantea

Luigi Ferrajoli quedaría superado, por lo menos en materia de derechos humanos de los migrantes, cuando estos tengan una ley protectora que les asegure el libre movimiento, pues como dice este autor, el problema de los derechos humanos o fundamentales no es que estén o no estén en un documento, sino hacer que sean efectivos, es decir, que sean de fácil acceso, que existan medios o mecanismos para hacerlos valer.

Razonadamente, Ferrajoli (2007a), propone: los derechos fundamentales establecidos por las constituciones y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos (p. 77).

Algunos instrumentos de derecho internacional sobre derechos humanos relacionados con los migrantes de los que México es parte

Existe un considerable número de convenciones y tratados internacionales que consagran derechos humanos para los migrantes y que a partir de la reforma al artículo primero constitucional, el Estado mexicano está obligado a respetarlos y aplicarlos, pues es necesario que cuando exista conflicto en relación a los derechos humanos de cualquier persona, los tratados internacionales en esta materia deben ubicarse a nivel de la constitución, es decir, pasan a formar parte del derecho interno y nadie puede desconocerlos.

1. La Declaración Universal sobre Derechos Humanos.
2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
3. Convención Americana sobre los Derechos Humanos – Pacto de San José.
4. La Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.
5. La Convención Internacional sobre los derechos Económicos, Sociales y Culturales.
6. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial
7. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
8. La Convención en contra de la tortura y otros tratos

crueles, inhumanos o degradantes.

9. La convención sobre los Derechos de los Menores
10. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los migrantes trabajadores y miembros de sus familias.

En estos documentos se detallan y se ofrecen mecanismos para implementar los derechos humanos a favor de todos, sin importar nacionalidad alguna, así como promover su cumplimiento. Este vínculo jurídico le implica al Estado mexicano, respetar un núcleo mínimo de derechos, como lo son: El derecho a la vida; el derecho a la justicia; el derecho de audiencia por tribunal independiente e imparcial; el derecho de nacionalidad; el derecho de reunión y asociación; el derecho a la propiedad; el derecho de asilo; el derecho de protección contra la detención arbitraria; el derecho a la autodeterminación; el derecho a un tratamiento humano como detenido; el derecho a la igualdad ante la ley; el derecho a la no discriminación; el derecho a dejar a un país y retornar al propio país; el derecho al respeto a la vida privada y familiar, a un hogar y correspondencia; el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; el derecho de protección a la maternidad y a la infancia; el derecho de residencia y tránsito; el derecho a la preservación de la salud y al bienestar; el derecho a la educación; el derecho a los beneficios de la cultura; el derecho a la seguridad social; el derecho a la libertad de expresión; principio de no devolución; libertad y seguridad; prohibición en contra de medidas penales retroactivas; prohibición del genocidio, prohibición de la esclavitud, prohibición en contra de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; prohibición en contra de la detención arbitraria prolongada; prohibición en contra de discriminación racial sistemática.

Cabe mencionar que existen muchos otros instrumentos regionales sobre derechos humanos que ofrecen garantías similares, y aplican a todas las personas dentro de la jurisdicción de las partes contratantes.

Interpretación de la reforma al artículo 11º constitucional

Por otro lado, en cuanto al derecho de libre tránsito y residencia prevista en artículo 11 de la Constitución General, merece la pena decir que el primer párrafo cambió el término “*Todo hombre*” por el de “*Toda persona*” y además se le adicionó un segundo párrafo, a través del cual se constitucionaliza el derecho a solicitar asilo por persecución, y refugio por causas humanitarias.

Ahora el nuevo texto del artículo 11 dice lo siguiente:

Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

En el caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.

A través de esta adición, las figuras del refugio y asilo son un derecho fundamental y por tanto se amplía la solidaridad internacional que históricamente México ha tenido hacia las personas que vienen huyendo de su lugar de origen ante las violaciones constantes de sus derechos, y para quienes deben estar abiertas las puertas del país.

Es evidente que, a través de esta reforma, México avanza y cumple por lo menos en teoría con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

Sin embargo, la reforma se quedó corta, ya que el libre tránsito y residencia previsto en el primer párrafo de este artículo como un derecho fundamental sigue manteniendo restricciones para los extranjeros, haciendo uso del término ciudadanía, que implica una restricción discriminatoria y, por tanto, contraria a la corriente de los derechos humanos. Mucho menos, la reforma planteó un mecanismo para garantizar el libre movimiento de personas, sino todo lo contrario, por cuestiones de policía, en todo el territorio nacional existen restricciones.

La reforma legal, en teoría, impone un cambio en la forma de ver y tratar al fenómeno migratorio regular o irregular; sin embargo, la verdadera dignificación de los migrantes y como consecuencia el respeto de sus derechos humanos y por extensión, el posible acceso a mejores condiciones de vida, no se encuentran aún garantizados, considerando que la dignificación de la vida del migrante ya no debe ser una cuestión utópica, sino una cuestión de conciencia jurídica que implica analizar la migración

como una cuestión intrínseca a la naturaleza humana; y como consecuencia de ello, se impone a la migración internacional que busca una vida digna, un tipo de asilo o refugio económico, como el que el constituyente permanente previo en esta adición constitucional, en el sentido de regular el refugio por cuestiones humanitarias, situación compatible con la universalidad de los derechos humanos. Esto tal vez, implique realizar lo siguiente:

Los países democráticos tendrían que poner en marcha de inmediato políticas generosas de asilo, compatibles con el discurso sobre la universalidad de los derechos humanos. Para ello debería contemplarse dentro del régimen constitucional del asilo (y del estatus de los extranjeros en general) la posibilidad de considerar como asilados a personas que salgan de sus países por motivos simplemente humanitarios; es decir, no por persecuciones políticas o religiosas, sino por las miserables condiciones económicas en las que se encuentran obligados a sobrevivir en sus naciones de origen, por la negación, en suma de los derechos sociales, económicos y culturales (Carbonell, 2005a, p. 31).

Y esto debe ser así, en virtud de que la migración irregular y todas las consecuencias inherentes a este fenómeno, representan uno de los problemas más graves de la humanidad. Consecuentemente, a los estados y las ciudades de los países receptores de migrantes, como el caso de Baja California, se le traslada en términos del tercer párrafo del artículo primero constitucional, la obligación de aplicar políticas migratorias benevolentes acorde a lo que ahora señala la constitución y las cartas internacionales de los derechos que han añadido, además de los clásicos derechos y libertades, una serie de derechos humanos positivos –no solo a la vida y a la libertad, sino también a la supervivencia y a la subsistencia– desgajándolos de la ciudadanía y haciendo también de su goce la base de la moderna igualdad en derecho y de la dignidad de la persona.

Por ello, no existe razón alguna para que estos presupuestos no se extiendan asimismo a las violaciones más graves de tales derechos, es decir, a los refugiados económicos (Ferrajoli, 2001b, p. 44).

Así, con las recientes reformas, a México se le traslada la obligación de entender que el derecho y las políticas públicas en materia migratoria deben ser modificados para que estén al alcance de todos, en particular de los migrantes irregulares por cuestiones de hambre o miseria.

En primer lugar porque sería ocioso y poco progresivo para la humanidad, seguir desconociendo el derecho de migrar en búsqueda de un bienestar¹, y en segundo, porque es comúnmente aceptado que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido extremadamente silenciosa sobre la cuestión de la migración internacional.

Al respecto, Sutcliffe (2001) ha denunciado que la Declaración Universal de los Derechos Humanos contiene el derecho de ciudadanía de algún país, de libertad de movimiento en el territorio nacional del país de ciudadanía, y de salir libremente de ese país; que además hay un derecho de asilo en otro país en caso de estar en peligro de persecución o muerte en un país de ciudadanía, pero no hay una palabra sobre la entrada en otros países cuando no se trata de persecución política; existe el derecho a salir, pero no a entrar y nunca habla de las migraciones por causa de hambre o pobreza extrema.

Este silencio equivale al derecho de cada país a regular la entrada de extranjeros como mejor le convenga. Es decir; en el mundo actual la inmigración es una cuestión sobre la cual no existe ninguna guía ideológica compartida; salvo sobre la cuestión de asilo (no económica o de subsistencia), ninguna política de inmigración existe para los desplazados por motivos de hambre, esto es pobreza extrema y esto puede ser violatorio de derechos reconocidos. Aunado a que han prevalecido en tiempos recientes, restricciones más severas contra los migrantes, leyes más restrictivas y prácticas de xenofobia más contundentes.

La consecuencia de todo lo anterior, dice Ferrajoli (2001c), es un cierre de occidente sobre sí mismo que lleva consigo el riesgo de provocar no solo la quiebra del diseño universalista de la ONU, sino también una involución de nuestras democracias y la formación de una nueva identidad como identidad regresiva, compactada por la aversión hacia el diverso, en vista de que:

Existe un nexo profundo entre democracia e igualdad y, a la inversa, entre desigualdad en los derechos y racismo, esto último en virtud de que, la mayor parte de las campañas al uso sobre la igualdad y la diferencia vienen animadas desde las

¹ El término bienestar, es utilizado para efectos de este ensayo, como sinónimo de felicidad, analizado este concepto bajo la óptica de la ética, y donde la filosofía aristotélica la definió como: "la actualización de las potenciales humanas, la realización y el ejercicio de las facultades y demás capacidades del hombre".

mismas instancias institucionales que al mismo tiempo practican o posibilitan las manifestaciones de racismo y xenofobia más preocupantes, los que refuerzan los mecanismos de exclusión y el paradigma de una ciudadanía que, en lugar de inclusiva es excluyente (De Lucas, 2001, p. 73).

La solución, tal vez lejana pero válida, a todo esto, la señala Carbonell (2005b) al decir que:

Lo que realmente hace falta es que el Estado deje de determinar a los sujetos titulares de derechos con base en la noción de la ciudadanía y que se transforme para asumir en esta era de la globalización un papel diferente al que ha tenido desde su nacimiento (p. 26).

Esto es así, porque las constituciones nacionales no afrontan, o afrontan sólo en perspectiva nacional, el problema de la ciudadanía y del derecho a migrar, pero es necesario ampliar la mirada a las cartas internacionales o supranacionales de derechos, a fin de que el transmigrante, el que busca una vida digna fuera de su lugar de origen, tenga garantizado el libre tránsito, el circular libremente para elegir su residencia en territorio de un Estado, donde se sienta seguro y donde se pueda desarrollar integralmente.

Hay que recordar, dice Vitale (2010), que:

el derecho a migrar surge como la extensión máxima y más coherente del derecho a la libre circulación, entendiéndolo como derecho de la persona y no del ciudadano: es por lo tanto un derecho de primera generación, seguido (en hipotética graduación axiológica) solo por el derecho a la vida, al cual está estrechamente vinculado cuando lo entendemos como vida digna de ser vivida y no como simple supervivencia, es pues la expresión máxima de la libertad persona, que tiene la posibilidad de elegir el lugar en el que se quiere vivir, y eso representa la primera condición para buscar la felicidad (p. 64).

Interpretación de la reforma al artículo 33 constitucional

Para terminar con la descripción de las reformas, citaremos al artículo 33 de la Constitución General, en el que se establece en una primera parte, la definición

de las personas que tienen la calidad de extranjeros; en una segunda parte, se establece la facultad que tiene el Presidente de la República para expulsar del país a extranjeros, y por último, la prohibición que tienen los extranjeros de involucrarse en los asuntos políticos del país.

Antes de las reformas, toda aquella persona que no tuviese la calidad de nacional y que el Presidente de la República considerara inconveniente, podía ser expulsada del territorio nacional, sin juicio previo; esto es, sin que se le respetara la garantía de audiencia y además, lo podía realizar de forma inmediata. Es evidente que esta disposición era totalmente arbitraria e injusta, y por tanto colisionaba con los derechos humanos de época.

Gracias a la adición del segundo párrafo al artículo 33, no sólo se reconoce el derecho que tiene el extranjero de la previa audiencia en caso de expulsión, la cual se llevará a cabo mediante un proceso administrativo que se regulará exclusivamente a través de la ley, sino que la misma ley deberá fijar el plazo y el lugar donde el extranjero que será objeto de expulsión, estará a disposición de la autoridad migratoria; ya que el constituyente se refiere como ley a la nueva Ley de Migración, en la que se prevé un término al que se deberá sujetar la autoridad migratoria para deportar o expulsar del país aquel extranjero que no cumpla con algunos requisitos legales o que se considere inconveniente para el estado.

El texto del artículo 33 señala que son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozará de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.

El ejercicio de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.

Es indiscutible que cada Estado tiene la facultad soberana de emitir leyes y reglamentos en materia migratoria y, por ello, la facultad de establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, las leyes en materia migratoria siempre deben ser compatibles con las obligaciones internacionales relacionadas con los derechos humanos, pues son parte del ideal Estado de derecho.

Al respecto, Sepúlveda (2011) asevera que esta adición aún:

No cumple con los estándares de derechos humanos ni del Estado de derecho, ya que no se trata de una garantía de audiencia frente a un juez imparcial, sino de un procedimiento administrativo frente a la misma autoridad administrativa, lo que no garantiza una verdadera protección (p. 206).

Unificando criterios con este autor, es claro que las leyes migratorias no establecen que el migrante irregular con fines de expulsión tenga acceso a un tribunal independiente e imparcial, lo que representa violaciones a sus derechos humanos, en específico a lo previsto en el artículo décimo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dice: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Por tanto, la LGP y su reglamento, la Ley de Migración y su reglamento, así como todas aquellas normas que surjan para proteger la vida de los migrantes, a efecto de que se encuentren en armonía con el orden que exige el Estado de derecho contemporáneo, deben en todo momento garantizar condiciones legales dignas. Es decir, derechos y procedimientos que garanticen entre otras cosas: un procedimiento justo (un debido proceso) y en su caso, el acceso a tribunales imparciales, en el que exista a su servicio un representante legal (gratuito); un intérprete del idioma español y una verdadera protección consular. Deben existir estancias migratorias salubres y acondicionadas para el aseguramiento de extranjeros con fines de expulsión o deportación. Así, las autoridades migratorias, deben siempre respetar el término legal a través del cual mantendrán al extranjero en un estado cautivo, para los fines de su expulsión o deportación del territorio nacional.

Conclusiones

Como cierre, conviene señalar que de los ajustes estructurales ineludibles, surge en México un nuevo modelo de justicia constitucional y legal, en el que se pondera ante todo la dignidad de la persona. Ha nacido para México el neoconstitucionalismo, que garantiza la efectiva aplicación de los derechos fundamentales con la posibilidad que de interpretarse correctamente a través

de jurisprudencias, se sustentará un orden jurídico al alcance de todos, es decir, las garantías relacionadas con la igualdad y seguridad jurídica que se encuentran dogmáticamente previstas en la constitución y en el derecho internacional, pasarán a ser efectivamente garantías para los más débiles, para los más vulnerables, para todos aquellos que han sido abandonados por las políticas públicas del pasado, como lo han sido los migrantes y transmigrantes considerados el tercer grupo más discriminado en el país.

También hay que reconocer el carácter intrínseco de la migración en la naturaleza humana, por tanto la migración irregular, como fenómeno social que busca alcanzar mejores condiciones de vida fuera de su país de origen. Por lo cual debe ser tratado desde el derecho positivo supranacional, a la luz de la reforma constitucional, que ya no sólo hace un reconocimiento a los derechos humanos, sino que ahora los fortalece mediante el garantismo con el que se pretenden hacer efectivos los derechos y libertades para todos, incluyendo los de los migrantes y transmigrantes irregulares. Esto tácitamente implica el reconocimiento amplio de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte.

Por ello, es obligación para todo Estado democrático mantener una agenda política benevolente que no condicione los derechos del migrante, sino que le facilite el acceso a procedimientos jurídicos *ad-hoc* al migrante asegurado en estancias migratorias para fines de su expulsión a su lugar de origen, tenga acceso real a tribunales independientes e imparciales y que no sea la misma autoridad migratoria juez y parte en su procedimiento de expulsión.

Lo anterior para dar cumplimiento a la corriente garantista que tutela la progresividad en materia de derechos humanos, como lo es: a) La prohibición de aplicación de los derechos humanos de forma restrictiva; b) La obligación de interpretar las normas en materia de derechos humanos de la manera más favorable para los justiciables – aplicación del principio pro persona; c) La obligación de usar la norma más favorable para los justiciables, aun cuando su vigencia sea posterior; d) Las leyes más favorables para la protección de los derechos humanos son inderogables y no abrogables, salvo que se trate de una norma más favorable aún y la interpretación más favorable no puede ser superada tan solo por otra interpretación más favorable.

Referencias

Carbonell, M. (2005). *La Constitución en serio: Multiculturalismo, Igualdad y Derechos Sociales*, México: UNAM-Porrúa.

Carbonell, M. (2010). *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia, artículo de divulgación*. Recuperado el 23 de Septiembre de 2010 de http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Neoconstitucionalismo_y_derechos_1.pdf

Carbonell, M. (2011). *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades, artículo de divulgación*. Recuperado el 12 de noviembre de 2011 de <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>

Carmona, T. (2011). *La reforma y las Normas de Derechos Humanos previstas en los Tratados Internacionales en: La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coordinadores), México: IIJ-UNAM

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello: Trotta, S.A, primera vista

Ferrajoli, L. (2007). *Sobre los derechos fundamentales, en: Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Madrid: edición de Miguel Carbonell, editorial Trota e IIJ-UNAM

Gebara F. (2012). *Cuando la vida está en otra parte*, México: Miguel Ángel Porrúa / CDHDF.

De Lucas, J. (2001). *La lucha contra el racismo, en: Inmigración, diferencia, ciudadanía*, Bilbao: Hegoa.

Sánchez, C. (2013). *El nuevo paradigma en materia de derechos humanos, en: Justicia para todos*, México: SCJN.

Sepúlveda, R. (2011). *Análisis sobre los Aspectos de la Reforma Constitucional Relacionados con el Ámbito Internacional (Asilo y Refugio) en: La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coordinadores), México: IIJ-UNAM.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época 160 073 3 de 2157 / Primera Sala Libro IX, Junio

de 2012, Tomo 1 Pág. 257 Tesis Aislada (Constitucional); 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1; pág. 257.

Suprema Corte de Justicia de la Nación Recuperado de <http://www.scjn.gob.mx/>

Santiago, M. (2010). *Migración y Transmigración en la frontera sur de México, ponencia preparada para la XII Reunión de Economía Mundial, en la Universidad de Compostela del 26 al 28 de mayo de 2010, recuperado de www.usc.es/congresos/xiiirem12 de julio de 2013 /*

Sutcliffe, B. (2001). *La migración y la ciudadanía: porque los pájaros y las hormigas cruzan las fronteras internacionales más fácil que los perros y los seres humanos, en: Inmigración, diferencia, ciudadanía, Bilbao: Hegoa*

Pérez, J (2012). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: concordada con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México: Porrúa / Escuela Libre de Derecho.*

Vitale, E. (2010). *Derecho a Migrar: ¿El cumplimiento de la edad de los derechos?, en: Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LX, número 253, Enero - Junio 2010, México: UNAM.*

LA INCORREGIBILIDAD DEL DELINCUENTE SEXUAL: EL CASO DE COLOMBIA

Incorrigibility of offender sexual: the case of Colombia

*Rafael Velandia Montes

rafaelvelandiamontes@hotmail.com

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Zaragoza, España

Resumen

Los planteamientos que sostienen la existencia de sujetos incorregibles que no pueden evitar la comisión de conductas delictivas no son novedosos. Así, dichas posturas legitiman la imposición de las medidas penales más fuertes, tales como la cadena perpetua o la pena de muerte. En este sentido, hoy se afirma nuevamente la existencia de individuos incorregibles, específicamente en el ámbito de la delincuencia sexual, incorregibilidad que se sustenta en la creación social nominada como “depredador sexual” y que en el caso colombiano se ha visto reflejada en la Ley 1327 de 2009. Entonces, se lleva a cabo un estudio de los fundamentos científicos de dicha afirmación de incorregibilidad para verificar si puede o no justificarse su uso en la política penal.

Palabras clave: incorregibilidad, delincuencia sexual, depredador sexual, política penal.

Abstract

Approaches underpinning the existence of incorrigible subjects that can help the Commission of criminal offences are not new. These positions legitimize the imposition of strong criminal measures, such as life sentence or the death penalty. In this sense, today stated again the existence of incorrigible individuals, specifically in the field of sexual delinquency, incorrigibility is supported in the social creation nominated as a “sexual predator” and that in the case of Colombia has been reflected in the 1327 law 2009. Then, a study of the scientific foundations of such a claim of incorrigibility is conducted to check if you can or not justified its use in criminal policy.

Keywords: Incorrigible Individuals, Sexual Delinquency, Sexual Predator, Criminal Policies.

Introducción

La incorregibilidad de las personas se invoca con frecuencia como factor para las diferentes propuestas de reforma normativa que incorporan el aumento de las penas en distintos ámbitos de criminalidad y se argumenta que el fin de la pena es el de prevención especial negativa, es decir, la inocuización del delincuente debido a que es imposible su resocialización. Empero, la incorregibilidad de un individuo no es un argumento novedoso: ya en el artículo 5º de la Ley de Vagancia de 1824 de Inglaterra (Vagrancy Act, 1824.) por ejemplo, se hablaba de pícaros incorregibles¹. A finales del siglo XIX, en el año de 1882, Von Liszt (1998) hablaba de categorías de delincuentes, entre los que estaban los

¹ *IncorrigibleRogue*. Así, dice el artículo 5º: *La persona que se “fugue o escape de cualquier lugar de confinamiento legal antes de la expiración del término por el cual él o ella haya sido enviada u ordenada a estar confinada en virtud de esta ley; toda persona que cometa cualquier delito en contra de esta ley que haga que él o a ella sea tratado como un pícaro y vagabundo, habiendo sido en algún tiempo anterior tal persona juzgada ser así y debidamente condenada de eso; y toda persona aprehendida como un pícaro y vagabundo, y que violentamente se oponga a cualquier guardia u otro Oficial de Paz que lo aprehenda a él o a ella y que sea condenada posteriormente por el delito por el cual él o ella haya sido aprehendida, deberá ser considerada como un pícaro incorregible”. Dentro de los delitos que hacían que una persona fuera considerada como pícaro estaban, entre otros: el pretender o profesar leer la fortuna o utilizar cualquier arte, medio o dispositivo, por quiromancia o cualquier otro para engañar; jugar o apostar en cualquier calle, camino, autopista u otro lugar abierto y público, en o con cualquier tabla o instrumento de juego, de cualquier juego o supuesto juego de azar; estar en una casa, almacén, casa de coches, establo o barraca con cualquier fin ilegal; exponerse voluntaria, abierta, lasciva y obscenamente en cualquier calle, camino, autopista u otro lugar abierto y público con el fin de insultar a cualquier mujer.*

* Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas en el área de Filosofía del Derecho, Zaragoza, España.

incoregibles, de los que “debe defenderse la sociedad y como no se quiere, el hacha y la horca, ni se puede deportarlos, solo queda el encarcelamiento (perpetuo o por tiempo indefinido)” (p. 68 y 69).

La incorregibilidad del delincuente

A pesar de lo anterior, siguen surgiendo conductas que se pueden catalogar como incorregibles, como ciertos comportamientos cometidos en contra de menores, lo cuales pueden ser de interés de “la estadística criminal (...) para demostrar cuáles son los crímenes que suelen cometerse de modo habitual (...) ya está en condiciones de trazar con alguna precisión el ámbito de estos delitos” entre los que están los “abusos deshonestos perpetrados en menores” (Liszt, 1998, p. 69). A finales del siglo XIX, Garofalo (1912) expresa que uno de los representantes de la Escuela Positivista, hablaba de la eliminación de ciertos delincuentes:

A estos delincuentes incapaces de toda adaptación, se les debe imponer, pues, la forma más absoluta de eliminación. Ya que la enormidad del mal que son capaces de producir, no debe permitir al poder tutelar de la sociedad que deje que exista la mínima probabilidad de reincidencia; la muerte es por consiguiente el único medio de control apropiado á (sic) los asesinos no locos (p. 498).

Como se ve, la idea de incorregibilidad no es innovadora y a ella se ha recurrido en múltiples ocasiones y en distintos campos de criminalidad para justificar la incorporación al sistema jurídico de medidas de eliminación, inocuización, destrucción, aislamiento, etc., de sujetos que se estiman indeseables por presentar determinados tipos de conductas que en ciertos ámbitos temporales y espaciales son más fuertemente rechazadas que en otros, por cambios sociales en su percepción, variaciones que pueden obedecer a diversos factores como, verbigracia, concepciones morales o religiosas, planteamientos pseudocientíficos, un aumento en la cobertura informativa sobre su ocurrencia o la presentación noticiosa detallada de un delito que genera indignación por la crueldad extrema con la que fue ejecutado y/o por el grado de indefensión de la víctima por su edad, condición física, etc. Sin embargo, un aspecto es evidente en las diversas posturas sobre la incorregibilidad de ciertos individuos: todas ellas carecen de evidencia científica que respalde la existencia de una categoría de individuos cuya conducta es inmodificable.

Así, la identificación del sujeto incorregible se fundamenta en características físicas o sociales de un individuo que ha

cometido un delito o delitos en determinadas circunstancias. Es decir, se toman aspectos individuales de casos de personas que han cometido delitos que gozan de notoriedad social para construir con base en ellos categorías tan genéricas como sea posible con el objetivo de agrupar a todos los individuos que cometan ese tipo de criminalidad, para clasificarlos como incorregibles y justificar así el establecimiento de las penas más drásticas en su contra. Entonces, las posiciones que se han esgrimido a lo largo de la historia sobre la existencia de una clase de personas cuya conducta es incorregible y que, por ende, siempre cometerán delitos; se caracterizan por no tener ningún fundamento científico válido y deben ser rechazadas como sustento de políticas públicas, entre ellas la política penal.

Ley 1327 de 2009: prevención general negativa y el delincuente como depredador sexual

Expuestos en el aparte precedente, los antecedentes y fundamentos del supuesto carácter de incorregibilidad de ciertos individuos, se pasa a presentar el uso de aquellos argumentos jurídicos para los casos de incorregibilidad en Colombia. Por tanto, tales argumentos han sido invocados en el caso colombiano, de manera específica en el ámbito de la delincuencia sexual en la Ley 1327 de 2009 de Colombia mediante la cual se convocaba a un referendo constitucional poniendo a consideración de la sociedad colombiana una reforma al artículo 34 de la Constitución Política de Colombia² para permitir que en los casos de delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestros cometidos en contra de menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física y/o mental se pudiera imponer la pena de prisión perpetua³.

El interés en este caso está, en primer lugar, porque si bien estaba dirigido a crímenes de naturaleza sexual y

² El texto del artículo 34 de la Constitución Política de Colombia es: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.”

³ El texto original del referendo era el siguiente: “Artículo 1°. El artículo 34 de la Constitución Nacional quedará así: Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. Con relación a los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física o mental, procederá la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley.”

violenta cometidos en contra de menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física y/o mental, el discurso de la Ley 1327 de 2009 es igualmente aplicable a estos delitos, sin consideración a la edad o condición de la víctima.

En segundo lugar, porque la delincuencia sexual es una realidad en todas las sociedades del mundo que no va a desaparecer y además, es un ámbito de criminalidad que a nivel global y en tiempos recientes recibe una atención mediática y colectiva muy alta.

En tercer lugar, porque en el discurso de la Ley 1327 de 2009 se empleó un argumento que se puede sustentar que está presente en cualquier proyecto de reforma normativa a nivel global sobre esta clase de delincuencia: el supuesto carácter de incorregibilidad de quienes cometen este tipo de delitos, discurso que si bien no es novedoso ha tenido un impulso considerable con la construcción de la supuesta categoría científica del *depredador sexual* propuesta en EE.UU. y que se ha transmitido al mundo. Entonces, la relevancia de este análisis y la posibilidad de aplicar sus inferencias a todas las sociedades es clara.

Si bien la Ley 1327 de 2009 fue declarada inconstitucional en la sentencia C-397 de 2010 de la Corte Constitucional, lo cual haría en principio considerar como inútil su análisis, lo cierto es que existen varios motivos para concluir lo contrario, porque la declaratoria de inconstitucionalidad fue solo por vicios durante el trámite del proyecto de ley ante el Congreso de la República⁴. Seguidamente porque la vocera del Comité

⁴ El primero fue que no se adjuntó “la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil, prevista en los artículos 24 y 27 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana –Ley 134 de 1994–. Específicamente la certificación de manera completa sobre cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. La ausencia de esta certificación inhibe la iniciación del trámite legislativo y vicia la constitucionalidad de todo el procedimiento adelantado ante el Congreso de la República. Este es un vicio que afecta la validez del trámite legislativo al resultar un elemento fundamental en la legitimación del proyecto de iniciativa ciudadana que salvaguarda la democracia y los mecanismos de participación ciudadana”. El segundo vicio consistió en “la modificación sustancial del texto original del proyecto de ley respaldado por la iniciativa ciudadana (principio de identidad flexible). En primer término, se modificó la expresión “procederá la pena de prisión perpetua de acuerdo con la ley” por la frase “se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley”; para la Corte, la sustancialidad del cambio consiste en que mientras la primera expresión preveía en forma imperativa la imposición de n, la prisión perpetua, la segunda lo hacía facultativamente. Adicionalmente, se cambiaron las expresiones “maltrato severo” por “lesiones personales agravadas” y se agregó un nuevo párrafo a nivel de política de prevención y constitucionalización de una institución como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. Así mismo, la Corte Constitucional señaló que no entró a revisar los vicios de competencia. Corte Constitucional, sentencia C-397 de 2010.

Promotor del Referendo, Gilma Jiménez Gómez⁵, luego de hecha pública la decisión de la Corte Constitucional, dio a conocer que presentaría de nuevo el proyecto de referendo constitucional⁶ y finalmente, porque incluso; así no se presentara un nuevo proyecto de referendo⁷, o no fuera aprobado⁸, lo ocurrido con la Ley 1327 de 2009 y sus diversos aspectos son de especial interés en relación con el discurso de incorregibilidad, según se explicará. Explicitada entonces la relevancia del estudio de citada ley es pertinente analizar sus argumentos en relación con la prevención general negativa y la incorregibilidad del delincuente sexual.

La prevención general negativa

Un argumento de especial importancia como sustento de la Ley 1327 de 2009 fue el de la prevención general negativa, es decir, el supuesto poder disuasorio frente a potenciales delincuentes que tendría el establecimiento de la cadena perpetua, razón que va de la mano con otra de igual importancia cual es la supuesta incorregibilidad de los delincuentes sexuales. De tal suerte, en la exposición

⁵ Si bien Gilma Jiménez Gómez falleció el 29 de junio de 2013 lo anterior no es obstáculo para que otro político se apropie del discurso expuesto por ella y, por ende, es necesario ocuparse del mismo.

⁶ Así, dice su comunicado dado a conocer a la opinión pública: “Bogotá, D. C, Mayo 26 de 2010. Tras conocer la decisión de la Corte Constitucional de declarar inexecutable la ley del Referendo de Prisión Perpetua, por vicios de forma en su trámite en el Congreso, la autora y vocera Gilma Jiménez expresó: ‘Sin conocer los detalles del fallo, pero escuchando que las razones están relacionadas con la radicación extemporánea del certificado de la Registraduría de los recursos utilizados y el cambio en el Congreso de palabras del texto de la pregunta, hoy mismo se elevará una consulta a la Corte Constitucional para establecer si es pertinente radicar el 20 de julio nuevamente la ley de Referendo, subsanando los dos errores definidos por esa Corporación. La misma Constitución señala que los errores de forma son subsanables en los trámites de las leyes’. Recuperado de <http://www.gilmajimenez.com> 15 de junio de 2010.

⁷ Mediante el Proyecto de Ley 206/10 Senado, por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional (prisión perpetua a violadores de niños), se puso en marcha de nuevo la misma propuesta de la Ley 1327 de 2009 y con idéntica exposición de motivos, por lo cual las conclusiones del análisis acá emprendido son igualmente aplicables al Proyecto de Ley 206/10 Senado. El Proyecto de Ley 206/10 Senado y su exposición de motivos fueron publicados en las Gacetas del Congreso 1001 y 1099, ambas del año 2010.

⁸ El proyecto de Ley 206/10 Senado fue aprobado por el Senado de la República, pero no contó con igual suerte en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en donde fue rechazado. Gaceta del Congreso, Núm. 55, 8 de marzo de 2012. De todas maneras, insistimos en que lo ocurrido con la Ley 1327 de 2009 es de especial interés en relación con el discurso de incorregibilidad de los delincuentes sexuales. En efecto, como ya se mencionó y al margen del fallecimiento de Gilma Jiménez, no existe ningún obstáculo para otro político se apropie de este discurso. De hecho, ya se ha planteado la existencia de la Fundación GILMA JIMÉNEZ ¿PRIMER@ NUESTRO NIÑO@OS! Aunque todavía no se conocen sus propósitos y planteamientos de dicha fundación no es irrazonable inferir que tomaran el mismo sendero de quien inspiró su creación. Recuperado de <http://www.gilmajimenez.com> 16 de septiembre de 2013.

de motivos, se señalaba el efecto preventivo de la cadena perpetua sobre las personas que pretendieran cometer alguno de los delitos objeto de la Ley 1327 de 2009, que se explicaba así: para el Estado y la Sociedad Colombiana debe ser una prioridad hacer la reflexión social, política jurídica y económica de la proporcionalidad de las penas actualmente existentes en Colombia y de la gravedad de los delitos que se cometen contra nuestros niños, por cuanto las penas como están concebidas actualmente en nuestra legislación no son ejemplarizantes, ni producen un desestímulo efectivo en el individuo que pretende la comisión del delito (Gaceta del Congreso, Año XVIII, Núm. 243, 27, 2009, pg. 37.).

El argumento es que la intervención del Estado por intermedio de la ley penal, mediante la amenaza de pena, bajo el modelo de disuasión, logrará modificar la conducta de los potenciales trasgresores. Entonces, se plantea un discurso que asume a la prevención general negativa como fin de la pena, en el que la amenaza de la pena se dirige a disuadir de cometer la conducta tipificada a aquellos que “puedan sentirse tentados a hacerlo” (Zaffaroni *et al.*, 2000, p. 54), bajo el entendido de que se trata de un esquema económico en el que la persona evalúa los beneficios y las consecuencias que se derivan de la comisión de cierta conducta y con sustento en tal juicio o cálculo racional decide la realización o no de la conducta, y bajo tal comprensión se sostiene que el incremento de las penas evitaría la comisión de delitos (Spohn, 2007, p. 31).

Sin embargo, “siguen siendo desconocidas las precisas circunstancias bajo las cuales es probable que las sanciones influyeran o cambien la conducta de una persona” (Freeman *et al.* 2006, p. 54) y se ha reprobado a esta teoría el supuesto poder de determinación de la amenaza penal sobre la conducta de personas en general (Smith, 2002); o en el caso de personas invulnerables, como en el caso de la delincuencia de cuello blanco; o de fanáticos, que “no tienen en cuenta la amenaza de la pena o la consideran un estímulo”; como en el caso del terrorismo (Zaffaroni, 2000 *et al.*, p. 55); o cuando hay “estímulos patrimoniales muy altos” como en el caso de sicarios (Zaffaroni, 2000 *et al.*, p. 55; Jakobs, 1997, p. 27); o en aquellas situaciones en las que la gente actúa en “circunstancias poco propicias para especular reflexivamente sobre la amenaza penal”, como en el caso de “la mayoría de homicidios dolosos” (Zaffaroni, 2000 *et al.*, p. 55) o en situaciones de ira, rabia o de deseo de venganza (Husak, 2008, p. 145).

También se ha censurado la falta de investigación en delincuentes condenados, pues la “vasta mayoría de investigación de la disuasión se ha enfocado en estudiantes

universitarios y el público general” (Freeman *et al.* 2006, p. 54 y 55). Igualmente se ha puesto de presente que esta teoría constituye “por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena” (Roxin, 1997, p. 90), pues la simple prohibición en la ley penal disuadirá a algunos, mas no a todos, de tal suerte se requiere la condena, pero incluso esta sola no es suficiente, por lo que su ejecución es la que cumpliría el fin de prevención (Smith, 2002, p. 4).

Entonces, el cálculo racional “no se atiene a la secuencia jurídicamente necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta más bien la probabilidad efectiva de resultar castigado o de sustraerse a la pena” (Jakobs, 1997, p. 27). El efecto de disuasión, si existe, deriva de la certeza y prontitud del castigo y no tanto del hecho de la prohibición en sí. Entonces, y de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley 1327 de 2009, solo el 20% de los delitos cometidos en contra de los menores de edad es denunciado y de este 20%, menos del 10% de los casos termina con sentencias condenatorias (Gaceta del Congreso, Año XVIII, Núm. 80, 25, 2009). Así, debe concluirse que la cadena perpetua no tendría ningún efecto disuasorio en lo que a la comisión de delitos sexuales y violentos en contra de menores de edad se refiere, pues no es el monto de la pena sino la probabilidad de ser enjuiciado y de manera pronta lo que puede tener incidencia en tal aspecto y en esta delincuencia ¡las probabilidades de ser condenado son del 2%! , un porcentaje evidentemente muy bajo y con un poder de disuasión muy limitado.

Al margen de la idoneidad de la prevención general negativa para disuadir a potenciales delincuentes, también se empleaba como pretexto de justificación de la reforma objeto de estudio un argumento completamente contrario consistente en la pretendida imposibilidad de resocialización de las personas que cometían delitos en contra de menores de edad.

Científicamente está demostrado que los individuos que cometen de manera compulsiva el delito de violación o acceso carnal violento con menores, son sujetos que presentan serios trastornos psicológicos, emocionales y de personalidad. En la totalidad de los casos las lesiones son originadas en la infancia por dramáticas vivencias familiares, estas lesiones psicológicas desembocan en conductas incontrolables y en la gran mayoría de los casos, inconscientes. (Gaceta del Congreso, Año XVIII, Núm. 467, 9, 2009)

De esta manera, la supuesta incorregibilidad de los delincuentes sexuales es contradictoria con la prevención negativa, como quiera que en esta se parte de la base de que

las personas (los potenciales delincuentes) son susceptibles de intimidación mediante la posibilidad de ser sujetos de penas si cometen la conducta sancionada, mientras que si se afirma que hay sujetos incorregibles es forzoso concluir que la pena no tiene ninguna posibilidad de influir en su comportamiento.

De otro lado, por la gravedad del delito mismo, por las consecuencias irreversibles para las víctimas, la identidad y el parentesco del delincuente con la víctima, la situación de superioridad física y mental del agresor sobre la víctima, entre otros, hacen que la función resocializadora de la pena no sea un factor a tener en cuenta en el nuevo ordenamiento jurídico que se propone y por los jueces en el momento de determinar una condena⁹.

En esta línea discursiva la persona responsable de ciertas conductas delictivas en contra de menores de 14 años de edad o menores de edad con discapacidad física y/o mental es considerada como una persona imposible de resocializar, que, por lo tanto, debe ser aislada de la sociedad con el objetivo de evitar que reincida con el fin último de proteger a la sociedad y a sus miembros individualmente considerados¹⁰. Por lo tanto, se debe ocupar del carácter de incorregibles que afirma poseen las personas que cometen cierto tipo de delitos en contra de menores de 14 años o de menores de edad con discapacidad física y/o mental.

⁹ *Gaceta del Congreso, Año xviii, Núm. 80, 25 de febrero de 2009, p. 26. Aunque se hace mención a “función resocializadora de la pena” lo cierto es que debe entenderse que se hace mención al “fin” resocializador de la pena. En efecto, no es lo mismo el plano del ser, función, que el del deber ser, fin. Sobre la confusión terminológica ver Merton (1964: 30 y ss.).*

¹⁰ *Debe mencionarse que el 23 de abril de 2009 fue aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes un texto modificado de la pregunta que habría de someterse a referendo. En concreto, el cambio consistía en el cambio de la expresión “procederá la pena de prisión perpetua” por “procederá hasta la pena de prisión perpetua” Gaceta del Congreso, Año xviii, Núm. 243, 27 de abril de 2009, p. 9. Así, el cambio consistía en que con la redacción original al legislador, al momento de realizar los cambios requeridos para adaptar la legislación a la modificación constitucional, no tenía opción distinta a establecer como única pena imponible la de prisión perpetua y se eliminaba, además, cualquier discrecionalidad al juez al momento de condenar. Entonces, el juez solo debería ocuparse de decidir si en el caso en concreto existían o no elementos probatorios suficientes para declarar al procesado responsable y si los había la pena a imponer sería la de prisión perpetua. Por el contrario, con el cambio aprobado se abría la posibilidad de que el legislador estableciera penas de hasta prisión perpetua, es decir, que al juez le habría sido otorgada la facultad de decidir en el caso en concreto el monto de la pena a imponer, que podía ir hasta prisión perpetua, pero que no era de aplicación obligatoria. De todas maneras, en el informe de ponencia previo a la aprobación se seguía repitiendo que la pena no tenía ninguna “función” (fin) de resocialización. Gaceta del Congreso, Año xviii, Núm. 243, 27 de abril de 2009, p. 3. Finalmente, en la Ley 1327 de 2009 quedó la expresión “se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo a la ley”, cambio que, como mencionamos, fue una de las razones por las cuales la Corte Constitucional declaró inconstitucional a esta ley.*

La cuestión que surge es por qué solo son consideradas como irresocializables las personas que cometen ciertos delitos en contra de menores de 14 años de edad o de menores de edad con discapacidad física y/o mental, mientras que quienes cometen iguales delitos en contra de personas con edades entre 14 y menos de 18 años sin discapacidad física y/o mental o de mayores de 18 años con o sin discapacidad física y/o mental no son estimados como incorregibles. Si bien esta afirmación no se hizo de manera expresa, lo cierto es que no puede entenderse de otra manera a la Ley 1327 de 2009 porque hace depender la incorregibilidad de un delincuente de la edad o condición física y/o mental de la víctima.

En efecto, sin estar de acuerdo con la cadena perpetua, ¿no debería haberse planteado la prisión de por vida para todos los casos de delitos sexuales y violentos sin valoraciones sobre la edad o condición física o mental de la víctima? ¿No es acaso misión del Estado proteger a todas las personas? En igual sentido ¿cuál es el fundamento para hacer depender la incorregibilidad del agresor de la edad o condición física y/o mental de la víctima?

Por ende, de acuerdo al razonamiento expuesto tácitamente en la Ley 1327 de 2009, si una persona agrede a un menor de 14 años o a un menor de edad con discapacidad física y/o mental es incorregible, pero si ataca a una persona de 14 años y 1 día de edad sin discapacidad física y/o mental sí es resocializable, lo cual, evidentemente, carece de sentido. Ciertamente es que las leyes fijan marcos temporales con consecuencias jurídicas radicales. Así, por ejemplo, a un individuo que tenga 17 años, 11 meses y 29 días de edad cuando comete un delito, le corresponde un sistema de responsabilidad distinto al régimen penal ordinario que deberá enfrentar una persona que con 18 años recién cumplidos cometa el mismo delito.

En este caso la ficción de la ley consiste en pretender que al menor de 17 años, 11 meses y 29 días de edad que comete un crimen no se le debe aplicar el mismo régimen sancionatorio que al individuo de 18 años recién cumplidos que ha cometido igual conducta delictiva, por no tener aquel, según la ley¹¹, la misma capacidad mental, madurez mental, etc., que este. Empero, no convence bajo ninguna circunstancia que una diferencia de edad de unos pocos días refleje una capacidad mental distinta que sirva como razón de un tratamiento jurídico diverso. De todas maneras, es de reconocer que este tipo de regulaciones son una

¹¹ *En Colombia, el artículo 33 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece: “Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.”*

necesidad operativa del derecho, so pena de hacer imposible la regulación de diferentes aspectos de la vida social, pero en desacuerdo con la supuesta existencia de agresores incorregibles, irresocializables, etc.,

Independientemente de la denominación que se emplee o de los criterios que se usen para tal propósito, que en este caso estaban determinados en la edad o en la capacidad física y/o mental de la víctima, debido a que carecen de sustento científico y lo que se percibe es que se llevó a cabo una instrumentalización de la consideración social actual sobre la naturaleza virtuosa e inocente de los menores de edad para tratar de darle sustento a dicha noción de incorregibilidad.

En consecuencia, el uso de la teoría de prevención especial negativa como sustento de la Ley 1327 de 2009 no es convincente y debe ser descartado.

El depredador sexual

En el apartado anterior se explicó porque la prevención especial negativa no es un argumento satisfactorio como justificación de la Ley 1327 de 2009 y así mismo se puso de presente su evidente contradicción con otra de las razones invocadas como motivo de dicha ley, la incorregibilidad del delincuente sexual, ahora nominado como *depredador sexual*. Este sobrenombre tiene su origen en EE.UU. y sus antecedentes están en el confinamiento civil (Civil commitment), que es el internamiento hospitalario en contra de la voluntad del paciente que ha existido desde el siglo XVIII y que desde sus orígenes ha tenido como fines tanto el amparo de las personas objeto del mismo como la protección de la sociedad y sus miembros frente a ciudadanos valorados como peligrosos y que, por ende, deben estar separados del colectivo, aunque es el último propósito el que ha venido tomando un lugar predominante en la práctica.

Interesa el confinamiento civil en la medida que su uso, a partir de la década del 90 del siglo XX, ha estado fuertemente ligado a los individuos que han sido denominados como *depredadores sexuales*, lo cual tiene una relación evidente con el discurso sobre la incorregibilidad de las personas que cometen delitos sexuales en contra de menores de edad, pretexto que fue empleado como sustento de la Ley 1327 de 2009. Si bien en esta ley no se proponía la implementación del confinamiento civil, se insiste, en sí; se usaban elementos justificativos del mismo relacionados con la supuesta incorregibilidad y peligrosidad de cierto

tipo de delinquentes, motivo por el cual se considera que es relevante conocer de manera general sus antecedentes.

En lo que concierne a los delinquentes sexuales, si bien ellos habían venido siendo objeto de confinamiento civil desde los años 30, durante las décadas del 60 y 70, en muchos de los estados de EE.UU. se dejaron de aplicar las leyes que los sustentaban o fueron derogadas como consecuencia de críticas que demostraban que el “etiquetamiento de estos delinquentes como sicópatas sexuales carecía de mérito científico, el tratamiento era inefectivo y la predicción era sospechosa” (Rudolph, 2004, p. 363) y porque “ofendían sensibilidades culturales y judiciales”, pues en “la era postguerra especialmente, se pensaba que las medidas que involucraran detención ilimitada tenían más resonancia con sociedades totalitarias que con sociedades democráticas” (Pratt, 2007, p. 98).

Pese a ello, el tema de los delinquentes sexuales tuvo un reauge en su valoración como conflicto social grave en la década del 80 como consecuencia de la acción de diversos movimientos sociales en los 70, que estaban orientados hacia la “promoción y la protección de los derechos de las minorías raciales, mujeres, homosexuales y víctimas de delitos” (Petrunik & Deutschmann, 2008, p. 503), que tuvieron aliados en las profesiones relacionadas con el cuidado de menores (Pratt, 2009, p. 69).

De esta manera, mientras dichos movimientos “jugaron un papel en el incremento del conocimiento del derecho a la integridad corporal y la responsabilidad de la sociedad para asegurar la seguridad de sus miembros más débiles, la descripción hecha por el ala radical de este movimiento de las relaciones sexuales involucrando diferencias en poder y estatus como una trasgresión promovió legislación en asalto sexual, pornografía y explotación sexual de menores” (Petrunik y Deutschmann, 2008b, p. 503).

Además, durante los años 80 hubo en EE.UU. un movimiento dirigido específicamente a la protección de los niños que se enfocaba “en los casos de incesto y atribuía el abuso sexual principalmente a padres, padrastros o abuelos de las víctimas,” aunque “estos delinquentes eran percibidos como tratables” (Roberts *et al.*, 2003, p. 131). De tal suerte, la sociedad prestaba de nuevo atención a las agresiones sexuales en contra de los menores de edad, pero con algunos cambios en la perspectiva.

Ahora, en lo que respecta a la imagen del agresor, pasó de ser considerado como una persona perteneciente al círculo cercano del menor, de su familia inmediata, a ser visto como

un extraño al acecho y la conducta pasó de ser estimada como “inmoral (pero tratable)” a ser juzgada como una “incurable y peligrosa perversión” que era “frecuentemente promovida por grupos organizados (anillos) de pedófilos” (Roberts *et al.*, 2003, p. 132), por “grupos grandes de hombres prominentes en posiciones de confianza y poder” (Pratt, 2009, p. 70). Así mismo, el abuso sexual pasó de ser concebido como un problema que “era más propiedad de individuos disfuncionales o familias incestuosas” a ser uno “que podía ocurrir en familias aparentemente normales” (Pratt, 2009, p. 70).

En este cambio influyeron decididamente los reportajes desmedidos en número y en detalles sobre la comisión de conductas de agresión sexual en contra de menores en donde además la víctima no solo era abusada sexualmente sino también asesinada. Empero, este patrón no es novedoso, pues ya se había presentado en relación con las leyes de psicópatas sexuales expedidas en la década del 30 del siglo XX en EE. UU., que fueron promulgadas como consecuencia del estado de miedo que surgió como consecuencia de unos “pocos crímenes sexuales serios cometidos en una rápida sucesión” (Sutherland, 1969, p. 75) y de la información de los medios sobre la cacería de los agresores.

El efecto descrito se puede ver más recientemente en la que es conocida como la primera de las leyes modernas de delinquentes sexuales: la Ley de protección de la comunidad del Estado de Washington de 1990. Esta norma fue expedida como consecuencia de la brutal agresión sexual y física, y posterior homicidio del que fue víctima un menor de siete años (Pratt, 2007, p. 98; Ra, 2007, p. 336), del conocimiento detallado sobre la forma de su comisión y del pasado criminal del agresor. Dentro de la ley citada se incluyeron medidas ya conocidas como el registro de delinquentes y otras completamente novedosas, como la notificación a la comunidad de la liberación de un delincuente sexual (Matson & Lieb, 1996, p. 1).

Del mismo modo, en lo que respecta al confinamiento civil, la Ley de protección de la comunidad del Estado de Washington de 1990 indicaba que existía un “grupo pequeño pero extremadamente peligroso de depredadores sexuales violentos —sexually violent predators—” que no tenían una “enfermedad mental o defecto que los hiciera apropiados para la ley existente de tratamiento involuntario,” que estaba pensada para ser un sistema de confinamiento civil “para proveer tratamiento de corto término a individuos con desórdenes mentales serios y entonces retornarlos a la comunidad”. En contraste con las personas apropiadas para el confinamiento civil, los depredadores sexuales violentos

generalmente tenían “desórdenes de personalidad y/o anormalidades mentales” que no eran “susceptibles a las modalidades de tratamiento de enfermedades mentales existentes” y estas condiciones hacían probable que se involucraran en la comisión de conducta sexual violenta.

Los confinamientos en contra de depredadores sexuales violentos fueron objeto de control por parte de la Corte Suprema de los EE.UU., que en varias decisiones los respaldó. Así, en la *Supreme Court of the United States, Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997) se juzgó el confinamiento de una persona bajo la Ley del depredador sexual violento de 1994 del Estado de Kansas (Sexually Violent Predator Act 1994), que era muy parecida a la Ley de protección de la comunidad del Estado de Washington de 1990.

La Ley del depredador sexual violento de 1994 del Estado de Kansas establece el confinamiento de “cualquier persona que ha sido convicta o acusada de un crimen de violencia sexual y que sufre de una anormalidad mental o de un desorden de personalidad que hace que la persona probablemente se involucre en actos predatorios de violencia sexual” (The Kansas Statutes, Chapter 59.--PROBATE CODE, Article 29a02(a)).

La ley de Kansas señala que la anormalidad mental es una “condición congénita o adquirida que afecta la capacidad emocional o volitiva que predispone a la persona para cometer delitos sexuales violentos en un grado tal que esa persona constituye una amenaza para la salud y seguridad de otros” (The Kansas Statutes, Chapter 59.--PROBATE CODE, Article 29a02(b)).

En virtud de la ley, LeRoy Hendricks, un interno que tenía una larga historia de delincuencia sexual en contra de niños y que iba a ser liberado poco tiempo después de que entrara en vigencia la ley de Kansas, fue confinado. LeRoy Hendricks se opuso a este confinamiento y la Corte Suprema de Kansas consideró que la ley violaba el debido proceso federal constitucional (Due process), la prohibición de no ser dos veces juzgado por el mismo hecho (Double jeopardy) (*Non bis in idem*) y el principio de irretroactividad de la ley penal (Ex post facto clauses) (Alexander Jr., 2004, p. 365 y 366). Sin embargo, la Corte Suprema de EE.UU. Juzgó que si bien existía la libertad como derecho constitucionalmente protegido, la misma podía ser desconocida incluso en un contexto civil cuando una persona era incapaz de controlar su conducta y por ende representaba un peligro para la salud y seguridad públicas (Supreme Court of the United States, *Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997), p. 357.).

La Corte Suprema de EE.UU. también indicó que en ocasiones anteriores ya se habían respaldado leyes de confinamiento civil, siempre y cuando proveyeran adecuados estándares de procedimiento y evidencia, por lo que no podía afirmarse que el “confinamiento civil involuntario de una subclase limitada de personas peligrosas” fuera contrario a “su entendimiento de la libertad ordenada.” En igual sentido, la Corte Suprema de EE.UU. sostuvo que la ley exigía prueba de algo más que una simple disposición a la violencia debido a que se requería “evidencia de conducta sexual violenta pasada y una condición mental presente” que creaba “una probabilidad de tal conducta en el futuro” si tal persona no era incapacitada (Ibídem, pp. 357 y 358).

Otro aspecto de importancia lo constituía la denominación de la discapacidad mental: Hendricks había manifestado que la expresión *anormalidad mental* (*Mental abnormality*), acuñada por el legislador de Kansas, no era equivalente a la locución *enfermedad mental* (*Mental illness*), expresión propia de la comunidad psiquiátrica, es decir, que el vocablo usado en la ley de Kansas no tenía ningún respaldo científico. Empero, la Corte Suprema de EE.UU. indicó que no solo “los psiquiatras amplia y frecuentemente” discordaban sobre lo que constituía una enfermedad mental (*Supreme Court of the United States, Kansas v. Hendricks, 521 U. S. 346 (1997), pp. 359.*), sino que la misma Corte había usado diversas expresiones para describir la condición mental de aquellos que debían ser objeto de confinamiento civil (Ibídem) y que nunca habían exigido a los legisladores estatales adoptar una “nomenclatura en la redacción de las leyes de confinamiento civil” (Ibídem), por lo que los Estados habían desarrollado “numerosos términos especializados para definir conceptos de salud mental” y que “frecuentemente aquellas definiciones no encuadraban con las definiciones empleadas por la comunidad médica” (Ibídem) e, incluso, variaban “sustancialmente de sus contrapartes psiquiátricas” (Ibídem).

Entonces, las leyes de confinamiento civil establecían criterios relacionados con la inhabilidad de una persona para controlar su peligrosidad y eso pasaba en la ley de Kansas, a lo que había que agregar que Hendricks, según la Corte Suprema de EE.UU., satisfacía tales criterios, pues había sido diagnosticado como enfermo de pedofilia y él mismo había aceptado que no podía controlar su necesidad de abusar de niños, lo que lo distinguía “de otras personas peligrosas que quizá eran mejor manejadas exclusivamente a través de procedimientos penales” (Ibídem, p. 360).

Sobre este aspecto debe señalarse que se ha puesto de presente con razón que no tiene sentido sostener que “una persona es responsable por sus actos durante su término de prisión y luego determinar que ella es incapaz de controlarse después de que dicho término ha sido completado” (Morgan, 2006, p. 1017). Lo anterior también lleva a concluir que una persona que se estime que debe ser objeto de confinamiento, debería haber sido recluida en una institución mental desde el principio y no puesta en prisión, porque no se entiende cómo una condición mental que permite al Estado la posibilidad de mantener a una persona confinada por el resto de su vida¹² no tenga ninguna incidencia en la adjudicación de responsabilidad penal, es decir, como una condición mental que le impida a tal persona ser considerada completamente responsable de sus actos.

En lo que respectaba a la prohibición de no ser dos veces juzgado por el mismo hecho y el principio de irretroactividad de la ley penal, la Corte Suprema de EE.UU. manifestó que, bajo el argumento de Hendricks, aquellos tendrían que ser aplicados por ser, según este, el confinamiento civil un procedimiento penal. Sin embargo, la Corte Suprema de EE.UU. aseveró que la naturaleza civil o penal de un procedimiento particular era un asunto de “construcción reglamentaria” en el que debía determinarse si el legislador había querido “establecer procedimientos civiles”, lo cual se podía apreciar en la intención del legislador (*Supreme Court of the United States, Kansas v. Hendricks, 521 U. S. 346 (1997), p. 361.*), tal como ocurría en el caso de la ley de Kansas, que no había sido ubicada dentro del Código Penal y que no tenía nada que sugiriera que el legislador había buscado “crear algo distinto que un esquema de confinamiento civil diseñado para proteger al público del daño” (Ibídem).

La Corte Suprema de EE.UU. reconoció que la denominación como civil de un procedimiento no era siempre suficiente, por lo que se podía rechazar la intención manifestada por el legislador solo cuando quien desafiaba la ley aportara pruebas claras de que la misma era tan punitiva, bien en propósito o efecto, como para negar la intención del Estado de considerarla civil (Ibídem), cosa que Hendricks no hizo, según la Corte.

En esta línea, la Corte Suprema de EE.UU. señaló que la ley de Kansas no podía ser considerada de naturaleza

¹² Si bien se mencionó que existe una revisión anual y otras opciones para que el confinado sea liberado también es cierto que este puede pasar en confinamiento el resto de su vida si anualmente el Estado demuestra que se siguen dando las condiciones que justificaron el confinamiento original.

penal porque no implicaba ninguno de los objetivos primarios del castigo criminal: retribución (Retributive view o just deserts) y disuasión (Prevención general negativa (deterrence)). No era retributiva porque no fijaba la culpabilidad por una conducta criminal previa, que solo era usada “con propósitos probatorios, bien para demostrar que una ‘anormalidad mental’ existía o “para apoyar un hallazgo de peligrosidad futura”. Tampoco se requería en el confinamiento civil ningún elemento de conocimiento y voluntad (*scienter*) de la realización de cierta conducta sino que el confinamiento se basaba en la “anormalidad mental” o en el “desorden de personalidad” en lugar de la intención criminal de alguien (Supreme Court of the United States, *Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997), p. 362).

La Corte Suprema de EE.UU. sostuvo que el confinamiento tampoco podía ser estimado como disuasorio, debido a que las personas que eran confinadas de acuerdo a esta ley sufrían una “anormalidad mental o desorden de personalidad” que evitaba que ellos ejercieran un control adecuado sobre su conducta. Tales personas eran, por lo tanto, “improbables de ser disuadidas por la amenaza del confinamiento” y las condiciones que rodeaban al confinamiento no sugerían “un propósito punitivo por parte del Estado” (Ibidem, pp. 362 y 363.), como quiera que las situaciones a las que se veía expuesto el sujeto confinado no eran las propias de los prisioneros, sino las de cualquier paciente confinado involuntariamente en una institución mental estatal (Ibidem, p. 363).

La Corte Suprema de EE.UU. consideró que tampoco el carácter potencial de indefinición en el tiempo que poseía el confinamiento civil lo hacía de naturaleza penal, toda vez que anualmente el Estado, si deseaba prolongarlo, debía probar más allá de toda duda que la persona satisfacía los mismos estándares requeridos para el confinamiento inicial (Ibidem). Además, el hecho de que existieran algunas salvaguardas procesales propiamente penales en el confinamiento civil no transformaba su naturaleza sino que demostraba que se había tomado gran cuidado “para confinar solo a una estrecha clase de individuos particularmente peligrosos” y solo después de que se satisficieran “los estándares procesales más estrictos” (Ibidem).

Finalmente, la Corte Suprema de EE.UU. afirmó que incluso aceptando que no existiera tratamiento para los depredadores sexuales violentos, “bajo las circunstancias apropiadas y acompañada de procedimientos adecuados”, la incapacitación podía “ser un fin legítimo de la ley civil”,

pues sería “de poco valor requerir el tratamiento como precondition para confinamiento civil del peligrosamente demente” cuando no existía ningún tratamiento aceptable. Entonces, “concluir de otra manera obligaría al Estado a liberar ciertos individuos confinados que fueran mentalmente enfermos y peligrosos” simplemente porque no podían ser tratados de sus aflicciones (Ibidem, pp. 365 y 366.). Todo lo expuesto llevó a la Corte Suprema de EE.UU. a concluir que los reclamos de Hendricks en relación con la prohibición de no ser dos veces juzgado por el mismo hecho y el principio de irretroactividad de la ley penal carecían de un prerrequisito esencial, pues él no había demostrado que se estaba en presencia de una medida penal, por lo que no podía hacerse ninguna valoración sobre tales reclamos.

Luego, la Corte Suprema de EE. UU., en *Kansas v. Crane* (Supreme Court of the United States, *Kansas v. Crane* - 534 U.S. 407 (2002).), agregó un tercer elemento a los dos ya expuestos en *Kansas v. Hendricks*¹³ y que consistía en que debía sufrirse de una inhabilidad que hiciera “difícil, si no imposible, a la persona [peligrosa] controlar su conducta peligrosa”. La palabra “dificultad” indicaba que la falta de control a la que la Corte se refería “no era absoluta” (Supreme Court of the United States, *Kansas v. Crane* - 534 U.S. 407 (2002), p. 411.). Así, la Corte mencionó que en el caso de *Kansas v. Hendricks* uno de sus aspectos distintivos consistía en “una especial y seria falta de habilidad para controlar la conductas,” pero al reconocer este hecho no se le daba a la frase “falta de control” un “significado particularmente estrecho o técnico” (Ibidem, p. 413.).

Por lo tanto, en aquellos casos en los que tal falta de control fuera uno de los asuntos en disputa, la “inhabilidad para controlar la conducta” no sería demostrable con precisión matemática, pero debía “haber prueba de una seria dificultad en controlar la conducta”. Esta seria dificultad de controlar la conducta mirada en relación con “aspectos del caso como la naturaleza del diagnóstico psiquiátrico y la severidad de la anormalidad mental misma”, debía ser suficiente para distinguir al delincuente sexual peligroso, cuya enfermedad, anormalidad o desorden mental de naturaleza seria lo hacía sujeto de confinamiento civil, “del –delincuente– peligroso pero típico reincidente condenado en un proceso penal ordinario” (Ibidem).

¹³ Los dos elementos son: en primer lugar que la persona que ha sido convicto o acusado de un crimen de violencia sexual sufra de una anormalidad mental o de un desorden de personalidad, y en segundo lugar, que esta condición haga que la persona probablemente cometa en el futuro actos de violencia sexual.

Sin embargo, en su salvamento de voto en *Kansas v. Crane*, el juez Antonin Scalia¹⁴ señaló que el requerimiento de la dificultad en el control de la conducta del sujeto objeto del confinamiento no podía ser considerado como un elemento adicional, en el entendido de que precisamente la anormalidad mental o el desorden de personalidad que causaban la probabilidad de que existiera reincidencia en el delito sexual violento “establecían por sí mismos el requisito de la ‘dificultad o imposibilidad’ del control de la conducta” (Supreme Court of the United States, *Kansas v. Crane* - 534 U.S. 407 (2002), pp. 419 y 420.), valoración con la que se está de acuerdo, a pesar de considerarla innecesaria.

Pero la inclusión de este tercer elemento, estima la fórmula de quién debe ser considerado como depredador sexual violento, de acuerdo a las sentencias *Kansas v. Hendricks* y *Kansas v. Crane*, puede ser planteada así: cualquier persona que ha sido convicta o acusada de un crimen de violencia sexual y que sufra de una anormalidad mental o de un desorden de personalidad que dificulte su capacidad para controlar su conducta predatoria sexual violenta, lo que hace probable que se involucre en la comisión de tal tipo de comportamiento.

En el mencionado salvamento de voto en *Kansas v. Crane*, el juez Antonin Scalia sostuvo que de la posición esgrimida por la Corte en esta sentencia, en relación con la inhabilidad para controlar la conducta, es decir, del tercer requisito para imponer una medida de confinamiento, surgía la siguiente pregunta: *¿cuál era el grado de inhabilidad para controlar la conducta que la naturaleza del diagnóstico psiquiátrico y la severidad de la anormalidad mental requerían en un caso en concreto?* De manera más específica, el interrogante consistía en cómo se instruiría a un jurado al respecto: “¿Sería un porcentaje (“Señoras y señores del jurado, ustedes pueden confinar a... bajo la Ley del depredador sexual violento solo si encuentran, más allá de toda duda razonable, que él es 42% incapaz de controlar su inclinación por la violencia sexual”)? ¿O una proporción de frecuencia (“Señoras y señores del jurado, ustedes pueden confinar a... bajo la Ley del depredador sexual violento solo si encuentran, más allá de toda duda razonable, que él es incapaz de controlar su inclinación por la violencia sexual 3 de 10 veces”)? ¿O simplemente un adverbio (“Señoras y señores del jurado, ustedes pueden confinar a... bajo la Ley del depredador sexual violento solo si encuentran, más allá de toda duda razonable, que él es perceptiblemente o

moderadamente o substancialmente, o casi totalmente incapaz de controlar su inclinación por la violencia sexual”)?” (Ibídem, pp. 423 y 424.). De tal suerte, el juez Scalia se declaraba insatisfecho con tal exigencia por la imposibilidad de precisar cuál era el grado, nivel, etc., requerido de inhabilidad para controlar la conducta que permitiría servir como sustento para la imposición del confinamiento, es decir, con el grado de probabilidad exigible para determinar que una persona se involucraría en la comisión de una conducta predatoria sexual violenta que justificara la imposición del confinamiento.

Por esta parte, se está de acuerdo con esta censura, aunque se reflexiona que los problemas del confinamiento van más allá de este problema. Entonces, solo existe un criterio claro para su imposición: la condena o acusación por un delito sexual violento previa a la solicitud de confinamiento. Los demás criterios no son precisos y permiten una discrecionalidad que estimamos muy cercana a la arbitrariedad. En efecto, el fundamento científico del confinamiento civil de depredadores sexuales para determinar la probabilidad de que en el futuro el confinado va a cometer delitos sexuales violentos es bastante discutible.

En la misma línea, se había señalado que la fórmula de quién es considerado como depredador sexual violento puede ser planteada así: cualquier persona que ha sido convicta o acusada de un crimen de violencia sexual y que sufra de una anormalidad mental o de un desorden de personalidad que dificulte su capacidad para controlar su conducta predatoria sexual violenta, lo que hace probable que se involucre en la comisión de tal tipo de comportamiento. De tal suerte, la anormalidad mental o desorden de la personalidad está determinada por la comisión del delito sexual y no constituye por sí misma un elemento que aporte verdaderamente algo a la definición.

Lo mismo ocurre con el elemento “probabilidad”, pues, al margen de los problemas anotados sobre cómo determinar el grado requerido de ella, su presencia se verifica simplemente con el hecho de que se hayan cometido previamente delitos sexuales. En tal sentido son ejemplares las palabras de la juez Shirley Abrahamson de la Corte Suprema de Justicia de Wisconsin, que en su salvamento de voto a la sentencia *Wisconsin v. Post* (citada por Zander, 2005), fallo en el que se apoyó la constitucionalidad de la Ley de depredadores sexuales violentos de Wisconsin, referida como capítulo 980, declaró:

¹⁴ A este salvamento de voto se adhirió el juez Clarence Thomas.

Pero un reconocimiento de que la enfermedad mental o el neologismo 'componente de condición mental' puedan ser definidos en más de una manera apenas sugiera que la enfermedad mental puede ser definida como el estado deseado. Si el umbral constitucionalmente prescrito no tiene un núcleo de significado y puede decir cualquier cosa, entonces significa nada (...) Finalmente, 'desorden mental' es definido (...) no en términos de enfermedad mental, trastorno mental o defecto mental, sino en términos de predisposición a delitos sexuales. De acuerdo al capítulo 980 'desorden mental' es 'una condición congénita o adquirida que afecta la capacidad emocional o volitiva que predispone a la persona a involucrarse en actos de violencia sexual'. Como quiera que cada una de esas condiciones es necesariamente congénita o adquirida y como quiera que 'la capacidad emocional o volitiva' simplemente describe el proceso de toma de decisión que afecta cómo la gente actúa, el desorden mental (...) no significa nada más que una predisposición para involucrarse en actos de violencia sexual. Así, el capítulo 980 intenta crear un desorden mental que autoriza el confinamiento perpetuo basado no en una enfermedad mental sino en crímenes pasados sobre los cuales el futuro confinado ya ha cumplido la sentencia proferida. Esta definición es completamente circular: el 'desorden mental' de un futuro confinado se deriva de los delitos sexuales pasados, que, así mismo, son usados para establecer una predisposición para cometer en el futuro delitos sexuales (p. 25).

De esta manera, es forzoso concluir, según se ha explicado, que el confinamiento civil de depredadores sexuales violentos está diseñado como una sanción adicional por la comisión de un delito sexual¹⁵ y constituye una violación al *non bis in ídem*, porque se castiga dos veces por la misma conducta: en primer lugar se impone una pena legítima (sanción penal) como consecuencia de la comisión de un delito, pero una vez cumplida se aplica un segundo castigo (ilegítimo), independientemente del nombre que se le dé (medida, confinamiento, etc.), que está fundamentado realmente en la comisión de la conducta que causó la imposición de la primera pena

¹⁵ Debemos insistir en que no deja de causar extrañeza cómo la anormalidad mental o el desorden de personalidad que causa una dificultad en el control de la conducta propia, lo que a su vez se transforma en la probabilidad de la comisión de una conducta predatoria sexual violenta, no tiene ninguna incidencia a la hora de juzgar la responsabilidad penal del autor de tal delito (que sería, de manera general, favorable al procesado en el entendido de que no era competente cuando cometió el delito), pero sí cuando aquel está a punto de ser liberado por cumplir la pena que le ha sido impuesta (en este caso desfavorable, como quiera que se usa para la imposición del confinamiento civil).

y se refuerza discursivamente con la protección de los niños, ciudadanos, comunidad, etc., frente a ciudadanos supuestamente incorregibles.

La incorregibilidad del delincuente sexual¹⁶ planteada actualmente en el "depredador sexual" y la posibilidad de vaticinio sobre la comisión de delitos sexuales carecen de respaldo científico y se trata solo de opiniones basadas en la intuición, en percepciones personales¹⁷. Es decir, lo que se propone en el discurso censurado es que existe la posibilidad científica de pronosticar la conducta criminal de una persona, cuando lo cierto es que ningún área de la ciencia¹⁸ está en capacidad de proporcionar un pronóstico en tal sentido y tal predicción está fundada en elementos indefendibles científicamente, en la verbigracia y la intuición.

Precisamente, debido a que tales predicciones son indefendibles es que se ha propuesto un discurso pseudocientífico¹⁹ con el fin de darles validez y legitimidad

¹⁶ Aunque mencionamos al delincuente sexual lo cierto es que la crítica es extensiva a todos los tipos de delincuencia. De todas maneras, es sobre el delincuente sexual en donde más planteamientos se han hecho para justificar su incorregibilidad, por lo que constituye un "modelo de referencia" negativo al respecto.

¹⁷ Aunque Nash (2006, p. 88) defiende las técnicas de predicción reconoce que la "predicción no debería ser sobre conjeturas, aunque en gran parte se mantiene más como un arte que como ciencia".

¹⁸ Por la extensión de la materia y por exceder nuestro objetivo de investigación, no podemos ocuparnos del análisis de las diversas técnicas de predicción como son, por ejemplo, el enfoque clínico (basado en la información que el evaluador considera importante) (Slobogin 2007, p. 101), actuarial (se basa en un número finito de variables preidentificadas que estadísticamente se correlacionan al riesgo y que produce una probabilidad definitiva o un rango de riesgo probable) (ibídem), evaluación actuarial ajustada (que comienza con una evaluación actuarial que el profesional luego ajusta basado en factores individualizados no considerados en la fórmula actuarial) (ibídem) o el juicio profesional estructurado (que se basa en una evaluación de un número finito de factores predefinidos que han sido asociados con el riesgo, pero ni los factores ni las conclusiones finales sobre el riesgo son matemáticamente obtenidas) (ibídem). Así mismo, ver Janus y Prentky (2003, p. 11) y Nash (2006, p. 91). Empero, al respecto podemos decir que la crítica sobre la intuición hecha en relación con la incorregibilidad del delincuente es igualmente aplicable al enfoque clínico de predicción. Así mismo, las censuras hechas respecto al elemento "probabilidad" del confinamiento civil son aplicables a los enfoques actuariales. Sobre el predominio que los enfoques actuariales están tomando sobre los enfoques clínicos es importante mencionar que, como apunta Nash (2006, p. 92), se puede explicar en el hecho de que ante un error de predicción si se están empleando métodos actuariales se puede culpar al método, mientras que si se está usando un método clínico la responsabilidad recae en la capacidad profesional (personal) de quien hace el pronóstico. Sobre los métodos actuariales son bastante relevantes las palabras del juez Coyne en su salvamento de voto en la decisión *In re Linehan* ("Linehan I"), 518 N.W.2d 609, 616 (Minn. 1994): "No solo son irrelevantes las estadísticas relacionadas con la conducta violenta de otros, sino que me parece injusto confinar a cualquier persona con sustento no en la conducta previa de la persona sino con sustento en evidencia estadística relacionada con la conducta de otra gente" (citado por Janus y Prentky, 2003, p. 36).

¹⁹ Que ha variado, según se ha visto, con las diferentes versiones de incorregibilidad que se han presentado a lo largo de la historia.

ante la sociedad. Por supuesto, sería más que deseable²⁰ poder anticipar la comisión de cualquier tipo de conducta delictiva²¹, pero la realidad es que tal herramienta no existe. Actualmente es irrazonable adoptar medidas jurídicas basándose en técnicas o métodos de predicción de conducta, según se ha explicado, mucho menos cuando se trata de medidas que determinan la privación de la libertad de los ciudadanos. En definitiva, no existe ningún argumento, razón, teoría, método, etc., que pueda demostrar científicamente la existencia de sujetos incorregibles y los planteamientos que se han hecho al respecto no son más que argumentos circulares cuyo único sustento para la predicción está basado en la comisión previa de delitos de la misma naturaleza de aquellos que se pronostica que supuestamente se cometerán en el futuro. En consecuencia, la categoría social nominada como “depredador sexual” carece de fundamento científico y su uso en el ámbito jurídico debe ser rechazado.

Ya se señaló que en la exposición de motivos de la pretendida reforma constitucional buscada a través de la Ley 1327 de 2009 se señalaba el efecto preventivo de la cadena perpetua sobre las personas que pretendieran cometer delitos en contra de los menores de edad, y cómo en ese discurso luego se sostenía que era imposible la resocialización de las personas condenadas por tales delitos. Justamente fue esta línea argumentativa la que llevó al análisis del confinamiento civil de depredadores sexuales, porque si bien en el caso objeto de análisis no se trataba del establecimiento de tal medida²², lo cierto es que el discurso que rodea al confinamiento civil representa un cuerpo argumentativo de análisis de especial valía, debido a que proporciona una visión amplia sobre el fenómeno de la criminalidad sexual, de los delincuentes sexuales y de los mecanismos que se plantean para enfrentarlos.

En este sentido, se evidenció cómo el discurso sobre la incorregibilidad de las personas que cometen delitos sexuales y las medidas draconianas para enfrentarlas no es novedoso y responde a ciclos de preocupación social que son generados por el cubrimiento informativo abundante

por parte de los medios de comunicación sobre la ejecución de conductas delictivas sexuales violentas (Velandia, 201, pg. 19). En este ciclo de preocupación es característico que un delito sexual especialmente dramático por su modo de ejecución o por la naturaleza, estado o condición de la víctima se convierta en el modelo de referencia en cuanto a informaciones sobre casos posteriores, ciclo de preocupación social que es adicionalmente impulsado por políticos que plantean la adopción de medidas más drásticas para enfrentar tal tipo de comportamientos criminales. En el ciclo actual, la prédica se enfoca nuevamente en los delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, tal y como se ha expuesto en relación con la Ley 1327 de 2009.

En definitiva, el discurso expuesto en relación con la Ley 1327 de 2009 sobre el poder disuasorio de la cadena perpetua en potenciales delincuentes sexuales en contra de menores de edad es indefendible por varias razones: en primer lugar porque existen muchas evidencias sobre el escaso poder disuasorio de la pena que desvirtúan los planteamientos de la teoría de la prevención general negativa. Incluso si se acepta que sí existe un poder disuasivo, lo cierto es que este depende no del monto de la pena sino de la efectiva persecución, procesamiento y condena penales de los responsables de la comisión de delitos.

Sin embargo, en el caso colombiano, según las cifras presentadas en la exposición de motivos, solo el 20% de los delitos sexuales y violentos en contra de menores de edad son denunciados y de este 20% solo el 10% terminan con sentencia condenatoria, es decir, del total de estos crímenes solo el 2% de sus autores son condenados. Por ende, inclusive si se acepta que el establecimiento de la pena perpetua sí tiene un poder disuasorio este se vería muy disminuido por la baja tasa de denuncia, juzgamiento y condena de los responsable de la delincuencia violenta y sexual cometida en contra de menores de edad.

En segundo lugar, si se acepta que la cadena perpetua tiene un poder disuasorio, es contradictorio afirmar que quienes son autores de delitos violentos y sexuales no pueden ser resocializados, porque si son incorregibles no tendría ningún sentido hablar del poder disuasivo de la cadena perpetua, ya que una persona incorregible no puede ser influenciada de ninguna manera ni por ningún estímulo, sanción, amenaza, etc.

En tercer y último lugar, no existe ningún argumento, razón, teoría, método, etc., que pueda demostrar científicamente la existencia de sujetos incorregibles y

²⁰ Como señala Nash (2006, p. 93) quienes se dedican al campo de la predicción “operan en un clima de alta expectativa pública y hasta cierto punto se sugiere que ellos pueden ‘manejar’, si no solucionar, el problema”.

²¹ Tal y como ocurre, por ejemplo, en la película *Minority report*, cuyo sistema de predicción, sin embargo, terminó siendo un fiasco.

²² Debemos advertir que en Colombia la Ley 1306 de 2009, artículo 20, establece el internamiento de personas con discapacidad mental absoluta cuando sea imprescindible para la salud y terapia del paciente o por tranquilidad y seguridad ciudadana, internamiento que es una medida temporal que no excederá de un (1) año, pero podrá ser prorrogada indefinidamente por lapsos iguales, de acuerdo al artículo 23 de esta ley.

los planteamientos que se han hecho al respecto no son más que argumentos circulares cuyo único sustento para la predicción está basado en la comisión previa de delitos de la misma naturaleza de aquellos que se pronostica que supuestamente se cometerán en el futuro. En conclusión, dichas posturas no pueden ser empleadas en el campo jurídico en general y mucho menos en el ámbito jurídico penal, debido a que esta área tiene las sanciones más drásticas por parte del derecho y, en consecuencia, sus medidas deben estar fundamentadas en el conocimiento científico.

Referencias

- Freeman, J. et al. «The self-reported impact of legal and non-legal sanctions on a group of recidivist drink drivers» [en línea]. *Transportation Research Part F*, 2006, 9, pp. 53-64. Recuperado de www.elsevier.com
- Garofalo, R. (1912) *La Criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*. Traducción de Pedro Borrajo. Madrid, Daniel Jorro.
- Gaceta del Congreso*, Año XVIII, Núm. 243, 27 de abril de 2009, p. 37.
- Gaceta del Congreso*, Año XVIII, Núm. 80, 25 de febrero de 2009, p. 15.
- Gaceta del Congreso*, Año XVIII, Núm. 467, 9 de junio de 2009, p. 7.
- Husak, D. N. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. New York, Oxford, 2008.
- Jakobs, G. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Janus, E. & Prentky, R. «Forensic use of actuarial risk assessment with sex offenders: accuracy, admissibility and accountability». *American Criminal Law Review*, 2003, 1443, pp. 1-59.
- Ley 1327 De 2009. Recuperado de <http://colombia.justitia.com/nacionales/leyes /ley-1327 -de-2009/gdoc/>
- Matson, S. & Libeb, R. (1996) «Sex Offender Community Notification: A Review of Laws in 32 States» Recuperado de <http://www.wsipp.wa.gov/rptfiles/96-04-1101.pdf>
- Morgan, A. (2006) «Civil confinement of sex offenders: New York's attempt to push the envelope in the name of public safety». *Boston University Law Review* 2006, Vol. 86, pp. 1001-1035. Recuperado de <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/>
- Nash, M. (2006) *Public Protection and the Criminal Justice Process*. Oxford, Oxford Publishing Press.
- Petrunik, M & Deutschmann, L. (2008) «The Exclusion Inclusion Spectrum in State and Community Response to Sex Offenders in Anglo-American and European Jurisdictions» *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, October, Volume 52, Number 5, pp. 499-519. Recuperado de <http://ijo.sagepub.com>
- Pratt, J. (2007). *Penal populism*. Londres, Routledge.
- Pratt, J. (2009). «From Abusive Families to Internet Predators? The Rise, Retraction and Reconfiguration of Sexual Abuse as a Social Problem in Canada». *Current Sociology*, Vol. 57 (1), pp. 69-88. Recuperado de <http://csi.sagepub.com>
- R, E. P. (2007) «The civil confinement of sexual predators: a delicate balance» *St. John's Journal of Legal Commentary*, Volume 22, Issue 1, pp. 335-372. Recuperado de <http://www.stjohns.edu/media/3/c4971a6a01d0421f9af1a3e87258870f.pdf>
- Roberts, J. et al. (2003) *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*. Oxford University Press.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, p. 90.
- Rudolph, A. (2004). «The United States Supreme Court and the Civil Commitment of Sex Offenders» [en línea]. *The Prison Journal*, Vol. 84, Núm. 3, pp. 361-378. Recuperado de <http://tpj.sagepub.com>
- Slobogin, C. (2007) *Proving the unprovable*. New York, Oxford University Press.
- Sexually Violent Predator Act 1994.
- Smith, J. (2002) *Criminal law. Tenth edition*. Londres, Lexis Nexis.
- Spohn, C. (2007). «The Deterrent Effect of Imprisonment and Offenders' Stakes in Conformity» *Criminal Justice Policy Review*, Volumen 18, Núm. 1, pp. 31-50. Recuperado de <http://online.sagepub.com>

Sutherland, E. (1969) «The Difussion of Sexual Psychopath Laws». *En Crime and the Legal Process*.

Chambliss, W. J. (ed.). *New York, McGraw-Hill*.

Supreme Court of the United States, *Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997).

The Kansas Statutes, Chapter 59.--Probate code, Article 29a02(a).

Velandia, R. (2012). «Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia». *URVIO, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, No. 11, pp. 19 a 32. ISSN: 1390-3691. Recuperado de <http://www.flacsoandes.org/urvio/img/RFLACSO-02-U11-Velandia.pdf>

Vagrancy Act, 1824.

Von Liszt, F. (1998). *La idea del fin en el Derecho Penal*. Bogotá, Temis.

Zaffaroni, E. et al. (2000). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires, Ediar.

Zander, T. (2005) «Civil Commitment Without Psychosis: The Law's Reliance on the Weakest Links in Psychodiagnosis» [en línea]. *Journal of Sexual Offender Civil Commitment: Science and the Law*, 1, pp. 17-82. Recuperado de http://www.soccjournal.org/2005-06/zander_2005

CONSTITUCIÓN, DERECHO AL MATRIMONIO, UNIÓN DE PERSONAS DEL MISMO SEXO. COLOMBIA, ESPAÑA, VENEZUELA

Constitution law marriage, union of same-sex. Colombia, Spain, Venezuela

*José Osvaldo Casique Ayala

osvaldocasique@gmail.com

Universidad Santa María, Facultad de Derecho

San Cristóbal, Venezuela

Resumen

Los pueblos dan la Constitución de sus países a través de su decisión soberana conforme a sus propios procedimientos internos, sea Asamblea Nacional Constituyente u otro. Así, Colombia con la Constitución Política de 1991, España con la Constitución de 1978 y últimamente Venezuela con la Constitución de 1999, que suscribieron la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, siendo este un documento declarativo no obligatorio o vinculante para ellos, pero sí lo es cuando sus postulados se hacen normas de las respectivas Constituciones. Se observa en la Constitución Política de Colombia en sus artículos 93, al señalar: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Seguidamente, el artículo 94 ejusdem señala: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Palabras clave: constitución, derecho, matrimonio, unión, sexo.

Abstract

People give to political constitution through own decision, according to the internal procedure, may be National Constitutional Assembly or other. In Colombia the political constitution in 1991, Spain in 1978, lately Venezuela with the constitution in 1999, which subscribe the Universal Declaration of Human Rights adopted by the United Nations General Assembly on December 10th 1948 in Paris, It's a declarative but not obligatory document to them. But It's when the postulates becoming rules of each political constitutions, it's seen in Colombian political constitution in its article 93 it shows: International treaties and conventions ratified by Congress that recognize human rights and prohibit their limitation in states of emergency prevail in the internal order The rights and duties mentioned in this Charter shall be interpreted in accordance with international human rights treaties ratified by Colombia Then, Article 94 ejusdem states shows: The enunciation of rights and guarantees contained in the Constitution and in international agreements in force, should not be construed as a denial of other which, being inherent in the human person, are not expressly mentioned in them.

Keywords: Constitution, Law, Marriage, Union Sex.

* Abogado, Universidad Santa María, Venezuela. Máster Universitario en Matrimonio y Familia, Universidad de Navarra, España. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Libre, Colombia. Especialista en Derecho Procesal Civil, Universidad Católica del Táchira, Docente de pre y post-grado en Colombia y Venezuela osvaldocasique18@hotmail.com

Introducción

La Constitución española en su artículo 10 numeral segundo, señala: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En tanto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala en el artículo 22: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos”. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos; el artículo 23 ejusdem indica:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Colombia, España y Venezuela no solo hacen alusión a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sino que expresamente los señalan en las Constituciones, como es el caso de España, citado supra, que menciona en su texto la Declaración Universal de Derechos Humanos; o el de Venezuela, que en su artículo 78 señala:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado, el Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan.

Del mismo modo, el Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su texto normativo proclamó:

Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2-1: Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Artículo 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.

Consecuentemente, todos tienen derecho de igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación, ya que el artículo 16 pone en consideración que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio.

Con base en lo anterior, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y el estado tiene la obligación de protegerla, razón por las cuales se infiere que interiorizar en sus respectivas Constituciones, el orbe de los anteriores precepto universales, que no le son dados a las personas por los Estados; pero sí reconocidos, por estar ellos antes que los mismos Estados, en los grupos sociales existentes, luego del fin de la guerra mundial y de este modo hacer efectivos los derechos humanos.

Llegados a este punto, hay que exaltar que la Constitución Política de Colombia en su artículo 13, señala que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 42: 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. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable porque 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. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

Del mismo modo, los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. Así mismo, la Constitución española en sus artículos 9-2 señala:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Más adelante el artículo 14 indica: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En concordancia, el artículo 32:

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

En tanto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala en sus artículos 21:

Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante esta sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. 3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas. 4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

Y el artículo 77 ejusdem señala:

Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

Así se concibe el bloque constitucional, que son los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y por ende son parte de la Constitución.

En el ordenamiento jurídico de un país, forma parte del derecho positivo, toda la legislación en sus diversas manifestaciones, a saber leyes orgánicas, códigos generales, leyes especiales, decretos, reglamentos, etc., la cual debe estar supeditada a la Constitución.

En Colombia, el Código Civil señala en su artículo 113: “El matrimonio es un contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. Pero, también tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo sexo con esta figura la comunidad ha podido acceder a derechos especiales en materia económica, de seguridad social e incluso de herencias, siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como de los bienes.

Así el matrimonio es reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”, y en las constituciones objeto del presente análisis como la unión de un hombre y una mujer con el fin de procrear.

Ahora bien, la Ley 13 de 2005 por la que se modifica el Código Civil español en materia de derecho a contraer matrimonio, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 157 de fecha 02 de julio de 2005 en sus Disposiciones Generales señala:

Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. De acuerdo a lo anterior, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (Artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (Artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.

Desde esta amplia perspectiva, la regulación del matrimonio que ahora se instaura, trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja.

En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del

matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.”

Con lo señalado en este párrafo, se busca adecuar a la Constitución de España la Ley 13 de 2005, dándole un sentido irreal a la norma constitucional contenida en el artículo 32.1 de la carta magna española 9.

En cuanto al principio de igualdad, vale mencionar parte de la decisión de fecha 17 días del mes de octubre del año 2000 del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en Sala Constitucional, la cual señala:

Ahora bien, no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas. Como conclusión de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario señalar, que la cláusula de igualdad ante la ley, no prohíbe que se le confiera un trato desigual a un ciudadano o grupo de ciudadanos, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) que los ciudadanos o colectivos se encuentren real y efectivamente en distintas situaciones de hecho; b) que el trato desigual persiga una finalidad específica; c) que la finalidad buscada sea razonable, es decir, que la misma sea admisible desde la perspectiva de los derechos y principio constitucionales; y d) que la relación sea proporcionada, es decir, que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica. Si concurren las condiciones antes señaladas, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima.

En España, el Tribunal Constitucional tardó siete años y un mes aproximadamente para decidir favorablemente la constitucionalidad de la Ley de Matrimonios Homosexuales de 2005, ley que había permitido el matrimonio entre homosexuales corrigiendo el Código

Civil de entonces. Vale recordar que el artículo 32 de la Constitución Española señala:

Artículo 32 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Ahora bien, del referido fallo constitucional español en Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 6864/2005, vale citar lo que se desprende de los votos particulares que formularan los magistrados, Ramón Rodríguez Arribas, quien cree que la “interpretación evolutiva” para describir el matrimonio “realiza una verdadera filigrana para eludir hablar de sexo al definir el matrimonio, con lo que, a primera vista, éste podría constituirse entre un tío y un sobrino” al prescindir “absolutamente del componente biológico (o antropológico, si se quiere) ínsito en el matrimonio”. El magistrado deja claro su posición contraria a la posibilidad de adopción de menores por partes de personas homosexuales ya que, en su opinión, para el niño

no resulta indiferente que en lugar de tener un padre y una madre o solo un padre o solo una madre, para sustituir la pérdida o abandono de los naturales, se encuentre con que tiene dos padres y ninguna madre o dos madres y ningún padre o haya que convertir a una mujer en padre o a un hombre en madre.

En cualquier caso, recuerda que “la posible regulación de un matrimonio entre personas del mismo sexo, o de una unión de estas, distinta del matrimonio, es una cuestión que queda a la decisión de los Estados”. Así mismo el Magistrado D. Andrés Ollero Tassara:

destaca que la inclusión del matrimonio homosexual al ordenamiento jurídico español debió haber incluido una reforma del artículo 32 de la CE. Y sostiene que con la posibilidad del matrimonio gay esta institución “pasa de entenderse como un vínculo de relevancia social a enfocarse como una desvinculada vía de emancipación individual.

El precio de esta operación de ingeniería social es la desnaturalización de la institución misma y la desprotección de los bienes jurídicos de dimensión social que amparaba. Tanto el matrimonio como la familia son realidades antropológicas que el derecho se limita a reconocer, asegura

Ollero Tassara. El matrimonio es pues una ‘institución garantizada por la Constitución’; tan conocida como para no necesitar definición. En tal sentido y refiriéndose a la sentencia en comento, el magistrado Juan José González Rivas manifestó “la unión entre personas del mismo sexo como matrimonio, desnaturaliza la esencia de la institución querida por el legislador constituyente y modifica los requisitos subjetivos esenciales para su legítimo ejercicio”, aunque no se opone a “las uniones duraderas entre personas del mismo sexo sean objeto de una especial consideración por el legislador”. También se muestra en contra de las adopciones por parte de adoptantes del mismo sexo, que según él “contraviene la configuración constitucional de la filiación y atenta al prevalente interés del menor”.

Por último, el Magistrado Manuel Aragón Reyes expuso en su voto particular que critica algunos aspectos formales de la sentencia y esencialmente al uso que se da al término “interpretación evolutiva”. “La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional”. Si de todo lo mencionado y debidamente soportado se concluye que el matrimonio es una institución en la que se unen un hombre y una mujer a los fines de la procreación de la raza humana, ¿cómo se llega hoy en día a subvertir todo el orden constitucional y legal para que dos hombres o dos mujeres contraigan matrimonio entre sí en España?

La situación actual en Colombia respecto a la unión de personas del mismo sexo, según las últimas informaciones, es que

“El día 24 de julio de 2013 se celebró el primer matrimonio entre parejas del mismo sexo en Colombia, entre dos hombres, por la juez 67 civil municipal de Bogotá, siendo este un paso muy grande en el contexto colombiano y una apertura a la igualdad”.

Ahora bien, por qué ocurre esto, para responder la pregunta tenemos que analizar el alcance de la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana número C-577 del 26 de julio de 2011, de la que se desprende “la Corte Constitucional publicó el texto del fallo de constitucionalidad que ordenó legislar acerca de una institución contractual que les permita a las parejas homosexuales constituir una familia, como alternativa a la unión de hecho. El alto tribunal dio a conocer las razones para declarar exequible la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del

Código Civil, que define la institución del matrimonio. Según la Sentencia C-577 del 2011, el constituyente de 1991 no previó el matrimonio para las parejas homosexuales. La Corte recordó que entre las variadas formas de familia, se encuentra la familia homosexual.

El concepto de familia, aclaró, no puede ser entendido de manera aislada, circunscrito al vínculo matrimonial, sino en concordancia con el principio de pluralismo. La sentencia reconoce que en los últimos años ha cambiado la interpretación tradicional del primer inciso del artículo 42 de la Constitución, que instituye a la familia como núcleo esencial de la sociedad. Así las cosas, no es admisible que el único vínculo jurídico que da lugar a la familia sea el matrimonio entre heterosexuales, pues la voluntad responsable de conformarla también tiene la capacidad de formar vínculos familiares jurídicos o naturales.

De acuerdo con la Corte, la Constitución de 1991 no concibió el vínculo matrimonial para las parejas homosexuales, pues, para ese momento, no existía una reivindicación de los derechos de esta comunidad. Sin embargo, aclaró que la Carta no prohíbe la existencia de una institución alterna a la unión de hecho que permita formalizar la voluntad responsable de conformar una familia homosexual.

Según el alto tribunal, la unión marital de hecho es insuficiente para superar la deficitaria protección que tienen estas parejas frente a las heterosexuales, que pueden escoger entre dicha unión y el matrimonio. La Corte exhortó al Congreso de la República para que regule la institución contractual llamada a remediar esa situación, con un amplio margen para determinar su denominación, naturaleza y alcance. El parlamento explicó que la corporación es el escenario que debe regular la familia y el matrimonio, pues se trata del foro democrático por excelencia. De otra parte, señaló que la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales obligó a fijar el 20 de junio del 2013 como fecha límite para expedir la legislación correspondiente. Si se superó ese término, los notarios o jueces deberán formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia a las parejas homosexuales.”

Para conocer con mayor detalle el significado de la palabra matrimonio es pertinente conocer su etimología, para ello se hace referencia al Libro de las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio, quien señala:

Ley 2: Matris y munium son dos palabras del latín de que tomó nombre matrimonio, que quiere tanto

decir en romance como oficio de madre. Y la razón de por qué llaman matrimonio al casamiento y no patrimonio es esta: porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que no el padre, pues como quiera que el padre los engendre, la madre sufre gran embargo con ellos mientras que los trae en el vientre, y sufre muy grandes dolores cuando ha de parir y después que son nacidos, lleva muy grandes trabajos en criarlos ella por sí misma, y además de esto, porque los hijos, mientras que son pequeños, más necesitan la ayuda de la madre que del padre. Y porque todas estas razones sobredichas caen a la madre hacer y no al padre, por ello es llamado matrimonio y no patrimonio (Alfonso X, el Sabio, Partida Cuarta, Libro de las Partidas o de las Leyes (1256-1265)).

Referencias

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364> [con acceso el 27-09-2013]

Constitución Política de Colombia, Momo Ediciones, Santa Fe de Bogotá D.C- Colombia, año 2003, p. 34.

Constitución española, Editorial Tecnos, 15 Edición, Madrid, España, año 2008, p. 32.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Imprenta Nacional, mayo de 2001, Caracas, Venezuela, pp. 28 y 29.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Imprenta Nacional, mayo de 2001, Caracas, Venezuela, pp. 83 y 84.

Constitución Española, Editorial Tecnos, 15 Edición, Madrid, España, año 2008, pp. 31, 35, 47 y 48.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Imprenta Nacional, mayo de 2001, Caracas, Venezuela, pp. 26, 27 y 83.

Constitución Política de Colombia, Momo Ediciones, Santa Fe de Bogotá D.C- Colombia, año 2003, pp. 10, 17 y 18.

Constitución española, Editorial Tecnos, 15 Edición, Madrid, España, año 2008, pp. 47 y 48.

<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/15/esp/1352974451.html> [con acceso el 24-09-2013]

[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120528_01\(corte_publica_sentencia_que_ordena_legislar_sobre_matrimonio_homosexual\)/noti-12052801\(corte_publica_sentencia_que_ordena_legislar_sobre_matrimonio_homosexual\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120528_01(corte_publica_sentencia_que_ordena_legislar_sobre_matrimonio_homosexual)/noti-12052801(corte_publica_sentencia_que_ordena_legislar_sobre_matrimonio_homosexual).asp) [con acceso el 31-08-2013]

Etimología-de-la-palabra-matrimonio. Recuperado de <http://josemany.net.blogspot.com/2011/08/etimologia-de-la-palabra-matrimonio.html> [con acceso el 01-09-2013]

República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Reporte de Decisiones del 2do Semestre del año 2000, CD, Sala Constitucional, Exp. N°: 00-1408

Taleva, O. (1995) Derechos Humanos. Valletta Ediciones S.R.L., pp. 60, 61 y 62.

DEMOCRATIZACIÓN Y ACCESO A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC) DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA GARANTÍA DEL DERECHO

Democratization and access to Information and Communications Technology (ICT) from the perspective of the legal guarantee of the right

*Lino J. Pereira Monterroza
Jmhf1978@gmail.com
Universidad Central de Venezuela
Caracas, Venezuela

Resumen

En Colombia, el acceso a las telecomunicaciones como soporte para el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información derivados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, muestra un alto grado de conexidad entre las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y algunos derechos constitucionalmente reconocidos, en consonancia con la pretensión de parte del Estado colombiano de garantizar la difusión de las nuevas tecnologías para la información y las telecomunicaciones bajo el principio de neutralidad; lo cual aporta nuevos retos y oportunidades para construir una sociedad más justa, igualitaria, participativa y democrática. No obstante se requiera bajo esta consideración de un nuevo escenario político social y económico de acciones, tendiente a evitar nuevos tipos de exclusión y discriminación, entre ellas la informática, la alfabetización digital y la conectividad total, que constituyen el desafío más importante de la era digital en manos de los constructores de la sociedad del conocimiento y la información.

Palabras clave: derechos humanos, principios constitucionales, nuevas tecnologías de la información y la comunicación, sociedad del conocimiento.

Abstract

In Colombia, access to telecommunications as a support for the exercise of the rights to freedom of expression and information derived from the Universal Declaration of human rights, It shows a high degree of relatedness between the new technologies of information and communication technology (ICT) and some constitutionally recognized rights, consistent with the claim by the State Colombian ensure the diffusion of new technologies for information and telecommunications under the principle of neutrality; which provides new challenges and opportunities for building one more just society just, egalitarian, participatory and democratic. However required under the consideration of a new political, social and economic scenario of actions, to prevent new types of exclusion and discrimination, including computer science, digital literacy and total connectivity, which constitute the most important challenge of the digital age in the hands of the builders of the knowledge society and the information.

Keywords: human rights, constitutional principles, new technologies of information and communication society.

* Licenciado en Ciencias Sociales Universidad del Atlántico. Maestría en Política y Gestión de la Innovación Tecnológica Universidad Central de Venezuela. Doctorando en Investigación y Desarrollo. Consultor en Tendencias Tecnológicas[jmhf1978@gmail.com]

Introducción

Un aspecto relevante del nuevo paradigma dentro del desarrollo histórico de la cultura humana es la Sociedad de la Información, la cual se encuentra ampliamente apoyada y sustentada en las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, donde estas son la materialización de la inventiva del hombre, y de acuerdo a una lógica prefigurada de la existencia de las cosas, todo cuanto es creado por el hombre está sujeto a un determinado grado de transformación, modernización e innovación; por tanto, la sociedad y el marco general de las relaciones sociales y políticas que le caracterizan, también están sujetas al mismo influjo de transformación.

La comunicación y la información como necesidades naturales, hoy soportadas las nuevas herramientas tecnológicas dispuestas como medio para este fin, son resultado de la aplicación del conocimiento derivado de la ciencia a través de la tecnología, ambas -la comunicación y la información apoyadas en las TIC- se han constituido en un sistema cada vez más complejo, expansivo y dinamizador de relaciones sociales y con ello la cosmovisión que se tenía del mundo.

Las personas hoy siguen siendo el elemento medular de todo el ecosistema de la información; la sociedad de la información y el conocimiento se apoya en multiplicidad de medios para la difusión comunicativa de sus contenidos. Dichos medios pueden variar en formas de señal o signos, preferiblemente codificados a través de medios electrónicos y digitales para su transmisión, con ello van revaluando conceptos tan tradicionales como el espacio, el tiempo y la distancia, e incluso los roles entre el emisor y el receptor pueden llegar a ser simultáneamente dinámicos.

Hay que dejar en claro que los mecanismos sociales de intercambio de información y conocimiento son tanto o más importantes que cualquier tipo de tecnología de la información hasta hoy desarrollada; por esta razón, las voluntades de intercambio y la necesidad de compartir información se convierten en las bases democráticas de una verdadera sociedad del conocimiento, y frente a la constante evolución en el marco de intereses y preferencias propias del ser humano como estructuras biopsíquicosociales inacabadas, el desarrollo de nuevas formas de relación, interacción y comunicación, tanto entre pares como frente al entorno, se encuentra en constante expansión de sus fronteras. He ahí la razón de los grandes esfuerzos económicos, científicos

y tecnológicos por parte de poderes políticos y económicos de corporaciones y Estados por establecer, predecir, orientar y condicionar el éxito y el sentido de las tendencias tecnológicas que cada vez más moldean y transfiguran las vidas.

Por lo general, el impacto benévolo de las TIC en realidad pretende mejorar las formas de comunicación y el acceso a la información de todos los seres humanos, teniendo un gran escenario de receptividad positiva los nacidos en la era de la sociedad post-industrial, la era digital, ofreciéndoles grandes ventajas además de una gran oferta de bienes y servicios en constante competencia en el marco de un escenario de globalización de la cultura, la economía y los servicios que como extensión directa, van dirigidos a la mejora de la calidad de vida y al desarrollo económico de la sociedad.

Dentro de un marco tan amplio de generalidad en la concepción de beneficiarios directos por las TIC, se termina teniendo un terrible impacto particular en una minoría que escapa a dicha categoría, pues no todos poseen los mecanismos, los recursos o las capacidades suficientes para acceder a determinado tipo de medio, tecnología, bien o servicio de manera democráticamente estandarizada.

Un caso particular de esto es la “Diversidad funcional”, término acuñado por el Foro de Vida Independiente para designar lo que habitualmente se conoce como “discapacidad.” Este término pretende eliminar la negatividad en la definición del colectivo, y reforzar su esencia de diversidad, pero este, como otros tantos aspectos en un esfuerzo por comprender el desarrollo e impacto en la sociedad de las TIC, es sólo la punta del iceberg.

Se pretende a lo largo del presente documento abordar la necesaria vinculación que debe existir entre la dignidad de los seres humanos, entendida bajo el principio de libertad, los derechos humanos que la garantizan y el nuevo espacio relacional que surge en la sociedad de la información y el conocimiento, y su directa implicación en el marco normativo colombiano.

Los Derechos Humanos de Cuarta Generación se convierten hoy día en la bisagra que hace posible esa conexión en una fórmula indivisible para hacer del ciberespacio y las relaciones sociales mediadas a partir del uso de las TIC, unas relaciones más justas y éticas.

La dignidad y los derechos humanos: su implicación en las TIC

Abordar el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, su impacto en la sociedad, sus alcances y limitaciones desde una perspectiva jurídica que evidencie su conexidad con los derechos humanos, escapando tanto al lenguaje técnico del cual es objeto desde su creación y concepción *la tecnología* como al de su interpretación jurídica -el derecho-, constituye un gran desafío.

Las TIC tienen un amplio espectro de elementos a ser analizados desde sus dimensiones político-sociales. Por un lado, tiene el principio de la *“dignidad”*, el cual denota la «cualidad de digno», expresión que deriva del adjetivo latino <digno> y se traduce por «valioso», haciendo referencia al valor inherente de cada ser humano en cuanto ser racional, dotado de *libertad y poder* creador, característica fundamental, inherente en la persona dado que puede modelar y mejorar su vida mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad, elemento que también lleva implícita la voluntad.

Los estudios en el campo de la *Diversidad funcional* como elemento preponderante en la relación TIC y derechos humanos en Europa, adelantados por Javier Romañach, rescatan el concepto de *Dignidad* apoyándose en María Teresa López de la Vieja (López de la vieja, 2005, pg. 83), en la que se establece:

la «Dignidad» es sinónimo de libertad, de autonomía, de integridad que merece atención y respeto. Se atribuye a seres con valor intrínseco. El ser humano debería ser tratado como un fin en sí mismo, según la fórmula kantiana. Indica que los humanos tienen un valor superior, que es independiente de las circunstancias. Por eso se suele hablar de su «inviolabilidad» o de valor «inalienable». Tales características están reforzadas en la «santidad de la vida», concepto que ha sido usado algunas veces como sinónimo de «dignidad de la vida». A pesar de que el primero, la santidad, se encuentra más ligado a la tradición religiosa que la dignidad.

Es así como Romañach propone el estudio desde:

una división instrumental que contemple la dignidad en dos vertientes: la dignidad intrínseca, relacionada con el valor intrínseco del ser humano o el tradicional concepto de “santidad” de la vida humana, y la dignidad extrínseca, relacionada con los derechos y condiciones

de vida que definen las reglas de convivencia social y la interacción del individuo con su entorno (Romaña, 2005).

En tal sentido, ambas vertientes de la *dignidad* se encuentran armónicamente referidas a lo largo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948¹ al exponer en su preámbulo lo siguiente, “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2013).

Nótese la expresión *Dignidad Intrínseca*, utilizada como elemento equivalente tanto en *los derechos fundamentales del hombre*, como en *el valor de la persona humana* y en *la igualdad de derechos*, como lo confirma la lectura seguida del preámbulo en el cual se halla otra mención:

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en *la dignidad* y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad (Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Como verá a continuación, en el desarrollo de toda la declaración se vuelve a invocar la dignidad como elemento equivalente a valor en el desarrollo, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Artículo 1°, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2013).

En las siguientes dos menciones, el principio de la dignidad pasa de ser una consideración *intrínseca* a ser una *extrínseca* de sí:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante

¹ Es menester aclarar que la (DUDH) constituye un documento de carácter orientador, son los pactos y tratados internacionales los que poseen un carácter obligante frente a los Estados firmantes. La Declaración en un instrumento de proclamación adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A-III en París, el 10 de diciembre de 1948; consta de 30 artículos en donde se exponen los Derechos Humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco de 1945, La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos comprende lo que comúnmente se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos.

el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (Artículo 22°, Declaración Universal de los Derechos Humanos).

“Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. (Artículo 23°, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2013).

Ambos artículos, tanto el 22° como el 23° inciso 3, dejan en clara evidencia la relación entre derechos y dignidad, siendo la dignidad un principio preponderante para un desarrollo integral y armónico de todo ser humano, desde una perspectiva sensata para toda política pública en ciencia, tecnología e innovación debe concebir como factor sustancial al ser humano y su inexorable valor.

Según Javier Romañach, el 20% de la población mundial registra algún tipo de *Diversidad funcional*. Este número representa un segmento nada despreciable para los intereses de las empresas que hacen de la *inclusión, la democratización y el acceso* un rentable segmento en sus mercados como proveedores de servicios TIC (Martínez, 2004, pg. 663). En consecuencia, la no consideración de las múltiples formas de Diversidad funcional afectaría derechos fundamentales consagrados en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, promoviendo desde una nueva perspectiva, flagelos históricamente reprochables como la *exclusión* y la *discriminación*.

Frente a estos retos fijados por el nacimiento de un nuevo escenario de transformación social y política, Jesús Ortega Martínez (2013) hace un llamado a la reflexión al considerar los desafíos inmediatos para el derecho constitucional que enmarcan el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, TIC, toda vez que:

el tránsito de las formas económicas y políticas del siglo XVIII a las del nuestro ha redundado en una importante mutación del sentido y el alcance de los derechos humanos (...) el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información vinculadas a la revolución de las telecomunicaciones ha planteado una nueva problemática, las denominadas TIC han penetrado nuestras relaciones sociales de un modo

tan acelerado, que han producido una auténtica revolución de la información, del mismo modo que en su momento fue la Revolución industrial; amenazando con transformar por completo nuestra idea de sociedad y las estructuras que la conforman.

En este sentido, se hace necesario crear garantías tanto de orden normativo como en materia de políticas públicas, producto de la nueva configuración de la realidad que implica el advenimiento de las TIC y su impacto a todo nivel en el desarrollo de la sociedad.

Este mismo proceso evolutivo tuvo lugar en el derecho, resultado de la confluencia de múltiples condiciones de orden histórico, político y cultural que desencadenaron el surgimiento de nuevos derechos que permitieron fortalecer, proteger, activar, reforzar, dinamizar, principios macro o rectores que garantizaran el estatus del individuo en sociedad.

Es así que, bajo esta dinámica de evolución, Jesús Ortega Martínez muestra cómo *los derechos humanos de primera generación* conocidos como los *derechos civiles y políticos*, integrados por derechos personalísimos que abarcan todo el respeto a la vida, la integridad física, el reconocimiento de la personalidad jurídica, el honor, la libertad de conciencia, pensamiento y expresión, derechos que promueven el desarrollo democrático, el control del poder, la seguridad jurídica, y la posibilidad de un proceso legal dotado de garantías, limitando así el poder del estado frente los individuos, estableciendo un equilibrio entre institución y ciudadano; todos estos derechos (...) *se soportaron axiológicamente a partir de la necesidad existencial del ser humano como ser racional primero en lo privado y después en lo público.*

Los derechos de segunda generación se incorporan a partir de la tradición del pensamiento humanista y socialista; estos derechos son de naturaleza económica y social, e inciden sobre la expresión de igualdad de los individuos. Para Ortega Martínez, esta segunda generación de derechos es la que hace el tránsito de la democracia formal a la democracia material; del Estado de derecho, al Estado social de derecho, el cual se fundamenta en “la necesidad del desenvolvimiento de éste en los marcos sociales y económicos de una necesidad determinada; en retrospectiva, los derechos de primera generación defendían a los ciudadanos frente al poder del estado, pero ahora se exige cierta intervención del estado para garantizar un acceso igualitario a derechos ya consagrados tal y como explica Javier Bustamante Donas, estos derechos de segunda generación son activadores “para compensar las desigualdades naturales creadas por las ventajas y desventajas

de clases, etnia y religión que caracterizan las diferencias sociales de los individuos desde su propio nacimiento (Donas, 2001).

Los derechos de tercera generación hacen referencia a los derechos de la solidaridad, y se manifiestan a partir de los años 60 del siglo XX. Su existencia radica en la necesidad de mantener la subsistencia de la raza humana y de su medio ambiente como reserva para generaciones posteriores.

La dinámica de desarrollo de las tres generaciones de derechos lleva consigo y entre sí características como la universalidad, la irreversibilidad, la indivisibilidad, la integridad y la interdependencia, constituyendo de esta manera la progresividad jurídica positiva; factor histórico esencial para poder conceptualizar la idea de una cuarta generación de derechos, dado que a través de su evolución jurídica, esta condición de irreversibilidad busca los medios para consolidarse a través de nuevos mecanismos de protección eficientes. Para Donas (2001), estas políticas son:

el reconocimiento de un contexto en el que surgen nuevas necesidades humanas y donde estas exigencias obligan a desarrollar nuevos derechos que garanticen el acceso universal a formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad, de libertad y de calidad de vida.

Derechos humanos de cuarta generación

Los derechos de cuarta generación surgen de la necesidad explícita por parte de los Estados de asegurar a todos los individuos el libre acceso a las tecnologías de información y comunicación, fomentando el flujo e intercambio de información, alentando la transferencia de conocimientos, estimulando la innovación y la formación de sus ciudadanos con el objetivo de superar las grandes asimetrías y la brecha digital, aspectos determinantes para todos los actores que buscan la consolidación de la *sociedad del conocimiento y la información*. Para ello, es fundamental evitar la aparición de nuevas formas de exclusión, discriminación y dominación en los pueblos; la pretensión es reducir al máximo la desigualdad entre los países de desarrollo tardío y los desarrollados, así como al interior de sus naciones.

Como se ha evidenciado, el hombre invirtió encomiables esfuerzos para cristalizar el establecimiento de sus derechos humanos; para ello ha tenido que librar grandes luchas en

diferentes campos hasta ahora conocidos. Actualmente un nuevo escenario ha emergido como lugar para estas luchas, *el Ciberespacio*, el cual, paradójicamente, será la esfera indeterminada e indefinida aún, en donde mayor repercusión tendrá un cambio en el redimensionamiento de todas las relaciones sociales que se encuentren bajo este influjo del paradigma *tecnocientífico*, tal como lo afirma Pérez Tornero: “*a partir del siglo XX, el ser humano ha pasado por diversas etapas en el desarrollo social que han marcado la vida cotidiana, la cultura, la educación y la economía*” (2001, p.18). En esencia, los mecanismos de dominación, delimitación, restricción, protección de los derechos en este nuevo *techno-espacio*, el *ciberespacio*, a través del cual será posible la existencia de una *Sociedad del conocimiento* y la información.

Parafraseando a Javier Donas, al hablar de la necesidad por parte de los Estados de reconocer en los derechos de cuarta generación un elemento dinamizador que garantice el respeto, la dignidad y la efectiva ejecución de principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; tiene más que ver con el hecho de poner de manifiesto las limitaciones, e impulsar las acciones que garanticen el acceso a las TIC o sus condiciones mínimas necesarias y sean técnicas, económicas o culturales, las cuales permitirían un amplio desarrollo de formas más avanzadas de participación pública y democrática, de intercambio, de libre expresión y difusión de ideas y creencias, garantizando un pleno desarrollo de la personalidad.

El *Ciberespacio* es la nueva realidad social en la que empieza a consolidarse la concepción de nuevos derechos; este se encuentra compuesto por elementos como la virtualidad, la internet, la atemporalidad, la ubicuidad, la telepresencia, las redes informáticas, las terminales electrónicas, el dato, el metadato, el hipervínculo, los contenidos digitales, entre otros. Al parecer, la lucha del hombre por mantener su *dignidad*, su *Libertad*, su *igualdad* como elementos sustanciadores de la vida misma en la especie humana.

La característica fundamental entre estos *derechos implícitos* denominados de cuarta generación y los de la tercera generación radica esencialmente en el uso y aprovechamiento de las TIC como instrumento para satisfacer las necesidades de los individuos, de las comunidades y la sociedad en general; en el entendido de que estas se convierten en un instrumento su disposición para garantizar la plena realización de sus derechos; en tal sentido, el acceso universal a las tecnologías de la información y las comunicaciones es el punto de encuentro entre las aspiraciones de todos los individuos que construyen la *sociedad de la información*

y el conocimiento, pues esta, tal y como advierte Ortega Martínez:

está al servicio del interés público y el bienestar social, mediante su contribución a la erradicación de la pobreza, la generación de la riqueza, la promoción y el realce del desarrollo social, la participación democrática, la diversidad lingüística y la identidad cultural (2013 p. 678).

Como resultado de las transformaciones históricas y culturales propias en el desarrollo de la civilización hacia modelos de organización social y política cada vez más complejas, el ordenamiento jurídico tiene necesariamente que adaptarse al contexto de estas nuevas realidades. El *Ciberespacio* en la *era digital* implica una nueva forma de interacción social, hecho que debe estar amparado por las leyes para convivir al margen de la *civilidad*, la cual, además de requerir un conjunto de normas, también amerita un nuevo tipo de *ética* para ser un miembro activo en la Sociedad del conocimiento y la información, espacio en donde se cristalizarían por fin los principios universales de *respeto, unidad y diversidad*, representando una alternativa para la mejora de la condición humana a través de la libertad, la justicia y la igualdad que, gracias a las TIC, habrá de trascender fronteras.

Se les reconoce a John Perry Barlow, Robert B. Gelman, Lawrence Lessing y recientemente Emilio Suñé Llinás, la consolidación de una *propuesta de Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio*; Barlow tiene el mérito de haber proclamado una declaración de independencia del ciberespacio (1996), en respuesta a la *Communications Decency Act*, aprobada por EEUU justo un día antes de su acto.

Por su parte, Gelman (1997) basó su propuesta en los principios que inspiran la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, persiguiendo el objetivo de hacer de este *entorno virtual* “*un espacio en el que se promuevan lo más noble del pensamiento y de los ideales humanos, así como un nuevo tipo de concepto de ciudadanía que ayude a promover una ética solidaria*”.

Lessing ha contribuido a la expansión de todo este fenómeno de las TIC como fundador del *Centro para Internet y la Sociedad* de la Universidad de Standford, además de ser el artífice de la iniciativa *Creative Commons* y autor del libro *Cultura libre*, el cual ha promovido grandes iniciativas en torno a la cultura del conocimiento libre o abierto, elemento de base indispensable para inspirar una nueva cultura entre los que conforman la sociedad del conocimiento.

Suñé (2008), por otro lado, ha propuesto:

el manifiesto para una nueva ilustración, así como una constitución del Ciberespacio bajo las cuales expone que la libertad de información sólo se aplica a la información, esto es, aquella que genera conocimiento; y con ello libre e igual acceso a la información, eliminación de la brecha digital, accesibilidad de la información, igualdad de oportunidades en la producción y difusión de información, equilibrio entre propiedad intelectual y libre flujo de la información, prohibición de monopolios y oligopolios de información, derecho a la inviolabilidad de la información, derecho al Habeas Data, o protección de datos personales, derecho al secreto de las comunicaciones, la prohibición de los monopolios de poder en Internet, protección de menores, dignidad de la persona, libertad de trabajo y comercio en el ciberespacio, así como garantía institucional de los Derechos Humanos en el Ciberespacio.

Estos derechos en el *Ciberespacio*, núcleo de la *sociedad de la información y el conocimiento*, sólo posibles a través de la evolución de las TIC y su vertiginosa absorción por parte de las personas como fenómeno social en expansión, están amparados -implícitamente- en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y recogidos por muchas constituciones de Estados democráticos en el mundo, es una necesidad casi manifiesta articular el marco normativo nacional en un contexto que trasciende paradójicamente todo tipo de fronteras; a lo que resulta una interesante serie de preguntas como: *¿quién o quiénes controlan el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación? ¿Quiénes producen los contenidos digitales de más alto consumo en la sociedad del conocimiento y la información? ¿Quiénes son los proveedores de esta TIC y de qué dependen los Estados para su asimilación? ¿Es asimilación y adaptación tecnológica o a-culturización e imposición tecnológica?*

Las tic, la convergencia y la garantía de derechos en Colombia

Bajo el estado actual del desarrollo de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones y su directa implicación en la vida de las personas, existe la necesidad de reconsiderar algunos aspectos en materia del derecho, a saber los relacionados con la vida privada de las personas, *la intimidación, la inviolabilidad del domicilio, y el secreto en las telecomunicaciones*; no obstante, existen otros derechos directamente relacionados con objeto de un serio análisis por parte de la jurisprudencia como son *los derechos de autor, la*

propiedad intelectual, la seguridad informática, la clasificación de contenidos, la libertad de expresión, a la comunicación libre, la participación, la educación, entre otros.

Uno de los retos en los que el derecho ha de verse más comprometido es el de buscar un adecuado equilibrio entre la *garantía y protección* de los derechos antes mencionados y los intereses del Estado como la seguridad nacional, así como los límites que este debe imponer frente a lo que representan otros derechos tanto a niveles colectivos como individuales.

La igualdad en las condiciones de acceso a las nuevas tecnologías bajo la óptica del servicio universal es otro de los desafíos actuales, pues las grandes asimetrías en términos de cobertura y penetración de las TIC podría desencadenar diferentes tipos de sociedad de la información, tal y como sucede en estos días, al evidenciar diversos modelos de sociedades industrializadas o semi-industrializadas y sus respectivas relaciones de dependencia.

Es notorio que el crecimiento a la sombra marginal de algunas sociedades o países frente a las tendencias tecnológicas de otros, no solo contribuye a la formación de una enorme brecha digital, sino que también aporta a la generación de grandes desigualdades que se traducen en un lento desarrollo económico y social.

En consonancia con la *garantía en la difusión de las nuevas tecnologías para la información y las telecomunicaciones* por parte del Estado colombiano, aporta nuevas oportunidades para construir una sociedad más justa e igualitaria, participativa y democrática. Evitar a toda costa todo tipo de exclusión, entre ellas la informática, constituye el reto más importante de la era digital en manos de los constructores de la sociedad de la información y el conocimiento.

En Colombia, *el acceso a las telecomunicaciones* como soporte para el ejercicio de *los derechos a la libertad de expresión e información* muestra en un alto grado de conexas entre las TIC y algunos derechos constitucionalmente reconocidos en el marco de la Ciencia y la Tecnología.

Es así como el Estado concibe a través de su carta constitucional apoyándose en los medios masivos de comunicación implícitamente *Mass Media*, la *garantía* de derechos para todas las personas, para que estas puedan ejercer su *libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones*. Las TIC favorecen la dinámica social ya que:

Garantizar a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y

recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura. (Constitución Política de Colombia).

El Estado Colombiano tiene la oportunidad de contemplar a partir de una eficiente y real *transferencia de tecnologías* para la información y las comunicaciones, de la mano con esfuerzos pertinentes en el desarrollo de sus *capacidades tecnológicas* y su posterior capacidad de *aprendizaje tecnológico*; una infinita cantidad de ventajas derivadas de *la telemática, la observación satelital*, y la articulación de *sistemas de información regionales* para la planificación de su desarrollo, una extensa gama de aplicaciones útiles en labores como el monitoreo y el control de riegos, la detección temprana de plagas, seguimiento de obras de infraestructura en el campo, supervisión de cultivos, así como la seguridad y defensa, la seguridad alimentaria, el control y la prevención de desastres, aspectos que quedan cubiertos por una correcta *gestión tecnológica* cuando se pretende que:

La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras. De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad. (Artículo 65°. Óp. cit).

Por otro lado, si la *educación es un derecho* de la persona, y además es objeto de *garantía* por parte del Estado, así como también lo es *el acceso al conocimiento*, la ciencia, la técnica y la cultura misma: *¿Qué mejor medio que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para difundirla? ¿Qué mejor forma que impulsar la educación en comunidades geográficamente remotas que a través de la virtualidad y la educación a distancia apoyada en procesos de E-learning? ¿Qué mejor forma de promover la ciencia y la técnica que fortaleciendo las redes de investigación e innovación, apoyadas en la sociedad del conocimiento y la cooperación on-line?*

Dicho lo anterior, las TIC son una poderosa herramienta para la consecución de tan loable principio:

La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca

el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. (Artículo 67º. Óp. cit).

Otro ámbito que se vería ampliamente beneficiado es el universitario, desde la óptica de la garantía de derechos se favorecería considerablemente si se apoyara en las TIC para potencializar tanto sus recursos como sus alcances, los *Campos Universitarios virtuales* así como el *sistema de información universitaria* y las *bases de datos asociadas* son una herramienta fundamental no solo en la planificación eficiente de sus acciones, sino también en la maximización de sus beneficios; casos como *universidad en RED* así lo demuestran. Las TIC ayudarían fuertemente al Estado frente al reto que implican, por un lado:

(...) Garantizar la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior. (Artículo 69º. Óp. cit). Y por el otro (...) El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación (Artículo 70. Óp. cit).

Las TIC son los mejores instrumentos para derribar las fronteras, para acortar las distancias en el marco del reconocimiento y la diversidad. Siendo Colombia un país con grandes rasgos regionales como Nación, es menester integrarlo en el marco de la diversidad de la unidad; la cultura es un valor inmaterial sobre el cual se acuña la identidad nacional, la globalización trae como reto afrontar procesos de aculturización, esencialmente desplegados por los medios convergentes de comunicación, proceso imposible de contener, lo cual implica una necesidad por parte del Estado, quien a través de una política pública integral en TIC promueva e incentive la generación de contenidos digitales que incursionen y contrarresten los efectos de la a-culturización y que estimule el rescate de valores.

En el marco de un conjunto de reflexiones respecto a las TIC y su directa implicación frente al desarrollo normativo en Colombia, cabe mencionar que actualmente se cuenta con grandes y recientes avances en la materia, de los cuales

solo se relacionarán algunos de los más importantes dada la extensión de su producción jurídica:

– Ley 115 de 1994, dentro de los fines de la educación, en su Artículo 5º el numeral 13 indica que “*La promoción en la persona y en la sociedad de la capacidad para crear, investigar, adoptar la tecnología que se requiere en los procesos de desarrollo del país y le permita al educando ingresar al sector productivo*”. (Art.5º. Numeral 13 de 1994).

– Ley 1221 de 2008. “Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones”.

– Ley 1245 de 2008. “Por medio de la cual se establece la obligación de implementar la portabilidad numérica y se dictan otras disposiciones”.

– Ley 1273 de 2009 “Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado “de la protección de la información y de los datos” - y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones”.

– Ley 1287 de 2009 “Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997 (por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación) y se dictan otras disposiciones”.

– Ley 1569 de 2012 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, suscrito en Nueva York, Estados Unidos de América, el doce (12) de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974)”.

– Ley 182 de 1995 “Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”.

– Ley 252 de 1995 “Por medio de la cual se aprueban “la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones” y el “Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones”, el Protocolo Facultativo sobre la solución obligatoria de controversias relacionadas con la Constitución de la Unión Internacional de

Telecomunicaciones, el “Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones” y los Reglamentos Administrativos adoptados en Ginebra el 22 de diciembre de 1992” (Ley general de educación y ley 115 de 1994).

De igual manera, la expedición de la Ley 1341 del 30 de julio de 2009: “*Por la cual se definen principios y conceptos sobre la Sociedad de la Información y la organización de las Tecnologías de Información y Comunicaciones*”, es un claro esfuerzo del Estado colombiano por brindarle al país un marco normativo vanguardista, favoreciendo el desarrollo del sector de tecnologías de información y comunicación, promoviendo su acceso y uso a través de su masificación, buscando garantizar la libre competencia, el uso eficiente de la infraestructura y el espectro; en especial, fortalece la protección de los derechos de los usuarios. Esta ley brinda un marco legal consistente en un escenario claro de convergencia tecnológica, lo cual se traduce directamente en nuevas oportunidades de negocio para los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, introduce en el país el principio de *neutralidad tecnológica*, lo cual no es filosóficamente correcto, pero sí políticamente aceptable. También crea la *Agencia Nacional del Espectro* para la gestión, planeación, vigilancia y control del espectro radioeléctrico y fortalece la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Así mismo, promueve el desarrollo de contenidos y aplicaciones y la formación de talento humano en estas tecnologías.

Para terminar, hay que reconocer que los gobiernos actualmente requieren de una vinculación conceptual y prospectiva en el diseño de políticas públicas que pretendan abordar el fenómeno TIC y sus efectos positivos y negativos colindantes con una nueva generación de derechos, que son tanto o más dinámicos que la variabilidad misma con la que se manifiestan estas tendencias tecnológicas; también es necesario dejar abierta la reflexión sobre el hecho de que si bien es cierto, existe una abundante cantidad de instrumentos jurídicos en Colombia que responde reaccionariamente al impacto de las TIC.

Referencias

Constitución Política de Colombia, Artículo 20° disponible en <http://bit.ly/h5l3y>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 1° [citado 05-09-2013], Disponible en <http://bit.ly/1gjLLeF>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 22° [citado 05-09-2013], Disponible en <http://bit.ly/1gjLLeF>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 23° Numeral 3 [citado 05-09-2013], Disponible en <http://bit.ly/1gjLLeF>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo [citado 05-09-2013], Disponible en <http://bit.ly/1gjLLeF>

Donas, J. (2001) “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana”, La sociedad de la información. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, OEI. Madrid España (2001) ISSN-e: 1681-5645, disponible en <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

Gelman, Robert B., (1997). Declaración de los derechos humanos en el ciberespacio, <http://www.arnal.es/free/info/declaracion.html>. La versión original se encuentra en: <http://www.be-in.com/9/ten/rightsdec.html>.

Ley 115 del 8 de Febrero de 1994. Numeral 13. Artículo 5°. Ley General de Educación.

López de la Vieja, M. (2005) “Dignidad, igualdad. La buena política europea”. En Ciudadanos de Europa. Derechos fundamentales en la Unión Europea. Biblioteca Nueva. S.L. Madrid España. pág. 83. ISBN: 84-9742-350-X

Martínez, J. Sociedad de la Información y Derechos Humanos de la Cuarta Generación. Un Desafío Inmediato para el Derecho Constitucional. [en línea], México, pág. 663. Instituto de Investigaciones Jurídicas 2004, [citado 05-09-2013], Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas Y Sistemas Jurídicos Comparados, Formato PDF, Disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/26.pdf> ISBN 970-32-1955-1

Martínez, Jesús. Sociedad de la Información y Derechos Humanos de la Cuarta Generación. Un Desafío Inmediato para el Derecho Constitucional. Pág. 678, Óp. cit.

Pérez, J. (2001) (compilador), “Comunicación y Educación en la sociedad de la información”. Barcelona: Paidós, Pág. 18.

Romaña, J. Nuevas Tecnologías de Información y Comunicación, Óp. cit

Suñé, E. (2008), Declaración De Derechos Del Ciberespacio Universidad Complutense de Madrid, España. Instituto Español de Informática y Derecho. 10 pp. <http://www.ieid.org/Pdf>.

LA EUTANASIA: CONCEPTO, DESARROLLO SOCIO-POLÍTICO Y ÉTICO EN EL MAGISTERIO DE LA IGLESIA CATÓLICA

Euthanasia: concept, socio-political and ethics in the teaching of the catholic church

*Ricardo Azaél Escobar
ricardoazael@gmail.com
UNISANGIL
San Gil, Santander, Colombia

Resumen

Este artículo de carácter reflexivo, desarrolla el tema de la eutanasia desde las ópticas que favorecen esta actividad hasta las que no, haciendo un breve análisis del contexto en el que nace la práctica y las diversas formas de realizarla. El aspecto teórico está constituido por textos que aportan al escrito desde lo filosófico y teológico. Las anteriores opiniones permiten analizar los pro, contras y las diversas manifestaciones de algunos sectores sociales, incluyendo la posición de la ley como la de la Iglesia Católica y desde ahí analizar lo que significa la eutanasia para la sociedad actual que ha avanzado no sólo científicamente, para analizar esta actividad con relación a la dignidad de la persona. Concluye el texto concordando con la Iglesia, al considerar que la eutanasia en su realidad más profunda, constituye un rechazo de la soberanía absoluta de Dios sobre la vida y sobre la muerte.

Palabras clave: conflicto armado, violencia, desplazamiento, autodefensa, guerrillas, Derechos Internacional Humanitario – DIH.

Abstract

This reflective character article, develops the theme of euthanasia from the approaches that encourage this activity to which not, doing a brief analysis of the context in which the practice was born and the ways of carrying it out. The theoretical aspect consists of texts

contributing to the writing from the philosophical and theological. Previous opinions allow analyzing the pros, cons and the various manifestations of some social sectors, including the position of the law as the Catholic Church and from there to analyze what it means euthanasia for today's society which has not only advanced scientifically, to analyze this activity with respect to the dignity of the person. He concludes the text agreeing with the Church, to consider euthanasia in its deeper reality, constitutes a rejection of God's absolute sovereignty over life and death.

Keywords: Armed Conflict, Violence, Displacement, Self Defense, Guerrillas, International Humanitarian Rights - IHL.

Introducción

En el presente texto se pretende analizar *¿Cuál es la posición de la Iglesia Católica en torno a la eutanasia?* Para esto, se incluirá lo que al respecto plantea la doctrina de la misma. De manera metodológica, este trabajo centrará su interés en el análisis documental de modo detallado y seleccionado, el cual se abordó de manera cualitativa, descriptiva y crítica, bajo la consulta de fuentes que se consideran primarias y secundarias.

La sociedad actual está marcada por avances científicos y tecnológicos, lo que con mayor frecuencia se nota en la influencia creciente de las Tecnologías de la

* Doctor en Ciencias Políticas y Sociología; Jefe de Área Socio-Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada Colombia.
ricardoazael@gmail.com

Información y las Comunicaciones, TIC. A pesar de ello, resulta posible encontrar serios cuestionamientos a los valores fundamentales de la vida humana, de la familia y de la sociedad en general, pues esta ciencia que beneficia, de algún modo también ha sido fuente de promoción para la eutanasia, por lo cual su práctica es vista en diferentes partes del mundo como una solución ligera que no requiere de una revisión a los valores y la dignidad humana.

Por lo tanto, se anota que esta nueva forma de comunicación ha contribuido a que la cultura cada día se transforme especialmente en lo referente a la manera de afrontar el sufrimiento físico, psicológico y hasta la muerte misma; en este sentido, es de anotar que la medicina (ciencia) ha aumentado su capacidad de curar y de prolongar la vida en determinadas condiciones que a veces generan problemas de carácter moral, económico y político. Enuncia (Juan Pablo II, 1980, p. 542-552):

En nuestros días vivimos la experiencia, bastante común en la historia, de una cultura que defiende con energía la dignidad de la persona y se compromete en la defensa de los derechos humanos, pero que, a la vez es incongruentemente, presta su tolerancia y aun su apoyo a prácticas como el aborto provocado o la eutanasia, opuestas a los derechos inalienables de la persona.

A la luz del Magisterio eclesial reciente, la postura oficial católica con respecto al tema de la eutanasia comenzó con Pío XII. El Magisterio del Papa Pacelli es amplio y detallado sobre las cuestiones que implican un acercamiento entre los límites de la moral y la medicina, siendo el primer Papa en referirse al tema.

Pablo VI en su magisterio tuvo la oportunidad de repetir con voz de protesta en distintas ocasiones la condena a la eutanasia cruel, vinculando tales enseñanzas con la temática del respeto de la vida humana en su globalidad y, en especial, uniendo la condena de la eutanasia con la del aborto. Uno de esos aportes lo hizo en el discurso al Comité Especial de las Naciones Unidas para la Segregación Racial afirmando (Juan Pablo VI, 2004, p. 104):

Así, se debe afirmar nuevamente el precioso derecho a la vida (el más fundamental de los derechos humanos), junto con la condena de esas groseras aberraciones, como la destrucción de las vidas humanas inocentes en cualquier estadio en que se encuentren, perpetrada con los odiosos crímenes del aborto y de la eutanasia. Pablo VI introdujo el concepto de "dignidad" de la

muerte con estas palabras: Teniendo presente el valor de toda persona humana, quisiéramos recordar que compete al médico estar siempre al servicio de la vida y asistirle hasta el final, sin aceptar jamás la eutanasia, ni renunciar a ese deber exquisitamente humano de ayudarla a culminar con dignidad su curso humano.

De esta manera, condena el ejercicio de la eutanasia como un acto de homicidio y el consentimiento en una administración como un acto de suicidio. Por otra parte, considera como tortura inútil, el hecho de imponer la "reanimación vegetativa en la fase última de una enfermedad incurable." Por tanto, los derechos y valores inherentes a la persona humana ocupan un puesto importante en la problemática contemporánea. A este respecto, el Concilio Ecuménico Vaticano II ha reafirmado la dignidad excelente de la persona humana y de modo particular su derecho a la vida. Por ello ha denunciado los crímenes, como "homicidios de cualquier clase, genocidios, aborto, eutanasia y el mismo suicidio deliberado" (Const. Past. Gaudium et spes, n. 27).

Es así como la doctrina de la iglesia Católica concierne ante todo a los que ponen su fe y esperanza en Cristo, el cual mediante su vida, muerte y resurrección ha dado un nuevo significado a la existencia humana y sobre todo a la muerte del cristiano, según las palabras de San Pablo: "pues si vivimos, para el Señor vivimos; y si morimos, morimos para el Señor. En fin, sea que vivamos, sea que muramos, del Señor somos" (Rom 14,8; Fil 1, 20). Por ello se presenta como ayuda iluminadora del pensamiento y de la praxis de todas las personas y pueblos.

Etimológicamente, eutanasia proviene del griego eu, bien, y thánatos, muerte. Por lo tanto, significa buena muerte. El diccionario Larousse la define como muerte suave, sin dolor, teoría que defiende la licitud de acortar la vida de un enfermo incurable o de alguien que padezca mucho dolor físico o psicológico. (Vidal, 1994, p. 48) define:

"La eutanasia es una palabra empleada en el ámbito occidental europeo que tiene su raíz en el mundo grecorromano. Deriva directamente del griego eutanasia: morir bueno. Junto a este sustantivo se encuentra el verbo euthanatheo: morir bien y el adjetivo euthanátos: el que ha muerto bien. Cabe aclarar que estas tres palabras han recibido un tratamiento distinto para significar también realidades diferentes a lo largo de la historia. Dicho de otra manera, no siempre se apunta a la misma realidad."

En la actualidad el término, hace referencia a la intervención de la medicina encaminada a atenuar los dolores de la enfermedad y de la agonía, a veces incluso con el riesgo de suprimir prematuramente la vida (Sagrada congregación para la doctrina de la fe: Declaración Iura Et Bona Sobre la eutanasia). Además el término es usado, en sentido más estricto, con el significado de “causar la muerte por piedad”, con el fin de eliminar radicalmente los últimos sufrimientos a pacientes terminales, a personas en estado vegetativo, evitar el nacimiento de niños con problemas físicos o mentales, igualmente a los enfermos mentales, o la prolongación de una vida desdichada, dar ayuda al suicida para que lleve a cabo su propósito; absteniéndose de suministrar medicamentos en tratamientos dolorosos, inútiles o costosos para alargar una agonía sin esperanza de curación, que algunos consideran son o serán cargas demasiado pesadas para ellos mismos, para las familias y para la sociedad.

La eutanasia se entiende entonces como la acción u omisión que por su intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor. La eutanasia se sitúa pues en el nivel de las intenciones o de los métodos usados. Constituyéndose así en un problema ético, moral, político y económico que trasciende los límites privados para insertarse en lo público. Dice (San Francisco de Asís, 2008, Elisa 23): La decisión por cuenta ajena ha planteado serios problemas éticos ¿quiénes? ¿En qué casos? ¿Cómo? Un mejor planteamiento antropológico de los principios de la vida y la muerte y una más humana organización asistencial haría que el enfermo deseara con menos frecuencia la muerte.

La eutanasia activa, por la que eventualmente se decidiera el enfermo en casos límite o la que él mismo pudiera pedir a los demás, ha de considerarse como una capitulación frente a la tarea auténticamente ética de la aceptación y realización del valor de su vida y aun de su muerte. Quienes plantean la legitimidad de tal opción fundándose solamente en el principio de autonomía del paciente, demuestran una carencia ética lamentable. Porque en realidad, imponer una particular teoría del bien, ya fuera basado en la libertad individual o en la santidad de la vida, no haría más que violar la autonomía de los que no compartieran tal teoría.

Existen diversas clasificaciones del fenómeno de la eutanasia que dependen también del significado que se dé al término. Desde el punto de vista de la víctima, la eutanasia puede ser voluntaria o involuntaria, perinatal, agónica, psíquica o social, según se aplique a recién

nacidos deforme o deficiente, a enfermos terminales, a afectados de lesiones cerebrales irreversibles, a ancianos u otras personas tenidas como socialmente improductivas o gravosas.

Desde el punto de vista de quien la práctica, se distinguen entre eutanasia activa y pasiva, según se provoque la muerte a otro por acción o por omisión, así como en eutanasia directa o indirecta, siendo la primera, aquella que se caracteriza por buscar que sobrevenga la muerte y la segunda, por buscar mitigar el dolor físico, aún a sabiendas de que ese tratamiento puede acortar efectivamente la vida del paciente. Sin embargo, en el debate social acerca de la eutanasia, no siempre se toma esta palabra en el mismo sentido, lo cual produce con frecuencia grave confusión en el sentido del bien común. Según la significación que se dé al término eutanasia, su práctica puede aparecer ante la gente como un crimen inhumano o como un acto de misericordia y de solidaridad.

Existen algunas personas y grupos, partidarios e interesados en legalizar la eutanasia y darle respetabilidad social, pues consideran que la vida humana no merece ser vivida más que en determinadas condiciones físicas, psíquicas, económicas o socio-políticas. Algunos argumentos a favor:

- Toda persona es autónoma y tiene derecho a decidir sobre su vida.
- La persona como paciente, tiene el máximo derecho en la toma de decisiones médicas que a ella se refieran.
- La sociedad está fundamentada en la protección de los derechos humanos.
- Toda persona tiene derecho a decidir sobre todo cuanto se refiera a su cuerpo; por consiguiente, decidir si quiere o no seguir viviendo.

La vida, en determinadas condiciones, puede llegar a ser indigna; condición que quebrantaría el derecho de la dignidad humana. No hay razón para aceptar una forma de existencia limitada, en la que son sacrificados familiares o amigos y hasta la propia persona. Una vida que no se puede vivir no es un privilegio, es un castigo. Que hace del ser humano tan sólo un caso clínico de interés. No es justo someter al hombre a dolorosas situaciones, cuando se tiene el poder de evitarlo.

Por el contrario, hay quienes, basados en el derecho y en la ley natural, consideran que la vida humana es un bien superior, un derecho inalienable e imprescriptible, desde la concepción hasta la muerte natural; posición que siempre ha defendido y promovido el magisterio de

la Iglesia Católica, en las predicaciones, en documentos oficiales y en los pronunciamientos de la sagrada congregación para la doctrina de la fe.

En este sentido, los argumentos en contra inciden en la inviolabilidad de la vida humana, la defensa de su dignidad independientemente de las condiciones de vida o la voluntad del individuo implicado, y las repercusiones sociales de desconfianza que podría conllevar la eutanasia. La Asociación Médica - Mundial considera contrarios a la ética y condena tanto el suicidio con ayuda médica como la eutanasia. En cambio recomienda los cuidados paliativos. La (38ª Asamblea Médica Mundial Madrid, 1987) resalta:

“La eutanasia, es decir, el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares, es contraria a la ética. Ello no impide al médico respetar el deseo del paciente de dejar que el proceso natural de la muerte siga el curso en la fase terminal de su enfermedad.”

Por consiguiente, la eutanasia en la Iglesia Católica es considerada como una forma de homicidio, puesto que implica que un hombre de muerte a otro, ya sea mediante un acto positivo, o la omisión de la atención y cuidados debidos. Es necesario reafirmar que nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad, ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata en efecto de una violación de la ley divina, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida o de un atentado contra la humanidad.

La eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios, en cuanto a la eliminación deliberada y moralmente inaceptable de una persona humana. Esta doctrina se fundamenta en la ley natural y en la Palabra de Dios escrita; es transmitida por la Tradición de la Iglesia y enseñada por el Magisterio ordinario y universal. Semejante práctica conlleva, según las circunstancias, la malicia propia del suicidio o del homicidio. Ahora, compartir la intención suicida de otro y ayudarle a realizarla mediante el llamado suicidio asistido significa hacerse colaborador dice la encíclica *Evangelium Vitae*, una injusticia que nunca tiene razón, ni siquiera cuando es solicitada. « No es lícito, escribe con sorprendente

actualidad San Agustín; matar a otro, aunque éste lo pida y lo quiera y no pueda ya vivir... para librar, con un golpe, el alma de aquellos dolores, que luchaba con las ligaduras del cuerpo y quería desasirse.

La eutanasia, sociedad y la ley

La despenalización o legalización de la eutanasia, centrada ante todo en el aspecto de voluntariedad. Postura que expone este tema con un lenguaje confuso por los contenidos tan heterogéneos, médicos, moral y legalmente, encerrados bajo la palabra “eutanasia” por ello, con la intención de clarificar el pensamiento, se añaden adjetivos como activa/pasiva, directa/ indirecta, positiva/ negativa, etc.; pero aun con estos añadidos, la confusión suele persistir no solo entre el público no especializado, sino incluso entre profesionales sanitarios.

Dejando a un lado el significado etimológico y los diversos sentidos históricos del término se clarificaría no poco el panorama si se reservara el término eutanasia para la acción u omisión que por su intención y naturaleza causa la muerte en una situación de salud grave e irreversible. Es obvio que permanecerán puntos oscuros al analizar las conductas concretas y ver si ellas caben o no dentro de esta noción. Sería mejor evitar el término eutanasia para aquellos tratamientos dirigidos primariamente a mitigar el dolor que abrevie la vida como consecuencia secundaria. Tampoco debería usarse esta palabra para el rechazo o interrupción de tratamientos considerados sin sentido, extraordinarios, desproporcionados, opcionales o desde un análisis global de la situación. De acuerdo con las líneas anteriores, al hablar de despenalización o legalización de la eutanasia se propone analizar lo siguiente:

Las leyes que dan valor al testamento vital; es decir, a decisiones por las que una persona rechaza anticipadamente tratamientos desproporcionados, extraordinarios, sin sentido. No se excluye que algunos testamentos vitales puedan incluir una verdadera petición de eutanasia.

Leyes que dan valor legal a la designación de un representante para que éste, cuando su representado haya perdido la consciencia o esté incapacitado, pueda tomar en su nombre decisiones relativas a la vida y salud. En estos textos no se suele hablar de eutanasia.

Leyes que califican al “homicidio por piedad o compasión” como una especie diferente de homicidio con penas inferiores.

Exponiendo que el Sistema jurídico, establece diferencias; no en la clasificación de diversos tipos de homicidio, sino más bien en el plano de la sentencia.

Antes de la segunda guerra mundial hubo intentos de despenalización en Gran Bretaña, con dos proyectos presentados ante el Parlamento británico en 1936 y 1939. La eugenesia practicada por los nazis, con un significado muy distinto a los intentos de eutanasia, contribuyó a que la acción de los movimientos despenalizadores se enfriara en los años posteriores a la segunda guerra mundial.

En la década de los ochenta tomó progresivamente cuerpo un movimiento internacional más consistente en defensa de la despenalización. Después de varios fallos judiciales benignos, el Tribunal Supremo de Holanda dio un fallo en 1984 en el que la eutanasia realizada por doctores era justificada bajo ciertas condiciones:

— Petición persistente y libre del paciente, situación desesperada o enfermedad seria sin recuperación y consulta a un colega que confirmara la toma de decisiones.

— La asociación médica holandesa propuso un cambio en la ley en sentido despenalizador.

En la misma línea se pronunció en 1985 el informe final de una comisión estatal creada por el ministro de Salud de Holanda en 1982. En California las encuestas dieron un 70 por 100 de apoyo a una “Humane and Dignified Death Initiative” en 1988; pero el texto no se pudo presentar a referéndum al no lograr ni un tercio de las firmas requeridas para organizarlo.

En España, una encuesta de opinión entre los médicos colegiados de la provincia de Barcelona reveló que el 43,2 % considera que se ha de permitir la eutanasia pasiva y activa (acción que por su intención y naturaleza causa la muerte en una situación grave e irreversible). El senador C. Rodríguez Aguilera ha preparado un texto, no introducido todavía en las Cortes, que no parece defender la despenalización de la eutanasia propiamente dicha, sino otro tipo de acciones menos problemáticas.

Los partidarios de la despenalización de eutanasia presentan argumentos como los siguientes:

— La libertad de decidir es un componente básico de la dignidad personal que no encuentra límites ni ante la muerte.

— Se acusa a las leyes y a la sociedad que prohíben la eutanasia de hipocresía e inhumanidad al no reconocer a una persona que sufre el derecho a pedir que pongan fin suavemente a sus sufrimientos.

Otro reproche dirigido a estas leyes es su falta de lógica: si el suicidio no está penalizado y se reconoce al enfermo el derecho a rechazar un tratamiento *¿hay tanta diferencia entre una inyección mortal y la negativa a algunos tratamientos?*

Ahora, son numerosos los que ven en la despenalización más inconvenientes que ventajas, Si en los medios sanitarios y en la sociedad se dedicara la debida atención en la etapa final de la vida, habría, a primera vista, pocos casos que se pudieran aducir como argumento en favor de la eutanasia. Muchas peticiones de eutanasia *¿expresan en realidad un deseo del enfermo atención en la etapa final, convirtiéndose en denuncian carencias de la medicina y falta de solidaridad?* Del mismo modo, creen algunos que un cambio en la ley aumentarían los incentivos para mejorar esas deficiencias.

Mientras que una ley despenalizadora podría colocar a algunos enfermos en su etapa final e, incluso fuera de esta situación, bajo una presión que los incitaría a autorizar su eliminación, presión que se les debiera evitar. Igualmente se teme que una ley de este tipo pudiera deteriorar la relación de confianza entre enfermo y profesional sanitario.

A pesar de tanto por analizar y proponer e implementar para la atención de enfermedades terminales, la sociedad se ha dispuesto a acudir a la solución del menor esfuerzo. Por ello, actualmente han despenalizado la eutanasia, en la ex-Unión Soviética y en algunos países de la Unión Europea como Bélgica, Albania, también de los Países Bajos y Suiza, así como algunos estados de Estados Unidos. Otros países, entre ellos Japón y Colombia, a pesar de lo contradictorio que puede ser el contexto jurídico.

Estado, política y eutanasia

El siglo XXI empieza a dejar ver la degradación de las condiciones de vida naturales, una es la eutanasia; que se transformó en una problemática que conjuga un dilema jurídico y moral. Un dato certero es el que demuestra el aumento, en los últimos años, del número de asociaciones pro-eutanasia, desplegando una intensa actividad divulgativa y reivindicativa a favor del derecho

individual de las personas para elegir sobre su propia vida, declara la (Federación Mundial de Asociaciones pro Derecho a Morir 1980). Al mismo tiempo, estas asociaciones se ven combatidas por la “cruzada a favor de la vida” encabezada por las organizaciones religiosas.

Diversas asociaciones han luchado contra los que defienden la posibilidad de elegir una muerte digna. Los argumentos que legitiman a estos grupos oscilan entre el respeto a la voluntad divina hasta el miedo a crear lagunas jurídicas que proporcionen impunidad a posibles asesinatos. Los debates sobre la eutanasia generalmente terminan siendo dominados por prejuicios morales, religiosos, emocionales, etc.

Sin cuestionar los diferentes puntos de vista, cabría preguntarse:

¿Se puede aplicar la eutanasia o asesoramiento en su suicidio a un enfermo terminal, que considere que su vida no es razón suficiente para soportar un dolor intratable, la pérdida de dignidad o la pérdida de importantes facultades, y que pide repetidamente ayuda para morir, siendo consciente y sin estar en capacidad de fingir una depresión?

La problemática de la eutanasia conjuga y enfrenta diversos posicionamientos frente a los derechos humanos. En este sentido, numerosas asociaciones pro eutanasia han comenzado una campaña de concientización de la sociedad, para que ésta reconozca el derecho de cada individuo a decidir sobre su propia vida. Por otro lado, un sector distinto de la sociedad, encabezado por las asociaciones religiosas, se opone drásticamente a la legalización de la eutanasia. En la actualidad, la eutanasia se ha convertido en una ardua batalla de carácter político a nivel nacional en las altas cortes, y supra-nacional, incluso ante la Organización de las Naciones Unidas - ONU, diversas organizaciones y tribunales de derechos humanos.

La posición del magisterio de la iglesia católica ante la eutanasia

El valor supremo de la vida humana fuente de todos los valores y opciones: Centrados en el tema de los derechos humanos, la vida se constituye en el fundamento de todos los bienes y derechos, en la fuente y condición necesaria de toda actividad humana y de toda convivencia social. Si la mayor parte de los hombres creen que la vida tiene un carácter

sacro y que nadie puede disponer de ella a capricho, los creyentes en Dios y de manera especial los cristianos, ven a la vez en ella el principal don del amor de Dios; don que son llamados a valorar, conservar y hacer fructificar. De esta última consideración brotan las siguientes consecuencias:

Nadie puede atentar contra la vida de un hombre sin oponerse al amor de Dios hacia él, sin violar un derecho fundamental, irrenunciable e inalienable, sin cometer, por ello un crimen de extrema gravedad.

Todo hombre tiene el deber de conformar su vida con el designio de Dios. Esta le ha sido encomendada como un bien que debe dar sus frutos aquí en la tierra, pero que encuentra su plena perfección solamente en la vida eterna.

La muerte voluntaria o sea el suicidio es, por consiguiente, tan inaceptable como el homicidio; semejante acción constituye en efecto, por parte del hombre, el rechazo de la soberanía de Dios y de su designio de amor.

El suicidio es a menudo un rechazo del amor hacia sí mismo, una negación de la natural aspiración a la vida, una renuncia frente los deberes de justicia y caridad hacia el prójimo, hacia las diversas comunidades y hacia la sociedad entera, aunque a veces intervengan, como se sabe, factores psicológicos que pueden atenuar o incluso quitar la responsabilidad.

El hombre y la sociedad ante el dolor y la muerte

El dolor y la muerte forman parte de la vida humana desde el nacimiento hasta la muerte, causando dolor a los seres queridos y sufrimiento por el proceso. A lo largo de toda la existencia, el dolor físico o moral está presente de manera frecuente en la historia de la humanidad. Absolutamente nadie es ajeno al dolor. La muerte es el destino inevitable de todo ser humano, es la culminación de la vida. Es incierta en cuanto a cuándo y cómo ha de producirse; y, por lo tanto, forma parte de cada uno y afecta a todo el género humano, porque de la actitud que se adopte ante el hecho de morir, determina en parte el género o estilo de vida que se vive.

El dolor y la muerte no son obstáculos para la vida, sino dimensiones o fases de ella. Es impedimento para la vida de aquel que se niega a admitir la naturalidad de estos

hechos constitutivos del vivir, intentando huir de ellos como si fuesen totalmente evitables, hasta el punto de convertir tal huida en valor supremo. Esta negación de la propia realidad puede llegar a ser causa de deshumanización y de frustración vital. De otra parte, el dolor y el sufrimiento, como cualquier otra dimensión natural de la vida humana, tienen también un valor positivo al ayudar a comprender mejor la naturaleza y sus limitaciones, si se sabe integrar al proceso de crecimiento y maduración.

La Iglesia, frente al dolor y la muerte como realidad humana en la (*Carta Encíclica Evangelium Vitae Juan Pablo II No 6*) afirma que frente a la cultura de la muerte, “bien diverso es, en cambio, el camino del amor y de la verdadera piedad, al que obliga la común condición humana y que la fe en Cristo Redentor, muerto y resucitado, ilumina con nuevo sentido. El deseo que brota del corazón del hombre ante el supremo encuentro con el sufrimiento y la muerte, especialmente cuando siente la tentación de caer en la desesperación y casi de abatirse en ella, es sobre todo aspiración de compañía, de solidaridad y de apoyo en la prueba. Es petición de ayuda para seguir esperando, cuando todas las esperanzas humanas se desvanecen.” De la misma manera define que los derechos del enfermo moribundo a una muerte digna incluyen:

- El derecho a no sufrir inútilmente.
- El derecho a que se respete la libertad de su conciencia.
- El derecho a conocer la verdad de su situación.
- El derecho a decidir sobre sí mismo y sobre las intervenciones a que se le haya de someter.
- El derecho a mantener un diálogo confiado con los médicos, familiares, amigos y sucesores o compañeros en el trabajo.
- El derecho a recibir asistencia espiritual.

Quienes proponen la admisibilidad ética y jurídica de la eutanasia, confunden a menudo la disposición moral íntima de las personas, con lo que las leyes o la sociedad deben tener como aceptables y confunden también las circunstancias que pueden acentuar la responsabilidad, e incluso anularla, con lo que la norma general dispone. Por tanto, los argumentos en pro de la eutanasia y el suicidio asistido explotan el miedo normal, no tanto a la muerte en sí, sino al sufrimiento y a la soledad ante ella. Este sufrimiento es causado muchas veces por el uso exagerado de “medios desproporcionados”

de la medicina, es decir, medios que infligen cargas graves al enfermo (dolores agudos, etc.) que son mayores que los beneficios que se suponían debían ofrecerle. Como nadie quiere estar en esa situación, ni debe estarlo, los promotores de la eutanasia y del suicidio asistido se aprovechan de ese temor normal planteando una disyuntiva equivocada. *¿En qué consiste ese planteamiento equivocado de los promotores de la eutanasia y el suicidio asistido?* Consiste en plantear dos alternativas extremas: 1) o se aplica la eutanasia al enfermo, 2) o morirá irremediabilmente lleno de dolor y sufrimiento.

Lógicamente, este argumento suscitará la aceptación de muchos que creen equivocadamente que esas son las dos únicas opciones para la muerte. La razón de ello es creer también, que lo enseñado por la religión y la medicina es que se debe mantener con vida al enfermo no importa los medios que se utilicen ya que el no hacerlo constituye un acto de eutanasia.

Esto es un error, en primer lugar no es un acto de eutanasia el retirar o el negarse a proporcionar medios para morir, siempre y cuando se respeten los legítimos deseos del enfermo. Por consiguiente no se tiene que mantener a un enfermo sufriendo indefinidamente por causa del uso de medios para mantener la vida. Esto implica que el planteamiento de los promotores de la eutanasia y el suicidio asistido deban reflexionar frente a dejar seguir el curso de la vida del enfermo de manera natural con las situaciones negativas y positivas que esta pueda tener para quien está en transición entre la vida y la muerte.

También hay que pensar en el siguiente hecho natural e inherente a la enfermedad y que corresponde a los servicios que presta un médico *¿qué pasa cuando el enfermo sufre dolores intensos que no son el producto de unos “medios para mantener la vida”?* En ese casos se utiliza analgésicos que pueden tener efectos colaterales que aproximan la muerte, esta situación es un ejemplo, que el ser humano de una u otra manera buscará bienestar y que ese bienestar seguramente trae consigo otros factores no visibles que desmejoran la salud que no se ven como un actuar encontrar de la vida, pues los efectos en contra de la salud no se tienen en cuenta.

La puesta anterior, tiene la intención de mostrar el paralelo entre matar al enfermo por medio de fármacos para entonces aliviarle sus sufrimientos, sino aliviarlos, aun corriendo el riesgo de que la muerte se aproxime más rápidamente, por ello a quien pierda la consciencia, parcial o completamente y en estado grave se le debe respetar su condición sin acudir a medidas extremas que posterguen su sufrimiento, dejar que su situación se solucione sola.

Así no hay eutanasia pero tampoco se posterga el dolor inaguantable.

Muchos de los que están a favor de la eutanasia y del suicidio asistido, alegan falsamente que este argumento sobre los analgésicos es hipócrita porque, dicen ellos, es el mismo acto de dar una medicina que en definitiva puede matar al enfermo y que lo único que cambia es la intención. A esos tales se responde que no se trata sólo de la buena intención, sino de proporcionar al enfermo una dosis adecuada para su dolor.

Muchas veces la eutanasia ocurre cuando los médicos partidarios de ella proporcionan cantidades que matarán de seguro al enfermo, pero cuando un médico que respeta la vida proporciona un analgésico cuya dosis está encaminada a aliviar el dolor y que al mismo tiempo lamentablemente puede tener un efecto ulterior no deseado de acelerar el proceso de la muerte, habiendo motivos serios de por medio para proporcionar dicha medicina (mencionados antes), entonces no hay ninguna razón para llamarle a ese acto "eutanasia" ni "suicidio asistido." Está claro que no es un acto de hipocresía, sino que se hizo lo mejor que se pudo en una situación difícil. Está claro también que si el médico pro vida tuviera a su disposición un mejor analgésico que no tuviera los efectos mencionados, utilizaría ése y no otro. El problema a veces, es que a los médicos no se les ha entrenado en el tratamiento paliativo, razón por la que se cree; que no hay alternativas para estos pacientes.

Aquí amerita aclarar un punto muy importante: Si bien se está obligados moralmente a nunca matar directamente a un inocente, sino a respetar la vida siempre; esto no implica que la vida no se debe mantener a toda costa y con cualquier medio. Es de recordar que la vida corporal es un bien muy elevado e incluso es el más fundamental, la base y condición de todos los demás, pero no es el bien más grande que existe, la vida espiritual es más importante. Puede ser que la serenidad espiritual de un enfermo terminal peligre ante la experiencia de un dolor muy intenso.

Resumiendo, ante el dolor de un enfermo terminal, no se está obligado a utilizar o a mantener el uso de "medios desproporcionados". Pero sí a proporcionar las curas necesarias como el agua, la alimentación (oral o médica), las medicinas, los calmantes, la ventilación, la atención higiénica, el confort y, por encima de todo, el afecto y la solidaridad. Entonces, no se tiene por qué matar al enfermo o dejarlo sufrir indefinidamente a través de aparatos. La eutanasia y el suicidio asistido constituyen una hipocresía y una falsa "compasión" que busca la vía fácil, egoísta y

cómoda para resolver los problemas, en vez de sacrificarse por el enfermo y darle amor y compasión.

Fundamentos doctrinales del magisterio de la iglesia católica sobre la eutanasia

Antes de exponer la posición de la Iglesia Católica frente a la Eutanasia, cabe resaltar que diversas confesiones religiosas comparten la fe en un Dios creador, Providente y Señor de la vida que confiere un valor eminente a toda persona humana y garantiza su respeto.

Existiendo igualmente consenso de tantos hombres de buena voluntad, los cuales, por encima de diferencias filosóficas o ideológicas, tienen una viva conciencia de los derechos de la persona humana. Tales derechos por lo demás, han sido proclamados frecuentemente en el curso de los últimos años en las declaraciones de la ONU de la Organización de los Estados Americanos - OEA, de la Unión Europea y de la Unión Africana de Naciones, entre otras, de la misma manera diversos Congresos Internacionales, recomendación de (*Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su XXVII sesión ordinaria, 1976*) los han abordado. Tratándose de Derechos Fundamentales de cada persona humana, es evidente que no se puede recurrir a argumentos sacados del pluralismo político o de la libertad religiosa para negarles valor universal.

La Iglesia presenta a la sociedad pero principalmente a los miembros de su comunidad, el método teológico del VER-JUZGAR-ACTUAR; como instrumento de discernimiento que ilumine la forma en que las personas e instituciones pueden orientar el debate ético sobre la vida, las actividades socio-políticas, la muerte y demás actividades y preocupaciones humanas. Método que se describe de la siguiente manera:

VER: La nueva sensibilidad ética ante el morir, que puede ser de oscurecimiento al valorar toda vida humana, pero también puede de gran sensibilidad a humanizar el morir.

JUZGAR: Iluminación desde la fe, en donde: se justifique siempre el valor de la vida (aun en la precariedad biológica); se desarrolle de forma coherente el significado del postulado ético de "humanizar el morir" (integrando el morir en un proyecto de vida en que dominen los valores de la concienciación, la libertad y la solidaridad);

se reformule la relación entre vida y libertad desde la cosmovisión cristiana de la gratuidad.

ACTUAR: la praxis cristiana como servicio a la vida que culmina en el morir: servicio de la verdad (no a la eutanasia, a la muerte libremente elegida, a los medios desproporcionados; sí a la Ortotanasia).

Centrados en la posición del Magisterio de la Iglesia en torno a la eutanasia, en primer lugar, es necesario reconocer que el término “eutanasia” es muy ambiguo, se debe al contexto en que surgió, que es en el pensamiento estoico. Por eso parece aconsejable un cambio de terminología. Originalmente “eutanasia” se entendía como el arte de la muerte buena y dulce. Séneca la propugnó (Carta 77 a Lucilio), porque, según él, la ley eterna ha previsto un solo modo de entrar en la vida, pero varios para salir de ella. Corresponde a la libertad del hombre decidir sobre el sentido y su capacidad de soportar su existencia en el cuerpo. Éstas serían las premisas filosóficas y antropológicas que constituirían el fundamento de la licitud de tal auto disposición. Se suele recordar la costumbre celta de matar a sus guerreros heridos de muerte. El juramento de Hipócrates, en cambio, se opone claramente a la práctica y por eso el cristianismo lo asumió. Por otra parte, la prohibición de la eutanasia se une con la del suicidio, formulada de modo clásico en el pensamiento de san Agustín y de santo Tomás de Aquino (S. 71^o e., II-II, q. 64, aa. 5 y 7). El significado moderno del término “eutanasia” se remonta a Francis Bacon.

La actual reflexión teológica no se limita únicamente a citar textos de la Sagrada Escritura. La prohibición bíblica de matar resulta insuficiente para abordar la compleja problemática de la eutanasia. En el Antiguo Testamento la prohibición de matar se fue ampliando poco a poco, conjugándose con el desarrollo teológico, antropológico y socio-cultural. En el Nuevo Testamento, Cristo aportó una nueva clave de lectura, desde la finalidad última del ser humano imagen de Dios y llamado a la comunión plena con él.

La dignidad inalienable de la persona humana en cuanto creada a imagen y semejanza de Dios y hecha una nueva criatura en Cristo es un valor fundamental. La relación con el Dios trascendente sustrae al hombre a cualquier disposición arbitraria por parte del mismo Creación y salvación convergen y sientan la última base del respeto a la vida humana, base que inspira, como elemento clarificador, la reflexión normativa. Mediante la encarnación, Dios se hace igual al hombre en Cristo, esta realidad constituye el fundamento ontológico e histórico de la igualdad: el

hecho de la encarnación hace descubrir su correspondiente sentido antropológico.

El documento de la Congregación para la doctrina de la fe sobre la eutanasia, publicado el 5 de mayo de 1980, comienza vinculando la eutanasia con la defensa de los derechos y valores de la persona humana tan importantes en el mundo actual; en los documentos del concilio Vaticano II se considera la vida como fundamento de todos los bienes, fuente y condición necesaria de toda actividad y de toda convivencia social. Los creyentes ven en ella un don del amor de Dios, que son llamados a conservar y a hacer fructificar. De ello brota como consecuencia que nadie pueda atentar contra la vida de un hombre inocente sin oponerse al amor de Dios hacia él. Todo hombre debe conformar su vida con el designio de Dios. En él se hace referencia explícita a la doctrina de Pío XII. Partiendo de una teología de la muerte y del sufrimiento, el documento elabora los criterios que se consideren esenciales para una solución adecuada de los casos conflictivos. En el centro del mismo aparece la ya tradicional distinción entre eutanasia activa y pasiva, en sustitución de la terminología anterior, que hablaba de eutanasia directa e indirecta.

Eutanasia activa designa cualquier tipo de intervención que por su estructura real (óntica) y por la intención del agente tiende a suprimir o bien a abreviar la vida del moribundo. No hay ninguna situación imaginable en la que tal acto pueda considerarse lícito. Se trata, en efecto, de una acción intrínsecamente deshonesto, ya que asume la estructura real y el significado explícito de una supresión directa de una vida inocente. Este juicio tajante se remonta especialmente a la numerosa toma de postura por parte de Pío XII.

La eutanasia pasiva, necesita una consideración minuciosa, para comprender su significado exacto es necesario ante todo retomar la distinción entre medios ordinarios y extraordinarios, en los que Pío XII insistió en múltiples ocasiones, distinción que ahora se formula en términos de medios proporcionados y desproporcionados.

La creciente convicción de querer aplicar todos los medios técnicos que se tienen a disposición, podría resultar inhumano y contraproducente respecto al significado genuino de la tutela sensata de la vida. En cambio, ceder a la muerte ya inminente e ineludible equivale a reconocer el carácter creado y limitado de la propia existencia. El contenido concreto de esta terminología depende además del hecho de que exista o no una esperanza fundada de, recuperación de la salud, de la capacidad de soportar el sufrimiento y de la posibilidad de comunicación

del moribundo, así como de la entidad de los recursos económicos disponibles.

Al mismo tiempo se supone la validez del principio del doble efecto: el suministrar fármacos analgésicos con el fin de atenuar el dolor supone el riesgo, como efecto colateral, de una reducción aunque sea mínima, de la vida. La moralidad del acto de suministrar el analgésico está constituida por la razón proporcional que reside en la intención de humanizar la fase terminal de la vida. Lo señala, Juan Pablo II, en la Encíclica *Evangelium vitae* publicada el 25 de Marzo de 1995, que contempla la «cultura de la muerte» como la causa principal del oscurecimiento del valor de la vida, que lleva a la legalización de la eutanasia. Esta Encíclica no solo reafirma el principio de inviolabilidad de la vida humana, condenando resueltamente la eutanasia, sino que proporciona los elementos necesarios para la valoración moral de las leyes.

Ahora, las legislaciones que autorizan la eutanasia son inmorales porque se oponen frontal e irreparablemente a la posibilidad de realizar el bien común en tres aspectos: la falta del reconocimiento del derecho a la vida; la indisponibilidad de la vida humana, y las graves consecuencias negativas contra el bien común que provocan estas leyes.

Afirmando que:

“La vida humana se encuentra en una situación muy precaria cuando viene al mundo y cuando sale del tiempo para llegar a la eternidad. Están muy presentes en la palabra de Dios: sobre todo en relación con la existencia marcada por la enfermedad y la vejez las exhortaciones al cuidado y al respeto. Si faltan llamadas directas y explícitas a salvaguardar la vida humana en sus orígenes, especialmente la vida aún no nacida, como también la que está cercana a su fin, ello se explica fácilmente por el hecho de que la sola posibilidad de ofender, agredir o, incluso, negar la vida en estas condiciones se sale del horizonte religioso y cultural del pueblo de Dios.”

La eutanasia es una grave violación de la ley de Dios, en cuanto a la eliminación deliberada y moralmente inaceptable de la persona humana. Esta doctrina se fundamenta en la ley natural y en la Palabra de Dios escrita; es transmitida por la Tradición de la Iglesia y enseñada por el Magisterio ordinario y universal.

Semejante práctica conlleva, según las circunstancias, la malicia propia del suicidio o del homicidio”. Y define la

eutanasia como “adueñarse de la muerte, procurándola de modo anticipado y poniendo así fin dulcemente a la propia vida o a la de otros” o, más específicamente, “en sentido verdadero y propio se debe entender (la eutanasia como) una acción o una omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor. La eutanasia se sitúa, pues, en el nivel de las intenciones o de los métodos usados.

Y denuncia:

La opción de la eutanasia es más grave cuando se configura como un homicidio que otros practican en una persona que no la pidió de ningún modo y que nunca dio su consentimiento. Se llega además al colmo del arbitrio y de la injusticia cuando algunos, médicos o legisladores, se arrojan el poder de decidir sobre quién debe vivir o morir. Así, se presenta de nuevo la tentación del Edén: ser como Dios “conocedores del bien y del mal” (Gn 3,5).

Sin embargo, sólo Dios tiene el poder sobre morir o vivir: “Yo doy la muerte y doy la vida”. Él ejerce su poder siempre y solo según su designio de sabiduría y de amor. Cuando el hombre usurpa este poder, dominado por una lógica de necesidad y de egoísmo, lo usa fatalmente para la injusticia y la muerte. De este modo, la vida del más débil queda en manos del más fuerte; se pierde el sentido de la justicia en la sociedad y se mina en su misma raíz la confianza recíproca, fundamento de toda relación auténtica entre las personas.”

La doctrina sobre la eutanasia en los últimos años en el Magisterio de la Iglesia ha sido abundante, como respuesta al incremento de las actuaciones contra la vida humana, declarando la inmoralidad de la eliminación directa y voluntaria de la vida de la persona. La inviolabilidad de la vida humana, aunque posee una amplia base en la Tradición y el Magisterio, es en sí misma una proposición de orden natural consecuente con la altísima dignidad de la persona.

Los documentos de la Iglesia han distinguido netamente lo jurídico de lo moral, apelando a los derechos fundamentales de la persona humana. Toda intervención legislativa que pretenda legitimar la práctica de la eutanasia, llevaría a la arbitrariedad de no reconocer a todos los ciudadanos, si se tiene en cuenta que el estado no tiene el poder ni de conferirlo ni de negarlo, su tarea es la de reconocerlo y tutelarlos.

Es por ello que advierten los documentos del magisterio, contra el efecto de una ley permisiva de la eutanasia y contra las consecuencias desastrosas que se seguirían, las

cuales han de orientar hacia la meta de la humanización y han de revelar los valores éticos que realizan una vida auténticamente humana. Una sociedad que prohíbe la eutanasia debe demostrar a los enfermos terminales la necesaria solidaridad, que hace de ellos más aceptable su destino.

Conclusiones

La eutanasia se entiende como la acción u omisión que por su intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor. La eutanasia se sitúa pues en el nivel de las intenciones o de los métodos usados, constituyéndose así en un problema ético, moral, político y económico que trasciende los límites privados para insertarse en lo público. Las posturas a favor indican que la eutanasia proporciona una salida para las personas que no encuentran otra alternativa para el sufrimiento que padecen; en contra parte, el sentido que los lleva a optar por la eutanasia va en contra de la voluntad de Dios y desde el punto de vista ético, va en contravía de la moral de muchos médicos que consideran que están para curar y salvar vidas, y no para quitarlas.

Existen distintas clasificaciones de eutanasia, las cuales son relevantes, ya que estas explican la intervención directa o indirecta de la persona para causar la muerte del enfermo en estado terminal. También, se detalla un tipo de eutanasia donde la petición del paciente es importante, siempre y cuando éste se encuentre consciente y con las posibilidades de solicitar lo que él desee hacer con su vida.

Las Declaraciones de la Iglesia están inspiradas por un profundo deseo de servir al hombre según el designio del Creador. Si por una parte la vida es don de Dios, por otra la muerte es ineludible; por lo cual, es necesario, no manipular en modo alguno la hora de la muerte, para aceptarla con plena conciencia, responsabilidad y dignidad. Es verdad, que la muerte pone fin a la existencia terrenal, pero, al mismo tiempo, abre el camino a la vida inmortal. Por eso, todos los hombres deben prepararse para este acontecimiento a la luz de los valores humanos, y los cristianos más aún a la luz de su fe.

La Iglesia considera que la eutanasia en su realidad más profunda, constituye un rechazo de la soberanía absoluta de Dios sobre la vida y sobre la muerte, proclamada así en la oración del antiguo sabio de Israel: Tú tienes el poder sobre la vida y sobre la muerte, haces bajar a las puertas del Hades y de allí subir. La respuesta cristiana

ante la eutanasia ha de estar en una línea de optar por una muerte digna y en paz. De ahí que los lineamientos del Magisterio perfectamente pueden iluminar toda decisión en el momento de la muerte.

En el plano moral el cristiano ha de declararse a favor al derecho de morir en paz, lo cual, como se puede ver, no es lo mismo que la eutanasia, que ha de ser rechazada en todo momento ¿Cómo? A partir del propio testimonio personal que proclama una buena noticia, y que defiende el significado de cualquier vida, un testimonio basado en la caridad y comprensión.

Referencias

Centro San Francisco de Asís – Elisa 23, 08023 Barcelona) Comunidad San Francisco de Asís. Grupo Jóvenes II 2007-2008

Sagrada congregación para la doctrina de la fe: Declaración Iura Et Bona Sobre la eutanasia.

Vidal, M (1994) Eutanasia: un reto a la conciencia, Madrid, p. 48).

Juan Pablo II. Congregación para la doctrina de la fe conferencia Episcopal Española. La eutanasia: 100 Cuestiones y respuestas. La eutanasia es inmoral y antisocial. 3ª Edición 2004. Palabras S.A. p 104

Recomendación 779 (1976), referente a los derechos de los enfermos y de los moribundos, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su XXVII sesión ordinaria.

Blázquez, N (1996)., Escrito por Congregación Doctrina de la Bioética fundamental, Madrid, BAC.

Declaración sobre la Eutanasia adoptada (1987), la 38 Asamblea Médica Mundial. España Madrid.

La Federación Mundial de Asociaciones pro Derecho a Morir (1980) consta actualmente de 46 organizaciones miembro provenientes de 27 países. Oxford, Inglaterra

Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral Gaudium et Spes (1965 - 1966), en AS 58 / 1025-1120.

Flecha, J. (20072) Congregación para la doctrina de la fe, Iura et bona sobre la eutanasia. Bioética, La fuente de la vida, Salamanca.

Gafo, J. et all (1984), *La eutanasia y el derecho a morir con dignidad*, Madrid, Paulinas.

Gafo, J. (1993) *Diez palabras claves en bioética*, Estella, EVD.

Gracia G, D., (2000) *Fundamentación de la bioética*, Bogotá, El Búho.

Juan Pablo II (1980) *Declaración Iura et bona* (5.V.1980), en AAS 72 - 542-552.

Pablo VI (1974) *Declaración De aborto procurato* (18. XI.1974), en AAS 66 - 730-747.

Juan Pablo II (2004) *Congregación para la doctrina de la fe conferencia Episcopal Española. La eutanasia: 100 Cuestiones y respuestas. La eutanasia es inmoral y antisocial. 3º Edición. Palabras S.A. p 104*

———, *Carta Apostólica Salvificidoloris* (11.II.1984), en AAS 76 (1984) 201-250.

———, *Carta Apostólica Sonoparticolarmenteliato* (6.IX.1984), en IGP II,7/2 (1984) 332-336.

———, *Encíclica Evangelium vitae* (25.III.1995), en AAS 87 (1995) 401-522.

———, Vidal, M (1965 - 1994) *Declaración Dignitatishumanae*, en AAS 58 / 929-946.

Eutanasia: un reto a la conciencia. San Pablo. Madrid.

La Federación Mundial de Asociaciones pro Derecho a Morir (1980) *consta actualmente de 46 organizaciones miembro provenientes de 27 países. La Federación fue fundada Oxford, Inglaterra.*



GUÍA PARA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS “AL DERECHO Y AL REVÉS”

La revista AL DERECHO Y AL REVÉS (ISSN 1692-6404) Es una publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de UNISANGIL, cuyo objetivo principal es divulgar y visibilizar resultados de investigaciones, compartir reflexiones, experiencias y generar discusiones a partir de trabajos realizados por investigadores, docentes o profesionales de las áreas afines a los programas de la Facultad, que tienen el propósito de enriquecer el panorama académico, científico y pedagógico, con periodicidad anual y recepción de artículos en español, inglés y portugués.

Tipos de artículo: Se reciben para el proceso de publicación artículos que respondan a las siguientes tipologías: Artículo de Investigación científica y tecnológica: Documento que presenta de manera detallada, los resultados originales de proyectos de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

Artículo de reflexión: Documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

Artículo de revisión: El propósito de un artículo de revisión, es emplear publicaciones primarias -preferiblemente- (artículos científicos resultado de investigación, reflexión, revisión, reportes de caso, entre otros), con el fin de establecer un punto de vista o posición frente a un tema en particular. Es de carácter analítico y reflexivo de un variado número de referencias bibliográficas, que determina su, es todo un proceso de indagación ya que el autor debe establecer un gran interrogante a resolver, asimismo, unos objetivos que serán abordados en el desarrollo del texto. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por los menos 50 referencias.

Para efectuar la revisión de la literatura, es importante caracterizar cada uno de los tipos básicos de publicaciones o fuentes de información que existen, las fuentes primarias, datos e información de primera mano, pueden ser libros, revistas científicas, conferencias, y similares; las secundarias, resúmenes, referencias sobre un tema específico, bases de datos y demás; y las fuentes terciarias, aquellas utilizadas en caso de que no haya información disponible sobre el tema a tratar, pueden ser instituciones, organizaciones, bibliotecas, bases de datos y expertos, que puedan proporcionar algún tipo de información relacionada con el tema que se está desarrollando.

1. Forma de presentación del artículo

- Se recibirán artículos en versión digital (Word), tamaño carta, márgenes uniformes de 2.54 cm, tipo de letra: Times New Roman, tamaño 12, interlineado 1.5 y espacio sencillo para las tablas o figuras. El escrito se presenta según lo indicado en las Normas APA sexta edición en inglés y tercera en español.
- Los artículos deben contener una extensión entre 4.000 y 6.000 palabras en total.
- Párrafos y sangría: Utilizar sangría en la primera línea de párrafo de 0.5. Excepto: resumen, citas en bloque, títulos y encabezados, títulos y notas de tabla y los pies de figura.

A continuación se presenta el orden de las páginas del artículo:

Portada. Debe incluir los siguientes elementos, se identifica con el número de página 1.

- **Título:** Letra mayúscula sostenida, se recomienda extensión máxima de 14 palabras, centrado situado en la mitad superior de la página en español y en inglés.
- **Nombre del autor (pie de autor):** Nombre completo. Nombre de pila y apellidos (como se haya identificado en escritos anteriores). Los nombres de los autores deben aparecer según el grado de contribución y centrados entre los márgenes laterales. En nota al pie de página, con llamado en asteriscos consecutivos (**) se escribirán los siguientes datos: Profesión, grados académicos, ciudad, país y el correo electrónico (del autor principal o de quien se encargue de la correspondencia).
- **Filiación institucional:** identifica el lugar en que el autor o los autores efectuaron la investigación. (Cuando un autor no tenga afiliación institucional, anote abajo del nombre la ciudad y la entidad de residencia).
- **Nota al autor:** Ubicado margen izquierdo: Nombres y apellidos autor (es) profesión, nivel de educación, filiación institucional y correo electrónico.

Resumen.

Contiene el problema, objetivo, método de estudio, participantes del estudio, en cuanto corresponda, conclusiones de la investigación, requiere estar escrito en un solo párrafo, sin sangría y contener entre 150 y 250 palabras.

Palabras claves: Cuatro (4) a seis (6) palabras las cuales deberán reflejar los principales temas que trata el artículo y aparecen de manera especial en el contenido, para facilitar la búsqueda de los lectores en la web. Seguidamente va el Abstract y keywords respectivamente.

Cuerpo del escrito

El cuerpo del artículo deberá tener:

- **Introducción:** Es breve y proporciona solo la explicación o información necesaria para facilitar al lector, comprender y seguir el texto del artículo, hace una breve descripción del problema con su ubicación espaciotemporal y antecedentes, expone la importancia del mismo, justificación y objetivos, además, menciona la metodología empleada, (clase de investigación- enfoque,) relaciona la hipótesis con la estrategia de investigación, incluyendo marco teórico relevante y finalmente señala las implicaciones tanto teóricas como prácticas, e impactos del estudio.

- **Metodología:** Principalmente debe describir el tipo de investigación, diseño, definiciones conceptuales y operacionales de las variables / hipótesis (según sea el caso). A su vez, debe señalar las normas éticas que han seguido los investigadores. En caso de tener estudio de campo, debe señalar la población, tipo de muestreo, instrumentos y método de recolección de los datos, tipo de análisis o enfoque epistemológico empleado.

- **Resultados:** Si se desarrolló un estudio de campo se muestran los resultados y el análisis de los mismos, apoyado en tablas y figuras, mencionando los datos más relevantes para presentar aspectos que requieren explicación para su interpretación y evitar la repetición de los datos con las mismas palabras que aparecen en los gráficos.

- **Análisis o discusión:** Es el producto de la comparación integral y holística entre los resultados de la investigación que involucran el trabajo de campo, los referentes teóricos recolectados como base del estudio, aspectos relevantes y relacionados de otras investigaciones, posturas de teóricos y doctrinantes u otras investigaciones y demás apreciaciones de especialistas.

- **Conclusiones:** Se deben presentar las conclusiones a las que se llegó con los resultados de todo el ejercicio e involucrar juicios críticos con mínimo sesgo del autor que se desprenden de los resultados y su discusión o análisis.

- **Recomendaciones:** Este aspecto es opcional y depende de los propósitos de la investigación en cuanto sea de especial relevancia para el autor.

- **Referencias:** Hace alusión a las fuentes y autorías citadas en el escrito y de acuerdo a la normativa empleada.

Ver Anexo: Formatos para artículos de acuerdo a tipologías avaladas.

Requerimiento para el autor:

- **Las Abreviaturas:** Antes de hacer uso de la abreviatura por primera vez se ha indicado el nombre completo al que corresponde y entre paréntesis su significado. Ejemplo: Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

- Si el artículo contiene gráficos o fotografías, estos deberán adjuntarse en archivos independientes. Las fotografías, en formato JPG y los gráficos en Excel o en Power Point. Los archivos deberán denominarse indicando si es fotografía, gráfico, mapa, etc.; y asignando un número consecutivo (Foto 1, Gráfico 2, etc.).

- En todos los casos los escritos deben ser originales, sólo pueden haber sido publicados hasta en un 25% de su contenido en otras publicaciones para que sean considerados originales. Naturalmente se debe explicar cuando así sea.

2. Contacto y envió o presentación de artículos:

El escrito debe estar en Word en un archivo o utilizar los formatos para artículos mencionados antes para facilitar el proceso, ya que estos contienen todas las características y requisitos expuestos en esta guía. Asimismo, es necesario diligenciar debidamente la carta de presentación, originalidad y cesión de derechos de autor, la cual será facilitada por la coordinación de la revista, que a su vez exigirá recibido del documento en formato PDF escaneado, vía correo electrónico a: alderechoyalreves@unisangil.edu.co

AL DERECHO Y AL REVÉS acusará recibo de los artículos en un plazo no mayor a ocho días hábiles, teniendo en cuenta que en ningún caso devolverá originales.

Trámite de artículos recepcionados: Los artículos recibidos pasarán por un proceso editorial que consta de: (a) valoración técnica, (b) aprobación del Comité Editorial y Científico y valoración disciplinar (cuya decisión se notificará al autor), (c) edición, corrección lingüística y (d) diseño e impresión final.

Correspondencia:

Fundación Universitaria de San Gil-UNISANGIL-

Coordinación de la revista AL DERECHO Y AL REVÉS

Dirección: Km 2, vía San Gil - Charalá, San Gil, Santander (Colombia)

PBX: (0*7) 724 57 57 Ext.: 222

e-mail: alderechoyalreves@unisangil.edu.co, o unisangileditora@unisangil.edu.co

Visite: www.unisangil.edu.co

San Gil - Colombia - ISSN 1692-6404

Número 9

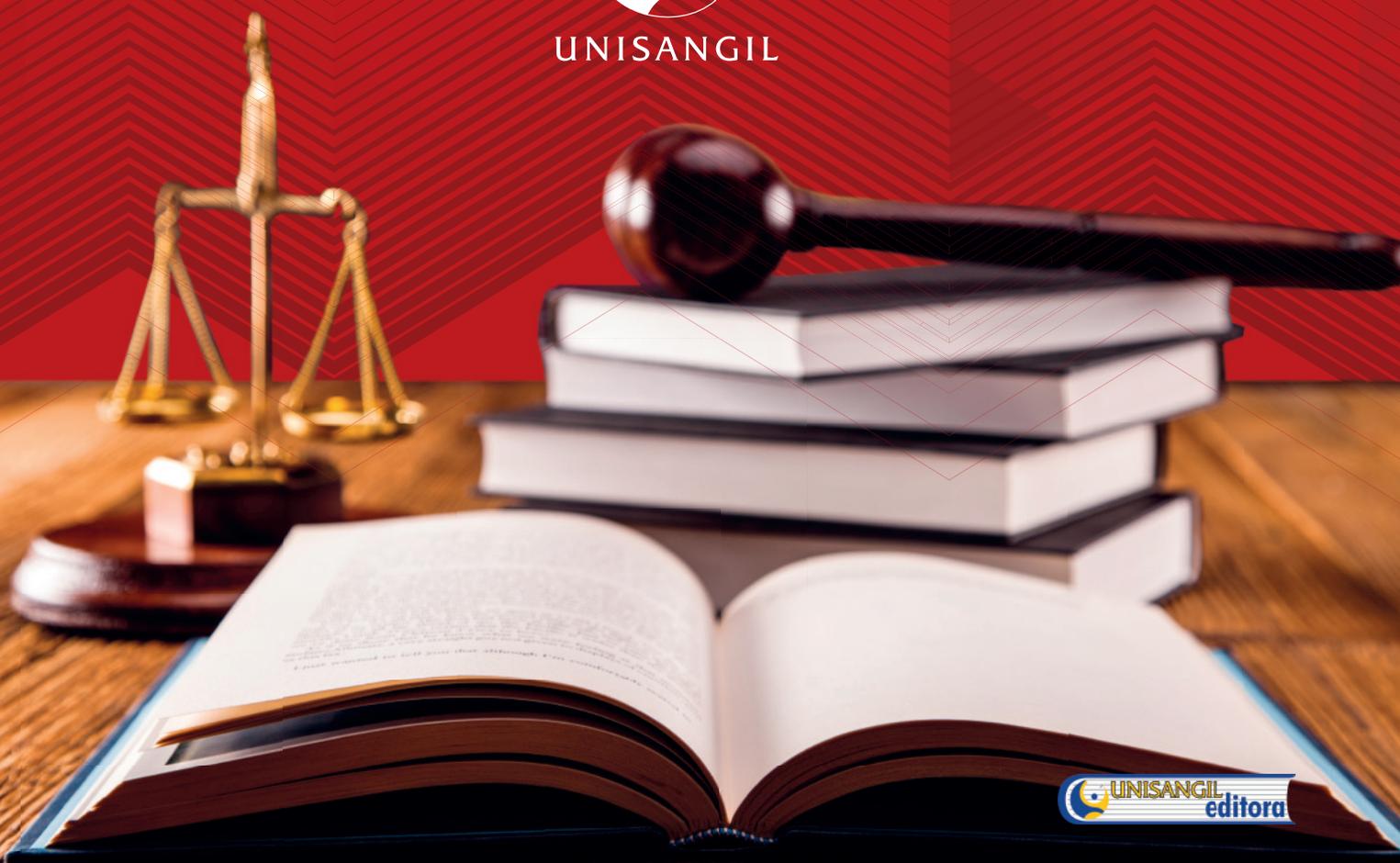
ENERO - DICIEMBRE 2013

AL DERECHO & AL REVÉS

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE UNISANGIL



UNISANGIL



UNISANGIL
editora

www.unisangil.edu.co

San Gil, Santander - Campus universitario
Km 2 vía Charalá - PBX: (7) 7245757

Chiquinquirá, Boyacá
Calle 18 No. 12-18 - PBX (8) 7266058

Yopal, Casanare
Campus universitario
Km 2 vía Matepantano

Sede Administrativa:
Calle 7 No 20-63
PBX (8) 6341700