UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA
Calidad Humana y Profesional

Revista Cultura Investigativa

No 2
ISSN: 2027 - 8993

dignidad

"La señorita acuerda: no casarse, no andar en compañía de nombres, estar en su casa entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana, no [illegible]earse por heladerías, no fumar cigarrillos, no [illegible] cerveza, vino, ni whisky, no viajar en coche o automóvil con ningún hom[illegible] e excepto su hermano o padre, no vestir ropa de colores brillantes, no tener el [illegible] usar al menos dos enaguas, no usar vestidos que le queden más de 5 centímetros por encima de los tobillos

Revista Cultura Investigativa

No 2

REVISTA CULTURA INVESTIGATIVA
No2, JUNIO 2011
REVISTA VIRTUAL DE SEMILLEROS DERECHO
ISSN: 2027 - 8993

Rector: Fray Miguel Ángel Builes Uribe, o.f.m

Secretario General: Fray José Norberto Agudelo Loaiza, o.f.m

Decana: Julia Victoria Montaño Bedoya

Editor: César Alejandro Osorio Moreno

Pares Evaluadores: Juan David Posada Segura
Carolina Mejía Osorno
Adriana Maria Estrada Mejía
César Alejandro Osorio Moreno

Periodicidad: Semestral

Modalidad: Virtual

Titulo: Cultura Investigativa

Formato: 21,0 cm x 27,0cm

Diseño y Diagramación: Andrés Espinosa

Portada: Andrés Espinosa

Índice

Editorial

Una Experiencia Doctoral Como Un Paso Más de un Proyecto Académico y Profesional
Doctor Martín Agudelo Ramírez. 6

Libertad De Religión: El Derecho A Creer Tras Las Rejas
Ivonne Llerena López, Universidad de Antioquia. 10

Morir Dignamente, Un Derecho Personal O Un Deber Social
Andrea Ramirez y Kelly Johana Rojas Corrales, Universidad De San Buenaventura, Medellin. 17

Tendencias Decisionales Del Consejo De Estado En Materia Médica: Medidas Restaurativas ~Año 1992 a 2009~
Alejandra Orejuela Carvajal
Universidad Santo Tomás, Medellín. 24

Iusnaturalismo O Iuspositivismo: Dualidad Histórica En El "Mundo Jurídico"

Juan Manuel Serrano Gómez,
Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín.

33

Supremacía E Inviolabilidad Del Derecho A La Vida Frente Al Derecho De La Libertad Religiosa.

Dahiana Alejandra Montoya Morales y John Alexander Bedoya Zapata,
Universidad de San Buenaventura, Medellín.

40

El Habitante De Calle Como Sujeto De Derecho

Cesar Augusto Chaverra Cifuentes,
Universidad Santo Tomás, Medellín.

50

Historia De Los Derechos Humanos De La Mujer En Colombia

Juan Fernando Díaz Pérez y Tatiana Nohava Restrepo,
Universidad de San Buenaventura, Medellín.

56

Inconstitucionalidad Del Concurso De Secuestro Simple Y Hurto Calificado Y Agravado

Jeni Mejía Londoño y John Fredy Morales Carmona,
Universidad de San Buenaventura, Medellín.

63

Oscuras Pasiones Que Atormentan El Alma; Clara Locura Que Termina En "Karma"
Daniela Montoya Zapata y Mateo Villamil Restrepo, Universidad de San Buenaventura, Medellín. 71

Estado Del Arte De Casos Sobre Solución Amistosa En La Comisión Interamericana De Derechos Humanos (CIDH)
Alethia Carolina Arango Gil y Cristina Isabel Madrigal Urrea. 81

Convocatoria permanente. 94

EDITORIAL

Este segundo número la calificación de los pares ha permitido se publican artículos de semilleros de las facultades de Derecho de la Universidad Santo Tomás Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana, el semillero conjunto de derecho penitenciario entre la Universidad de Antioquia y la Universidad San Buenaventura Seccional Medellín y el semillero de Derecho penal moderno de nuestra universidad.

Es un placer advertir que hubo proceso de selección y de pares académicos, de retroalimentación de las evaluaciones, que no todas las participaciones recibidas salen en esta publicación, que ya tenemos otras preseleccionadas para el segundo número y que para un estudiante en su proceso de formación investigativa verse publicado en la revista Cultura Investigativa, debe representar un verdadero orgullo y honor.

El lector encontrará un material serio y trabajado por parte los articulistas seleccionados.

César Alejandro Osorio Moreno
EDITOR

Sección

logré el doctorado

UNA EXPERIENCIA DOCTORAL COMO UN PASO MÁS DE UN PROYECTO ACADÉMICO Y PROFESIONAL

por
Martín Agudelo Ramírez

Mi proceso de pregrado en Derecho lo empecé a los diecisiete años de edad, en el año 1986, estimulado más por el deseo de recibir una formación académica sobre la justicia que por la evaluación de unas normas jurídicas provenientes del legislador. En aquel momento manifesté una opción preferencial por conocimientos humanísticos y no técnicos; sin embargo, comprendí pronto que estaba transitando un camino de mero reconocimiento descriptivo sobre el derecho que es, no coincidente con el derecho que debe ser (el derecho justo). También entendí que un proyecto académico emprendido por quienes aspiran en el ejercicio profesional a desempeñarse como abogados no puede centrarse en estudiar unos datos de ley, sin herramientas críticas y sin hermenéuticas sólidas, para ser aplicados "miopemente" en las diversas prácticas jurídicas. Resulta necesario indagar por unos niveles de teoría y de fundamentación, que permitan cuestionar el derecho positivo. Inquietud me causaba la sentencia lapidaria de Von Kirchmann (1848), quien expresó: "Los juristas se ocupan de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas... su objeto es la ignorancia la desidia, la pasión del legislador... tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura".

Emprendí, entonces, entre los años 1987 y 1992, mis estudios en pregrado por las Facultades de Filosofía y de Teología de la Universidad Pontificia Bolivariana, buscando otro espacio que ayudara en mi maduración académica. Encontré un escenario bien atractivo que me brindaba instrumentos de cuestionamiento de todo el material normativo que venía asimilando, aunque aún no desplegaba una actuación decidida para establecer puentes de confrontación y construir posiciones críticas. Poco a poco fue cobrando fuerza el decisivo impulso metafísico que me acompañaba en el desarrollo de mi proyecto académico y profesional. Y es que tengo que reconocer que ese impulso fue el que me permitió emprender los procesos doctorales posteriores: uno en Filosofía con la Universidad Pontificia Bolivariana y otro sobre derechos humanos con la Universidad de Salamanca.

La década de los noventa del siglo pasado, con la entrada en vigencia de una nueva Constitución, como es la Carta de 1.991, cuando ya había recibido el título de abogado por mi entrañable Universidad Autónoma Latinoamericana, fue un periodo de replanteamientos constantes de esa visión que tenía sobre el derecho reconocido básicamente en su formato legislativo y que aplicaba constantemente como litigante. Poco a poco, aún sin establecer puentes con otros saberes no jurídicos, reconocí que en Colombia se venía produciendo una sustitución de paradigmas que les daba a los abogados valiosas oportunidades para efectos de propugnar por una administración de justicia más cercana a la comunidad. El cambio se había dado por la vigencia de una Constitución bien diferente en muchos aspectos, por cuanto la nueva es fundamentalmente normativa, no meramente programática o exhortativa. Nos encontrábamos ante un reto enorme, consistente en entender cuál debía ser la apuesta a realizar en pro de hacer viable un nuevo derecho, fuertemente direccionado por el papel normativo de los principios, y destacando el nuevo campo de acción de los derechos fundamentales. Era ya la hora de evaluar cómo las propias prácticas jurídicas podían ser conciliadas con un derecho "correcto" en el que el horizonte constitucional cobraba gran protagonismo.

Legalidad y legitimidad se encuentran, validez formal y validez material se concilian en este nuevo Estado Constitucional que reclama la presencia de operadores jurídicos responsables que puedan ofrecer soluciones justas. En este Estado con una Constitución normativa se acepta la posibilidad de aplicar directamente los principios, auténticas normas fundantes y diversas del resto de reglas del ordenamiento jurídico, no siendo meros criterios auxiliares de la actividad judicial. Se advierte en este espacio, condiciones más gratificantes para ejercer nuestra labor como profesionales del derecho; sin embargo, debe aceptarse con honestidad que hay un "edificio" por construir y que falta demasiada entrega de parte nuestra. En este sentido, el concepto aristotélico de Phrónesis, resulta una posibilidad clara para ser itinerante de ese tipo de sendero, liberador para litigantes y jueces; especialmente para los últimos, para que no sean siervos

ISSN: 2027 - 8993

incondicionales de una ley aplicada literalmente, al margen de la nueva realidad que se impone en el Estado Constitucional. Asimismo, se impone la participación en escenarios procesales que sean realmente deliberativos y en los que se recobre la vieja idea del anhelado Aréopago griego, desde el que resulta inevitable la polémica, la participación, el respeto por la diferencia, la equidad y el deber ineludible de emitir soluciones persuasivas como exigencias propias del ágora.

En el año 2000 se abrió para mí una nueva etapa para mi crecimiento profesional. Ser juez. Mis tareas judiciales las inicié en el Municipio de Santa Bárbara. Para entonces ya había comenzado el proceso de catedrático con los cursos de derecho procesal y filosofía del derecho, en las Universidades de Medellín y Autónoma Latinoamericana. El impulso "metafísico" al que hice referencia seguía presente, aunque era consciente de que los profesionales del derecho no estábamos sumergidos en el escenario de aplicación estricta y literal del derecho legislado. Quien más que el juez, en un Estado Constitucional, comprometido con esa búsqueda de la justicia, ejerciendo una eficaz actividad rehabilitadora de la razón práctica, que permita actualizar cualquier texto normativo a la realidad presente del "aquí" y del "ahora". No puede pretender el juez ser como una máquina de subsunción del caso particular en la regla general y abstracta expresada en un texto normativo como el legal. Sin desconocer la igualdad, la seguridad y la confianza legítima de los justiciables en sus jueces, es importante que los operadores jurídicos –con independencia- se comprometan seriamente con las diversas técnicas de interpretación, teniendo en cuenta los principios, en aras de aseguras actuaciones correctas. Cuando el intérprete se ha colocado al lado de la razón práctica en el sentido más clásico de la palabra, el positivismo neutral y dogmático, como lo ha sostenido mi maestro Gonzalo Soto Posada, se convierte en un "caro data vermibus", es decir, en un cadáver para efectos de la vida jurídica, aunque siga expidiendo sus fétidos olores.

Asimismo, a partir, del año 2000, consideré que en mi proyecto de vida académica y profesional debía integrarme en un proceso doctoral que me permitiera evaluar otros aspectos. Quería tener unos nuevos "anteojos" para realizar diagnósticos más profundos frente al entorno en el que me encontraba. Así fue como inicié mis estudios doctorales en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana, un proceso que igualmente tiene su antecedente mediato en la formación universitaria del pregrado. En cuanto a la investigación me interesé por un problema que permitiera evaluar las relaciones entre derecho y poder. A propósito, hallé en la obra de Norberto Bobbio (1909-2004) una fuente de lectura y de confrontación crítica de cara al proceso investigativo comenzado. Se advierte un pensamiento vinculado decisivamente con la duda, el pesimismo, el diálogo y el rechazo de la metafísica, en medio de una obra básicamente ensayística y en la que se ha pretendido descartar el dogmatismo de los intolerantes.

El doctor Gonzalo Soto Posada me acompañó como asesor temático. Conté con la presencia de un filósofo, no abogado, con quien tuve la posibilidad de discutir en varias ocasiones sobre la relaciones entre política y derecho, poder y norma. La filosofía era precisamente la piedra angular para emprender un esfuerzo crítico sobre una obra profunda en la que se indica que poder y norma jurídica son caras de la misma moneda, y en la que igualmente se ofrece una comprensión especial de los derechos humanos, referentes claros para limitar el poder político. El informe definitivo fue socializado en el año 2005 con los jurados, los doctores Orlando Arroyave y Olimpo Suárez, quienes realizaron valiosos aportes con sus comentarios y críticas. Decidí asimismo publicar el trabajo, concretamente con Editorial Temis, y con presentación del doctor Alfonso Ruiz Miguel, profundo conocedor de la obra del jurista turinés y catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid. Su título: "El poder político: su fundamento y sus límites desde los derechos del hombre; una aproximación a la filosofía del poder en la obra de Norberto Bobbio".

Sentí con este trabajo que podía pensar en un escenario distinto al propio de la dogmática. Se trataba de comprender y cuestionar en un ámbito más cercano a la Filosofía o a la Teoría General del Derecho. Sin embargo soy consciente de mis carencias y límites, de mis vacíos que hacen que me sienta constantemente insatisfecho. Retumba en mi pensamiento constantemente el siguiente comentario de John Stuart Mill: "Es mejor ser un ser humano insatisfecho que un cerdo satisfecho; mejor ser un Sócrates insatisfecho que un necio satisfecho. Y si el necio o el cerdo opinan de un modo distinto es a causa de que ellos sólo conocen una cara de la cuestión. El otro miembro de la comparación conoce ambas caras."

El título de doctor no es definitivo. Se obtiene un diploma, pero se impone continuar con la investigación. Para el año 2005, resultaba decisivo entender cuál era el alcance del proceso de formación que había promovido; el contacto que tuve con tantos maestros frente a los que me sentí- y con palabras de Bobbio- como un "enano" facilitó hacer ese diagnóstico de mi indigencia, pero también de "sed" por el conocimiento, debía continuar formándome sin perderme en la habitualidad de lo cotidiano. No se trata de obtener un título más. La misión de estudiar sin cesar debía continuar, y si hay acompañamiento institucional –en mi caso concreto- bienvenido sea. Es por esto que seguí con otro proceso doctoral, distinto, en España. Elegí para esta aventura a la Universidad de Salamanca, sin desvincularme de mis actividades judiciales, inicialmente como juez singular y posteriormente como magistrado del Tribunal Superior de Medellín. Me embarqué en otro proceso, que terminó el 17 de diciembre del año 2010, con el acto de defensa y en el que obtuve por unanimidad la calificación de "Sobresaliente Cum Laude", en el que estuve acompañado por mi madre Amanda Ramírez Giraldo, ser que me apoyado incondicionalmente en toda mi vida.

La Universidad de Salamanca ofreció entre sus programas de doctorado, uno que realmente que cautivó: "Pasado y presente de los Derechos Humanos", coordinado por la doctora María Esther Martínez Quinteiro, profesora titular de Historia Contemporánea del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea y directora del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca. El objeto del programa fue el "efectuar una aproximación multidisciplinar a la teoría y praxis sociopolítica de los Derechos Humanos, vertebrada desde la Historia Contemporánea, promoviendo una reflexión crítica sobre la memoria y contenidos de la acción democrática a escala mundial." En mi caso opté por investigar sobre los derechos humanos desde la filosofía y la teoría jurídica. Encontré un apoyo definitivo en dos profesores a quienes agradezco su acompañamiento permanente: mi asesor temático Mariano Álvarez Gómez (doctor por la Universidad de Munich en 1967 y profesor de Metafísica, adscrito a la Facultad de Filosofía de la Universidad de Salamanca), mi tutora María del Carmen Paredes Martín (profesora de la Universidad de Salamanca y miembro del comité científico de la Hegel-Gesellschaft y de los Hegel-Studien en Berlín y Hamburg) y mi amigo Modesto Gómez Alonso (profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca).

En el doctorado con la Universidad de Salamanca tuve que pasar por tres etapas: una de docencia, otra de investigación, y finalmente por la elaboración de la tesis doctoral. Los profesores Esther Martínez Quinteiro, Ángela Figueruelo Burrieza, Mariano Álvarez Gómez, Miguel Ángel Rodilla González, Juan Manuel Pérez Bermejo, Eugenia Torijano Pérez, Regina Polo Martín, José María García Gómez-Heras, Mª Teresa López De La Vieja, Enrique Bonete Perales, Carmen Velayos Castelo y María del Carmen Paredes Martín, contribuyeron en mi formación. Haber interactuado con cada uno de estos docentes me permitió avanzar en la investigación, realizando diagnósticos sobre diversos problemas e indagando por posibles soluciones. Sin embargo, fue uno de los módulos el realmente decisivo para el trabajo doctoral. Se trata del curso de Fundamentación filosófica de los derechos humanos: el problema del humanismo. Su objetivo era muy concreto:

"Abordar la fundamentación de los Derechos Humanos desde la perspectiva filosófica así como su plataforma conceptual" y su programa era bien atractivo: "**1. Controversias actuales sobre la posibilidad de fundamentar los Derechos Humanos. 2. Significado de conceptos tales como libertad, igualdad, razón, conciencia, y persona humana**". En el desarrollo de este curso, orientado por el inolvidable maestro Mariano Álvarez Gómez, encontré el mayor aporte para reconocer sobre qué temáticas en concreto podía desarrollar mi trabajo doctoral.

"El problema del fundamento de los derechos humanos. Bases ontológicas" es el título de esta segunda tesis doctoral. En ésta abordé temáticas como las siguientes: El concepto de los derechos humanos, la falacia naturalista y el problema de la fundamentación, alternativas para fundamentar los derechos, la persona, el legado metafísico en el discurso de los derechos humanos y la tensión entre liberalismo y multiculturalismo. El trabajo se encuentra pendiente de su publicación con Editorial Temis. Cuenta con el prólogo del distinguido jurista y filósofo del derecho Gregorio Robles Morchón, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de las Islas Baleares y profesor de Derecho de la Unión Europea en la Fundación Mapfre-Estudios en Madrid, quien también me acompañó como jurado del trabajo doctoral.

En el desarrollo de la tesis pretendí configurar un diagnóstico sobre el estado de una idea. Si bien la defensa y la

y políticas, para la vigencia y efectividad de los derechos humanos, son importantes, no puede soslayarse la cuestión del fundamento. La filosofía puede dar luces en la adopción de una perspectiva profunda. Resulta importante realizar ese diagnóstico confrontando diversas comprensiones sobre las razones para cimentar el discurso de los derechos humanos. No se trata de atar sus contenidos a un núcleo fuerte sobre justificación que impida su actualización desde las necesidades humanas en atención al contexto espacio-temporal.

Sé que el camino continúa. No puede suspenderse esa actividad itinerante de constante esfuerzo por comprender mejor mi entorno y tratar de proyectarme mejor ante los otros, tanto como persona, como juez y como catedrático.

ISSN: 2027 - 8993

Artículos

LIBERTAD DE RELIGIÓN: EL DERECHO A CREER TRAS LAS REJAS[1]

Por

Ivonne Llerena López[2]

RESUMEN

La situación de privación de libertad acarrea consigo la inclusión de derechos fundamentales que han sido reconocidos no sólo por la normatividad nacional sino también internacional, y que en todo caso deben ser garantizados y protegidos en todo momento, no obstante encontrarse algunos de ellos suspendidos, restringidos o limitados. Dentro de estos derechos, se enmarca el derecho a la libertad de religión, que dentro del fenómeno de la privación de la libertad cobra gran importancia en consonancia con el fin último de la pena cual es la resocialización. Así, desde la interpretación normativa que se hace desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, se permite en todo caso esclarecer el motivo de las violaciones de dichos derechos y cuestionar la importancia de los mismos durante la privación de libertad.

PALABRAS CLAVES

Corte Constitucional, Consejo de Estado, derechos fundamentales, jurisprudencia, libertad de religión, privación de libertad.

ABSTRACT

The situation of deprivation of liberty carries with it the inclusion of fundamental rights which have been recognized not only by national but also international norms, and that in any case be secured and protected at all times, however, found some of them suspended, restricted or limited. Within these rights, is part of the right to freedom of religion, within the phenomenon of deprivation of freedom becomes very important in line with the ultimate aim of which is worth re-socialization. Thus, from the statutory interpretation that is made from the jurisprudence of the Constitutional Court and the State Council, is permitted in any case to clarify the reason for the violations of these rights and question their importance during the deprivation of liberty.

KEYWORDS

Constitutional Court, Council of State, Fundamental rights, jurisprudence, freedom of religion, deprivation of liberty.

INTRODUCCIÓN

El texto que a continuación se presenta es fruto de la investigación titulada Derechos Fundamentales de las Personas Privadas de la Libertad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, realizada por el grupo de investigación "Sistema Penitenciario" de la Universidad de Antioquia con el apoyo del Semillero de Derecho Penitenciario.

1.La presente publicación hace parte del informe final de la investigación titulada: "Derechos Fundamentales de las Personas Privadas de la Libertad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado", desarrollada dentro del Grupo de Investigación Sistema Penitenciario de la Universidad de Antioquia. El equipo de trabajo está conformado por el Prof. Dr. Juan David Posada Segura (www.posadasegura.org), como investigador principal, y como auxiliares de investigación: Ivonne Llerena López, Natalia Giraldo Cano, Cindy Barrientos Rozo y Carolina Palacio Hidalgo.

2.Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, miembro del Semillero de Derecho Penitenciario (www.derechopenitenciario.org), del grupo de Investigación Sistema Penitenciario y de la Corporación de Atención Jurídica Penitenciaria, ivo_ll@hotmail.com

Cuando una persona se ve sometida a una situación de privación de su libertad, inmediatamente se configura una situación de sujeción especial frente al Estado que ha sido reconocida por las altas Cortes del país. Pues bien, en virtud de dicha figura, corresponde al Estado propender por la protección de estas personas y en especial por la garantía, promoción y protección de sus derechos, que no obstante la situación por la que están pasando, conservan la entidad de ser fundamentales.

Expresamente, desde la interpretación normativa jurisprudencial, se ha reconocido la existencia de derechos fundamentales para aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad. Así las cosas, se tiene que los internos no pierden sus derechos humanos como consecuencia de su privación de libertad.

No obstante lo anterior, estos derechos se han podido identificar, y se han podido clasificar, como lo ha reiterado en varias ocasiones la Corte Constitucional, en aquellos que se encuentran suspendidos, limitados y aquellos que a pesar de la situación de privación de libertad permanecen incólumes. Así las cosas, para los titulares de estos derechos, se encuentran suspendidos los derechos a la libertad física y a lo que la Corte Constitucional ha denominado como libre "locomoción", además, como consecuencia de la pena impuesta también se suspenden los derechos políticos, es decir, el derecho a elegir y ser elegido.

De otro lado, derechos como el libre desarrollo de la personalidad, derecho de reunión y asociación pacífica, libertad de expresión y el derecho a la protección y constitución de una familia se encuentran restringidos en razón de las condiciones que se generan con la privación de la libertad.

Por último, se encuentran aquellos derechos que permanecen incólumes, donde se destacan el derecho a la vida, la salud, dignidad, igualdad, la integridad personal, el derecho de petición y el debido proceso. Y es precisamente en este grupo donde se ubica el derecho a la libertad de religión que a continuación se desarrollará pero que en últimas cobra relevancia en la medida que interviene con el proceso de resocialización que la norma ha asignado a la pena como fin principal.

CONTEXTO

Históricamente, si bien la religión ha marcado la pauta de las sociedades a través de todos los tiempos como mecanismo de control social, también es cierto que ha sido un tema que ha generado grandes controversias y diferencias entre los pueblos. Controversias que en Colombia sin lugar a dudas se han enmarcado como eje central de innumerables debates puesto que la incidencia de la religión en el país resulta ser bastante marcada.

Hay que aclarar de antemano que la libertad religiosa en el Estado Social de Derecho no tiene un reconocimiento meramente formal, sino que implica una obligación en cabeza de las autoridades correspondientes de hacer lo posible para que su ejercicio y disfrute sea efectivo y realmente factible. De ésta manera se evidencia el ejercicio de éste derecho en la comunidad, donde los ciudadanos tienen amplias posibilidades de escoger la religión y el culto al cual quieren pertenecer, cumpliendo así, con los cometidos expresados por el legislador en la carta de 1991 cuando proclama en su artículo 19 que "Se garantiza la libertad de cultos, y que toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva".

Como derecho fundamental, la libertad de religión enmarca la posibilidad de cada persona de elegir libremente su religión, no elegir ninguna, creer o no en la existencia de un Dios, pero en todo caso su ejercicio podrá ser manifestado públicamente sin lugar a ser víctima de cualquier tipo de discriminación.

Resulta pues importante resaltar en este aspecto la diferencia existente entre culto y religión, pues es común escuchar hablar a las personas refiriéndose a ambos términos como si se tratara de expresiones equivalentes. Ahora bien, aunque en los dos términos existe una relación con un Dios supremo, encuentran su diferencia en un estrecho límite; es así como, la Corte Constitucional ha realizado una diferenciación al respecto:

"En cuanto a la diferencia entre la libertad religiosa y de cultos, la Corte también ha explicado que ésta no es más que un aspecto de la libertad religiosa, que se comprende en ella, y que consiste en el conjunto de demostraciones exteriores de las propias creencias religiosas, demostraciones que pueden ser de carácter colectivo o individual"[3].

Ahora bien, aterrizado al contexto carcelario y penitenciario, se trata de un derecho que no se puede dejar por fuera puesto que ha cobrado gran relevancia a través de todos los tiempos, de allí que siglos atrás, el uso que se le brindaba a éste derecho iba encaminado a la obtención del perdón por las conductas delictivas, pero hoy por hoy, es evidente como la religión más que un derecho, llega a hacer parte esencial del tratamiento penitenciario, y es definitivamente en éste punto específico donde se vincula la libertad de religión con el mundo de las prisiones.

Justamente en el contexto penitenciario, cabe mencionar además que el derecho a la libertad de religión se encuentra relacionado con otros derechos, como:

"Derecho a que no se imponga la práctica de ninguna religión por parte de la administración como parte del tratamiento penitenciario; Derecho que le asiste al recluso o reclusa para practicar o no una religión; Derecho a escoger qué religión se quiere profesar y/o practicar; Derecho a comunicarse con los ministros de su religión; Derecho a que se respeten y permitan las prácticas propias de la religión escogida"[4].

CONSAGRACIÓN NORMATIVA

Como se dijo en líneas anteriores, el derecho a la libertad de religión cuenta con una amplia consagración normativa, tanto en el ámbito nacional como internacional. En este sentido, se tiene que en el entorno colombiano existe normatividad internacional vigente que desarrolla la libertad de religión. Se cuenta pues con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que sostiene en su artículo 18 que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión"; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 18, 20 y 27; artículo III de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Sistema Interamericano de la OEA; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos del Sistema Interamericano de la OEA, artículo 12. Así mismo, en la normatividad específica se encuentran las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, reglas 6, 41, 42 y 66 y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Principio 3.

Ahora bien, ya en el ámbito interno se cuenta con la consagración constitucional en el artículo 19 desarrollado mediante la Ley 133 de 1994 que reza: "Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva".

En la normatividad específica desde el entorno legal y reglamentario se vincula con el Código Penitenciario y Carcelario, el artículo 152 y en el Régimen Disciplinario del Personal de Internos, Resolución 5817 de 1994 artículo 20, numeral 11. En este mismo sentido se cuenta con el Decreto 1519 del 4 de agosto de 1998, artículo 2, decreto que cobra relevancia en la medida que identifica el derecho a la libertad de religión como uno de los únicos "regulados de manera independiente y específica para las personas privadas de la libertad". Finalmente, a manera de servicio fue tratado en la Resolución 7302 del 23 de noviembre de 2005.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Visto el panorama normativo, se hace necesario estudiar la definición jurisprudencial que se ha realizado respecto a la libertad de religión de las personas privadas de la libertad, tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado.

3.CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-616 de 1997. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
4.POSADA SEGURA, Juan David, El sistema penitenciario. Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad, Comlibros, Medellín, 2009, p. 361.

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
CC	0	0	0	0	1	0	0	1	1	0	1	0	1	1	1	2	1	0	1
CE	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Pues bien, ha sido poco el tratamiento que desde la Corte Constitucional se le ha brindado a este derecho, pues aunque se menciona en las sentencias T-065-95, T-389-98, T-702-01, T-023-03, T-851-04, T-1303-05, T-963-06, T-537-07, T-412-09 y T-511-09 el desarrollo sólo se brinda desde la sentencia T-946-99 de una manera muy abreviada, y en la sentencia T-376-06 que profundiza un poco más en torno al tema.

En éste sentido, existió un primer pronunciamiento en 1999 en el que el debate giró en torno a la negativa de un sacerdote de la parroquia del Centro de Reclusión conocido como "Bellavista" para celebrar el sacramento del matrimonio a uno de los internos del establecimiento. Sin embargo, para ésta ocasión la Sala consideró la prevalencia del derecho del capellán porque "(...) en razón de la autonomía de las iglesias, amparada en las libertad religiosa y de cultos, no es posible imponer judicialmente al demandado la obligación de administrar el aludido sacramento"[5], quedando de ésta manera por fuera toda protección de las garantías constitucionales del interno. En esta oportunidad la Sala determinó que:

"Los sacerdotes, pastores o ministros de una iglesia si bien tienen la condición de particulares y están colocados, en cierta forma, en una posición de preeminencia o supremacía frente a los feligreses de la respectiva iglesia, ella no es comparable con la relación que implica el estado de indefensión a que se encuentra sometida una persona por los particulares que en la sociedad ejercen poderes materiales derivados de una situación económica, social o cultural, pues dicha preeminencia se origina en razón de la autonomía, la organización y el régimen interno que posee la iglesia de la cual hacen parte y, por consiguiente, en función de su ministerio, como administradores de los sacramentos o encargados de los ritos del culto. Por lo tanto, jurídicamente no procede la acción de tutela contra ellos, cuando se niegan a administrar los referidos sacramentos, porque compelerlos a suministrarlos, mediante decisión judicial, conduciría a la violación de los derechos que se amparan en la libertad de cultos y de profesar una religión"[6].

Deja claro éste pronunciamiento que la Iglesia tiene plena libertad de decidir cuándo y a quién le celebra determinado sacramento, pues si el Estado le impone una persona especifica, estaría sobrepasando sus poderes jurisdiccionales, todo ello en virtud de la existencia de "(...) una independencia de las iglesias y confesiones en el manejo autónomo de sus cultos y profesiones, de manera que resulta inaceptable cualquier pretensión de la autoridad civil por limitar su ejercicio o imponerles conductas que riñan con los principios y postulados religiosos que las identifican"[7].

5.CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-946 de 1999, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
6.Ibíd.
7.Ibíd.

Ya para el año 2006, la Corte Constitucional emite un pronunciamiento en el que se exponen las condiciones y reglas impuestas para la conformación de cultos de los internos. Para esta oportunidad, correspondió "(...) a esta Sala establecer si la negativa de la Dirección de la Penitenciaría de La Dorada a suministrar un espacio y un horario para que el demandante lleve a cabo las prácticas religiosas de la Iglesia Pentecostés Unida Internacional a la que pertenece, y a permitir el ingreso de un pastor de dicha confesión a tal establecimiento carcelario, con el argumento de no estar probado que dicha Iglesia exista, ni que se hayan satisfecho los requisitos de ley, desconoce el derecho fundamental del demandante a la libertad religiosa y de cultos"[8].

En esta sentencia se conceptualiza de una manera importante el objeto de la libertad religiosa y de cultos, definición que es la misma que se establece para el resto de los ciudadanos que gozan de total libertad. Afirma pues la Corte Constitucional que:

"(...) es la garantía fundamental, de aplicación directa e inmediata, de conformidad con la cual nadie será molestado en razón de sus convicciones o creencias, ni será obligado a actuar contra su conciencia"[9].

Un análisis profundo del derecho a la libertad de religión desde su rango constitucional permite comprender mejor la esfera de protección del mismo; así lo deja ver la Sala cuando sostiene que:

"(...) el derecho a la libertad religiosa implica no sólo la posibilidad de profesar de manera privada y silenciosa el credo de la preferencia, si no que la garantía se extiende a la difusión y realización de actos públicos asociados con las convicciones espirituales. La libertad religiosa, entonces, garantizada por la Constitución, no se detiene en la asunción de un determinado credo, sino que se extiende a los actos externos en los que éste se manifiesta"[10].

Al respecto agrega la Corte Constitucional que:

"(...) En relación con la esfera privada, se destaca, en primer lugar, el derecho que tienen todas las personas a profesar una religión y a difundirla en forma individual o colectiva y, en segundo lugar, el derecho de toda persona a celebrar ceremonias, ritos y actos de acuerdo con sus propias convicciones religiosas. En el campo de lo público, el derecho a la libertad religiosa supone poner en pie de igualdad a todas las confesiones religiosas e iglesias ante la ley y, en consecuencia, eliminar el carácter confesional del Estado. De este modo se consagra la laicicidad del poder público y se afirma el pluralismo religioso"[11]

En resumidas cuentas, ésta sentencia equipara el derecho adquirido constitucionalmente por todas las personas del común a aquellas que se encuentran privadas de la libertad, pero advirtiendo de antemano que estas últimas se encuentran en una relación de especial sujeción frente al Estado, y que como tal serán las directivas quienes propendan por el debido cumplimiento del derecho a la libertad de religión; claro está que para ello deberá acreditarse la personería jurídica del culto o religión y se hará mediante el ministro autorizado por la misma.

En cuanto a la diversidad de religiones, deberá indistintamente protegerse en virtud del derecho a la igualdad, de aquí que al interior de los centros de reclusión se encuentren tantas religiones autorizadas como existen en la sociedad, convirtiéndose la libertad de religión en un derecho cuyo tratamiento es muy similar al que se le da a los ciudadanos no privados de la libertad.

Haciendo referencia nuevamente a la sentencia T-376 de 2006 hay que destacar que en este pronunciamiento se exponen las condiciones y reglas impuestas para la conformación de cultos en los centros de reclusión de Colombia, además consagra la garantía del derecho donde quiera que se encuentren las personas recluidas. En dicho sentido, y refiriéndose al contenido y objeto de la libertad religiosa y de cultos es relevante destacar que:

8.CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-376 de 2006. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
9.Ibíd.
10.CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-026 de 2005, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
11. Ibíd.

"a. El derecho a la libertad religiosa implica la posibilidad de profesar de manera privada y silenciosa el credo de la preferencia; b. La garantía se extiende a la difusión de la propia religión y a la realización de actos públicos asociados con las convicciones espirituales; c. El campo de lo público, el derecho a la libertad religiosa supone poner en pie de igualdad a todas las confesiones religiosas e iglesias ante la ley"[12].

No obstante ello, es un derecho que presenta pocas restricciones en las prisiones pues como lo ha reiterado al Corte Constitucional "tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público, protegido por la ley en una sociedad democrática"[13].

Finalmente, respecto a la libertad de religión, hay que anotar en primer lugar que tratándose de la Corte Constitucional, los pronunciamientos emitidos con posterioridad a la Constitución de 1991 fueron bastante reducidos. Aunque en lo pertinente al Consejo de Estado como máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se encontró que no se ha realizado pronunciamiento alguno en torno al tema desde el año 1991 hasta el 2009.

CONCLUSIONES

Para concluir hay que resaltar en primer lugar que la religión ha controlado a través de la historia las relaciones interpersonales, no obstante ello se trata de un derecho que cobra tal entidad en el contexto carcelario y penitenciario pues sirve no sólo como mecanismo de control para los internos sino también como una disciplina que genera un significativo aporte en la resocialización que es hoy el principal fin asignado legalmente a la pena privativa de la libertad.

En lo que respecta a la libertad de religión se trata de un derecho que goza de normatividad reguladora expresa y que es efectivamente uno de los más protegidos derechos en los establecimientos de reclusión del país. Sin embargo, jurisprudencialmente ha tenido un exiguo tratamiento por parte de las Altas Cortes del país, ello en virtud de que se trata de un derecho que en el contexto carcelario y penitenciario colombiano no genera un alto volumen de denuncias por violaciones, como si es el caso de otros. En este sentido, la Corte Constitucional cuenta con algunos pronunciamientos al respecto, a diferencia del Consejo de Estado que no ha emitido pronunciamiento alguno en lo que respecta a la libertad de religión en el periodo comprendido entre 1991 y 2009.

Es necesario aclarar además, que cuando se habla de la libertad de religión se trata de un derecho que es aplicable a la generalidad de la población que goza de completa libertad y que en la esfera de las prisiones permanece incólume para quienes se encuentran privados de su libertad. Así las cosas, al interior de cada establecimiento existen plenas garantías frente a este derecho pues se permite el libre ejercicio de profesar la religión deseada siempre y cuando ésta goce de personería jurídica y se realice mediante ministro debidamente autorizado.

En síntesis, se trata pues de un derecho garantizado en la mayoría de centros de reclusión del país. Muestra de ello radica en la existencia de múltiples religiones al interior de los establecimientos, pues aunque Colombia es un país mayoritariamente católico, con el pasar de los tiempos se ha permitido el ingreso y la práctica de otras religiones, que finalmente le dan la mano a los internos y les permiten en cierta medida hacer más llevadera su estadía en los centros de reclusión.

12.CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-376 de 2006 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
13.Ley 133 de 1994, Artículo 4°.

ISSN: 2027 - 8993

BIBLIOGRAFIA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-946 de 1999, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-376 de 2006. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-026 de 2005, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

POSADA SEGURA, Juan David. Sistema penitenciario. Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad. Comlibros, Medellín (Colombia), 2009.

Artículos

MORIR DIGNAMENTE, UN DERECHO PERSONAL O UN DEBER SOCIAL

Por

Andrea Ramirez Molina[1]

Kelly Johana Rojas Corrales

RESUMEN

Si se aborda el tema del derecho a una muerte digna, debe hacerse bajo la perspectiva de la autonomía individual, para el caso, la determinación del paciente de finalizar de manera temprana con su propia vida ante situaciones justificadas tanto médica como legalmente.

La vida, debe estar irradiada por la voluntad individual, y por la dignidad, si estos dos presupuestos no concurren, es posible acudir al derecho de una muerte digna, que debe ser incluido en el catálogo normativo de nuestro país, y en la Carta Universal de Derechos Humanos. Es fundamental reconocer la autodeterminación del sujeto que se dirige a la finalización del sufrimiento, a través de la muerte.

Tanto la vida como la muerte deben ser susceptibles de protección, pues ambas constituyen un núcleo bifurcado en derechos distintos por lo cual requieren (ambos) de consideración legal.

PALABRAS CLAVES

Muerte digna, Dignidad humana, Eutanasia, Ortotanasia, Distanasia, Suicidio asistido.

ABSTRACT

If the dignified death right matter is raised, it must be done under the individual autonomy perspective, to the case, the patients' determination of an early ending of their own lives facing justified situations not only medical but also legally.

Life should be irradiated by the individual will and by dignity, if these two assumptions are not alienated to life, is possible to acude to the right of dignified death, and must be included in the normative catalogue of our country, and the Universal Human Rights Letter, being fundamental the recognition of the self-determination of the person that is being victim of pain, trough death.

Both, life and death are susceptible of protection; these two facts constitute a bifurcated unit in different rights and in this way, they both require legal consideration

KEYWORDS

Dignified death, Human dignity, Euthanasia, Ortothanasia, Disthanasia, Assisted suicide.

INTRODUCCIÓN

Por medio de una exposición sucinta de ideas, se abarca el tema de la muerte digna, considerando que es una realidad ineludible de la existencia humana, hecho éste que debe ser regulado, pues representa una exaltación

1.Estudiantes de cuarto semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Integrantes del Semillero de Investigaciones en Derechos Humanos y Políticas públicas, adscrito al Grupo de Investigaciones Derecho, Cultura y Ciudad de las misma Facultad andy28_rr@hotmail.com y yely_14@hotmail.com

de la dignidad, aspecto que debe invadir todo ámbito de la vida de la persona.

Este artículo, más que ser una presentación argumentativa, es el medio elegido para intentar (aunque sea en ciernes), crear la necesidad de concientización de la comunidad jurídica y de la sociedad en general, de que la muerte no debe tomarse únicamente desde su cariz dramático y desolado, sino como el camino que permite obtener un estado libre de padecimientos y (aunque utópico) colmado de tranquilidad; como sostenía Bichat, médico francés del siglo XVIII, la vida sería la excepción y la muerte la regla.

Con este escrito se pretende reivindicar la dignidad humana y exaltar la autodeterminación del sujeto; logrando que el lector y la comunidad en general se concienticen de la necesidad de introducir la muerte digna en la lista de derechos humanos como derecho fundamental e inalienable de la persona y en el ordenamiento jurídico interno como parte de la carta de derechos fundamentales.

Para obtener como cuerpo el siguiente conjunto de ideas e intensiones a transmitir (ensayo), se realizó un rastreo bibliográfico y académico de estudios realizados del tema en cuestión, lo mismo que un análisis normativo internacional, que sirvió de referente comparativo de la situación jurídica del derecho a la muerte digna en Colombia, frente a otros países; de igual manera se llevó a cabo una pesquisa de la jurisprudencia colombiana que esboza y sirve de soporte a la investigación realizada.

MORIR DIGNAMENTE, UN DERECHO PERSONAL O UN DEBER SOCIAL

Cuando se plantea el tema del derecho a una muerte digna, necesariamente debe hablarse de la autonomía privada o individual, que no es otra cosa, que la expresión de libertad propia del sujeto de decidirse a poner fin a sufrimientos que medicamente no es posible tratar. Para analizar este postulado, es indispensable realizar un paralelo entre aquel derecho fundamental y por demás humano, la vida, que se supone es un pilar en los Estados Sociales de Derecho, y la obligatoria protección por parte de ese ente estatal, del derecho fundamental de la dignidad humana y la libertad del individuo de disponer de su propia vida en situaciones extremas y justificadas.

Así, la eutanasia se presenta como el acto de provocar la muerte con fines piadosos a un enfermo sin esperanzas de recuperación; con el cual se propicia una muerte indolora y rápida. En la concepción médico-legal, la eutanasia voluntaria es la administración por parte del médico de un agente letal con la intención de terminar con la vida de un paciente terminal ante el pedido directo del mismo. Se habla también de la eutanasia involuntaria o finalización de la vida sin un pedido expreso del paciente terminal, que implica la administración de medicamentos que sirvan para finalizar con su existencia. Igualmente, y por último, se hace mención al denominado suicidio asistido, que es la prescripción o administración de drogas, o provisión de los medios necesarios por parte del médico con la intención explícita de permitir a un paciente terminal finalizar con su propia vida[2].

Por otra parte, también es de mencionar que existen algunos términos con los que se suele confundir la noción de la eutanasia. El primero de ellos, es la ortanasia, también denominado muerte correcta, que consiste en no alargar la vida por medios electrónicos ajenos al individuo. Este procedimiento garantiza en parte un soporte, pero no el efectivo alivio del dolor que requiere el enfermo, dentro de este tipo de procedimientos, se tiene en cuenta la expresión de voluntad del paciente, o la familia de no aplicar tecnología médica compleja y costosa al que sufre; así, como retirarla después de un tiempo prudencial, y siempre y cuando el paciente no presente mejoría alguna[3].

Igualmente, encontramos otro término de posible confusión, la distanasia, que etimológicamente es lo contrario de la eutanasia, y consiste en retrasar la muerte lo más posible, valiéndose de todos los medios y mecanismos

2.PRZYGODA, Pablo, "La eutanasia y el suicidio asistido en la Argentina y en otros países". En: MEDICINA. Volumen 59 - Nº 2, 1999, Páginas: 195-196.
3.UNIVERSIDAD DE MANIZALES, Facultad de Medicina. "Ortotanasia y Distanasia", Imbiomed 2009, (En línea) http://www.imbiomed.com.mx/1/1/articulos.php?method=showDetail&id_articulo=60323&id_seccion=2475&id_ejemplar=6092&id_revista=152.

necesarios para alcanzar tal fin, aún cuando no hay esperanza alguna de curación[4].

Así entonces, es notorio –luego de lo presentado– que el derecho a la vida está unido de manera inescindible al principio o valor de la dignidad humana, pues irónico sería estar vivo pero en condiciones inhumanas o denigrantes, como ocurre en el evento de que una persona se encuentre enfermo, inconsciente, dependiendo para vivir sólo de aparatos y herramientas mecánicas. Entonces ¿Qué calidad de vida puede tener aquélla? En la mayoría de las circunstancias, son sus dolientes, familiares o allegados quienes se aferran a ese cuerpo sin calidad de vida, sin posibilidad de valerse por sí mismo; lo que significa que seguir conectado a máquinas puede resultar fácilmente una clara perpetuación del dolor y el sufrimiento, en lugar del mantenimiento del placer que conlleva disfrutar de una adecuada calidad de vida. Es desde esta perspectiva, cuando se hace necesario contemplar la posibilidad de introducir entre la lista de derechos humanos, el derecho a una muerte digna, teniendo en cuenta que en contraposición a la vida está la muerte, y que el paliativo de una vida indigna (cuando una persona padece una enfermedad terminal e incurable), sería acceder a la muerte de manera digna; pues "morir constituye el acto final de la biografía personal de cada ser humano y no puede ser separada de aquella como algo distinto. Por tanto, el imperativo de la vida digna alcanza también a la muerte. Una vida digna requiere una muerte digna"[5], tal y cómo lo afirma Fernando Marín Olalla.

Referirse a la vida como lo único susceptible de protección y dejar de lado a su sombra y amiga inseparable la muerte, sería otorgar una protección incompleta, inacabada, pues son un sólo núcleo, es decir, son un derecho bifurcado y que, obviamente, por ser cosas distintas deben protegerse de manera diferente, pero al haber vida, indispensablemente habrá muerte, y esta última así como la primera, merece deferencia y reconocimiento a nivel legal, en cuanto es propia, inseparable, inalienable y exclusiva de cada sujeto, y como tal debe ser objeto del amparo legal.

Para hablar del derecho a una muerte digna, se hace imperante analizar lo que respecta a la dignidad humana; concepto etéreo y de difícil comprensión. Jurisprudencialmente, la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia de revisión de tutela 881 de 2002 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, ha dicho que la dignidad humana es aquella forma de vivir que los sujetos quieren o desean llevar, aquella manera de actuar que les permite desarrollarse como individuos únicos e integrantes de un grupo social[6]. De esa manera, la dignidad humana presupone que sea necesario entender que las personas tienen las mismas capacidades y posibilidades sociales de realizarse humanamente, presupuesto éste, que va ligado a la igualdad que debe regir en el Estado Social, y en el cual debe considerarse al individuo desde un aspecto racional, individual y social, configurándose, además, la libertad propia de los sujetos, inmiscuyendo entonces el concepto de lo digno en lo jurídico y político, desde ahí, se presume que cuando el sujeto no puede, por razones ajenas a sus capacidades, desarrollarse en condiciones de dignidad, el Estado debe proporcionar los medios adecuados para remediar tal situación, siempre que sea remediable; de lo contrario, proporcionar entonces las formas que permitan la exaltación de la voluntad del individuo, siempre que con ella se mejore su situación y que con tal mejoramiento haya una conducción a la eliminación total del estado indigno, aún cuando esa voluntad sea renunciar al derecho de la vida, que por algún motivo, frente al caso concreto, no reposa sobre la base de la dignidad.

Es claro entonces el vínculo existente entre la dignidad y la autonomía de la voluntad o libertad, pues sólo cuando la persona es libre y goza de autonomía puede tomar determinaciones que le garanticen el real desarrollo de su proyecto vital, y la materialización de esa imagen que quiere proyectar al exterior y que, por otro lado, constituye lo que él es. Así la noción de dignidad humana conduce a considerar al individuo como persona que se autodetermina, y no sólo como sujeto, porque éste, puede asociarse con el objeto consolidador del poder

4.AMENÓS VIDAL Y OTROS José María. "La distanasia u obstinación terapéutica". En: ETICA, PSICOLOGIA Y CRISTIANISMO. España: Universidad Central de Barcelona (España), 2007. Pág. 51 y 52. (En línea) http://www.eumed.net/libros/2007c/329/La%20distanasia%20u%20obstinacion%20terapeutica.htm.

5.MARÍN OLALLA Fernando. "Muerte Digna en Andalucía", En: medicablogs (En línea), Septiembre, 2008. URL disponible en http://medicablogs.diariomedico.com/encasacp/2008/09/04/muerte-digna-en-andalucia/.

6.CUNDINAMARCA.CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala Séptima de revisión. Sentencia T 881 de 2002 (M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.). Bogotá D.C. 2002

jurídico y político del Estado y no como el motor de las acciones del mismo[7], en los términos presentados por Josef Seifert, en su escrito titulado Dignidad Humana: Dimensión y fuentes de la persona humana.

De esta forma, y como ya se hizo referencia, la dignidad humana es un concepto indeterminado y vago, en sí es un concepto axiológico, y que puede resultar de difícil aplicación o aprehensión, por lo que se debe restringir y limitar a campos específicos para que se haga tangible, en este caso, al ámbito de la vida, que entre otros, debe abarcar dignidad para que el individuo realmente se establezca como persona. Ya en el caso de no poderse lograr este objetivo, porque las condiciones en que se encuentra el sujeto difícilmente permiten que actúe como tal, y conducen a que más bien se asemeje a un cúmulo de masa y huesos sufrientes, pero aún con discernimiento cognoscitivo, puede éste optar por acudir a la difícil alternativa de la finalización de ese sufrimiento, por medio de la muerte, y que con esta última se llegue a la dignidad que en vida no puede, por estas mismas condiciones o circunstancias, alcanzar. Afirmación ésta que abre la cuestión de qué es lo digno que abarca la muerte, y posible respuesta podría ser: la eliminación del sufrimiento y el logro del descanso en menos tiempo y agonía. Esto pues, permite que el sujeto actúe de acuerdo a lo que desee, y que impulsado por las circunstancias decida detener el transcurso de un proceso que puede ser tortuoso y que al final del mismo, se obtiene como resultado, igual producto al que el sujeto opta de manera temprana, es decir, la muerte.

Lo que aquí se pretende realizar no es una apología a la eutanasia, ni el apoyo a la asistencia al suicidio, lo que se busca, es que se tome conciencia de que el sujeto que sufre es quien debe tomar la determinación de vivir, sea dignamente o indignamente, de acuerdo a su proyecto de vida; o de morir dignamente bajo el amparo del derecho, y que en ninguna circunstancia, sean terceros los que decidan su suerte, siempre que este se encuentre en las condiciones psíquicas y físicas de hacerlo.
Se procura pues, hacer visible la necesidad de introducir en la normativa la regulación de una muerte digna y, por otra parte, concientizar a la sociedad de la importancia de implementar en el ordenamiento jurídico este derecho, como decisión personal del individuo, que debe ser manifestada únicamente por el sujeto, como una expresión libre de su voluntad, situación similar a lo que sucede con la donación de órganos.

Garantizar la existencia del derecho a la muerte digna, puede para algunos tornarse como la forma perfecta para en determinados casos acabar con la vida de otro individuo y arreglárselas para que su actuar sea justificado por el derecho, cuando realmente la voluntad del sujeto no se ha manifestado en forma positiva frente a la posibilidad de terminar con su vida, de ahí pues, que se requiera que para la existencia de este derecho y la posterior positivización del mismo, aquellos que quieran ampararlo como una posibilidad, lo manifiesten abiertamente y no a través de terceros. Así, que es aquí cuando se puede decir que la garantía efectiva a este derecho no se refiere a la permisión y posibilidad indiscriminada de que unos acaben con la vida de otros; sino a que realmente sea la voluntad de la persona que sufre la que se manifieste, y que con tal manifestación baste para que su deseo de acabar oportunamente con su sufrimiento sea escuchado y además materializado, de manera respetuosa, exaltando siempre la dignidad y bienestar del individuo que opta por tomar una decisión, que ciertamente para la mayoría de la sociedad puede resultar abrumadora, cuando no, imposible.
No se cierra con esto la posibilidad de que los familiares puedan tomar este tipo de decisiones por el paciente, siempre y cuando haya una muestra clara de dolor, sufrimiento y estado indigno de subsistencia; y obviamente el individuo no tenga conciencia alguna para consentir la finalización de su existencia; es pues en estos casos cuando se opta por acudir a la eutanasia o buen morir, y con ella evitar un camino tortuoso que no es necesario atravesar. Para aplicar y hacer efectiva esta decisión tomada por terceros, es indispensable un aval médico, legal y jurídico, de que el caso es merecedor de la permisión de la finalización de la vida del paciente que sufre.

Los estados en general, desde su Constitución Política, establecen como obligación y pilar fundamental de la organización política, la protección de la vida, ponderando este derecho con el respeto a la dignidad humana, que además sugiere la prohibición de tratos crueles e inhumanos frente a los derechos inalienables de la persona, y directa e indirectamente el respeto por la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad;

7.SEIFERT Josef. "Dignidad Humana: Dimensión y fuentes de la persona humana". En: Internationale Akademie für Philosophie im Fürstentum Liechtenstein (En línea), URL disponible en: http://www.edyde.org/resources/Dignidad_humana.pdf.Lynett.). Bogotá D.C. 2002

todo este pronunciamiento, más que redefinir a los conceptos de vida y muerte, se dirige a la exaltación de la dignidad al interior de ambas nociones, obviamente, ocupándose de lo imperioso que se hace el reconocimiento al derecho a la muerte digna, de manera expresa en el ordenamiento jurídico.

Un ejemplo de lo anterior, es el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, donde se establece en su artículo 5, que una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. En igual sentido, la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005, determina en su artículo 5 que se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico de Colombia, tenemos como referentes de este tema, la sentencia C-239 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, en la cual, se analizó la constitucionalidad del artículo 326 del Código Penal que tipifica como delito el homicidio por piedad; dicho análisis concluyó en la despenalización parcial de la eutanasia activa, declarando constitucional la tipificación que realiza el legislador del homicidio por piedad, pero anexando a dicha regulación una excepción en la cual concurren dos condiciones: la primera es el consentimiento del sujeto pasivo y, la segunda, la presencia de un médico que propicie la muerte al paciente, y que de dicha conducta, no podrá deducirse responsabilidad penal a este último; creándose así una causal de justificación en la comisión de tal hecho punible[8].

Lo anterior permite deducir que si bien, en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra prevista la vida como un valor, un principio y derecho fundamental, ésta puede verse limitada o cuestionada, en aquellos casos en que un individuo se vea afectado por una enfermedad grave e incurable, abriéndose el interrogante de si la persona puede escoger entre seguir viviendo, o morir anticipadamente en condiciones menos dolorosas.

Según lo ya mencionado, se debe concluir que en Colombia sí se considera la eutanasia activa, pero se hace necesario una regulación más clara que introduzca lo respectivo a la eutanasia pasiva (rechazo del paciente al tratamiento); lo que demuestra, que si bien el Estado, según lo estipulado en la Constitución Política de 1991, se encuentra obligado a proteger la vida, lo debe hacer teniendo en cuenta la dignidad humana de los individuos, y su capacidad de autodeterminación.

Por otro lado, aparece de manera incipiente el debate de la Ley Estatutaria 44 de 2008, sobre las prácticas de la eutanasia y el suicidio asistido en Colombia y el servicio de cuidados paliativos. Caso contrario, es lo que acontece en otros países como en España, donde se acoge el Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, lo que permitió que se empezara a visualizar la muerte digna, como un derecho que requiere un reconocimiento legal.

Por otra parte, existen múltiples movimientos sociales que han empezado a gestarse en diversos países del mundo, buscando la aceptación, regulación y aplicación del derecho a la muerte. Muestra clara de ello es Andalucía, España, donde se aprobó la Ley 41 de 2002, con la cual se pretende contribuir a la garantía del derecho de alivio del sufrimiento, con una respuesta equitativa y eficaz del sistema sanitario[9].

El objetivo de dicha regulación, es proporcionar una mejor atención a los pacientes en situaciones de enfermedad avanzada y terminal y a sus familias, respetándoles su autonomía y libertad personal; esto, teniendo en cuenta lo expresado por la Organización Mundial de la Salud, que define los cuidados paliativos, como Enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a problemas amenazantes para la

8.CUNDINAMARCA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 239 de 1997 (M. P. Carlos Gaviria Díaz). Bogotá D.C. 1997.
9.NAVARRO, Pedro Antonio. "Muerte digna en España". En: El Siglo (En linea). No. 874. Marzo, 2010. URL disponible en: http://www.elsiglodeuropa.es/siglo/historico/2010/874/874dossier.html.

vida, a través de la prevención y alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos y espirituales[10]. Esta ley busca entonces, que las personas en estado de enfermedad terminal, tengan acceso a la sedación paliativa y gocen de la autonomía para negarse a recibir tratamiento, pero sin eliminar la prohibición del suicidio asistido.

Otras ciudades de España donde se encuentra legislado el tema de la eutanasia son: Aragón, por la Ley 6 de 2002; Baleares por la Ley 5 de 2003; Canarias, por el decreto 13/2006; Cantabria, por la Ley 7 de 2002; Castilla-La Mancha, por la Ley 6 de 2005; Castilla y León, por la Ley 8 de 2003; el País Vasco, por la Ley 7 de 2002 y el Decreto 270 de 2003; Extremadura, por las leyes 10 de 2001, 3 de 2005 y 6 de 2005; Galicia, por las leyes 3 de 2001 y 3 de 2005; Madrid, por la Ley 3 de 2005, Ley de Ampliación 3 de 2005 y el Decreto 15 de 2006; Murcia, por el Decreto 80 de 2005; Navarra, por las leyes forales 11 de 2002 y 29 de 2003; La Rioja, por la Ley 9 de 2005; y la Comunidad Valenciana, por la Ley 1 de 2003[11].

Otro ejemplo de regulación es China donde, en 1998, el gobierno autorizó la eutanasia para los pacientes que se encuentren en la fase terminal de una enfermedad incurable; por su parte, en Filipinas existe una ley vigente desde 1989 que permite el retiro de cualquier sistema que sirva para conservar artificialmente la vida del paciente, a petición de los parientes 30 días después de que éstos hayan sido notificados por un médico de que no hay esperanza de que el paciente se recupere.

En la Unión Europea, Bélgica y Holanda, contemplan ampliamente la despenalización de la Eutanasia; propiamente Holanda, sancionó en abril de 1992 una ley que institucionalizó la práctica de la eutanasia y proveyó garantías a los médicos que la ejercieran. Además, las autoridades holandesas introdujeron un nuevo sistema de registro de defunciones que considera específicamente las muertes asistidas por el médico[12]. Posteriormente, a través de la ley aprobada en abril de 2002 se regula, que el paciente que padezca un sufrimiento insoportable, debe expresar de modo directo y reiterado el deseo de dar fin a su vida y así al padecimiento; la ley se desarrolla bajo el título de "prueba de petición de terminación de la vida y ayuda al suicidio" y en ella se indica que, en el futuro, no se podrá perseguir en los tribunales a los médicos que practiquen la eutanasia. En concreto, dicho catálogo normativo, determina que los médicos pueden terminar con la vida del paciente, a través de una solicitud realizada por éste, debido al padecimiento de una enfermedad que produce sufrimientos tormentosos, y que sus perspectivas de vida hayan disminuido[13].

En Bélgica, la ley se aprobó en Mayo de 2002, y en ella se expresan las condiciones para obtener la eutanasia, que son similares a las de Holanda; pero sin extenderlo a los menores que sufran una enfermedad incurable[14].

En lo que respecta al Norte de Australia, se ha regulado el tema de la eutanasia, con múltiples controles; por ejemplo, en Dinamarca desde el 1 de Octubre de 1992, se aprobó una ley que autoriza al paciente que sufre una enfermedad incurable a decidir por sí mismo el cese del tratamiento; y en caso de enfermedad incurable o de accidente grave, los daneses pueden hacer lo que se denomina como testamento médico, que los galenos deben respetar; y así en Suecia, a partir de regulaciones normativas se aprobó el suicidio asistido[15].

Por su parte Alemania, penaliza el suicidio asistido con excepción de aquellos casos en que la eutanasia sea decidida por un tribunal tutelar en el que se pruebe que la voluntad del paciente está dirigida a terminar con su vida.

En el caso de Estados Unidos, no existe una regulación determinada e igualitaria que rija todos los Estados Federales; pero en el Estado de Oregón, existe una ley de eutanasia desde 1994; y en algunas ocasiones, la Corte

10.Ibídem.
11.Ibídem.
12.PRZYGODA, Pablo, "La eutanasia y el suicidio asistido en la Argentina y en otros países". En: MEDICINA. Volumen 59 - Nº 2, 1999, Páginas: 196-197.
13.MARX, Paul. ¨La eutanasia a nivel mundial¨, Vida Humana Internacional (En línea). 2007. URL disponible en: http://www.vidahumana.org/vidafam/eutanasia/mundial.html.
14.Ibídem.
15.Ibídem.

del Circuito de Apelaciones se ha pronunciado contra legislaciones que penalizaban y prohibían la ayuda a una muerte digna; fue así como en Marzo de 1996, se declaró inconstitucional la ley que criminalizaba los médicos que ayudaran a morir a pacientes que se encontraran en la fase terminal de la enfermedad.

Como corolario, se entiende entonces que la dignidad permite ver realmente al sujeto como persona, y que ésta es la inspiración de todos los aparatos e instituciones sociales del Estado, y principalmente de este último; que cuando el individuo no puede actuar y realizarse humanamente (como persona), no habrá dignidad, y si de lo que se habla es de la vida, entonces la esencia de ella se ha perdido y debe acudirse a mecanismos que eleven lo que en últimas debe poseer tal elemento vital, es decir, la armonía, alejándolo del dolor y del sufrimiento; aún cuando esas medidas sean radicales e irreversibles, siendo pues, que el resultado al que se llegaría con ese estado de indignidad sería de todas formas a la muerte, pero atravesando caminos espinosos e inhumanos.

Entre otros, se ha expresado de manera clara, que debido a los cambios sociales y normativos, es indispensable la incursión del derecho a la muerte digna en la Carta de los Derechos Humanos, introducción que serviría en últimas, para exaltar de manera directa el derecho a la vida, tomado y estudiado desde la dignidad que debe regirlo, asumiendo y reconociendo la terminación de la vida como un condición inseparable del hombre, así como lo son los demás derechos positivizados; obviamente sin desconocer el recelo que dirigen la mayoría de los Estados a este respecto, punto que requiere una concientización efectiva tanto de instituciones sociales, como de la población en general, pues no se pretende justificar el homicidio; sólo se pretende dignificar la existencia del ser humano en todos sus aspectos.

BIBLIOGRAFÍA

AMENÓS VIDAL Y OTROS José María. "La distanasia u obstinación terapéutica". En: ETICA, PSICOLOGIA Y CRISTIANISMO. España: Universidad Central de Barcelona (España), 2007. Pág. 51 y 52. (En línea) http://www.eumed.net/libros/2007c/329/La%20distanasia%20u%20obstinacion%20terapeutica.htm.

CUNDINAMARCA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala Séptima de revisión. Sentencia T 881 de 2002 (M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.). Bogota D.C. 2002

CUNDINAMARCA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 239 de 1997 (M. P. Carlos Gaviria Díaz). Bogotá D.C. 1997.

MARÍN OLALLA, Fernando. "Muerte Digna en Andalucía", En: medicablogs (En línea), Septiembre, 2008. URL disponible en http://medicablogs.diariomedico.com/encasacp/2008/09/04/muerte-digna-en-andalucia/.

MARX, Paul. "La eutanasia a nivel mundial". Vida Humana Internacional (En línea). 2007. URL disponible en: http://www.vidahumana.org/vidafam/eutanasia/mundial.html.

NAVARRO, Pedro Antonio. "Muerte digna en España". En: El Siglo (En línea). No. 874. Marzo, 2010. URL disponible en: http://www.elsiglodeuropa.es/siglo/historico/2010/874/874dossier.html.

PRZYGODA, Pablo, "La eutanasia y el suicidio asistido en la Argentina y en otros países". En: MEDICINA. Volumen 59 - Nº 2, 1999, Páginas: 195-196 – 197.

SEIFERT, Josef. "Dignidad Humana: Dimensión y fuentes de la persona humana". En: Internationale Akademie für Philosophie im Fürstentum Liechtenstein (En línea), URL disponible en: http://www.edyde.org/resources/Dignidad_humana.pdf.

UNIVERSIDAD DE MANIZALES, Facultad de Medicina. "Ortotanasia y Distanasia", Imbiomed 2009, (En línea) http://www.imbiomed.com.mx/1/1/articulos.php?method=showDetail&id_articulo=60323&id_seccion=2475&id_ejemplar=6092&id_revista=152

Artículos

TENDENCIAS DECISIONALES DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA MÉDICA: Medidas Restaurativas (Año 1992 a 2009)[1]

Por

Alexandra Orejuela Carvajal[2]

RESUMEN

Generalmente la reparación del daño causado a una persona consiste en el pago de una indemnización de carácter pecuniario. Entendido el daño como la afectación a un bien jurídico tutelado existen perjuicios que no sólo pueden ser entendidos como una afectación antijurídica del patrimonio material de un individuo, sino que existen conductas que atentan contra bienes jurídicos inmateriales, como la honra, buen nombre, sentimientos, reputación, entre otros, parte integrante de la dignidad del ser humano; los cuales tradicionalmente son reparados en forma económica, la cual no satisface por completo la pretensión reparatoria. Se ha presentado una evolución en la forma de reparación basada en el principio de reparación integral que propende entonces por el statu quo y para ello recurre a adoptar una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, adicionales a las económicas, aspecto que se pretende abordar en el presente escrito desde el ámbito de la responsabilidad médica.

PALABRAS CLAVES

Daño, daño antijurídico, víctima, indemnización, reparación integral, justicia restaurativa.

ABSTRACT

Usually the reparation for injury caused is compensation of a pecuniary nature. Injury being understood as harm to a judicial good under legal protection, there are damages that not only can be understood as an unlawful appropriation of personal patrimony, but there are also conducts which violate intangible goods, like honor, good name, feelings, reputation, among others, an integral part of human dignity; which traditionally are compensated monetarily, which does not completely satisfy the pretense of reparation.

An evolution in the form of compensation has arisen in the form of the principle of integral compensation which favors the status quo and thereby resorts to adopting a series of symbolic and commemorative measures, in addition to the economic ones, an aspect which is to be broached in the present brief from the medical responsibility confine.

KEYWORDS

Damage, unlawful damage, victim, compensation, integral compensation, restorative justice.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito aborda la temática con un acercamiento al concepto de daño, haciendo referencia a definiciones doctrinarias y jurisprudenciales. En segunda instancia se analiza la definición del principio de reparación integral, formas de reparación, reconocimiento y tratamiento en la esfera internacional en

1.Artículo de investigación científica y tecnológica derivado del ejercicio investigativo "Tendencias Decisionales del Consejo de Estado en Materia Médica", desarrollado entre 2009-II y 2010-II.

2.Estudiante de VII semestre de Derecho en la Universidad Santo Tomás de Medellín. Integrante del Semillero de Investigación en Derecho Administrativo de la misma institución. aorejuela20@hotmail.com

organismos como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por último este escrito examina como dicho principio es tratado por el Honorable Consejo de Estado en Colombia, mediante el análisis de cinco sentencias de dicho organismo con el fin de observar la evolución en las decisiones una vez se introduce el cambio en la forma de indemnización y por último se detallan las conclusiones.

Una perspectiva general del concepto de responsabilidad, la refiere a la obligación que tiene una persona de reparar el daño que le ha causado a otra, definición que ha sido aceptada por autores como Alexander Rodríguez y los hermanos Mazeaud, citados por Irisarri[3]; quienes la definen en otros términos que en última instancia pueden reducirse al concepto antes señalado.

La responsabilidad, en un sentido positivo, es entendida como "la obligación de reparar pecuniariamente el perjuicio sufrido por la víctima"[4], siendo dicha reparación equivalente al daño causado. Así lo ha entendido el Código Civil Colombiano cuando señala en su artículo 2341 "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

Ahora bien, la responsabilidad, desde una perspectiva administrativa, "no tiene un fin represivo sino restitutivo"[5], lo que comporta una responsabilidad patrimonial. Así puede entenderse de lo consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia al establecer que el Estado responderá mediante indemnización por los daños antijurídicos o perjuicios que sufra una persona, y que sean originados por la acción o la omisión de funcionarios que desempeñen funciones públicas.

Generalmente la reparación del daño causado consiste en una indemnización de carácter pecuniario. Pero existen perjuicios que no solo pueden ser entendidos como una afectación antijurídica del patrimonio de un individuo, sino que existen conductas que atentan contra bienes inmateriales, como la honra, buen nombre, sentimientos, reputación, entre otros. "Para este tipo de daños la reparación es prácticamente imposible porque el pago de una suma no guarda proporción real con el daño que se trata de compensar"[6], sin embargo esta ha sido la forma más tradicional de reparar el daño.

Pero, en la jurisprudencia contemporánea se habla del principio de reparación integral,

"entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH)"[7].

El principio de reparación integral propende entonces por el statu quo y para ello recurre a adoptar una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, adicionales a las económicas.

En ese entendido, al interior del Consejo de Estado se ha venido desarrollando una línea de decisión que contempla la indemnización a partir del principio de reparación integral, ello lo ha desarrollado en varios campos de responsabilidad, entre ellos en el ámbito de la responsabilidad médica.

El presente escrito es resultado del ejercicio de investigación denominado "Tendencias Decisionales del Consejo de Estado en Materia Médica: Consentimiento Informado, Seguridad de los Pacientes y Medidas Restaurativas",

3.IRISARRI, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2000. Recuperado el 1 de marzo de 2011 Disponible en http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf
4.PAILLET, Michel. La responsabilidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001
5.PAILLET, Michel. La responsabilidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001
6.SAAVEDRA, César. La indemnización del daño no patrimonial. Bogotá. Ed. Leyer. 2005.
7.Consejo de Estado. Expediente 16.996. MP: Dr. Enrique Gil Botero, Colombia

adelantado por el Semillero de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Medellín, y tiene por objeto examinar la evolución en las formas de reparación del daño extrapatrimonial y la forma de indemnizar –indemnización económica o medidas restaurativas- cuando se configura el caso de responsabilidad extracontractual por falla en el acto médico obstétrico, a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Para ello se elegirán sentencias relacionadas con la falla del acto médico obstétrico donde se observe la evolución en la forma de indemnización, las cuales serán analizadas con el método de la línea jurisprudencial del Profesor Diego López, utilizando como preguntas orientadoras: (i) ¿Qué criterio define el reconocimiento del daño extrapatrimonial?, (ii) ¿cómo se repara el daño extrapatrimonial? y, (iii) ¿cómo se materializa el principio de reparación integral?

1. EL DAÑO

El daño es un elemento constitutivo de la responsabilidad, toda vez que la mayoría de los tratadistas concuerda en decir que la responsabilidad es la obligación que tiene una persona que ha inferido daño a otra, de reparar dicho daño.

Así, Cesar Augusto Saavedra Madrid[8] considera que para que exista la responsabilidad debe previamente existir un daño apreciable que lesione la integridad física, moral o patrimonial, constituyéndose el daño en un elemento de la responsabilidad. Una vez ésta, se pretende entonces la reparación mediante una retribución económica para compensar las molestias y el detrimento sufrido por quien sufrió la lesión de sus derechos.

De otro lado, los hermanos Mazeaud consideran, citados por Irisarri que "una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro"[9], en idéntico sentido se ha manifestado Alessandri Rodríguez[10] quien argumenta que "en derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra."

En materia de responsabilidad pública, el concepto de daño antijurídico está definido por la doctrina española como el "perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud"[11].

En Colombia, la Honorable Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de daño antijurídico en múltiples pronunciamientos, de donde se resalta que

En la responsabilidad del Estado el daño no es sólo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita, pues lo relevante es que se cause injustamente un daño a una persona. Como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes, sino sólo del daño. Por consiguiente, cuando el daño no puede reputarse como antijurídico, en razón de que es el resultado del ejercicio legítimo de los poderes del Estado, no está obligado a indemnizarlo, dado que en este evento todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o una carga. Se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia que el daño antijurídico es aquél que la víctima no esta en el deber jurídico de soportar, razón por la cual deviene en una lesión injusta a su patrimonio[12].

Para efectos de la presente investigación es necesario precisar que el concepto de daño antijurídico, atenderá lo dispuesto por la Corte Constitucional tal y como se anotó en el párrafo precedente, asimismo los conceptos de daño patrimonial y extrapatrimonial se entenderán en los siguientes términos.

8.SAAVEDRA, César. La indemnización del daño no patrimonial. Bogotá. Ed. Leyer. 2005.
9.IRISARRI, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2000. http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf
10.RODRÍGUEZ, Alessandri. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile. Imprenta Universal. 1981.
11.IRISARRI, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2000. http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf
12.Corte Constitucional. Sentencia C 430 de 2000. MP: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Colombia

En términos generales el daño, según Diaz-Granados, se clasifica en (i) daños patrimoniales, entendidos como aquellos que afectan la esfera patrimonial de quien sufre el daño ya sea en su integridad física o en sus bienes. A su vez, este tipo de daño se divide en a) daño emergente, que consiste en las erogaciones efectuadas o que serán efectuadas por la víctima en razón del daño, b) lucro cesante equivalen a los ingresos que no serán percibidas por la víctima como consecuencia del daño sufrido y, (ii) los daños no patrimoniales: definidos como aquellos que "producen un impacto adverso en la esfera emocional, afectiva, sensorial o espiritual"[13] en quien sufrió el daño, dentro de este tipo de daño encontramos "el perjuicio estético, daño a la salud como perjuicio autónomo, perjuicio fisiológico, perjuicio de placer y daño a la vida de relación, perjuicio sucesoral y daño moral a las personas jurídicas"[14].

De lo anterior se observa que una vez establecido la responsabilidad por el daño causado, el agente o responsable deberá reparar dicho daño con el propósito de restituir o reparar en alguna medida a la víctima. En ese sentido, se habla de tres principios generales para la reparación del daño: (i) reparación integral, en este caso el responsable del daño debe propender, mediante la reparación, por volver las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño; (ii) principio indemnizatorio, donde el agente generador debe reconocer el equivalente al daño causado y; (iii) evaluación en concreto del daño, bajo el entendido que el daño será indemnizado en función del caso concreto y particular.

En la actualidad la reparación gira en torno al principio indemnizatorio, toda vez que la restitución se da en términos pecuniarios. En ese sentido, no se analizará lo correspondiente al principio indemnizatorio y a la valoración del daño, sino que nos centraremos en el entendimiento de las generalidades del principio de reparación integral y su tratamiento en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2. Generalidades del Principio de Reparación Integral

La justicia restaurativa basada en el principio de reparación integral, "entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH)[15]".

En ese sentido entendemos que el principio de reparación integral propende entonces por el statu quo y para ello recurre a adoptar una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, adicional a las económicas, las cuales pueden resumirse en (i) La restitución o restitutio in integrum (restablecer las cosas a su estado normal, a como eran antes de la violación), (ii) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas (comprende daño material y daño inmaterial), (iii) La rehabilitación (financiación en los distintos campos donde se requiera: médico, sicológico, siquiátrico, jurídico, social), (iv) La satisfacción (medidas de carácter simbólico y colectivo que comprende los perjuicios especialmente no materiales), (v) Garantías de no repetición (medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, con el fin que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad).

El concepto de reparación integral desarrollado y aplicado en la esfera internacional por los distintos sistemas de derechos humanos como la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sido incorporado a nuestro sistema mediante la Ley 975 de 2005, mas conocida como Ley de Justicia y Paz, y tiene su aplicabilidad dentro del ámbito del derecho penal. En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 10.488 Informe n° 136/99 establece que:

"en diversas ocasiones, y específicamente en relación con la violación del derecho a la vida, que los familiares

13.DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá. Centro editorial Universidad del Rosario. 2006.
14.SAAVEDRA, César. La indemnización del daño no patrimonial. Bogotá. Ed. Leyer. 2005.http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf
15.Consejo de Estado. Expediente 16.996. MP: Dr. Enrique Gil Botero. Colombia

directos de las víctimas tienen derecho a ser compensados por esas violaciones debido, entre otras cosas, a que desconocen las circunstancias de la muerte y los responsables del delito. A este respecto, el Comité ha aclarado e insistido en que el deber de reparar el daño no se satisface solamente por medio del ofrecimiento de una cantidad de dinero a los familiares de las víctimas. En primer término, debe ponerse fin al estado de incertidumbre e ignorancia en que éstos se encuentran, es decir, otorgar el conocimiento completo y público de la verdad.

Por otro lado la Corte Interamericana en el Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú) de 2001, reitera:

Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional ordenar la adopción de medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.

Reconoce así la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos una indemnización diferente a la pecuniaria, como por ejemplo: atención gratuita en el establecimiento de salud, beneficios educativos consistentes en becas y materiales educativos, expresión pública de solicitud de perdón a las víctimas, erigir monumento recordatorio, entre otros; estableciéndose así formas de reparación diferentes a las económicas que se traducen en medidas restaurativas.

Sin embargo, este principio no opera únicamente en relación con un derecho humano violado ni es exclusivo del derecho penal; también opera cuando se presenta un daño derivado de la lesión de un bien jurídico tutelado diferente a un derecho humano, donde no está comprometido directamente un derecho inherente al núcleo esencial del ser humano, donde puede verse comprometido su patrimonio y afectar indirectamente su dignidad y otras garantías fundamentales[16]. Se evidencia entonces la aplicabilidad de este principio en la evolución en las decisiones del Consejo de Estado la cual analizaremos a continuación.

3. Principio de Reparación Integral en las decisiones del Consejo de Estado

A continuación se relacionan cinco sentencias del Honorable Consejo de Estado, de las cuales, las primeras cuatro, dan cuenta del tipo de indemnización que caracterizaba los fallos de ese Tribunal, los cuales eran exclusivamente de tipo pecuniario; la quinta sentencia que se relaciona involucra un cambio en la forma de indemnización, ya que contempla además de la indemnización pecuniaria, una reparación de tipo simbólica, aplicando por primera vez ese alto Tribunal una indemnización de aquellas que hacen parte de las medidas restaurativas.

3.1 Sentencia 7274, agosto 13 1992, Gloria Villamizar Callejas vs ISS, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández

El problema jurídico se circunscribe a determinar la responsabilidad administrativa del Instituto de los Seguros Sociales -ISS- por falla en la prestación del servicio, a raíz de una atención tardía y negligente lo que desencadenó la muerte del menor. Una vez analizadas las pruebas aportadas mediante testimonios y declaraciones de siquiatras se concluye sobre la seria afectación de la actora por los daños sufridos y por la muerte de su hija recién nacida:

"Dimana de las anteriores observaciones que la ausencia o limitación en la prueba de haber prestado un servicio

16.Consejo de Estado. expediente 16.996 MP: Dr. Enrique Gil Botero. 2008. Colombia

adecuado, cuidadoso y diligente por parte del Instituto demandado a la madre e hija, permiten mantener vigente la presunción en favor de la parte actora, en virtud de la cual se estructura la falla del servicio por parte de la Administración y se genera a su cargo el compromiso del indemnizar los perjuicios ocasionados."

Es así como el Consejo de Estado consideró: adecuado indemnizar su doble afectación moral con una suma equivalente en pesos a 1.300 gramos de oro fino, por los daños ocasionados a la madre en razón de la muerte de su hija.

3.2 Sentencia 8025, julio 30 de 1993, Marta Lilliana Pérez y otros Vs. ISS, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández

Se alega en esta sentencia la falla en el servicio médico y quirúrgico brindada por el ISS a la actora en razón en atención al parto de su hijo, según los hechos descritos una vez atendido el parto que involucró cesárea y que fue catalogado como difícil, se presentaron continencia urinaria, fiebre recurrente y supuración permanente lo que produjo una infección, esto conllevo a una histerectomía. Durante el desarrollo de ésta a su vez se produjo un rompimiento vaginal, según la actora esta situación desencadenó la imposibilidad de desempeñar su labor habitual en la empresa donde trabajaba y la imposibilidad de concebir nuevos hijos.

De acuerdo con el análisis realizado por el Consejo de Estado en lo tocante a los perjuicios morales, que involucran en este caso el haber lastimado la condición de mujer y madre de la actora estimó indemnizar así: "...equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino. Para su esposo e hijo, se le reconocerá a cada uno el equivalente en pesos a 400 gramos del mismo metal".

En lo tocante a la indemnización por lucro cesante fue denegado por el Consejo de Estado puesto que no se consideró haber acreditado debidamente la pérdida de capacidad laboral de la demandante.

3.3 Sentencia 13542, julio 13 2005, ANGELA PATRICIA GOMEZ Y/O vs. ISS, Consejero Ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Se pretende determinar la responsabilidad administrativa del ISS de los perjuicios morales ocasionados a ANGELA PATRICIA GOMEZ y RIGOBERTO RESTREPO, con motivo de la pérdida del hijo que esperaban por aborto mortinato, a raíz de la deficiente prestación de los servicios médicos hospitalarios recibidos por la actora durante su embarazo.

Según el análisis del Consejo "...la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir ".

Se concluye entonces que el sufrimiento de la actora (dolor, aflicción y amargura) "no estuvo constituido propiamente por la muerte del hijo por nacer, sino por la pérdida de la oportunidad de recuperación del mismo, toda vez que, aún en el evento de que se hubiera efectuado oportunamente la ecografía que se echa de menos, no existe certeza de que tal recuperación se hubiera podido lograr", por tanto en esta oportunidad se indemniza con el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así mismo dentro de las pretensiones se solicitó indemnización por perjuicios a la vida de relación en caso de que la actora no pudiera volver a concebir, las cuales fueron negadas puesto que posteriormente tuvo una hija.

3.4 Sentencia 16085, marzo 26 2008, ELVIRA CABALLERO CORREDOR vs. CAPRECOM, Consejero Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Dentro de las pretensiones de la sentencia en comento, las actoras reclaman la indemnización de perjuicios por parte de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM-, como consecuencia de la falla en

el servicio médico que le prestó la entidad a la señora ELVIRA CABALLERO CORREDOR y que trajo como consecuencia la muerte de su segundo hijo antes de nacer.

La falla en el servicio se presenta a raíz de la no prestación oportuna del servicio a la madre en el momento de presentarse el desprendimiento de la placenta, lo que ocasionó la absorción de sangre por el feto y el consecuente ahogamiento.

Una vez establecida la responsabilidad administrativa de la entidad el Consejo decide indemnizar a los padres y abuelos así: 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a los padres y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a las abuelas y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la hermana.

3.5 Sentencia 18.364, agosto 19 de 2009, Glueimar Echeverry Alegría y otros vs. Instituto de Seguros Sociales, Consejero ponente: Enrique Gil Botero

Con esta sentencia se implementa una nueva forma de reparación, y es así como el Consejo de Estado debe decidir si el ISS es administrativamente responsable por los perjuicios causados a los actores por la muerte de sus hijas, las cuales nacieron con vida pero murieron el mismo día de su nacimiento.
El daño ocasionado por la entidad se funda en la siguiente explicación:

existió un yerro flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante. Como se aprecia, la única forma de explicar la generación del daño está radicada en la culpa o negligencia de la entidad demandada, por cuanto, según se desprende del acervo probatorio, dada la congestión de la Clínica Rafael Uribe Uribe en la sala de partos, se generó un diagnóstico y orden médica por completo errados, que fueron el factor determinante en la producción de la muerte de las tres bebés Echeverry Giraldo.

Se establece dentro del análisis que el haber considerado el embarazo como de feto único tratándose de un embarazo múltiple, es un error que obedece a falta de diligencia y cuidado por falta de la entidad que de haberse tenido en cuenta normalmente no hubiera ocurrido.

El Consejo de Estado decide entonces indemnizar así: A cada uno de los padres 250 SMMLV, al hermano 150 salarios mínimos, a cada uno de los abuelos 100 SMMLV.

Adicional se concede por concepto de medida restaurativa "...enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que remita copia de la misma a cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia [...] el único propósito de la medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir".

4. Conclusiones

El análisis jurisprudencial permite evidenciar que solo hasta el año 2009 el Consejo de Estado por primera vez en el ámbito de ginecoobstetricia, materializó en uno de sus fallos el concepto de medida restaurativa, aplicando una indemnización de carácter simbólico.

El siguiente es un cuadro resumen de sentencias analizadas que permiten visualizar de manera sucinta lo hasta aquí expresado.

CUADRO RESUMEN DE SENTENCIAS

Sentencia	Fecha	Consejero ponente	Valor de la indemnización por perjuicios extrapatrimoniales
7274	Agosto 13 1992	Daniel Suárez Hernández	Equivalente en pesos a 1.300 gramos de oro fino por los daños ocasionados a la madre en razón de la muerte de su hija.
8025	Julio 30 1993	Daniel Suárez Hernández	Equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino a la actora. Equivalente en pesos a 400 gramos del mismo metal para su esposo y otro tanto para su hijo.
13542	Julio 13 2005	Ramiro Saavedra Becerra	Equivalente a 50 smmlv.
16085	Marzo 26 2008	Ruth Stella Correa Palacio	Equivalente a 100 smmlv a los padres y 50 smlmv a cada una de las abuelas y 50 smmlv a la hermana.
18364	Agosto 19 2009	Enrique Gil Botero	250 smmlv a cada uno de los padres, 150 smmlv al hermano, 100 smmlv a cada uno de los abuelos. Por concepto de medida restaurativa se ordena enviar copia íntegra de la providencia a todas las EPS colombianas con el fin pedagógico de que la situación no se vuelva a repetir.

Las cuatro primeras sentencias analizadas (comprendidas entre los años 1992 y 2008) contemplan la indemnización en torno a la retribución, una manera convencional que involucra el otorgamiento de dinero con el fin de compensar/sustituir la pérdida sufrida a causa del daño propiciado por la entidad estatal (en este caso entidades hospitalarias estatales), puesto que es imposible volver al statu quo.

Sin embargo en la sentencia 18364 tiene un alcance mayor y trata de ir más allá con el fin de lograr una cercanía al statu quo. Es así como esta sentencia trae innovaciones: Adicional al reconocimiento de los perjuicios extrapatrimoniales donde se supera el monto máximo de los 100 smmlv decretado en las demás sentencias, se incluye el decreto de una medida restaurativa. Si bien este tipo de medida, la restaurativa, nace en el campo penal como consecuencia de la violación de los derechos humanos, no está vedada a los diferentes ámbitos del derecho; toda vez que la violación a dichos derechos reconocidos en la carta constitucional pueden presentarse en cualquier campo. Es así como se alude en la sentencia a factores como la prevalencia de los derechos de los niños, el reconocimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, el respeto por la dignidad humana los cuales fueron atacados con la actuación negligente de la entidad hospitalaria ocasionando no solo el

daño sino que "desborda la órbita del derecho subjetivo de las víctimas y de los perjudicados con el daño [...] se torna necesario decretar e implementar garantías de no repetición, a efectos de proteger la dimensión objetiva del derecho...".

Esta innovación que nos trae esta sentencia también nos hace pensar en los cambios que se han suscitado en lo tocante a la responsabilidad, según lo analizado en las sentencias precedentes la función indemnizatoria (en dinero) es una forma de resarcir el daño sufrido por las personas el cual no están en la obligación de soportar, sin embargo con esta decisión se le endilga otra función al reconocimiento de la responsabilidad: la función preventiva donde uno de sus puntos es la garantía de no repetición. Es claro en esta sentencia la intención del juzgador de propender por el compromiso de las instituciones hospitalarias del país, para que situaciones como esta no se vuelvan a presentar so pena de incurrir en la indemnización decretada y lo más importante la no violación de los derechos declarados en nuestra carta fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá, Colombia: Centro editorial Universidad del Rosario, 2006.

IRISARRI, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. Recuperado el 1 de marzo de 2011, de http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf, 2000.

RODRÍGUEZ, Alessandri De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981.

SAAVEDRA, César. La indemnización del daño no patrimonial. Bogotá, Colombia : Ed Leyer, 2005.

Jurisprudencia del Consejo de Estado

Consejo de Estado. (2008). Sentencia 16.996 del 20 de febrero de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

Consejo de Estado. (1992). Sentencia 7274 agosto 13 1992. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández

Consejo de Estado. (1993). Sentencia 8025 julio 30 de 1993. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández

Consejo de Estado. (2005). Sentencia 13542 julio 13 2005. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra

Consejo de Estado. (2008). Sentencia 16085 marzo 26 2008. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

Consejo de Estado. (2009). Sentencia 18.364 agosto 19 de 2009. Consejero ponente: Enrique Gil Botero

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2000). Sentencia C 430 de 12 de abril de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

Artículos

IUSNATURALISMO O IUSPOSITIVISMO: DUALIDAD HISTÓRICA EN EL "MUNDO JURÍDICO"

Por

Juan Manuel Serrano Gómez[1]

RESUMEN

El presente artículo desarrolla y expresa los principales puntos de discusión y fundamentos que sostienen las dos grandes corrientes o escuelas del derecho, o más bien, del "mundo jurídico".

Se tratan teman sensibles y de mucha discusión como lo son los derechos humanos, la moral y la famosa teoría trialista del mundo jurídico elaborada por el jurista argentino Werner Goldschmidt, la cual propone el análisis de los tres grandes elementos que lo integran (conductas, normas y valores).

Se busca ante todo generar reflexión y sentar posición crítica en torno al inminente fracaso de una dirección única y exclusiva que se viene dando, ya sea desde el derecho positivo o desde el derecho natural.

Una lucha histórica, que hasta ahora no encuentra punto de concertación y genera dudosas dicotomías: justicia - impunidad, paz - violencia, condena - purgamiento moral, libertad – servidumbre; hacia dónde vamos?

PALABRAS CLAVES

Derecho positivo (iuspositivismo), derecho natural (iusnaturalismo), norma, justicia, moral.

ABSTRACT

This article develops and expresses the main points of discussion and foundations that support the two great currents or schools of law, or rather, the "legal world." Sensitive and fear are treated much discussion such as human rights, morality and the world famous trialist legal theory developed by Werner Goldschmidt Argentine jurist, which proposes the analysis of the three great elements in it (behaviors, norms and values).

It seeks above all to generate discussion and critical position about the imminent failure of a single and unique address that is taking place either from the positive law or from natural law.

A historic struggle is not so far generated about dialogue and dubious dichotomies: justice - impunity, peace - violence, juridical condemning - moral purgation, freedom-bondage: where are we going?

KEYWORDS

Positive law, natural law, rules, justice, moral

1.Estudiante de 4° semestre de la facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Escritor de El Colombiano, revista Nexos de la Universidad Eafit, revista Imago de la UPB y revistas virtuales. Contacto: juanmanuel0423@hotmail.com

"Ni el efecto se puede desprender de la causa ni la causa del efecto, porque no hay consuelo sin que un dolor sea aliviado, ni hay un homicidio sin la muerte de un hombre. Pero causa y efecto constituyen un solo acto: el acto completo de la voluntad". Giovanni Gentile[2].

En la gran obra del célebre jurista y filósofo Hans Kelsen[3], llamada la Teoría Pura del Derecho, se fundamenta y se expone de una manera amplia y congruente la corriente del positivismo jurídico[4], partiendo de que ésta se encarga de "estudiar la forma del derecho por cuanto es constante en el tiempo y en un mismo lugar, mientras que no estudia el contenido porque es el producto de decisiones políticas que mutan en un momento y lugar, además el contenido del derecho positivo depende del contexto político en el que aparece.

Teorías como estas generan mucha división y crítica entre la sociedad, porque Kelsen como positivista y neokantiano que es, afirma que el derecho no importando si es justo o injusto debe ser aplicado, con tal, de que éste sea válido, por lo que le da cierto sello de legitimidad y justicia para aplicarse a la realidad social, de ahí que se genere una gran división entre derecho y moral para consagrar así una concepción del Derecho que es eminentemente científica, haciéndose abstracción de toda consideración ética, moral, filosófica, social o histórica. Se identifica la idea de la teoría pura con el positivismo jurídico (o iuspositivismo), justamente por la pretensión de éste, de eliminar del análisis científico toda noción ajena a la producción jurídica creada mediante medios procedimental y formalmente establecidos, como la ley y los actos administrativos, sin considerar apelaciones al derecho natural[5] o a la moral; es por eso que el positivismo propende por tres aspectos fundamentales: la seguridad jurídica, la certeza y que el derecho sea escrito.

La pretensión positivista de la teoría pura obedece a dos explicaciones: en primer lugar, la cientificidad del estudio del Derecho (alejando al Derecho de cuestiones como lo justo o injusto, o lo que llamamos, la moral) y por otro lado, la secularización y democratización que sería llevada a cabo mediante su implementación.

Se debe buscar, ante todo, que las normas traten de alcanzar el verdadero y correcto funcionamiento de la sociedad teniendo como fundamento los valores y principios constitucionales - los cuales por cierto, son el punto central de legitimidad en nuestra Constitución Política de 1991 que buscan ante todo la justicia material -, por cuanto la base de progreso y desarrollo (teniendo en cuenta que el fin del derecho no es el de purificar las almas sino antes bien, evitar conflictos de intereses y darles solución de la manera más adecuada y eficaz) debe estar fundamentado en el respeto por los principios y valores, tanto los consagrados por la Constitución como los que son innatos al ser humano (perspectiva naturalista) y no se puede ser tan estricto en torno al derecho y a lo prescrito por las normas, y llegar a ser un exégeta[6] radical (resaltando que el positivista no es aquel que se caracteriza necesariamente por ser exégeta) y más cuando la misma justicia demuestra día tras día sus grandes limitantes a la hora de reglamentar a la persona, sancionarla y coartarla en sus actuaciones en relación, por ejemplo, a la transgresión de los derechos de los demás; valdría la pena preguntarnos ¿podrá la sociedad cambiar y lograr el progreso y la conciencia colectiva suficiente como para generar el verdadero ideal colectivo de un mejor porvenir, y que nueva teoría defendería Kelsen al darse cuenta que el mismo derecho y algunos ordenamientos jurídicos, como el de Colombia, han sido obstáculo a través de la historia y han sido una gran incógnita en la resolución de dificultades sociales?.

Sin embargo, resulta importante mencionar, por si acaso, uno de los mayores avances que ha tenido la jurisdicción internacional en la historia, como lo es, lo sucedido con posterioridad a la segunda guerra mundial, teniendo como principal antecedente jurídico los juicios llevados a cabo en los tribunales de Nuremberg[7], los cuales se adelantaron contra los 24 principales dirigentes supervivientes del gobierno nazi a los cuales se les

2.Giovanni Gentile. (1875-1944). Filósofo Italiano que desarrolló un idealismo actualista, que pretendía superar dialécticamente todas las oposiciones sin suprimirlas, proponiéndose como una "dialéctica del pensamiento pensante".
3.Jurista, político y filósofo del derecho, famoso por su teoría Pura del Derecho «en tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida en la relación entre justicia y Derecho».
4.Conjunto de normas puestas por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas.
5.Enfoque filosófico del derecho que postula la existencia de un cuerpo de Derechos del Hombre universales, anteriores y superiores (o independientes) al ordenamiento jurídico positivo, fundados en la naturaleza humana.
6.Exégesis: interpretación literal y completa de un texto determinado. Significa 'extraer el significado de un texto dado'.

imputaron como principales delitos: crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y guerra de agresión y posteriormente fueron condenados y ejecutados en 1946 por vía del ahorcamiento.

Tales procesos obtuvieron gran repercusión a nivel mundial porque constituyeron un gran precedente de jurisprudencia internacional y representaron un gran avance jurídico que sería aprovechado posteriormente por las Naciones Unidas para el desarrollo de jurisprudencia en materia, generalmente, de crímenes de lesa humanidad.

El principal legado de estos tribunales internacionales es la Corte Penal Internacional[8], establecida en Roma.

Será posible defender y posicionarse exclusivamente, de manera radical, en una corriente o escuela en particular, en un mundo globalizado en el que convergen diversas posturas y realidades sociales, y en especial, llama la atención la de nuestro país, en donde los altos índices de impunidad sobresalen y en donde se le está dando mayor prevalencia a los derechos y garantías del sujeto sobre los valores y principios de la comunidad, pero es claro que estamos dentro de un estado personalista, el cual, encuentra en el ser humano un fin en sí mismo, no lo instrumentaliza en función de dudosos "valores colectivos". Es un artificio al servicio de los seres humanos, el cual posibilita las circunstancias para que cada persona alcance el destino ético que se ha trazado. Tiene como fundamento en el aspecto del derecho penal los siguientes caracteres: El derecho penal tiene como objetivo que ningún inocente sea castigado, en la medida en que se constituye un derecho rodeado de garantías sustanciales y procesales, corriéndose el riesgo de absolver culpables; rige la presunción de inocencia o el "in dubio, pro reo" y la carga probatoria recae sobre el Estado.

Pero es claro que darle prevalencia muchas veces al ámbito procesal que a lo sustancial o viceversa, es reconocer que "el fin justifica los medios" o que el ritualismo o formalismo exagerado es necesario y condición preexistente a la hora de hacer justicia, pero es fundamental tener claro que el debido proceso[9], no solo en el ordenamiento jurídico colombiano, sino también en los tratados y acuerdos internacionales, lo reconocen como derecho fundamental[10], teniendo presente que entre los dos derechos debe existir una correlativa relación sin subordinación o superioridad, pero cabe reconocer que en muchas oportunidades es preferible que prevalezca el derecho de una comunidad frente a unas garantías procesales acusadas frente al opositor o sujeto del delito cometido, siempre teniendo presente que para poder llegar a alcanzar el fin deseado se requiere trazar el cauce adecuado, válido y eficaz, buscando siempre el cumplimiento de los principios procesales comprendidos por dos grandes bloques o instituciones: legalidad del juez y legalidad de la audiencia y dentro de cada uno se destacan: exclusividad de la jurisdicción, juez natural, autoridad del juez, imparcialidad, independencia, legalidad de las formas, bilateralidad de la audiencia, derecho a pretensión procesal típica: juzgamiento conforme a derecho, entre otros.

7.Conjunto de procesos jurisdiccionales emprendidos por iniciativa de las naciones aliadas vencedoras al final de la Segunda Guerra Mundial, en los que se determinaron y sancionaron las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacional-socialista de Adolf Hitler en los diferentes crímenes y abusos contra la Humanidad cometidos a partir del 1 de septiembre de 1939 hasta la caída del régimen alemán en mayo de 1945.
Aunque la legitimidad del Tribunal estuvo en entredicho desde el primer momento -al no existir precedentes similares en toda la historia del enjuiciamiento universal-, los trabajos realizados para la tipificación de los delitos (también hasta entonces insólitos en su magnitud) y los procedimientos para el desarrollo de la causa servirían en adelante para la constitución de la justicia internacional.
8.Tribunal de justicia internacional permanente cuya misión es juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad. Tiene personalidad jurídica internacional, y no forma parte de las Naciones Unidas, aunque se relaciona con ella en los términos que señala el Estatuto de Roma, su norma fundacional. Tiene su sede en la ciudad de La Haya, en los Países Bajos.
9."La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85) y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características" Corte Constitucional. Sentencia T-460 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo
10.Constitución Política de Colombia Artículo 29. "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertirlas que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

ISSN: 2027 - 8993

Reflexionando en torno a la aplicación del derecho por más justo o injusto que sea, se debe buscar la manera posible, que los directos encargados de hacer las normas, ya sea legislador (legislación) o ejecutivo (decretos), por ejemplo, independientemente del rango o de la fuente, analicen bien las situaciones fácticas hipotéticamente posibles de suceder, involucrando ante todo causas y dables consecuencias, buscando ante todo lograr los cometidos fundamentales del derecho enmarcados principalmente en la verdad, la justicia y la equidad, tratando como bien dice Aristóteles: "a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales".

En tanto, cabe resaltar que Kelsen consideraba a la moral como parte de la justicia, pero no exclusivamente, sino como un elemento anexo interconectado (que es uno de los fines del Derecho); así, en su Teoría pura del Derecho dijo «en tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida en la relación entre justicia y Derecho».

De una u otra manera dilemas como estos son complejos de resolver y más cuando hay fuertes argumentos que demuestran la posibilidad de eficacia tanto de la moral como del derecho, pero en todo caso lo más conveniente es que los dos vayan interrelacionados y se busque la manera de dar solución a las diferencias que se puedan presentar; lo fundamental y lo más importante es que dentro de la sociedad se logren evitar conflictos de voluntades[11], ya que el derecho pretende, en la medida de lo posible evitar los litigios respecto de una distribución indirecta de los bienes, producto de la intervención de un tercero imparcial, al que llamamos juez, porque es claro que para el derecho se hace imposible evitar conflictos de intereses, ya que los bienes son limitados y las necesidades ilimitadas y eso equivaldría a eliminar todas aquellas necesidades que tiene el hombre y eso es imposible no solo a la luz del derecho sino de todo estamento que propenda por la armonización y desarrollo social.

Se supone, en principio, que el derecho está llamado a posibilitar la existencia en coexistencia, pero pareciera que ese cometido, por momentos es intermitente y antes por el contrario está cerrando aún más la brecha y unificando, prácticamente, la disyuntiva entre impunidad - justicia, libertad - servidumbre y entre condena legal - purgamiento socio-moral.

El Derecho no es, según Kelsen, el único orden normativo, ya que la moral también regula el comportamiento recíproco de los hombres (también son normas sociales); la diferencia fundamental entre ambos no se encuentra en que la moral regule el aspecto interno de la conducta y el Derecho el aspecto externo de la conducta (ya que las normas jurídicas normalmente operan como factores de disuasión de las resoluciones internas del individuo), sino que la diferencia fundamental radica en el carácter coactivo del derecho; dice Kelsen: "No cabe reconocer una diferencia entre derecho y moral con respecto a qué sea lo que ambos órdenes sociales ordenan o prohíben, sino únicamente en cómo ellos obligan o prohíben una determinada conducta humana. El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido como un orden coactivo; es decir, cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana, en cuanto enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado; mientras que la moral es un orden social que no estatuye sanciones de ese tipo; sus sanciones se reducen a la aprobación de la conducta conforme a la norma, y a la desaprobación de la conducta contraria a la norma, sin que en modo alguno entre en juego en ello el empleo de la fuerza física".

Ésta distinción es, pues, fundamental y más cuando de imposición coactiva de la ley, en sentido amplio, se trata, ya que en el caso de la moral se pueden presentar faltas y no cumplir determinados preceptos, pero son limitantes y objeto de conciencia a partir de la conducta que el mismo sujeto aplica de acuerdo a sus creencias, costumbres o prácticas cotidianas, mientras que el derecho es más rígido dependiendo de la conducta exteriorizada, es decir cuando se afecta a un tercero y se está transgrediendo alguna norma del ordenamiento jurídico; sin creencias, costumbres o prácticas cotidianas, mientras que el derecho es más rígido dependiendo de la conducta exteriorizada, es decir cuando se afecta a un tercero y se está transgrediendo alguna norma del

11.Distribución indirecta de bienes existentes respaldada por una fuerza institucionalizada (tercero imparcial: contempla y enjuicia conflicto).

ordenamiento jurídico; sin embargo vale destacar que hay una tesis que es incorrecta que dice que el derecho se encarga solamente de la conducta externa y la moral de la conducta interna. Esto es sostenido reiteradamente cuando se expresa que la conducta para ser moral debe producirse contra un interés egoísta, ya que según esto, el hombre tiene ciertas inclinaciones que pueden ser egoístas, pero deben de oponerse a ellas y la única que tiene un valor moral es la que es desinteresada esto corresponde a una norma moral.

Sin embargo, debido a su naturaleza se puede decir que el derecho también es moral ya que lo que exigen o prohíben, es lo mismo en las normas jurídicas o las normas de la moral, ya que si el orden social establece o exige una conducta que la moral rechaza o viceversa se dice que no es justo.

Por otro lado, Kelsen analizando la estructura de los sistemas jurídicos concluyó que toda norma obtiene su vigencia de una norma superior, remitiendo su validez hasta una Norma Fundante Básica (Norma Hipotética Fundamental), cuyo valor es presupuesto y no cuestionado.

"Esta norma es la que va a servir de fundamento a todo el ordenamiento que deriva de ella; no es una norma de carácter positivo porque no es dictada de acuerdo a una norma habilitante, es una norma supuesta, es una hipótesis de todo el sistema, cuya formulación sería "deben obedecerse las órdenes del constituyente". Cuando por medio de una acción revolucionaria cae un sistema y es sustituido por otro, desde un punto de vista lógico, lo que ha ocurrido es la sustitución de una norma hipotética fundamental por una nueva norma hipotética fundamental".

En el ámbito del orden jurídico internacional también debería existir una norma hipotética fundamental, que podría resumirse en que los estados deben proceder como lo hacen de sólito, es decir, de que los estados se encuentran ligados por la costumbre, por los hábitos en sus interrelaciones.

Además, Kelsen establece el concepto de validez de la norma en su modo de producción y no en el contenido de la misma, "Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico".

De la norma hipotética, por tanto, no se debe predicar su validez o no, sino su existencia o no como hipótesis, porque es complejo analizar la validez de esta norma y más cuando todo va determinado en cuanto a las situaciones históricas y sociales que permitieron que se diera el suceso de creación de esta norma.

Para Hans Kelsen, el derecho positivo no importando si es bueno o mal debe ser aplicado con todo el rigor, no obstante sería resaltable destacar que en relación a esta teoría surgieron fuertes críticas, posteriores a la segunda guerra mundial, motivo fue que dentro de ella, todos los abusos cometidos por los nazis eran actos jurídicamente correctos (eran legales, en su ordenamiento jurídico), y eso era de muy difícil aceptación. Por ello hubo una vuelta a la idea de que el Derecho debe estar sometido a ciertas pautas del derecho natural, ya que el ser humano debe estar por encima de la ley positiva y más aún, porque priman los principios y derechos innatos a la naturaleza humana, universales e inmutables y son superiores e independientes del ordenamiento jurídico positivo.

Pasando a la otra cara de la moneda, enmarcada en la referida dualidad histórica del mundo jurídico, nos encontramos con el iusnaturalismo que tiene entre sus principales representantes a Santo Tomás, Thomas Hobbes, John Locke y Rousseau, entre otros; y sus dos clases son: el tomista de Santo Tomás y el racionalista kantiano de Immanuel Kant. El primero de ellos afirma la existencia de 4 clases de leyes: eterna, natural, divina y humana o positiva.

12.Kelsen concluyó que toda norma emana de otra norma, remitiendo su origen último a una norma hipotética fundamental que es para Kelsen una hipótesis o presuposición transcendental, necesaria para poder postular la validez del Derecho. Sin embargo nunca consiguió enunciar una norma jurídica completa basada solamente en su modelo. Más tarde, Kelsen situó dicha norma en el Derecho internacional, de ahí que defendiese la primacía de éste sobre los ordenamientos nacionales.

Sin embargo es preciso mencionar entre sus vertientes la teoría ética porque considera que el hombre es un fin en sí mismo, los seres humanos somos racionales y deseamos vivir, y por lo pronto, lo mejor posible; sin embargo es claro, y la realidad lo demuestra, y es que en muchas oportunidades el hombre realiza conductas o acciones perjudiciales en contra de si o contra alguien (sujeto o individuo humano), por el solo hecho de que atentan contra su naturaleza, entendiéndose por lo "natural" las 4 dimensiones fundamentales del ser humano: el aspecto biológico, social, psicológico y trascendental.

Dentro de los acontecimientos que se han desarrollado a través de la historia y de los que hoy por hoy enmarcan nuestra realidad, son producto de la gran disyuntiva e hipotética lucha que hemos librado por tratar de soslayar y enaltecer puntos de vista y tratar de rechazar todas aquellas teorías consideradas como utópicas o tal vez incoherentes a la hora de regular las conductas humanas en el conglomerado social, todo por la disputa de poder[13].

Valdría la pena analizar la manera como el derecho y los ordenamientos jurídicos a nivel mundial se han venido desarrollando y las implicaciones que han generado en la evolución de los pueblos, de acuerdo a las condiciones sociales, políticas e históricas; teniendo en cuenta que, también han permitido que en muchas oportunidades, se haya logrado, a través de la imposición a la norma y la aplicación de una sanción, que determinados sujetos "infractores" (para algunas corrientes o escuelas del derecho, proclives a delinquir y para otras son simplemente sujetos que actúan de acuerdo a las hostiles condiciones sociales) sean neutralizados y se les brinde las garantías procesales sin violar sus derechos sustanciales y por tanto acudir a los mecanismos que brinda la justicia como la pena privativa de la libertad o antes bien, acudiendo a las teorías de la pena de la prevención especial positiva, según las cuales, el fin de la pena consiste en la resocialización, rehabilitación, readaptación de la persona del delincuente. Conciben al ser humano como una persona enferma o inferior en la sociedad, y al Estado como un "Estado clínica" que se ocupa de tratar a dichas personas. La imposición y ejecución de la pena, constituye un bien para el delincuente, pues, siguiendo la filosofía platónica, la pena es la medicina del alma.

Son muchos los interrogantes por solucionar y lo más seguro es que pasen muchas décadas sin ser resueltos porque son asuntos que no están al alcance de la racionalidad del ser humano; ese afán de escudriñar y descubrir todos los misterios que guarda nuestra existencia y nuestro entorno son los que hacen que se produzca muchas veces dualidades y dificultades, para el caso, entre naturalismo y positivismo por los constantes roces y discordancias que se presentan, bien dice Juan Donoso Cortés[14] "Hay que unirse, no para estar juntos, sino para hacer algo juntos", porque lo fundamental no es la histórica división surgida entre las dos corrientes sino el verdadero apoyo y conocimiento que se puedan transmitir mutuamente, pero la verdad es que hasta el momento sobresale más, expresiones tratando de imponer puntos de vista, que una cooperación y asociación eficaz, o es que acaso es, más importante defender y radicalizarse en dogmatismos y doctrinas y dejar a un lado el bienestar jurídico y social y los valores fundamentales como la justicia, la equidad y la verdad?

Bien podríamos concluir que no es posible vivir en un mundo bajo el iuspositivismo exclusivamente y de que, por otro lado, el derecho natural se ha quedado corto y es imposible regular un mundo tan complejo como el nuestro a la luz de derechos universales e inmutables, y más, cuando el paso del tiempo demuestra los grandes avances y desarrollos dados en las últimas décadas y el poder estructurado y abstracto que viene imponiendo la globalización, bien dice Manfred Max Neef, que el neoliberalismo pudo en tres décadas lo que el cristianismo y el islamismo no han podido en 2000 años, y es conquistar el mundo entero.

Es claro que a medida que se vienen dando mayores avances y descubrimientos en materia científica, tecnológica, biológica, genética y astronómica, por ejemplo, es mayor el convencimiento a la hora de afirmar y reconocer de que el mismo Derecho Natural no encuentra forma de hacer eficaces los pregonados principios y derechos universales e inmutables del ser humano y que el mismo derecho positivo no encuentre la fórmula para lograr una real y eficaz estabilidad social buscando el respeto por los derechos sustanciales de la persona y un

13.Véase: AGUDELO RAMIREZ, Martín. "El poder político, su fundamento y sus límites desde los derechos del hombre". Editorial Temis. 2006.
14.Juan Donoso Cortés (1809-1853) Filósofo, parlamentario, político y diplomático español, funcionario de la monarquía española bajo el régimen liberal.

proceso sin violentar los mismos.

En fin, son muchos los inconvenientes y complejas incógnitas por resolver, en todo caso la sociedad aprenderá a vivir en "sociedad" en la medida en que seamos capaces de actuar conforme a nuestra circunstancia y comportarnos de acuerdo a los limitantes que tenemos sin importar las restricciones y obstáculos de la sociedad porque lo único que buscan es armonizar los estándares de relaciones sociales y hallar en la medida de lo posible un ideal de conciencia colectiva en torno a las normas, sean morales o no pero que busquen ante todo la no transgresión de los derechos del otro como persona y de la importancia de un entorno, en tanto es el complemento de nuestra existencia y desarrollo de nuestro proyecto existencial.

"La Justicia es para mí aquello cuya protección puede florecer la ciencia, y junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la Justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia" Hans Kelsen

¿IUSPOSITIVISMO O IUSNATURALISMO: LA SOLUCIÓN A LA GRAN CRISIS MUNDIAL?

"No es posible concebir el mundo moral sin concebir el espíritu humano como actividad creadora, porque el mundo moral, o sea el conjunto de todas las acciones que se presentan a nuestro espíritu como susceptibles de una valoración que las apruebe o las desapruebe, puede solamente ser valorado si se le considera como debido absolutamente a la actividad del espíritu, como aquello, que es tal cual el espíritu lo ha querido". Giovanni Gentile.

"El hombre es el ser que necesita absolutamente de la verdad y, al revés, la verdad es lo único que esencialmente necesita el hombre, su única necesidad incondicional" Ortega y Gasset

"Las leyes nacen por las necesidades de la sociedad, viven para cumplirse e infringirse, y mueren por la ignorancia y el olvido de las personas" Anónimo

BIBLIOGRAFIA

AGUDELO RAMÍREZ, Martín. El proceso jurisdiccional. Capítulo segundo "el debido proceso". Comlibros. Segunda edición. 2007.

CALVIÑO, Gonzalo. Filosofía del derecho. Guía de clase elaborada. 2007. Recuperado de http://www.cvd.edu.ar/camp18/courses/100URUMAT/document/TEORIA_DEL_DERECHO/Gu%EDa_de_clase_-_Kelsen.pdf?cidReq=100URUMAT Constitución Política de Colombia

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Capítulo I "Derecho y naturaleza". Universidad Nacional Autónoma de México. 1982. Pág. 15.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del derecho. Capitulo II "Derecho y moral". Universidad Nacional Autónoma de México 1982. Pág. 79.

Sentencia T-460 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Artículos

SUPREMACÍA E INVIOLABILIDAD DEL DERECHO A LA VIDA FRENTE AL DERECHO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Por

Dahiana Alejandra Montoya Morales

John Alexander Bedoya Zapata[1]

RESUMEN

Proceso a un Ángel es una novela en donde la narración de los hechos es real, es interesante porque los mismos personajes padecieron, vivieron y contaron la historia. El relato que ofrece esta obra literaria se refleja cada día, en cada lugar del mundo e indudablemente deja un gran impacto en el lector. Es muy significativo este análisis porque se tiene como punto central o nexo causal entre la literatura y el derecho penal un tema de tan especial tratamiento e importancia como lo es la vida, el primero de los derechos fundamentales y constitucionales en Colombia y en la mayoría de los países del mundo. En el relato Fernando Soto Aparicio expone la historia de una niña ingenua, atrapada entre sus verdugos, donde estos más tarde la matarían de la forma más siniestra e inhumana, para defender sus convicciones religiosas. Precisamente dicho acontecimiento es lo que nos lleva a desentrañar y explicar la inviolabilidad del derecho y bien jurídico vida.

PALABRAS CLAVES

Constitución Política, derecho fundamental, vida, religión, vulneración, bien jurídico.

ABSTRACT

Process to an Angel¨is a novel where the facts of the narrative are real, it is in fact interesting because the characters themselves suffered, lived and they told the whole story. The tell about the literature lecture itś reflected day by day by itself, at everyplace around the world and definitively it leaves a grand shock in the reader. This analysis itś very meaningful because its principal aim or casual link between the literature and penal law a real topic of specific treatment as important as it is like is life; it is life, the first one of the constitutional fundamental right in Colombia and at several countries around the world. In the telling Fernando Soto Aparicio, shows the story of a naïve girl, caught by her executioner, where they later on will murder her of the most inhuman and mysterious way, to defend their own religion convictions. Already this happened it is what focus us to get to the bottom and try to explain the inviolability of right in law and the safeguarding legal right system.

KEYWORDS

Political constitutional, Fundamental Rights, Life, Religion, violation, safeguarding legal right

El presente estudio está enfocado en analizar desde un punto de vista jurídico la novela Proceso a un Ángel, escrita por el colombiano Fernando Soto Aparicio, en la cual la narración de los hechos son rigurosamente ciertos, ya que ocurrieron alguna vez hace varios años en algún un lugar de Colombia. La historia trata de una menor llamada Angélica, que debido a una creencia religiosa que poseían las personas con las que ella convivió durante su corta vida, incluyendo a su madre, la sacrificaron en medio del bosque quemándola por considerarla en principio la niña santa del río Mamoré y al final por creerla la bruja de rio; por ello el autor sostiene la tesis de que "Todo hombre necesita matar a su redentor para sentirse redimido". De acuerdo a ello el tema central de la obra es el derecho a la vida en relación con la religión, conforme a lo cual la perspectiva del análisis estará

1.Estudiantes de Séptimo semestre de Derecho de la Universidad de San Buenaventura, Medellín, contacto: dahialeja25@hotmail.com y alexexten@hotmail.com, el trabajo es producto de una reflexión crítica del libro Proceso a un Ángel, motivada en la materia de Holística Jurídico Penal.

orientada tanto al derecho a la vida como principio constitucional y derecho fundamental enmarcado dentro de la Constitución Política de 1991, con el objeto de exteriorizar su carácter superior frente a otros derechos fundamentales como son la libertad de conciencia y libertad de cultos, dejando claro que la vida es un derecho inviolable; sin embargo se puede ver vulnerado por diversos fenómenos de la sociedad, en donde se encuentran los más variados elementos naturales, sobrenaturales y los más extraños comportamientos humanos que alteran la realidad y los sentidos de quienes nacen, crecen y mueren en América y en todo el mundo.

La tierra, que constituye el mundo poblado por los humanos, se encuentra fraccionada en distintos continentes y a la vez estos se fragmentan en un sinnúmero de países y de estos últimos nacen variados, pequeños, grandes departamentos, provincias, ciudades, emiratos, estados, municipalidades, según el país al que corresponda y muchos otros sitios carentes de identidad y de asistencia estatal, pues sucede que cada una de las esferas mencionadas son objeto de protección, de vigilancia, de control, de asistencia, de coerción, por parte de un poder soberano fundamentado en el Estado, pero principalmente cimentado en un ordenamiento jurídico que tiene como soporte una norma de jerarquía superior frente a cualquier otra norma, y que sobretodo exterioriza su fuerza en situaciones sociales que no hayan sido previstas por el órgano legislativo o parlamentario.

Aunque existe en el mundo Latinoamericano la mentalidad de Estado, de división de poderes, de soberanía, de normas y leyes, es inevitable que dentro del esquema de la pluralidad cultural que contiene cada país, existan grupos sociales que tengan y profesen sus propias convicciones de vida, que por el fenómeno de la costumbre se vuelven norma en su comunidad; tal situación histórica genera en países como Colombia que exista un tratamiento oportuno y legal, que se expresa a través de la aplicación abstracta y general de la Constitución Nacional, la cual incluye los más elevados y trascendentales principios que asumen la obligación constitucional y jurídica de abarcar a toda la población, sin distinciones de sexo, raza, religión, identidad cultural o pensamientos políticos.

"La pieza primordial del paradigma de Estado Constitucional de Derecho son ciertas normas de la Constitución que contienen un lenguaje moral de justicia (dignidad humana, libertad, igualdad, vida, paz, justicia, solidaridad, respeto al pluralismo – preámbulo, art.1º Const. Pol.), que antes de la sanción de la Constitución eran principios de moral critica o principios axiológicos de tipo extrajurídico y que ahora han pasado, en virtud de la constitucionalización, a ser también normas de derecho positivo de máxima jerarquía y a construir los criterios últimos de validez jurídica"[2].

Los principios constitucionales o fundamentales son modelos que tienen una representación y están compuestos por parámetros justos e íntegros y además, ejercen dentro del ordenamiento jurídico un estado de superioridad que les viene otorgada por la Constitución al mostrarse de acuerdo con los criterios de máxima importancia, de esta circunstancia nace el hecho de que la Constitución Política de 1991 trae consigo una serie de fundamentos axiológicos nuevos, con el único propósito de remitirse a todo un discurso moral, pues precisamente trata de regular los acontecimientos sociales que emerjan de la convivencia entre las personas o también de las controversias ideológicas que resulten tanto a nivel individual como colectivo. "El papel constitutivo de los principios fundamentales tiende a ser virtualmente ilimitado en cuanto a su extensión, si se tiene en cuenta que por vía de interpretación se pueden extraer de la Constitución normas implícitas, idóneas para regular innumerables aspectos de la vida social, haciendo que potencialmente cualquier asunto carente en apariencia de relevancia constitucional, la adquiera en virtud de comprometer algún principio de justicia consagrado en la Constitución; y a medida que se van planteando nuevos problemas jurídicos y se profundiza en la búsqueda de su significado, son capaces de generar innumerables normas ulteriores"[3].

Hasta ahora queda claro que la Constitución Nacional de 1991, racionalizo una serie de paradigmas morales que se constitucionalizan en el ordenamiento a través de los principios, de esta forma los argumentos tanto jurídicos

2.María Gloria García Gallego. "El Derecho a la Vida en la Constitución colombiana, principios constitucionales y derechos fundamentales". Nuevo Foro Penal, Nº.68. Medellín-Colombia. Editorial Universidad EAFIT., 2005
3.Ibít., p.192.

como morales, se mezclan e interactúan entre sí, para lograr una efectiva aplicación e interpretación de la norma soberana; sin embargo, es necesario distinguir que el término moral no significa religión, entonces es preciso preguntarse ¿La Constitución también moldeó los enigmas de la religión? ¿La Carta Política al ateo, escéptico o agnóstico, lo trata de manera igual que al religioso o creyente? ¿También es permitida una mezcla de religiones entre cristiana, judía, budista o mahometana? bajo esta percepción ¿Es posible afirmar que la muerte de Angélica, ocasionada por un conjunto de creyentes frenéticos, es permitida por la Constitución?

En los términos de la Constitución Política, si está regularizado el tema de la religión, desde un punto de vista abstracto y como un derecho fundamental, pues precisamente cita lo siguiente: "Artículo 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia", y continúa "Artículo 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley", de manera que la Constitución colombiana, con el gran paso a la libertad y autonomía individual, está hecha con un enfoque liberal para cada hombre, pues cada ser humano es un sujeto diferente de los otros, de esta manera cada ser es independiente tanto en la ideología, en las necesidades, aspiraciones, fines, proyectos, y sueños. En Desolación que fue el corregimiento donde creció y murió Angélica, sus habitantes, eran creyentes de los "milagros" que según ellos realizaba la pequeña, pero la verdad, era que la niña ni siquiera estaba consciente de lo que significaba una multitud de católicos venerándola como si fuera un símbolo de fe o una estampilla santa. "Angélica Bastidas tenía 10 años y unos meses, cuando encontró en las orillas del Mamoré la piedra labrada que dio origen a toda la superstición. Era una piedra larga, de aproximadamente 40 centímetros. Tenía lo que se tomó por un cuerpo. Y luego, al lavarla en el patio de la casa a donde la niña llego exaltada por el descubrimiento, gritando y rompiendo su mutismo habitual, puedo descubrirse que la piedra presentaba tosca pero visiblemente talladas las facciones de la Santísima Virgen"[4].

Hay que admitir que dentro de la Constitución se definen los derechos de libertad de conciencia y de libertad de cultos desde un perfil general, puesto que es correcto interpretar que cada cultura, comunidad, cofradía, congregación o secta es libre de realizar los actos que según sus convicciones los lleven a hacer; son autónomas estas colectividades para creer en supersticiones o misticismos o por el contrario creer en el Dios que su religión adore; pero también resulta independiente para estas asociaciones tener practicas o ejecutar acciones y credos que pueden ser terroríficos para el común de las personas. Por ejemplo, los verdugos de Angélica se sentían plenos en su acto de fe cuando desnudaban cada domingo a la niña para bañarla delante de miles de creyentes, esperando estos que ocurriera un suceso sobrenatural delante de sus ojos. "Santa, Santa, Santa, le decían; y ella sonreía como lejana, como si fuera solamente un sueño al que asistía impotente y amordazada. Se inclinaba sobre el platón donde había quedado el agua del baño y sacándola con la mano, empezaba a regarla sobre los congregados"[5]. En ello se convirtió la vida de la pequeña, en vez de recibir amor y educación, ella se transformó en el objeto religioso, en el canal o camino para llegar éstas personas al encuentro divino.

"El principio de la libertad religiosa, como proyección del valor superior de la libertad en el ámbito del Derecho, supone el reconocimiento de un ámbito de inmunidad en orden a la realización del acto de fe y de cuantas expresiones individuales y colectivas aquel lleva aparejado. Desde esta perspectiva, la libertad religiosa genera un deber de abstención o no interferencia tanto para los poderes públicos como para todos los demás sujetos privados"[6].

La aplicación de estos derechos trae como resultado, que tanto el Estado y los particulares no solo tengan el deber constitucional de tolerar cuanto grupo religioso pueda llegar existir, sino que significa además el reconocimiento natural e individual que tiene cada ser humano de escoger su acto de fe, es decir, de elegir conforme a su razonamiento crítico, o por el contrario rechazar cualquier paradigma proveniente de Dios, puesto

4.Fernando Soto Aparicio. Proceso a un Ángel. Santafé de Bogotá-Colombia. Editorial Panamericana.1997, p.
5.Ibít., p. 59
6.Iván C. Ibán; Luis Prieto Sanchís & Agustín Motilla. Manual de Derecho Eclesiástico. Madrid-España. Editorial Trotta, S.A., 2004

que la autodeterminación de la voluntad y de la libertad se encuentra representada en la posibilidad de sencillamente de creer o no en simbolismos religiosos.

"El derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera de los grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso, ya que lo valioso no es la religión, sino el ejercicio de la libertad, la realización de la persona como ser religioso, que puede consistir tanto en una actitud creyente o de fe como en una postura agnóstica o atea"[7]. Precisamente, Desolación hacía un uso eminente de la libertad que brotaba del alma de cada persona, una libertad que consistía, unos en adorar a la niña santa y otros en ultrajar a la bruja del río, pero en lo que si coincidían todos aquellos sujetos, era en el desbarajuste religioso que poseían por los milagros que nunca existieron en aquel corregimiento de Colombia.

La realidad en Colombia, en América y en todo el mundo, es que todos los días nacen iglesias, dogmas, creencias y religiones nuevas, cada día un hombre se levanta pensando que es el "elegido" o el "mesías" y muchas de esos nuevos cultos son reconocidos oficialmente y mueven a millones de personas; ello es el resultado de que "El hombre ha perdido a Dios, y angustiosamente lo busca porque lo ha necesitado siempre. ¿Y que tenemos? Religiones que tambalean, magia que no sale de su oscurantismo de siglos y empieza a enseñorearse del caos, superchicerías que cobran fama y que pueden mover un continente. Las falsas devociones, los caminos errados, están a la orden del día, y el hombre sigue buscando, perdido ya todo contacto con el espíritu"[8].

No obstante, "El Estado no se concibe a sí mismo como sujeto creyente, esto es, no concurre junto con los individuos a las expresiones propias del acto de fe. Ello es, ante todo, una consecuencia del principio de libertad religiosa; separación entre Estado y las confesiones religiosas, lo que no solo excluye cualquier confusión institucional, sino que supone además que las iglesias no desempeñan una función política, de cohesión social o de identificación nacional, y que los poderes públicos no satisfacen tampoco una finalidad religiosa"[9].

La Constitución Nacional, les otorga indirectamente todas las garantías a las personas para que ejerzan libremente sus convicciones o pensamientos ideológicos, sin ningún tipo de intervención Estatal; sin embargo lo que realmente paso con Angélica fue un sacrilegio humano, pues todos los devotos con esa infinidad de cultos religiosos, lo único que lograron fue afectar a la niña en su integridad y en su dignidad, debido que se encontraba en un estado de indefensión y abandono, puesto que ella era sometida a esta cadena de crímenes con una finalidad distinta a lo que la Iglesia ha definido por religión.

Teniendo en cuenta todos los criterios señalados, resulta fácil pensar que los derechos de libertad de conciencia y de libertad de cultos son congénitos, es decir, nacen cuando el hombre quiere manifestar su sabiduría, sus creencias, en otras palabras, profetizar su religión, no importando la manera como lo conciba, pues lo que el individuo está haciendo es llevar a cabo el reconocimiento y la protección de las prerrogativas que la misma Constitución le concede; sin embargo, es obligatorio analizar cuál es el alcance y el límite de dichos derechos que a simple vista son de naturaleza abstracta e indeterminada, es decir, no es examinar a quienes abarca, sino, analizar la forma como los individuos ejercen estos derechos, de modo que el problema se deriva en la realización de la misma libertad, en la práctica de los "cultos", pues estos constituyen un conjunto de ritos en los cuales el hombre tributa homenaje a un ser supremo o a personas tenidas por sagradas en alguna clase de religión, ¿Y si los actos del culto violentan el derecho a la vida? ¿Si están permitidos los sacrificios como una práctica religiosa, también estará permitido el sacrificio humano? Es claro que los centenares de personas que se congregaban para orar y alabar a Angélica actuaban "conforme a derecho" entendiendo la norma desde un punto de vista abstracto; sin embargo, resulta justo preguntarse si aquellos individuos para sentir un alivio como creyentes, ¿mataron a Angélica para lograr un descanso espiritual, a la luz de la libertad religiosa?

7.Ibít., p.27.
8.Soto Aparicio, Op.cit., p.102.
9.C. Ibán; Prieto Sanchís & Motilla, Op.cit., p.43

"Profesar una creencia religiosa o no profesar ninguna, celebrar actos de culto, recibir e impedir enseñanza acorde con las propias convicciones, reunirse o manifestarse en torno a un credo; son sin duda modalidades de ejercicio del derecho, pero no agotan sus posibilidades o, más exactamente, no nos ofrecen una imagen completa de todos aquellos comportamientos o situaciones que, en hipótesis, pueden presentar propiedades adscribibles al derecho fundamental. Por eso, en lugar de preguntarse qué podemos hacer al amparo de la libertad de conciencia, resulta más fecundado interrogarse acerca de lo que no podemos hacer, pues la fuerza del derecho se aprecia mejor en situaciones de conflicto"[10].

Sin duda alguna, la respuesta al interrogante es que tanto el derecho a la libertad de conciencia como el derecho a la libertad de cultos están limitados, cuando comienzan a vulnerarse los derechos de los demás individuos de la sociedad, primordial y especialmente el derecho a la vida, consagrado como un derecho fundamental e inviolable por el simple hecho de ser persona, en consecuencia cualquier acto de fe debe de reprimirse cuando lo que busca es llevar a cabo una práctica religiosa que afecte la vida del otro. "Angélica no busco por su propia cuenta redimir a nadie. Fue un instrumento ciego en manos de gentes sin escrúpulos"[11]. En Desolación vulneraron la vida, porque consideraron que la existencia física de ese ser humano les pertenecía, ó tal vez solo pensaron que aquella niña era una bruja que atentaba en contra de su religión. "Podría alegarse que un redentor no vale nada sin sus verdugos. Cristo sin Judas no habría redimido a nadie. Angélica sin los salvajes de Desolación tampoco habría producido este cataclismo interno que ha conmovido por igual a esta tribu de antropófagos, aunque ellos no se den cuenta o no quieran reconocerlo ante sus propias y tenebrosas conciencias"[12].

En Colombia, la misma Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental e inherente del derecho a la vida; "A nivel constitucional la vida es el primero de los derechos de la persona humana; además es un valor constitucional de carácter superior y su respeto y garantía aparece consagrado como un principio del ordenamiento jurídico político. Asegurar la vida, no es solo el derecho subjetivo que se tiene sobre la vida, sino la obligación de los otros a respetar el derecho a seguir viviendo o a que no se anticipe la muerte; en este sentido amplio está el Preámbulo de la Constitución Política. Una de esas metas y quizás la primera es garantizar la vida, como derecho irrenunciable, que está por fuera del comercio aunque en determinados casos obliga reparar el daño que se le ocasione, pero, la finalidad de toda sociedad es mantener la vida en su plenitud"[13].

Cabe señalar que en el corregimiento de Desolación, aquel territorio que presencio el delito colectivo cometido por una multitud de religiosos empedernidos, desconoció profundamente el núcleo esencial de la vida, limitaron el derecho a la existencia humana de una forma perversa, puesto que para las personas de ese lugar prevalecieron los intereses propias, antes que defender la vida y la dignidad de una criatura inocente. "¿Qué le dio a Angélica esa aureola de prestigio al comienzo y ese resplandor infernal después? La credulidad de la gente; su desbarajuste religioso; la desorientación en que se debaten"[14].

Referido a este contexto, el derecho a la vida es un derecho humano y único, por ello tiene igual importancia y relevancia para cada sujeto, por la condición de ser un ser humano, por lo tanto tiene la calidad de ser una privilegio atribuido a toda persona de igual forma, en la medida que todas las personas son titulares de tal derecho, apartando cualquier otra condición o circunstancia; y en cuanto a su razón de ser el derecho a la vida es un soporte necesario e inevitable para adquirir derechos como seres en el mundo, es así como la vida adquiere la fuerza de derecho fundamental dentro de la Constitución Política, el cual debe ser exigido y respetado tanto por el poder público como por los particulares.

Angélica Bastidas merecía no solo el derecho a seguir viviendo, sino además, a vivir íntegramente, tenía el derecho a no sufrir torturas ni tratos crueles. La vida de este ser humano no solo dependía de la supervivencia biológica, ya que por otra parte el derecho a la vida consiste en recibir las condiciones mínimas de dignidad, pues

10.Ibít., p.71.
11.Soto Aparicio, Op.cit., p.105.
12. Ibít., p.139.
13.Sentencia T-232 de 1996. Corte Constitucional. Derecho a la vida – Naturaleza. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
14.Soto Aparicio, Op.cit., p.103.

es necesaria la plenitud del individuo; sin embargo, esta niña a sus cortos diez años ya había sentido el desprecio de su madre, el repudio de su entorno y la barbarie de sus verdugos.
"El derecho a la vida está dotado de una posición preferente y de una obligatoriedad jurídica directa e inmediata. Constituye un conjunto complejo de obligaciones estatales, incluido el legislativo, se hallan limitados por y sometidos al imperio del derecho a la vida que vendría a ser un derecho sobre el derecho, en tanto obra como vinculo y limite jurídico que condiciona la producción jurídica. Es resistente ante la voluntad de cualquiera de los órganos políticos que encarnan el poder constituido, y se impone frente a cualquier decisión política, incluso a la proveniente del poder que dicta leyes"[15].

El Estado representado en los órganos del poder y en todos los entes autónomos, es el encargado de estar en concordancia y promover el interés general y el bienestar de las personas, por ello toda la normatividad que desarrolla el ordenamiento jurídico debe de estar sujeta al fortalecimiento del derecho a la vida, pues este constituye el pilar del Estado Social de Derecho y por excelencia se integra como un valor, un principio y un derecho fundamental instituido como inviolable en el artículo 11 de la Carta Política, además es un derecho que no solo deja en firme el grado personal e intrínseco que poseen sus titulares, sino que se construye como un criterio de interpretación en caso de conflictos, ya que en todo acto de aplicación y ejecución del derecho, debe de prevalecer primero el derecho a la vida. Conviene, sin embargo advertir, que el caso de Angélica no es el único ni es propio de Colombia, sucesos de esta índole: siniestra y retorcida, se han presentado no solo en el extenso territorio de América, sino en todos los lugares del mundo.

"El derecho a la vida, a la luz de nuestra Constitución, es un presupuesto ontológico de los demás derechos fundamentales, que se manifiesta no solo en la posibilidad maravillosa de existir y de ser como persona, sino en la posibilidad de vivir en condiciones que garanticen el reconocimiento y respeto de la dignidad de los seres humanos. En ese orden de ideas, el derecho a la vida debe ser entendido como un derecho inalienable de todas las personas y un valor constitucional por excelencia, que merece y recibe no solo el respeto, sino la protección prevalente por parte del Estado, el cual igualmente se obliga a garantizar y asegurar su efectividad. Uno de los fundamentos de existencia de las autoridades es precisamente su misión y deber de protección de los derechos de las personas, incluyendo especialmente el derecho a la vida. Por esta razón, el derecho a la vida debe considerarse como un derecho inviolable, que implica que nadie puede vulnerarlo, lesionarlo o amenazarlo sin justa causa, desconociendo su núcleo esencial, por expresa disposición constitucional"[16]. Desafortunadamente, en Desolación efectivamente existió la vulneración del derecho a la vida, pues esa congregación de religiosos provocó la muerte de Angélica, un suceso tenebroso que quedo vivo en cada una de sus conciencias; ¿Esta asociación de creyentes, si obtuvieron la salvación matando a la pequeña niña?, con base en los hechos narrados en la obra Proceso a un Ángel, los cuales son dolorosamente ciertos, aquellos sujetos después de los ocurrido entraron en un estado de remordimiento, de culpa, horror y arrepentimiento, debido que el acto de fe por el cual "sacrificaron" a Angélica resulto en vano, dado que no lograron su propósito religioso y colectivo, por el contrario violaron de forma irremediable el derecho a la vida.

De acuerdo con los razonamientos anteriormente destacados, el derecho a la vida se encuentra exonerado de los actos negativos y adversos que pudieran llegar a ejecutar las autoridades y los particulares, pues es indiscutible la afirmación de que la vida goza de un valor supremo y preferente frente a otros derechos consagrados igualmente en la Constitución, como por ejemplo, el derecho a la libertad religiosa que aunque su protección supone la inmunidad para cualquier acto coactivo que quiera suprimir o transgredir la propia conciencia y las convicciones plasmadas en determinada religión, las personas que se reúnan a realizar los actos del culto, los espiritismos o los misticismos, por ningún motivo tienen derecho a sacrificar, es decir, acabar con la vida de un niño, un adulto o un anciano por circunstancias propias a su religión, dado que la vida se concreta con el respeto y la integridad física de los demás, además acorde con una interpretación moral y jurídica de la Constitución Política, el derecho a la vida significa no lastimar, no humillar, no ofender, ni torturar a los miembros de la sociedad, pues la sola condición de hombre es un título suficiente para la protección inmediata de este derecho Constitucional.

15.García Gallego, Op.cit., p.208.
16.Sentencia T - 427 de 1998. Corte Constitucional. Derecho a la vida – Alcance. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

ISSN: 2027 - 8993

"Según el art. 11 de la Constitución, el derecho a la vida es inviolable; ¿Qué significa esa cláusula de inviolabilidad?, es la fundamentalidad del derecho a la vida, ya que le dota de una condición de resistencia frente a las leyes, decisiones y medidas tomadas por los poderes del Estado. Desde la perspectiva del derecho positivo, los derechos fundamentales se muestran tan solo resistentes, y la resistencia es un concepto gradual y relativo. La fundamentalidad no es una etiqueta que se tiene o no se tiene, del estilo todo o nada; es una escala que admite distintos grados, de modo que algunos derechos serán más fundamentales que otros. Pues bien: la cláusula de inviolabilidad significa que el derecho a la vida ostenta una tenaz resistencia: no puede ser limitado por ninguna razón, ni para el logro de algún fin colectivo, por muy elevado o loable que éste sea y aunque tuviera algún respaldo en el texto constitucional, ni para la tutela de otros derechos fundamentales"[17].

La vida al ser un derecho inviolable es fuente de obligaciones para terceros, primero para el Estado, ya que le está prohibido por mandato constitucional imponer la pena de muerte; y segundo para los particulares, puesto que estos deben de abstenerse de matar y de atentar deliberadamente contra el otro. Lo correcto era que los habitantes de Desolación y los cientos de congregados hubieran pensado de una forma razonable, al momento de poner en la balanza sus convicciones religiosas y la vida de una niña de escasos diez años, porque lo sensato era respetar la integridad y la dignidad de la pequeña, sin embargo, ellos eligieron cegarse por la fe, formar un folclorismo y quemar a Angélica. Por ello el Estado es quien debe lograr y obtener una efectiva protección del derecho a la vida y precisamente lo hace mediante la amenaza de la sanción penal, cuya única finalidad es la instaurar y conservar la paz dentro de la sociedad.

"Dentro de los distintos intereses que la sociedad política organizada puede considerar como dignos de protección merece destacarse, de manera especial, el relativo a la existencia misma de los individuos. Cabe aquí plenamente la noción criminológica de delito, como comportamiento que afecta las condiciones de existencia, desarrollo o conservación del grupo social. Es por así decirlo, el supremo interés que ocupa la escala superior dentro de la jerarquía de los valores o bienes jurídicos susceptibles de tutela desde el punto de vista penal. Es innecesario recalcar la importancia que dentro de cualquier Estado, independientemente de su orientación política o ideológica, reviste la protección del bien jurídico vida"[18].

Cuando se reunían los creyentes en el evento religioso cada domingo, para adorar a la virgen del río Mamoré en Desolación, estos creían que existía un poder sobrenatural, el cual los sacaría de sus padecimientos físicos, morales y espirituales, aquellos sujetos se sentían comprometidos con ese elemento divino, que hasta ahora lo conocían como una simple piedra tallada; no obstante, al desvirtuarse la fe objeto de su entrega espiritual, decidieron matar cruelmente a Angélica, sabiendo estos que se estarían condenando tanto penal como espiritualmente. "Cada uno aquí en Desolación, quiere parte de su vida y la agarra destruyendo la del vecino. Son caníbales que no comen la carne de sus víctimas pero que se ceban con sadismo inaudito en su interior. Todos constituyen un mosaico de personajes que infunden miedo, aunque en apariencia sean gentes humildes e ignorantes que trabajan de sol a sol encima de los surcos"[19].

La vida como un derecho y como bien jurídico, es imprescindible su protección debido a que de allí depende la subsistencia misma del Estado y de la sociedad, claro está, que es fuente de la cual nacen los demás derechos, siendo por lo tanto la vida un valor indispensable e imperativo para el íntegro desarrollo de las relaciones entre la humanidad y, constituye además, el punto de partida de los derechos consagrados en la Carta Política, puesto que la protección de cada derecho lleva incluido el reconocimiento de un principio de preponderante importancia como lo es la vida.

"La protección del derecho a la vida, ha evolucionado en el contexto patrio, alcanzando criterios valorativos y, por ende, normativos, hasta sostener que el derecho a la vida no descansa únicamente sobre la existencia física, sino sobre la vida humana en condiciones de dignidad. Tal punto de partida se aprecia no solamente en el artículo 1 de la Constitución Nacional, sino también en el artículo 1 de Código Penal reafirmando de esta manera

17.García Gallego, Op.cit., pp.218-219.
18.Alfonso Gómez Méndez. Delitos contra la vida y la integridad personal. Bogotá-Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia.,1998
19.Soto Aparicio. Proceso, Op.cit., p.137.

un concepto de vida funcionalmente entendido desde la perspectiva de la dignidad humana, como una forma especial de vivir, que ve en el hombre a un sujeto único e irrepetible"[20].

Angélica, la niña santa o la bruja del río tratada así por muchos, no solo sintió como se desvanecía su cuerpo en la llamas, sino también como se disipaba su vida en manos de personas sin escrúpulos. La niña fue una víctima de las creencias y de las supersticiones que poseían a los individuos con los que ella convivía el día y la noche; pero ello no fue lo más vil, la situación se extasiaba cuando cada semana ella era el centro de atención, desnuda e indefensa, esperando el rito que se tenía preparado para ella aquel día. Esas personas degradaron a Angélica en todas las formas posibles, tanta fue la humillación que las lágrimas de la pequeña, no sirvieron de excusa, para que esa horda de inhumanos no la quemaran vivan en medio del bosque. "Se sintió desnuda cuando los ojos de la multitud le dieron una sensación de viscosidad en la piel. Quiso taparse con las manos pero no pudo desprenderlas. Le dolió la espalda fuertemente apretada contra una cruz de madera rustica. El humo le afectaba los ojos y las lágrimas le corrían por las mejillas"[21].

El Código Penal (Ley 599 de 2000), contiene un conjunto de delitos, es decir, un catálogo de tipos penales que atentan contra el bien jurídico vida; sin embargo, el objeto de este trabajo está enfocado en analizar únicamente el tipo penal de homicidio de forma sumaria, el cual se encuentra expreso en el artículo 103 del Código Penal y en el artículo 104 las circunstancias de agravación penal; puesto que siguiendo la metodología y el orden del ensayo, el propósito es confirmar que las practicas o ceremonias de las distintas religiones que tienen como fin disponer del derecho y del bien jurídico vida, son precisamente un homicidio, pues aunque la Constitución garantice la libertad de religión, esto no quiere decir, que se pueda atentar contra la vida en esta clase de ritos.

"El homicidio, genéricamente entendido como la muerte de un hombre causada por otro, es uno de aquellos delitos que atentan contra el bien jurídico vida (formada) mediante su supresión. En el caso que se examina, ese bien jurídico no es otro que el de la vida humana, tomando la expresión en su significado más amplio, es decir, sin consideración a que el titular de ese suspenso interés sea varón o mujer, de una u otra raza, de cualquier credo o edad, de una u otra condición social o casta; "ario o judío, parisiense o zulú, braman o paria, santo o bandido", todos representan vidas humanas"[22].

Desolación, no presencio un acto de fe, lo que vivió este corregimiento fue un homicidio, en donde la víctima fue una pequeña de diez años. Por medio de gritos muy fuertes acusaban a la niña de ser una bruja, una hechicera que ponía en peligro la región, quisieron castigarla, ambicionaron desaparecerla, por ello el proceso fue rápido, pues no se esperaba más de la calidad humana de sus jueces, la multitud pedía quemarla. "Lo último que se oyó, fue un grito terrible tan terrible que mientras vivan lo seguirán oyendo: era que las llamas habían alcanzado a la santa niña, a la virgen del Mamoré, a la que para siempre seguirían llamando la bruja del río"[23].

Lo cierto es que en América Latina y en todo el mundo, se han presentado y se presentan fenómenos en prácticas religiosas que atentan directamente contra la vida, debido a que esos "ritos sangrientos" son una costumbre religiosa arraigada en su comunidad, ya que para estos creyentes no hay una estigmatización frente a esa práctica que en realidad es un homicidio. Pero la verdad es que esta situación tiene una trascendencia y una consecuencia mayor, cuando se crean condiciones de indefensión o inferioridad lo cual constituye una causal de agravación del homicidio, puesto que por lo general son los niños las victimas de estas ceremonias. "En la creación de las condiciones de indefensión o inferioridad, el agente realiza un comportamiento encaminado a generar una situación de la cual surge un menor riesgo para él, que facilita a su vez la comisión del hecho punible. Lo importante es saber que la calificación se produce porque el homicida recurre a medios o procedimientos engañosos y pérfidos suficientes para hacer imposible la defensa de la víctima, y más segura la realización del evento criminal.

20.César Augusto Otálvaro Sánchez. "Delitos contra la vida y la integridad personal". Revista Universidad Católica de Oriente. Rionegro-Antioquia. Editorial Universidad Católica de Oriente., 2004
21.Soto Aparicio. Op.cit., p.134.
22.Gómez Méndez, Op.cit., p.21.
23.Soto Aparicio, Op.cit., p.165.

El sujeto activo se aprovecha de algo que encuentra. La situación de indefensión o inferioridad puede provenir de muchos factores. Solo a manera de ejemplo podría citarse alguno como la edad, como cuando se da muerte a un infante o a un anciano que no puede valerse por sí mismo"[24].

Lamentablemente, Angélica estaba sola en el mundo, no tenía una madre que la apoyara, ni un padre que la defendiera, la niña se vio sin fuerzas y sin habla cuando la multitud la cargo hasta llegar al bosque del Sabadal, en donde ya tenían toda la ceremonia preparada para el sacrificio. Aquellas personas se aprovecharon de que la pequeña era un ser abandonado en el mundo, quebrantaron y violentaron su vida de la manera más inhumana posible; estos individuos creyeron que no tendrían un castigo divino porque su fe lo podía todo, pero la realidad es que sus conciencias desde aquel suceso aterrador quedaron marcadas para siempre.
No cabe duda, que las personas quienes se hacían llamar creyentes en Desolación, cometieron un delito colectivo bajo la percepción del derecho penal y un pecado a los ojos de la religión, ya que arrasaron sin piedad con la vida de una menor que ni siquiera comprendía la situación en que se encontraba sometida, una niña que no entendía que la iban a quemar por "bruja", éstos individuos en medio de su acto de fe o su ignorancia violaron rotundamente el deber ser la norma, incumplieron con su obligación de proteger la vida por encima de cualquier otra cosa, es decir, quebrantaron la premisa de inviolabilidad que consagra la Constitución Nacional; en este caso debieron de respetar el valor contenido en la norma, sobre las convicciones y la libertad religiosa que los poseía cuando decidieron anticipar intencionadamente la muerte de Angélica, porque según ellos había cometido un delito religioso de magia y hechicería imponiéndole la pena de quemarla viva en medio del bosque; un delito o "rito" que según el escenario social y normativo actual, no está consagrado en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Es indiscutible que dentro del ejercicio de la autonomía, se encuentren distintos derechos y libertades: de conciencia, de religión, de cultos, de expresión, de manifestación, todos ellos contenidos y protegidos por la Constitución de forma indeterminada, pero dicha situación no significa que se pueda vulnerar otros derechos constitucionales, pues es necesario un criterio valorativo para cada derecho, es decir, para el desenvolvimiento y pleno desarrollo de cada premisa que contempla la Constitución; esto trae como consecuencia la prevalencia y la superioridad de ciertos derechos fundamentales, sobre otros derechos igualmente de carácter fundamental. El ejemplo más claro, es el tratado en este ensayo en el cual se evidenció y se confirmó la supremacía del derecho a la vida frente al derecho de la libertad religiosa.

24.Gómez Méndez, Op.cit., pp.150-151.

BIBLIOGRAFÍA

C. IBÁN, Iván; PRIETO SANCHÍS, Luis y MOTILLA Agustín. Manual de Derecho Eclesiástico. Madrid-España. Editorial Trotta, S.A. 2004.

GARCÍA GALLEGO, María Gloria. Artículo: "El Derecho a la Vida en la Constitución colombiana, principios constitucionales y derechos fundamentales". Revista: Nuevo Foro Penal, Nº. 68. Medellín-Colombia. Editorial Universidad EAFIT. 2005.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. Delitos contra la vida y la integridad personal. Bogotá-Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia.1998.

OTÁLVARO SÁNCHEZ, César Augusto. Artículo: "Delitos contra la vida y la integridad personal". Revista Universidad Católica de Oriente. Rionegro-Antioquia. Editorial Universidad Católica de Oriente.2004.

Sentencia T- 232 de 1996. Corte Constitucional. Derecho a la vida – Naturaleza. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T- 427 de 1998. Corte Constitucional. Derecho a la vida – Alcance. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

SOTO APARICIO, Fernando. Proceso a un Ángel. Santafé de Bogotá-Colombia. Editorial Panamericana.1997.

Artículos

EL HABITANTE DE CALLE COMO SUJETO DE DERECHO[1]

Por

Cesar Augusto Chaverra Cifuentes*

RESUMEN

A través de esta investigación se hace un estudio sobre las personas en situación de calle como sujetos de derechos fundamentales. Con respecto a ello, el tema se concentra de forma exclusiva en la ciudad de Medellín, lo cual permite profundizar en los factores que dan origen a la problemática de indigencia que vive la ciudad; siendo estos el desempleo generalizado que ha llevado a que muchas personas recurran al llamado "empleo" informal (venta ambulante), la pobreza extrema de gran parte de la población en la ciudad, la falta de oportunidades tales como la imposibilidad de acceso la educación, buena atención en salud, y en general factores de tipo económico que aunque bien están dados para el desarrollo de la ciudad, en ocasiones impide la total satisfacción de necesidades de tipo personal para su población en general.

Un proyecto de esta magnitud, permite identificar de forma clara y objetiva dos conceptos como lo son: Persona en situación de calle y Derechos Fundamentales. Por ende, en el desarrollo del proceso investigativo se evidencia la estrecha relación que deben tener dichos conceptos, con el fin de poder establecer la efectiva protección de los enunciados derechos, en un colectivo específico en la ciudad de Medellín. Ligado a ello de forma directa, la incidencia que traen las políticas públicas desarrolladas por parte de la administración en el reconocimiento de dicha subjetividad.

PALABRAS CLAVES

Situación de calle, sujeto de derecho, derechos fundamentales, sociedad, administración, políticas públicas.

ABSTRACT

Through this research is a study on homeless people as subjects of rights. Regarding this, the issue focuses exclusively on the city of Medellin, which allows insight into the factors that give rise to the problem of homelessness in the city living.

A project of this magnitude, to identify clearly and objectively as they are two concepts: A person on the street and Fundamental Rights. Thus, the development of the research process is evident the close relationship that must have such concepts, in order to establish the effective protection of the rights set forth in a specific group in the city of Medellin. Linked to it directly, the impact that bring the public policies developed by management in recognition of the subjectivity.

KEYWORDS

Homeles, subject to law, fundamental rights, society, administration, public policy.

1.Este escrito es producto de la labor investigativa desarrollada en el Semillero de Derechos humanos y Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Sede Medellín, con la Investigación: "Las personas en situación de calle como sujetos de derechos fundamentales en Medellín".

** Estudiante de quinto (V) semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas sede Medellín. Líder del Semillero Investigación en Derechos Humanos y Derecho Internacional. Dirección electrónica: derechoshumanos.ustamed@gmail.com*

Introducción

Este proyecto denominado "Las personas en situación de calle como sujetos de derechos fundamentales en Medellín", se desarrolló en el Semillero de Investigación en Derechos Humanos y Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás; en él se indagó sobre la actuación que ha tenido el municipio de Medellín respecto al tema, para determinar sí estas personas son sujetos de derechos fundamentales[2]; o sí han sido objeto de políticas públicas[3] asistencialistas creadas por la administración, como estrategia para mostrar resultados de su labor. Todo esto, teniendo como referente de estudio, la problemática social que ha tenido la ciudad, pues se evidenció que hay un alto colectivo de personas en situación de calle.

Lo fundamental en el desarrollo de la investigación, fue identificar todos los puntos de vista que ostentan las personas en situación de calle, hasta el punto de calificar este concepto como el que encierra tanto los habitantes de calle; como los habitantes de la calle, para de esta forma y por el tema de derechos fundamentales central en la investigación, poder hacer finalmente la respectiva diferenciación entre uno y otro concepto.

A nivel histórico, se evidenció en todo el territorio colombiano, el fenómeno agudo y creciente de la población en situación de calle; pero de igual forma se observó que se han creado a nivel regional y cultural una serie de conceptos y denominaciones, para hacer referencia a las personas que se encuentran en dicha situación, en una forma de etiqueta y estigma social que excluye y discrimina[4].

Particularmente Medellín, es una de las ciudades donde más diversidad de términos se han implementados para hacer alusión al fenómeno, de ahí que se tengan conceptos o palabras como gamín, ñero, callejero, indigente, vagabundo, y así multiplicidad de términos que se conjugan con el estilo de vida que deben llevar las personas pertenecientes a esta parte de la población[5].

Tal circunstancia, por factores que tienen que ver con estereotipos clasistas que tachan a dicho colectivo gracias al desconocimiento de la problemática o demás, etc. Esto permitió entender porqué que no se hace una apropiada diferenciación entre cada uno de esos conceptos, pues pareciera ser que para la comunidad (ciudadanos en general, e incluso en estudiantes de derecho, por los resultados arrojados en la encuesta elaborada), que en el léxico común del diario vivir, fuera lo mismo decir gamín, y habitante de calle. Ello evidenció que las personas están desacostumbradas a seguir un vocablo adecuado, que permita hacer una correcta y respetuosa referencia al que tiene por "núcleo social" y de "vida" la calle como tal.

Es apropiado resaltar, que en materia social, se han venido dando una serie de manifestaciones o transformaciones jurídicas, en sentido amplio, que han permitido modificar ese vacío existente en el vocablo, con el fin de hacer alusión al habitante de calle, pero en razón al respeto por su dignidad humana pese a tal circunstancias. Entendiendo como dignidad humana[6], aquella que ubica al hombre como máximo valor, por encima de las cosas e incluso de las instituciones, reconociéndosele de igual forma el valor de "fin en sí mismo"[7], lo que impide convertirlo en valor de uso; "la dignificación del hombre implica entonces por parte del Estado el valor superior, soporte y objetivo del mismo y más en un Estado social de Derecho como el colombiano"[8].

2.ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo citando a Robert Alexy, Derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos, en. El concepto de derechos sociales fundamentales, ed. Legis editores S.A. Bogotá, 2005, p. 31

3.RUIZ LOPEZ Domingo y CADENAS AYALA Carlos Eduardo. ¿Qué es una política pública? IUS (revista jurídica). [en línea], [consultado. 30 de abril de 2011]. Disponible en: <http://www.unla.edu.mx/iusunla18/reflexion/QUE%20ES%20UNA%20POLITICA%20PUBLICA%20web.htm>

4. Asociación Campesina de Antioquia. La ciudad del siglo XXI y su política excluyente. En: Medellín y su gente. [en línea], [consultado. 28 de abril, 1 de mayo de 2011]. Disponible en: <www.acantioquia.org>

5. Alcaldía de Medellín (documento técnico de soporte POT acuerdo 46/2006). Medellín y su población. [en línea], [consultado 18 mayo 2010]. Disponible en: <http://www.medellin.gov.co/alcaldia/jsp/modulos/P_ciudad/pot/Acuerdo 46/4 MEDELLIN Y SU POBLACION>.

6.SASTOQUE POVEDA, Luis Francisco. Dignidad de la persona humana: Concepto fundamental de antropología teológica. 1° ed. Universidad Santo Tomás-USTA, 1995. 274 p.

7.GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando (1998). La dignidad de la persona humana, "Siendo la dignidad humana una condición propia de todo ser humano, todos los hombre son iguales, ningún hombre está por encima de los demás, pues cada uno encierra en sí igual valor, el supremo valor del hombre, expresión de amor capaz de modificar el mundo y modificarse a sí mismo, un ser hecho para la evolución y el desenvolvimiento de sus capacidades mentales y espirituales; la sociedad y el Estado entonces tienen que ser instrumentos y medios donde el prodigio de la superior evolución se favorece y realiza" . En: Crímenes de lesa humanidad (pp. 38 – 39) Santafé de Bogotá, Ediciones doctrina y ley L.T.D.A.

8.GÓMEZ LÓPEZ. Jesús Orlando. Crímenes de lesa humanidad. Santafé de Bogotá, D.C., 1998. 463 p.

Es por esto entonces, que se ha podido dar un gran avance en reconocer que estos sujetos son personas, y que por ende merecen un total y digno respeto por parte de todos los asociados[9], el cual inicia desde un adecuado termino que no vaya en contra de su propia integridad y dignidad.

En consecuencia, se hizo una aproximación en cuanto a la descripción de la población de Medellín y población en situación de calle, donde se lograron identificar a partir de ello, cómo los factores culturales de la ciudad crean, recrean y aplican concepto. En éste sentido, fue que precisamente se aplicó una encuesta, lo cual permitió no solo identificar cual es el término más utilizado en el léxico común, sino que de igual forma fue determínate para el desarrollo y adecuado empleo del concepto en la investigación.

JUSTIFICACIÓN

Colombia como Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana confía a las autoridades la protección de la vida, honra y bienes, creencias, derechos y libertades de todas las personas, y así poder asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares[10]. Es así como los derechos fundamentales entendidos como universales para todas las personas del Estado colombiano[11], positivizados en la Constitución Política y en diversa normatividad de la nacional, pueden ser reclamados y reconocidos por sus titulares, independientemente de de la condición en el mundo de la vida de cada persona[12]. Es así como los habitantes en situación de calle, tienen los mismos derechos fundamentales a nivel social; sin embargo en la ciudad de Medellín, se presenta un gran número de personas que habitan la calle y cada vez esto es un fenómeno que está en ascenso por las situaciones socioeconómicas que vive la ciudad y el país en general, aspectos que a diario son mostrados en cifras, números, porcentajes[13] a nivel general y que evidencian la magnitud del problema focalizado y variante según la cultura que se maneje a nivel regional.

En consecuencia, el desarrollo de la investigación, se dio bajo parámetros que permiten identificar, al habitante de calle como un sujeto digno, y titular de derechos[14]. De ahí que el fin primordial del trabajo, fue el de establecer que la situación de calle, no desmerita la condición de sujetos de derechos de esta población, y que por el contrario se debe dar más protección a estas personas, pues como ya se afirmó, se convierten en población vulnerable por la violación masiva de sus derechos. De igual forma y con mucha prudencia se hizo una indagación, sobre la real actuación de municipio de Medellín, para así poder concluir que a pesar de la existencia de políticas públicas, aún falta mucho para lograr un equilibrio social en materia de equidad.

Es pues el presente trabajo una incursión directa a esa parte que tanto caracteriza a las sociedades, y es la falta de conciencia y cuestionamiento, frente a las problemática que impiden el pleno desarrollo de la esfera social, política y cultural; y de igual forma la puesta en común de las actuaciones realizadas por el municipio, para reconocer a esta parte de la población como sujetos de derecho.

METODOLOGÍA

Esta investigación partió de una concepción tanto cualitativa, como cuantitativa en un desarrollo mixto o híbrido, donde se elaboraron una serie de descripciones, encuestas, que detallan situaciones, eventos, personas, comportamientos entre otros; caracterizándose principalmente por tratar de captar el sentido que las personas dan a sus actos, a sus ideas, y al mundo que les rodea. Esta búsqueda se realizó desde el método documental, en el cual se tuvo en cuenta las siguientes fases:

9.Constitución Política de Colombia. 1991. 8° ed. Santafé de Bogotá: LEGIS 2002.
10.Constitución Política de Colombia. 1991. 8° ed. Santa Fe de Bogotá. 2002. Título I. De los principios fundamentales.
11.Constitución Política de Colombia. 1991. 8° ed. Santa Fe de Bogotá. 2002. Título II. Capítulo I. De los derechos fundamentales.
12.ARANGO RIVADENEIRA, Rudolfo. Tres lustros de jurisprudencia constitucional: Primer informe del observatorio de justicia constitucional, marzo de 1992 – 2007. Tomo uno (1) y dos (2). Observatorio de justicia constitucional, defensoría del pueblo, Bogotá Colombia. Disponible en: www.defensoria.org.co
13.Alcaldía de Medellín Colombia: Medellín y su población. [en línea], [consultado 27 de abril de 2011]. Disponible, en : <http://www.medellin.gov.co/alcaldia/jsp/modulos/P_ciudad/pot/Acuerdo 46/4 MEDELLIN Y SU POBLACION>.
14.Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-521/98; principio de dignidad humana. Referencia: Expediente D-1996 Demanda De Inconstitucionalidad Contra El Parágrafo del artículo 164 del Decreto Ley 1344 de 1970, Código Nacional De Tránsito Terrestre. Actor: Franky Urrego Ortiz. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá D.C., septiembre veintitrés (23) de 1998.

Búsqueda y selección bibliográfica. Las fuentes se fundaron en: normas nacionales, municipales, plan de desarrollo para la ciudad de Medellín, políticas públicas, leyes, libros, tesis, informes de investigaciones referentes a las personas en situación de calle, por otro lado se tiene también como referentes revistas jurídicas y sentencias. Donde se hizo una selección de las fuentes, directamente relacionadas con los objetivos de la investigación. Entre las técnicas de recolección de la información se elaboraron fichas bibliográficas y cuadros hermenéuticos. Se revisaron bases de datos en internet, así como libros, desarrollo de entrevistas, y revistas en bibliotecas de la ciudad; para hacer un estado del arte del tema en cuestión, Las categorías para sistematizar la información fueron: programas y actividades del municipio de Medellín, protección de derechos fundamentales, políticas asistencialistas, situación actual del habitante de calle. Procedimiento de asistencia. Estas categorías se ubicaron en las fichas y cuadros hermenéuticos. Finalmente, teniendo en cuenta el referente conceptual y las categorías utilizadas en el proceso de sistematización se identificaron las ideas relevantes que han surgido de las distintas fuentes de acuerdo a lo objetivos propuestos. Se categorizaron las ideas y se procedió a argumentar. Y así finalmente se llegó al informe final partiendo de la categorización que se hizo.

Resultados

Lo primero por decir es que la situación de calle encierra tanto los habitantes de calle; como a los habitantes de la calle, pero la diferencia radica en que los habitantes de calle por su situación de vivencia diaria en esos espacios y todo lo que ello encierra, son más propensos a que se le violen sus derechos; pues generalmente, han roto en forma definitiva los vínculos con su familia y hacen de la calle su espacio permanente de vida"[15].

En el caso contrario de los habitantes de la calle, son personas por lo general "menores de 18 años de edad, que hacen de la calle el escenario propio para su supervivencia y la de su familia, alternando la casa, la escuela y el trabajo"[16]. Aunque puede sonar sinónimo se debe rescatar que hay una gran diferencia en cuanto a los factores como la edad, y el tipo de actividad que desarrollan en la calle, es decir, este término siempre va a ser una remisión a la población menor de edad que encuentra en la calle esa posibilidad de trabajar y poder sobrevivir. La conceptualización y diferenciación que se hace de estos dos conceptos que para la mayoría de la población como ya se afirmo son sinónimos y que son traídos a colación a partir del término general situación de calle, se logra a partir de una encuesta desarrollada a la población estudiantil de la facultad de derecho en la USTAMED, donde un 60% de los encuestados reconocían el concepto de situación de calle, pero no podían explicar o no entendían las dos conceptualizaciones contenidas en el mismo. Lo que llevo a buscar el termino más adecuado para hacer referencia a esta parte de la población y así poder adoptar el concepto de "habitante de calle" como objeto primordial de estudio, no solo para el desarrollo del trabajo investigativo, sino también para poder comprender la magnitud de lo que es en si la situación de calle. De ahí entonces la importancia de la encuesta para la consecución del proyecto.

El habitante de calle, a pesar de su situación de extremo abandono, pobreza, y todo lo que esto acarrea, debe ser reconocido y considerado, como sujeto de derecho, ya que," sujeto de derecho es todo aquel perteneciente a la condición humana (la persona)"[17], y jamás se hace una excepción sobre este atributo de la personalidad frente a la situación socioeconómica de cada individuo, es decir nunca se establece en la doctrina ni en la jurisprudencia, que aquel que habita la calle no es considerado sujeto de derecho, eso sería negarle a un individuo su esencia de ser humano. De igual forma la Constitución establece en su artículo catorce que: "todas las personas tienen derecho al reconocimiento de su personería jurídica"[18], y esto debe ser entendido entonces que se debe describir y reconocer al individuo como un ser íntegro y digno; concepto último que encierra lo que es el ser humano en materia de derechos.

15.CORREA A, Marta Elena y otros. La otra Ciudad y el habitante de calle. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2007. [en línea]. En: Los habitantes de calle: nuestros vecinos invisibles. [consultado 12 mayo de 2010]. Disponible en: <http://www.centrodefamilia.org.co/images/archivos/centro_familia/habitantescalle.pdf>
16.Ibid.
17.NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho civil personas y familia, 12° ed., Santa fe de Bogotá 2009. 584 p.
18.Constitución Política de Colombia. 1991. 8° ed. Santafé de Bogotá: LEGIS 2002.

En este orden de ideas, se debe reconocer que el problema no es de concepto; sino de falencias traducidas en discriminaciones sociales y hasta gubernamentales hacia partes de la población no favorecidas (habitantes de calle), que ven en estas personas, un obstáculo para el llamado desarrollo social, cuando en realidad no se puede llegar a tal desarrollo sin el debido reconocimiento de esas problemáticas que aquejan la salud pública, y que de no ser atendidas atentan contra toda una institucionalidad traducida en el Estado como tal.

Son pues los habitantes de calle, esas personas de cualquier edad que han roto en forma definitiva los vínculos con su familia y a pesar de que estas definiciones sean retomadas por muchos para hacer quizá una referencia despectiva a esta parte poblacional, que aunque no se quiera aceptar por muchos, hacen parte activa de la ciudad para el caso Medellín y en general a toda una sociedad, debe reconocerse que como sujetos de derechos merecen mucha más protección por parte del Estado, el cual a partir de la situación de los mismos, debe hacer intervención constante y efectiva para que se garantice a través de todas sus entidades, el pleno desarrollo y reconocimiento de los derechos fundamentales de estas personas.

Es pues de reprochar que la falta de conocimiento de los derechos no solo de la población habitante de calle en general, sino de toda la ciudadanía como tal, hace que se llegue a una distorsión muy grande en cuanto al reconocimiento de los mismos, ya que se piensa que no se puede hacer nada frente a las vulneraciones, cuando en realidad existen procedimientos, como las acciones constitucionales (tutela, grupo, etc.), que hacen garantizar el buen desarrollo del individuo en materia social.

Es decir, en parte el no reconocimiento del habitante de calle como sujeto de derecho, se da en gran medida porque el Estado no tiene mecanismos o medios suficientes para enseñarle a esta parte de la población, cuáles son sus derechos y cuáles son los medios existentes para hacer efectivo su cumplimiento, y los más importante, reconocer que todas las políticas públicas que existen para amenizar la problemática, no son obras de buena fe, o de buen actuar, porque esas son obligaciones del Estado para favorecer y hacer más llevadera la vida de quienes habitan la calle.

Por otro lado se debe hacer énfasis para el caso, en que la ciudad de Medellín (su población), es una de las principales causantes de que la situación de indigencia este tan cruda en el municipio, aún no estamos preparados para ayudar al otro, estamos es envueltos en una ciudad de luces, que no mira más allá del modernismo, cuando un verdadero desarrollo está dado por el mejoramiento de la vida de toda una comunidad.

Hay que aprender a reconocer las problemáticas sociales, para poder pretender un desarrollo universal de la misma sociedad[19], no basta con señalar, la cuestión está en el actuar.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales: Prólogo de Robert Alexy. 1° ed. Universidad Nacional de Colombia: Legis editores S.A. 2005. 380 p.

BUKOSWSKI, Charles. La venganza de los malditos. En: Hijo de Satanás. 2° ed. Barcelona: Argentina. 1997. 208 p.

Constitución Política de Colombia. 1991. 8° ed. Santafé de Bogotá: LEGIS 2002.

GÓMEZ LÓPEZ. Jesús Orlando. Crímenes de lesa humanidad. Santafé de Bogotá, D.C., 1998. 463 p.

NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho civil personas y familia, 12° ed., Santa fe de Bogotá 2009. 584 p.

SASTOQUE POVEDA, Luis Francisco. Dignidad de la persona humana: Concepto fundamental de antropología teológica. 1° ed. Universidad Santo Tomás- USTA, 1995. 274 p.

19.BUKOSWSKI, Charles. La venganza de los malditos. En: Hijo de Satanás. 2° ed. Barcelona: Argentina. 1997. 208 p.

SENTENCIAS

ARANGO RIVADENEIRA, Rudolfo. Tres lustros de jurisprudencia constitucional: Primer informe del observatorio de justicia constitucional, marzo de 1992 – 2007. Tomo uno (1) y dos (2). Observatorio de justicia constitucional, defensoría del pueblo, Bogotá Colombia. Disponible en: www.defensoria.org.co.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-521/98; principio de dignidad humana. Referencia: Expediente D-1996 Demanda De Inconstitucionalidad Contra El Parágrafo del artículo 164 del Decreto Ley 1344 de 1970, Código Nacional De Tránsito Terrestre. Actor: Franky Urrego Ortiz. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá D.C., septiembre veintitrés (23) de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-705/01; objeción presidencial en beneficio a veteranos de guerra, (Subsidio alimentario para veterano por indigencia). Referencia: OP-033; Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil uno (2001).

MEDIOS ELECTRÓNICOS

Alcaldía de Medellín (documento técnico de soporte POT acuerdo 46/2006). Medellín y su población. [en línea]. Disponible en: <http://www.medellin.gov.co/alcaldia/jsp/modulos/P_ciudad/pot/Acuerdo 46/4 MEDELLIN Y SU POBLACION>.

Asociación Campesina de Antioquia. La ciudad del siglo XXI y su política excluyente. En: Medellín y su gente. [en línea]. Disponible en: <www.acantioquia.org>

CORREA A, Marta Elena y otros. La otra Ciudad y el habitante de calle. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2007. [en línea]. En: Los habitantes de calle: nuestros vecinos invisibles. En: <http://www.centrodefamilia.org.co/images/archivos/centro_familia/habitantescalle.pdf>

RUIZ LOPEZ Domingo. CADENAS AYALA Carlos Eduardo. ¿Qué es una política pública? IUS (revista jurídica). [en línea]. Disponible en: <http://www.unla.edu.mx/iusunla18/reflexion/QUE%20ES%20UNA%20POLITICA%20PUBLICA%20web.htm>

Artículos

HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER EN COLOMBIA[1]

Por

Juan Fernando Díaz Pérez*

Tatiana Nohava Restrepo*

RESUMEN

Tanto las mujeres como sus derechos han sido vulneradas por una sociedad machista, que durante años las subestimó por el simple hecho de ser mujer, soportando tratos inhumanos por parte de sus jefes, con injusticias diariamente en sus hogares y sus trabajos. Situación que motivo la exigencia de una igualdad de derechos. Por ello, hoy producto de luchas sociales cuentan con reconocimiento a nivel nacional como internacional. Así verbi gracia, la Organización de Naciones Unidas (ONU), tuvo que interferir llamando a la igualdad social entre hombres y mujeres para que se les permitiera tener voz y voto en la vida política de las Naciones. Motivo por el cual, el Estado colombiano en 1957, hizo reformas a la Constitución declarándolas como ciudadanas con participación en el ámbito político. Gracias a esto, entre otras cosas, las mujeres colombianas han sido reconocidas como sujetos con una merecida protección especial.

Un proyecto de esta magnitud, permite identificar de forma clara y objetiva dos conceptos como lo son: Persona en situación de calle y Derechos Fundamentales. Por ende, en el desarrollo del proceso investigativo se evidencia la estrecha relación que deben tener dichos conceptos, con el fin de poder establecer la efectiva protección de los enunciados derechos, en un colectivo específico en la ciudad de Medellín. Ligado a ello de forma directa, la incidencia que traen las políticas públicas desarrolladas por parte de la administración en el reconocimiento de dicha subjetividad.

Fueron todas estas circunstancias las que llamaron la atención, para que en el marco del semillero Género y Multiculturalismo, se hiciera un estudio del proceso evolutivo de los derechos humanos de las mujeres en Colombia. Es de resaltar que la investigación está en su etapa inicial, y en estos momentos se está construyendo el estado del arte respecto al tema en Colombia. En el desarrollo de la misma, se emplea un componente tanto cuantitativo como cualitativo. Se hará una encuesta y trabajo de campo con personas calificadas, desde estudiantes, profesionales de las ciencias humanas y mujeres de diferentes regiones, con el objeto de hacer un paralelo respecto a la concepción que de los derechos de las mujeres se tiene, en los diferentes contextos del Estado colombiano.

PALABRAS CLAVES

Mujer, Derechos humanos, Maltrato, Igualdad, Abuso, derecho al voto.

ABSTRACT

Both women and their rights have been violated by a macho society, which for years underestimated by the simple fact of being a woman, enduring inhumane treatment by their bosses, with daily injustices in their homes and their jobs, such as abuse sexual and psychological. Situation that demand for equal rights Therefore, the

1.Este escrito es producto de un ejercicio investigativo en curso, en el Semillero de Investigación "Género y Multiculturalismo" Enfoque desde los Derechos Humanos, en el que estamos desarrollando una indagación sobre el avance de las políticas públicas de protección de los derechos humanos de las mujeres, a partir de la Investigación denominada, "Proceso evolutivo de los derechos humanos de las mujeres desde la época de la colonización hasta la actualidad en Colombia. Labor iniciada en el primer semestre de 2011, bajo la Coordinación de la Docente-Investigadora Yennesit Palacios Valencia. Miembro del Grupo Derecho, Cultura y Ciudad, de la Facultad de Derecho.

**Estudiantes de primer semestre de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Miembros del Semillero de Investigación. "Género y Multiculturalismo" Enfoque desde los Derechos Humanos. Mail: juanfdiazp@gmail.com, atinore_0922@hotmail.com*

product of social struggles today have recognized nationally and internationally. For example the United Nations (UN), had to interfere calling social equality between men and women to be allowed to have a say in the political life of nations. Colombia in 1957 made amendments to the Constitution declaring them as citizens to participate in the political arena. Thanks to this, among other things, Colombian women now have 54 years entitled to participate in the vote and were recognized as subjects with a deserved special protection. Thus, were all these circumstances that drew attention to seed under the Gender and Multiculturalism, to make a study of the evolutionary process of human rights of women in Colombia.

It is noteworthy that the investigation is in at the beginning and currently is building the state of the art, on the issue in Colombia. In developing it, uses a quantitative and qualitative component. It will survey and field work with qualified people, from students, professionals in the humanities and women from different regions in order to make a parallel with the conception of women's rights have, in different contexts of the Colombian State.

KEYWORDS

Women, Human Rights, Abuse, Gender, Abuse, voting rights.

INTRODUCCIÓN

Titulo: "Proceso evolutivo de la mujer en la sociedad"
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimension: 1,05 x 2,82 Mts
Autora: Martha Cecilia Herrera Carvajal

Después de tantas luchas e historias llenas de injusticias, la mujer colombiana a principios del siglo XX, decide que es el momento de hacerse valer como mujer y como ser humano, con iguales capacidades y necesidades a las de los hombres, con una serie de derechos que son llamados a ser respetados. En tal sentido, desde los ejercicios de investigación que se están desarrollando en el Semillero "Género y Multiculturalismo" Enfoque desde los Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho, en la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, es necesario llamar la atención de todos y todas, acerca de lo importante que es no ser indiferente al pasado, para evitar que se repita tan deplorable situación, pues aunque conforme a las leyes y a nuestra cultura, se pregone igualdad entre hombres y mujeres, todavía falta lograr la equidad total. Para ello, es necesario aunar esfuerzo para que se siga avanzando, y con éste proceso se tengan mejores repercusiones en el futuro, pues aún las mujeres siguen luchando por el respeto a sus derechos humanos, desde las diferentes esferas en el ámbito público y privado, sean estas, el hogar o la familia, y el trabajo etc. Pues como dice el poeta Mario Benedetti, la mujer es "inmortal por antonomasia".

Por eso, con este artículo esperamos contarle a los lectores, hechos sumamente importantes en la historia del país y más aún, para las valiosas mujeres colombianas emprendedoras, capaces, inteligentes, y con montones de cualidades, que en el pasado eran subestimadas con un trato diferenciado como personas incapaces sin voz, ni voto, tanto en la esfera pública como en la privada. Pero dicha lucha, ha motivado una nueva era de respeto, equidad, con nuevas tecnologías y evolución cultural, con apoyo fundamental desde la comunidad internacional, por el papel sumamente primordial que juegan las mujeres en el desarrollo de la sociedad actual. En este orden de ideas, la protección de la mujer se concretiza en diferentes instrumentos, entre los cuales se destaca, en el marco de los Estados Americanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer de 1994, más conocida como Convención Belém do Pará.

2.HERRERA CARVAJAL, Martha Cecilia. "proceso evolutivo de la mujer en la sociedad", tomado del centro de historia de Bello, Archivo Histórico fotográfico. recuperado el: miércoles 2 de marzo de 2011.

HISTORIA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EN COLOMBIA

La mujer ha sido ampliamente maltratada a lo largo de la historia, y Colombia no ha sido la excepción. Desde la época de la colonización la mujer colombiana ha sido degradada, subestimada y rechazada por el solo hecho de ser mujer. Es hasta principios del siglo XX cuando las mujeres cansadas de las injusticias y las desigualdades reclamaron por fin la equidad que siempre han merecido.

Las primeras mujeres que velaron por sus derechos enfrentaron una sociedad que no les daba trascendencia en ningún campo, sus opciones para desarrollar su vida eran restringidas a escoger entre: el camino de la vida religiosa, ser amas de casa, ser mano de obra en las fábricas solo hasta que se casaran (pues eran obligadas a renunciar a sus trabajos para dedicarse a las tareas del hogar), ser costureras o ser maestras, única labor profesional donde también eran altamente reprimidas, como lo muestra el aparte de un contrato para maestras del año 1923:

"La señorita acuerda: no casarse, no andar en compañía de hombres, estar en su casa entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana, no pasearse por heladerías, no fumar cigarrillos, no beber cerveza, vino, ni whisky, no viajar en coche o automóvil con ningún hombre excepto su hermano o padre, no vestir ropa de colores brillantes, no teñir el pelo, usar al menos dos enaguas, no usar vestidos que le queden más de 5 centímetros por encima de los tobillos (...)"[3]. Como se observa, el grado de desigualdad y discriminación era notorio, teniendo en cuenta la coyuntura y el contexto de la época.

La primera aparición de la equidad de género en Colombia

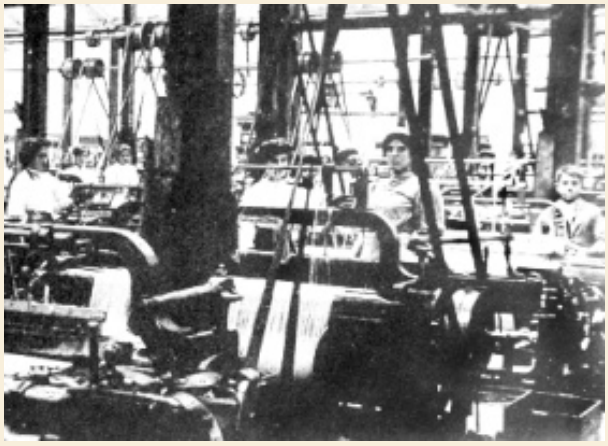
En la lucha de los derechos de la mujer nace una heroína, que por causas sociales de la época, sería relegada al olvido, ella era Betsabé Espinal, una humilde campesina de tan solo 24 años, que el 20 de febrero de 1920, aun en sus condiciones de inferioridad para la época, logró armar la primera huelga sindicalista en la historia de Colombia y fue la primera mujer colombiana capaz de reclamar sus derechos y un trato de igualdad respecto a los hombres.

Betsabé era una mujer Bellanita, operaria de los telares de la famosa fábrica de tejidos de Bello Antioquia. Para ese entonces las mujeres que operaban en la fábrica eran alrededor de 400, a comparación de los empleados varones "que solo eran 100, esto debido a que este trabajo no requería ni fuerza física ni educación"[5]. En la fábrica de tejidos las obreras trabajaban en situaciones inhumanas, por esto decidieron rebelarse en cabeza de Betsabé Espinal, quien las convocó a parar sus actividades laborales, paro que duró 21 días, en los cuales las mujeres no trabajaron pero tampoco dejaron trabajar a los empleados varones que terminaron uniéndose a sus peticiones.

Los reclamos de las obreras consistían en la igualdad de salarios, pues "una obrera ganaba entre $0.4. y $1.00 a la semana; los hombres ganaban por el mismo oficio entre $1.00 y $2.70 semanal, pedían también la modificación del sistema de multas que las obligaba a pagar por cualquier contratiempo, por llegar tarde, por hacer un daño accidentalmente, por enfermarse, por distraerse, inclusive se llegó a multar a las mujeres por negarse a satisfacer los deseos sexuales de algún capataz, por ello uno de los reclamos más importantes para estas mujeres era que no las abusaran mas sexualmente, deshonrando su dignidad, acto que era muy común y raramente castigado"[6]. También pedían la reducción de las horas de trabajo, que alcanzaban casi las 12 horas, sin derecho a descansar.

3.ARBOLEDA Z. Juan Carlos. "21 días de gloria y 90 años de olvido para señoritas que pidieron dignidad". En: Periódico el pulso. Año 11, N° 139 (Abril de 2010) Consultado el: viernes 4 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.periodicoelpulso.com/html/1004abr/cultural/cultural.htm
4.Foto 2: Betsabé Espinal Biblioteca Pública Piloto Medellín. Fondos Patrimoniales, archivo histórico fotográfico. Recuperado el: miércoles 2 de marzo de 2011.
5."Betsabé Espinal, una mujer admirable". En: Sala Antioquia, archivado en personajes el 13 agosto de 2010. Consultado el: viernes 4 de marzo de 2011. Disponible en: http://legadoantioquia.wordpress.com/2010/08/13/betsabe-espinal-una-mujer-admirable/.
6. "Betsabé Espinal, una mujer admirable". En: Sala Antioquia, archivado en personajes el 13 agosto de 2010. Consultado el: viernes 4 de marzo de 2011. Disponible en: http://legadoantioquia.wordpress.com/2010/08/13/betsabe-espinal-una-mujer-admirable/.

Entre las exigencias de las obreras se encontraba tal vez la más representativa y hoy paradójicamente, la mas mínima de sus propuestas: "el poder ir calzadas a trabajar", las mujeres eran obligadas a trabajar descalzas sin razón aparentemente justificable, a diferencia de los hombres que podían ejercer la misma labor con sus zapatos.



Después de 21 días de huelga en los que la fábrica de tejidos estuvo completamente detenida, su dueño, "el exitoso negociante Emilio Restrepo se vio obligado a ceder ante los reclamos de las obreras, así el 7 de marzo de 1920 se firma un acta de compromiso entre las obreras y Emilio Restrepo"[8] acordando que se suplirían todas las exigencias de las mujeres trabajadoras además de una extraña clausula que las obligaba a "nunca más protestar" y el 8 de marzo de 1920 anticipándose a lo que después sería el día Internacional de la Mujer Trabajadora, "dándole un significado nacional a la celebración, Betsabé Espinal y las huelguistas viajaron a Medellín en el tren de las 9:30 a.m., se desmontaron en la Estación Villa y marcharon hasta el Parque de Berrío para agradecer a los habitantes de Medellín"[9].

Así fue como Betsabé Espinal logro dar el primer paso en la historia colombiana de la equidad de género, hecho que gracias a la cultura machista que perduró hasta el año 1958 (y que hasta hoy sigue mostrando rasgos) fue tirado, por voluntad de los hombres al olvido.

La participación política de la mujer en Colombia

Mucho después del gran logro de las obreras de Bello Antioquia, en el año 1945 el Congreso de la República reforma la Constitución, reconociéndole a la mujer los derechos del ciudadano, que aplicaban hasta esa época solo para los varones mayores de 21 años, mas todavía no se le permitió a la mujer el participar de la escena política pues "a pesar de conceder el estatus de ciudadanía a las mujeres, la reforma no autorizó el sufragio para ellas, lo que creó un gran ambiente de rechazo entre las mujeres de la sociedad colombiana".

En 1946 la ONU hizo un llamado a los países latinoamericanos donde aún no estaba establecido el voto femenino en las Constituciones, exigiéndoles la inclusión de las mujeres en las decisiones democráticas, pues consideraban que "negar a la mujer el derecho al voto era perpetuar un estado de desigualdad social entre hombres y mujeres".

Después de esto en 1947 el proyecto que hacía referencia al voto femenino entra al Congreso donde a pesar de la aprobación mayoritaria fue archivado debido a que en ese momento otros proyectos se consideraban más importantes. Para esta época las mujeres ya ocupaban cargos públicos y directivos, pero increíblemente no podían votar.

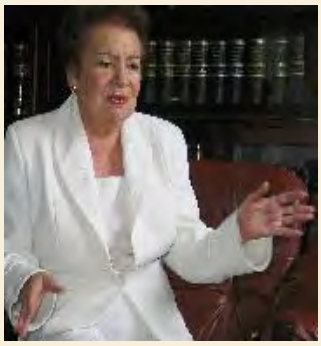
7.Foto 3: Fábrica textil en Medellín, 1920. Foto: Rafael Mesa, Sociedad de Mejoras Públicas, http://www.periodicoelpulso.com/html/1004abr/cultural/cultural.htm Consultado el: viernes 4 de marzo de 2011.

8."Betsabé Espinal, una mujer admirable". En: Sala Antioquia, archivado en personajes el 13 agosto de 2010. Consultado el: viernes 4 de marzo de 2011. Disponible en: http://legadoantioquia.wordpress.com/2010/08/13/betsabe-espinal-una-mujer-admirable/.

9.ARBOLEDA Z. Juan Carlos. "21 días de gloria y 90 años de olvido para señoritas que pidieron dignidad". En: Periódico el pulso. Año 11, N° 139 (Abril de 2010) Consultado el: viernes 4 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.periodicoelpulso.com/html/1004abr/cultural/cultural.htm

10.Mujer sufragando por primera vez, Biblioteca Pública Piloto, Medellín. Fondos Patrimoniales, archivo histórico fotográfico. recuperado el: viernes 4 de marzo de 2011.

Finalmente, después de grandes trabajos y fuertes intervenciones de la ONU y diferentes corporaciones que apoyaban la equidad de género se logra la aprobación del derecho de las mujeres a votar en el año 1958, en la elección presidencial que obtuvo como ganador al presidente Guillermo León Valencia. Solo hace 54 años la mujer puede votar en nuestro país.



La equidad de género en Colombia, situación actual

En la actualidad Colombia muestra un gran avance en equidad de género, aunque todavía no se alcanza la equidad total. Estas grandes mejoras son ampliamente expresadas en el plan decenal de acciones positivas para las mujeres 2007-2017, la ley 1257 del 2008, y la actual política pública de equidad de género para las mujeres; todas estas medidas de respaldo legal a la equidad de género se basan en "la convención interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer" creada en 1994 en la ciudad Belem Do Para de Brasil.

La política pública de equidad de género para la mujer enfoca diferentes líneas o componentes que intentan suplir las necesidades básicas de la mujer contemporánea, estos son:

*participación y organización: Estimular la participación de las mujeres en las estructuras de poder, la toma de decisiones, en especial cargos de elección popular y administrativos (organización de mujeres, escuela de formación y liderazgo para las mujeres)

*empleo generación de ingresos y acceso a recursos: Promover la existencia de empleos e ingresos para las mujeres al igual que acceso a recursos (acción cooperada entre el Estado y la empresa privada, que permita reducir la situación de pobreza).

*Educación cultura y recreación: Construir un modelo de coeducación al plan decenal, educación que promueva la existencia de modelos culturales diferenciados, a través de procesos de formación en cuanto a convivencia entre géneros e incidencia y defensa de derechos étnicos, culturales y de género (certificación de estudios de básica primaria, secundaria, técnica y profesional para mujeres adultas y adultas mayores).

*Violencias de género, convivencia y derechos humanos: Garantizar las condiciones de seguridad en la vida pública y privada y prevenir la violencia mediante la capacitación, calidad de atención, vigilancia y control. (promover la convivencia armónica y sancionar la violencia en contra de las mujeres, garantizar la atención y protección de las mujeres víctimas, planear acciones de prevención, atención, sanción y rehabilitación social para las violencias de género intrafamiliar y sexual).

*Salud con énfasis en salud sexual y reproductiva: Garantizar el derecho a la salud integral de las mujeres y el acceso a los servicios de salud (integral y reproductiva) en las mujeres, (mejorar la atención a mujeres y adolescentes embarazadas para erradicar la mortalidad materna, fortalecer los programas de salud que promocionan la calidad de vida y la prevención de trastornos físicos y mentales), la 2da causa de muerte en mujeres es a causa del embarazo mal llevado.

11.Foto 5: Rosita Turizo de Trujillo, abogada y miembro de la Unión de Ciudadanas de Colombia fue una activista del voto femenino. MONTOYA PIEDRAHITA Catalina. "Mujeres, 50 años de ciudadanía" En: Periódico El Colombiano. Año 2011, viernes 11 de marzo de 2011. Consultado el 14 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/M/mujeres_50_anos_de_ciudadania/mujeres_50_anos_de_ciudadania.asp

*Salud con énfasis en salud sexual y reproductiva: Garantizar el derecho a la salud integral de las mujeres y el acceso a los servicios de salud (integral y reproductiva) en las mujeres, (mejorar la atención a mujeres y adolescentes embarazadas para erradicar la mortalidad materna, fortalecer los programas de salud que promocionan la calidad de vida y la prevención de trastornos físicos y mentales), la 2da causa de muerte en mujeres es a causa del embarazo mal llevado.

*hábitat y medio ambiente: Lograr un desarrollo urbanístico y la protección de los recursos naturales con perspectiva de género (promover el acceso de las mujeres a la propiedad de predios y brindar los servicios básicos, promover la participación de mujeres en la protección del ambiente y mejoramiento de viviendas, disponer lugares para la capacitación, encuentro y recreación de mujeres).

*desarrollo institucional: Disponer de una instancia pública responsable de la asesoría de la política pública de equidad de género en relación con las acciones de las dependencias de la administración estatal, en la realización de proyectos y programas incluyentes que referencien la inclusión de las mujeres en el ámbito social y político.

Desde la Constitución Política el Estado Colombiano garantiza "efectividad de los derechos de los ciudadanos y la búsqueda de la justicia social" y "... propicia las condiciones para que todos los ciudadanos y las ciudadanas tengan la posibilidad de realizarse como seres humanos autónomos, es decir, llevar una vida digna". La política pública se encarga precisamente de reforzar estas garantías en la mitad de la población tradicionalmente excluida: Las Mujeres.

La jurisprudencia colombiana y la equidad de género

Además de las leyes, acuerdos, planes y políticas públicas que respaldan los derechos de las mujeres, también es fuente de estos derechos las decisiones judiciales tomadas por un juez, lo que hoy llamamos jurisprudencia.

La Corte Constitucional define la equidad o igualdad en varios fallos de la siguiente manera:

La igualdad que estatuye el precepto constitucional no implica que el trato dado por la ley a las personas deba ser idéntico, pues bien se sabe que al Estado corresponde contrarrestar aquellas desigualdades surgidas de condiciones económicas, físicas o mentales, por cuya razón, ciertas personas se encuentran respecto de las demás en circunstancias de debilidad manifiesta. En desarrollo del concepto de igualdad real y efectiva, las autoridades públicas están obligadas a introducir en sus actos y decisiones, elementos que desde el punto de vista formal podrían parecer discriminatorios, pero que sustancialmente tienden a lograr un equilibrio necesario en la sociedad, por cuya virtud se superen en la medida de lo posible, las deficiencias que colocan a algunos de sus miembros en notoria posición de desventaja[12].

Así mismo otras sentencias se refieren a la equidad y a la igualdad entre los miembros del estado de derecho (T-230/94, C-445/95, C-481/98, C-082/99), principalmente las mujeres con "medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir desigualdades de tipos social, cultural o económico que los afectan"[13].

Aunque Colombia fue uno de los últimos países de Latinoamérica en aprobar el derecho al voto femenino hoy es pionero en la defensa de los derechos de las mujeres, aun así falta mucho para poder lograr la equidad o igualdad real. Hoy Colombia continúa en proceso de transformación, creando un país donde hombres y mujeres podamos contar con las mismas oportunidades, beneficios y derechos, logrando un verdadero desarrollo social.

12.Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 588 de 1992. Bogotá. 1992. M.P José Gregorio Hernández Galindo.
13.Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 371 de 2000. Bogotá. 2000. M.P Carlos Gaviria Díaz

ISSN: 2027 - 8993

CONCLUSIONES

De todas las consideraciones narradas en este escrito, sobre la historia de los derechos y las luchas por las reivindicaciones de las mujeres en Colombia, se puede concluir lo siguiente:

-La mujer fue vulnerada, abusada y subestimada durante muchos años en nuestro país. En tal sentido, se están creando aceleradamente políticas públicas, en busca de un rumbo que cambie significativamente la historia de las mujeres y de la sociedad actual.

- Las mujeres y los hombres son iguales tienen equidad en capacidades, derechos y oportunidades.

- Tanto las mujeres como los hombres merecen poder participar de las decisiones políticas que se tomen en su país.

BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA Z. Juan Carlos. "21 días de gloria y 90 años de olvido para señoritas que pidieron dignidad". En: Periódico el pulso. Año 11, N° 139 (Abril de 2010) Consultado el: viernes 4 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.periodicoelpulso.com/html/1004abr/cultural/cultural.htm

"Betsabé Espinal, una mujer admirable". En: Legado Antioquia 13 agosto 2010 a 20:40, Archivado en Personajes. Consultado el viernes 4 de marzo de 2011. Disponible en: http://legadoantioquia.wordpress.com/2010/08/13/betsabe-espinal-una-mujer-admirable/

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 371 de 2000. Bogotá. 2000. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 588 de 1992. Bogotá. 1992. M.P Carlos Gaviria Díaz.

"El Voto Femenino". En: ayuda de tareas, Biblioteca virtual banco de la república de Colombia, Consultado el jueves 3 de marzo de 2001. Disponible en: http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli84.htm

ESPITALETTA, Reinaldo. crónica "Huelga de Señoritas, o cuando en Bello se protagonizó un alzamiento de mujeres liderado por Betsabé Espinal". Revista Huellas, Centro de Historia de Bello. Nº 4 diciembre 2002.

Informe de gestión Bienestar social y equidad de género Julio 26 de 2010

Ley 823 de 2003, Ley 51 de 198, Ley 248 de 1995, Ley 1257 de 2008.

Plan decenal municipal de acciones positivas para las mujeres 2007-2017. Bello, Antioquia.

QUINTANA VINASCO, Elba María. Por la plenitud de la ciudadanía de la mujer colombiana, tesis de grado, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1950.

.

Artículos

INCONSTITUCIONALIDAD DEL CONCURSO DE SECUESTRO SIMPLE Y HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO

por

Jeni Mejía Londoño

John Fredy Morales Carmona[1]

RESUMEN

La finalidad de este artículo es desarrollar cada uno de los principios que se vulneran en la aplicación del concurso entre secuestro simple y hurto calificado y agravado, pues surgió el interrogante de cómo el tipo penal de secuestro simple; con una estructura abierta, es posible aplicarlo en concurso con el delito de hurto calificado y agravado sin incurrir en vulneraciones legales.

Para este estudio se emplearon herramientas holísticas, se recolectó y apreció doctrina y material jurisprudencial que nos permitiera comparar la tesis dogmática y la jurisprudencial sobre el problema en debate.

El concurso que analizamos se da cuando el sujeto activo del delito de hurto, retiene a la víctima por cuestión de minutos para lograr la comisión y la impunidad del mismo, en este supuesto fáctico se está acusando por los delitos de; secuestro simple y hurto calificado y agravado, vulnerándose así los siguientes principios legales:

1.El No bis in ídem: prohíbe consecuencias jurídicas multiplicadas por un mismo hecho. Este concurso toma el secuestro para calificar el hurto, y luego para sancionarlo autónomamente, configurándose así un falso concurso de tipos penales y una violación a este principio.

2.Tampoco hay aplicación en dicho concurso al elemento subjetivo del tipo, (EL DOLO), pues contrario a esto en este concurso no se tiene en cuenta la verdadera intención del autor del delito, la cual era hurtar y no secuestrar.

3.la responsabilidad objetiva: Es indispensable que se establezca la forma de culpabilidad de quien incurrió en una conducta punible (dolo, culpa, preterintencional). En este concurso no se clarifica la forma de culpabilidad; y esto deviene una violación al principio de legalidad del art 12 del C.P en donde queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva[2].

PALABRAS CLAVE

Concurso, dolo, hurto, Non bis in ídem, secuestro.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to develop each of the principles that are violated in the implementation of the competition between simple kidnapping and aggravated theft, as did the question of how the crime of simple kidnapping, with an open structure, it can be applied in competition with the crime of theft and aggravated

1.Estudiantes de Noveno Semestre de Derecho de la Universidad San Buenaventura Medellín, miembros activos del Semillero "Derecho Penal Moderno" adscrito al Grupo de investigación "Derecho, Cultura y Ciudad", jemelofadarapi@yahoo.es y jfmc15@hotmail.com

2.Tesis, concurso entre hurto calificado y agravado y secuestro simple. Pág. 27, autores jhon Mario Montoya y Marisol Orrego, Medellín, 2001, Facultad de Derecho Universidad de Antioquia.

without incurring legal violations.

In this article, holistic tools were used, was collected and appreciation doctrine and case law material to allow us to compare the dogmatic thesis and jurisprudence on the issue under discussion.

The contest to analyze is when the perpetrator of the offense of theft, the victim retains a matter of minutes to create the commission and the impunity of the same, in this case is being charged with crimes, kidnapping and simple and aggravated theft aggravated further violation of the following legal principles:

1.The Non bis in ídem: Prohibits legal consequences multiplied by the same event. This contest takes the kidnapping to describe the theft, and then to punish independently, thereby constituting a false criminal types competition and a violation of this principle.

2.Nor is there any application in this competition for the subjective element (the fraud), as opposed to this in this contest does not take into account the true intention of the perpetrator, which was stealing and kidnapping.

3.Strict liability: It is essential to establish the form of guilt of those who committed a punishable offense (intent, fault, felony). This competition is not clarified how guilt, and this becomes a violation of the principle of legality of Art 12 of CP where is eradicated any form of strict liability.

KEYWORDS

Contest, dolo, theft, Non bis in idem, kidnapping

INTRODUCCIÓN

Este artículo se desarrollará de forma concisa y con un enfoque cualitativo y descriptivo, analizando cómo se vulneran principios constitucionales y penales en la aplicación del concurso entre secuestro simple y hurto calificado y agravado; es decir analizaremos cómo se configura un falso concurso de tipos penales en el tipo penal de hurto calificado y agravado, pues en este se toma la violencia sobre las personas (víctima) y la indefensión en la que se pone a las misma en el momento de la comisión del hurto; para agravar y calificar el hurto y al mismo tiempo para configurar un tipo penal autónomo e independiente como es el de secuestro simple.

La investigación que sirvió de base a este artículo se encuentra en curso; es decir en el momento actual está en la primera etapa de investigación de la cual se han producido los primeros resultados como las violaciones legales y constitucionales en las que se incurren con la aplicación de este supuesto concurso de tipos penales, de igual forma se pudieron evidenciar las falencias que tiene el tipo penal de secuestro simple y consecuentemente la falta de estudio en el ámbito jurisprudencial sobre la aplicación del mismo.

Después de esta primera fase en la investigación se proseguirá a recolectar información que nos permita determinar con qué frecuencia se da la comisión del delito de secuestro simple de forma autónoma e independiente y con qué frecuencia se da en concurso con otros tipos penales como el hurto, el acceso carnal entre otros. De igual forma se pretende analizar qué tan viable es la opción de abrogar el tipo penal de secuestro simple como delito autónomo.

Ya que nos parece importante un análisis al respecto, sobre un tema que en primera instancia no ha tenido un examen detenido por parte del legislador ni por el poder judicial, inactividad que nos preocupa debido a que este delito se ha dado para múltiples interpretaciones y aplicaciones problemáticas en el ámbito de su punibilidad.

BREVE EJEMPLO DEL CONFLICTO ENTRE SECUESTRO SIMPLE Y HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO

El día 22 de julio de 1996 dos hombres identificados como Luis Armando Figueroa y Carlos Méndez, fueron capturados en flagrancia cuando estaban descargando la mercancía de un automotor que había sido hurtado para tal fin. Los ladrones para lograr su cometido llevaron a el conductor del automotor, y al propietario de la mercancía a un campo deportivo en donde los tuvieron vigilados por término de 10 minutos, y el ayudante fue llevado a otro lugar e igualmente vigilado por término de minutos; tiempo después del cual los primeros vigilados fueron dejados en libertad cuando quien los vigilaba percibió que la policía pasaba por el lugar y prosiguió a huir, después de esto se logró la captura de quienes descargaban el automotor.

Los señores Luis Armando Figueroa y Carlos Méndez[3] fueron condenados por los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado, en primera instancia se les impuso medida de detención preventiva y se les negó el beneficio de libertad provisional.

El sindicado Carlos Méndez se acogió a sentencia anticipada, y el acusado Luis Armando Figueroa fue condenado por los delitos de hurto calificado y agravado y secuestro simple, con una pena de 36 meses de pena por el delito de secuestro, y 12 meses por el hurto calificado y agravado.

Esta sentencia fue apelada por el defensor del sentenciado, la cual fue desatada en la sala penal del Tribunal Superior del distrito judicial de Medellín, y que confirmó el fallo de primera instancia, providencia contra la cual se interpuso el recurso de casación por parte del encausado.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Es posible imputarle a un individuo el delito de secuestro simple cuando para la comisión y aseguramiento del delito de hurto calificado y agravado se ve en la necesidad de retener a la víctima por término de minutos para asegurar un resultado favorable en el hurto?

Esta pregunta es planteada y esperamos resolverla en el transcurso de este estudio, debido a que en el caso concreto del señor Bernardo José Cepeda[4], el cual fue capturado en flagrancia cuando descargaba un carro que entre él y otros individuos habían hurtado, y para lograr el cometido propuesto por ellos desplazaron al conductor, ayudante y propietario de la mercancía a un espacio deportivo en donde los tuvieran vigilados por término aproximado de 10 minutos, mientras ellos lograban desocupar el automotor.

TRATAMIENTO DEL FALLADOR RESPECTO DEL ASUNTO PROBLEMÁTICO DE LA SENTENCIA

Para efectos pedagógicos cabe mencionar primero los fundamentos y consideraciones asumidas por las partes interesadas en la casación de la sentencia referida.

Defensa:

Invoca el recurso de casación argumentando que su defendido no puede ser condenado por el delito de secuestro simple, pues de ser así, se estaría ante una violación manifiesta del principio de "non bis in ídem". Además, puede evidenciarse de los hechos la ejecución de una misma conducta desplegada (unidad de acción), y no de varias acciones conjuntas; de lo cual, a su vez, se desprende un solo propósito común que no es otro diferente que el de apoderarse de unos bienes muebles.

3.Los nombres de los sindicados que son citados en el presente artículo fueron modificados con el fin de guardar y proteger la identidad verdadera de los mismos.
4.Los nombres de los sindicados que son citados en el presente artículos fueron modificados con el fin de guardar y proteger la identidad verdadera de los mismos.

ISSN: 2027 - 8993

Ministerio Público:

Considera que debe casarse la sentencia pero no con atención a los cargos aducidos por el accionante, pues este incurrió en fallas técnicas al interponer el recurso de casación, tergiversando sus razones en una supuesta violación directa de la ley sustancial, cuando en realidad se presenta es una indebida inferencia de las pruebas por parte del juzgador (violación indirecta), por tanto exhorta a la Corte a casar de oficio la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte:

Para empezar, la Corte afirma sin lugar a dudas que el tema del dolo; entendido como la voluntad o manifestación del fuero interno del sujeto activo, es un asunto esencialmente probatorio, por tanto, solamente puede ser establecido y determinado de acuerdo a las manifestaciones externas del individuo, es decir, aquellas dirigidas a exteriorizar la voluntad del mismo. Así las cosas, el juez tiene el deber de fallar mediante los criterios y consideraciones que haya inferido con sujeción a los hechos (exteriorización de la voluntad del sujeto activo) debidamente probados. Sin embargo, casos se han visto en los cuales la determinación del dolo se aleja un poco del factor probatorio para pasar a ser establecido a través de concepciones meramente jurídicas, mediante inadecuadas interpretaciones que muchos operadores jurídicos suelen hacer sobre los elementos configurativos de conductas sumamente complejas de encuadrar en un tipo penal específico. Es entonces como, en este orden de ideas, el criterio y valoración que de los hechos probados hace el juez se convierte en el factor determinante para el resultado de una sentencia.

En el caso concreto, la Corte observa que hay un ejemplo claro del supuesto anteriormente mencionado, pues el juez de primera instancia pese al material probatorio que se aportó, y cuyo resultado favorece a la absolución del delito de secuestro simple, procedió a condenar al acusado, en atención al proceder del mismo durante el acontecimiento de los hechos, sin atender al factor subjetivo que obedece a la verdadera intención y voluntad que persigue el sujeto al cometer el ilícito. Es claro para la Corte, como se pudo deducir de los hechos probados declarados por el juez de primera instancia, que queda descartada la intención del acusado de violar un bien jurídico diferente que no sea el patrimonio económico, en ningún momento pudo demostrarse por el ente acusador que los sujetos retuvieron a los ocupantes del vehículo con el propósito adicional de violar sus libertades individuales, pues dicha conducta fue empleada por los sujetos como el medio de violencia necesario para asegurar la impunidad y por tanto el resultado satisfactorio del hurto. Así pues, la Corte procedió con estos fundamentos a casar la sentencia impugnada con respecto del delito de secuestro simple.

DOCTRINA

Estimamos necesario hacer una breve introducción sobre conceptos que serán indispensables conocer para una mayor comprensión sobre el tema del concurso entre el secuestro simple y el hurto calificado y agravado.

Tipicidad y tipo: La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Y por imperativo del principio de legalidad solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales[5]. De este modo podemos decir que el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto hecho de una norma penal; cabe aclarar que el tipo penal para cumplir su función de garantía tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se puede deducir con claridad la conducta prohibida. Para ello hay que emplear un lenguaje claro y preciso accesible al nivel cultural medio, utilizando sobre todo elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo. En todo caso, deben evitarse los conceptos indeterminados por el peligro que representan para la seguridad jurídica de los ciudadanos, al quedar sin precisar claramente la conducta punible[6].

5.Teoría General del Delito, Pág. 31, autor Francisco Muñoz Conde, segunda edición Bogotá – Colombia 2008, editorial Temis.
6.Muñoz Conde, Op. cit., Pág.32, 35.

Concurso de tipos penales: Una misma persona puede realizar una conducta penalmente relevante susceptible de ubicarse en dos o más tipos penales, o un número plural de conductas que encajan en un único supuesto de hecho o en varios, de este modo se pueden distinguir varios concursos: **1 Concurso ideal:** situación en la que una conducta penalmente relevante encaja al mismo tiempo en varios supuestos de hechos. Ejemplo: el padre que accede carnalmente mediante violencia a su hija; de este modo se pueden dar las conductas punibles de acceso carnal violento y la de incesto. **2 Concurso real:** cuando una persona lleva a cabo un número plural de conductas jurídicamente desvaloradas. Ejemplo: Juan mata a su padre, luego a su novia. **3 Concurso aparente:** en el cual se tiene la impresión de que dos o más figuras típicas gobiernan una conducta, pero realmente no sucede. Ejemplo: cuando Luis (servidor público) se apodera de un $1.000.000; puede tratarse de una conducta típica de peculado o de un hurto; dependiendo si el atentado perjudica a la administración pública o al patrimonio económico privado, y si en el caso concreto, el sujeto activo actuaba o no en cumplimiento de sus funciones, pero no a los dos al mismo tiempo[7]. Ahora nos adentraremos a desarrollar doctrinariamente el problema del concurso entre el secuestro simple y el hurto calificado y agravado.

En nuestro ordenamiento penal: El delito de secuestro simple por su estructura de tipo abierto, permite que se preste para interpretaciones y aplicaciones problemáticas en el campo de su punibilidad, sumándole a esto que este delito es constantemente confundido por la población con el secuestro extorsivo. Pero en el caso que nos interesa podemos visualizar cómo el delito de secuestro simple está siendo aplicado en concurso con el delito de hurto calificado y agravado, en donde la violencia sobre las personas y la indefensión e inferioridad de la víctima están siendo utilizadas como determinantes para la configuración de un tipo penal autónomo e independiente como es el secuestro simple; y es así como mediante esta aplicación se está violando: 1. La garantía procesal de "non bis in ídem", 2. Al igual que no se está dando aplicación al elemento subjetivo del hecho punible, es decir el dolo, y finalmente 3. Se está configurando una responsabilidad objetiva.

A continuación desarrollaremos cada uno de estas violaciones:

Non bis in ídem: Este principio está consagrado en el art 29 de la Constitución Política el cual establece a favor del sindicado el derecho "a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho". Este principio se irradia en el proceso penal para impedir que un mismo factor sea valorado dos o más veces al tenor de la regla sustancial (lo que este elemento del delito no opera a la vez como criterio especial de punibilidad), impidiendo de esta forma que por un mismo hecho se impongan consecuencias jurídicas multiplicadas y al mismo tiempo garantiza al ciudadano el no soportar por un hecho más de una consecuencia punitiva[8]. De acuerdo con el principio en cuestión se puede señalar que el concurso del secuestro simple con el hurto calificado y agravado, del art 168 del código penal se confunde con el calificante del numeral 2 del artículo 240 y el inciso 2 de este mismo artículo del código penal: "con violencia sobre las personas o colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones".

En este concurso se toma el secuestro para calificar el hurto y luego para sancionarlo autónomamente, configurándose así un falso concurso de tipos penales y dándose una visible violación al principio non bis in ídem[9]. Pues en este supuesto concurso el delincuente al hurtar ejerce sobre las víctimas violencia, es decir, violencia sobre las personas (art. 240 inciso 2) y con esta violencia o sin ella coloca a las mismas en circunstancias de indefensión o de inferioridad. (art. 240 numeral 2). En el caso concreto cuando el delincuente para logar en el hurto un resultado favorable e impunidad en el mismo, realiza las acciones de retener a las víctimas por cuestiones de minutos, lo que está haciendo en realidad es ejerciendo violencia sobre ellas y colocándolas en circunstancias de indefensión e inferioridad, logrando con la retención que no puedan auxiliarse o defenderse por sí mismas.

7.Derecho penal pare general, Pág. 644, 645, autor Fernando Velásquez, Santa Fe de Bogotá – Colombia 1997, tercera edición de Temis.
8.Tesis, concurso entre hurto calificado y agravado y secuestro simple. Pág. 27, autores jhon Mario Montoya y Marisol Orrego, Medellín, 2001, Facultad de Derecho Universidad de Antioquia.
9.Ibídem, Pág.29.

1.Tampoco hay aplicación en dicho concurso al elemento subjetivo del tipo, es decir el dolo, el cual es saber y querer la realización del tipo, lo cual constituye 2 elementos: el conocimiento y la voluntad.

El conocimiento exigido por el dolo; es el conocimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo; es decir, las circunstancias del hecho. Y para que se configure la voluntad es necesario que la realización del tipo haya sido perseguida directamente por el autor, esto es, la realización del tipo penal. La falta de cualquiera de estos dos elementos o de ambos (voluntad y conocimiento) generan la disolución del dolo y consecuentemente la atipicidad de la conducta[10].

Pues es notorio que en la mayoría de los casos en donde se predica el concurso entre secuestro simple y hurto calificado y agravado, el dolo del agente obedecía al hurto; es decir su voluntad era hurtar y no secuestrar, en tanto muchas veces el agente desconocía que por el hecho de retener a una persona se configuraría la disposición del art. 168 del código penal, la que llevaría a determinar un error de tipo[11]; el cual se configura "cuando no existe conocimiento de que se realiza el aspecto objetivo del tipo, deviniendo la atipicidad de la conducta"[12]. Con lo anterior ¿podría decirse que la persona que hurta un vehículo automotor con dolo de hurtar y retiene al conductor para que no dé aviso a la policía mientras este desvalija el vehículo, sería constitucional que luego de ser capturado sea acusado de hurto calificado y agravado en concurso con secuestro simple?

Frente al tema de la responsabilidad objetiva cabe mencionar que no basta la adecuación de la acción u omisión al tipo previsto en la disposición legal, o que lesione o ponga en peligro sin justa causa el interés jurídico. Es indispensable que se establezca la forma de culpabilidad de quien incurrió en una u otra conducta (dolo, culpa, preterintención) pues nuestro código penal establece en su artículo 12 que "queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva".

Contrario a esto es precisamente lo que está sucediendo en el caso del concurso entre hurto calificado y agravado y secuestro simple, pues se considera que se está calificando de manera apresurada el concurso entre secuestro simple y hurto calificado y agravado, estableciendo que: la conducta del agente esta descrita plenamente en el artículo 168 del C.P llenando así el requisito de la tipicidad, así mismo aducen quienes califican que el hecho de privar de la libertad a alguien ya determina la antijuridicidad, pero no clarifican la forma de culpabilidad (el dolo) y esto deviene una violación del principio de legalidad del artículo 12 del C.P en donde queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva[13].

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PROBLEMA EN CONCRETO

En nuestro desarrollo jurisprudencial, pocos elementos se pueden resaltar con respecto del asunto problemático planteado, pues aunque muchos casos con similares antecedentes han llegado a manos de los jueces y tribunales para ser resueltos, ha podido evidenciarse de sus respectivos fallos, un tratamiento muy superficial del tema con poca claridad y concreción. A continuación se expondrán solo algunos de los casos concretos más significantes que han pasado por los diferentes despachos judiciales y el tratamiento que a cada uno le fue dado.

En el juzgado 24 penal del circuito de Medellín, se encuentra radicado bajo el No. 0254-2002 el siguiente caso:

"Pedro conduce un camión lleno de mercancía y durante su trayecto es interceptado por un grupo de personas que lo obligan a apearse del vehículo. Dos de los asaltantes ordenan a Pedro caminar con ellos durante algunos minutos luego de los cuales es llevado en un automóvil hasta una zona céntrica de la ciudad donde lo abandonan. Horas más tarde, la policía detuvo a un hombre que se encontraba conduciendo el camión hurtado".

10.Ibídem, Pág.41.
11.Ibídem, Pág.7.
12.Ibídem, Pág.42.
13.Ibídem, Pág.54.

El fiscal que conoció el caso afirmó lo siguiente:

"La reducción de los ofendidos pudo avizorarse como un probable secuestro simple, pero realmente esta situación se presenta como circunstancia modal del hurto…", Además alude a que la jurisprudencia y la doctrina sostienen que, "…no siempre el delito de hurto es de ejecución instantánea y en muchas ocasiones para la consumación del punible se precisa realizar conductas prolongadas como en este caso, basta observar el tiempo transcurrido desde el momento en que se produjo el desapoderamiento del bien y el momento en que las personas inmovilizadas son abandonadas…", Así pues, el fiscal pretende hacer ver que el vehículo en que fue conducida la víctima no es más que un medio de transporte adicional, que se tornó necesario para consumar el hecho y dice, "…la supuesta retención no fue más allá de la intención de alejarlo momentáneamente del lugar de los acontecimientos"

Finalmente, el juez del caso, basándose en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de diciembre de 2001, fundamenta su decisión argumentando que no hay una conciencia criminosa (carácter volitivo) clara por parte de los sujetos activos de realizar el secuestro, para ello sustenta que " el ofendido declara que la intencionalidad de los depredadores no iba más allá de la sustracción de la mercancía y el asegurar el producto del hurto, de lo cual deduce que falta el dolo para predicar con certeza el secuestro simple", y continúa expresando que "…no existe la intención manifiesta y el ánimo de atentar contra la libertad individual de los ocupantes del carro, específicamente contra su libertad de locomoción"
El siguiente es un caso que llegó a la Corte Suprema de Justicia, proveniente del juzgado 12 penal del circuito de Medellín con radicado No. 12710 de 1997.

Un hombre toma un taxi para que lo conduzca a determinado lugar y más adelante le pide al taxista detenerse para recoger a otras dos personas. Inmediatamente, todos los ocupantes hurtan el vehículo y el dinero que llevaba el conductor, quien fue conducido a un lugar apartado bajo la vigilancia de uno de ellos, por espacio de media hora. Posteriormente, la policía detuvo al hombre que vigilaba a la víctima.

El juez en su sentencia de primera instancia, sostiene que el sindicado realizó de manera simultánea dos conductas que atentaron contra dos bienes jurídicos diferentes, puesto que, según el juez, "luego del hurto no era necesario atentar contra la libertad individual de la víctima, pues, no liberarlo luego del apoderamiento se traduce en la cohibición, limitación o retención de la persona incurriendo en el mencionado tipo penal…"

En este caso concreto es posible evidenciar, al igual que en muchos casos más que no son mencionados aquí, una adecuación típica mecánica, donde la motivación de la sentencia se limita casi en su totalidad a describir someramente los hechos constitutivos del delito en su parte dogmática, es decir, se cae en el error de emplear objetivamente una especie de silogismo jurídico en el cual, dadas las premisas del caso (supuestos de hecho) es asignada sin argumentos su respectiva consecuencia jurídica, dejando de lado la verdadera problemática del caso.

CONCLUSIONES

En primera instancia el proyecto arrojó las siguientes conclusiones sobre el problema que se presenta en el concurso entre hurto calificado y agravado y secuestro simple cuando el sujeto activo, para cometer el primer ilícito, es decir, el hurto, se ve en la necesidad de retener a la víctima por lapsos de tiempos cortos con el propósito de obtener la consumación efectiva del delito y, por tanto, la impunidad del mismo; es debido a que se encuentran graves falencias de índole normativo, y en especial, de índole jurisprudencial frente al tema en concreto.

Falencias de índole Normativo:

A nuestro parecer, al legislador le faltó determinar con mayor claridad y precisión los elementos configurativos y descriptivos del tipo penal de secuestro simple, en especial, aquellos referentes al factor tiempo (lapso mínimo de retención de la víctima necesario para la configuración del tipo) y determinar la necesidad de unos móviles que conduzcan al sujeto activo a la comisión del delito. Si bien es cierto que en el derecho, y más aún en materia penal, las normas deben ser consagradas en abstracto y de manera general, también es claro que, en función de ello, el legislador no puede caer en el error de llegar a una ambigüedad normativa, que se preste para diversas e incluso contradictorias interpretaciones. Cabe aclarar que cuando nos referimos a los móviles, estamos haciendo alusión a aquel interés (carácter volitivo) que llevó al individuo a ejecutar la conducta punible.

Falencias de índole jurisprudencial.

Con la evolución del derecho se ha podido evidenciar que el papel del juez no está restringido meramente a una simple aplicación exegética de la ley, pues este está llamado también a interpretar y por tanto, a llenar los vacios y lagunas legales; con la utilización de herramientas como lo son, entre otros, los principios generales del derecho, que le permiten al juez ser un creador de aquél.

En aplicación de lo anterior, hemos notado que frente al tema del concurso mencionado, un gran porcentaje de los casos que han sido tratados y resueltos por los jueces han recibido un tratamiento sumamente superficial, limitándose estos a una simple adecuación de la conducta al tipo penal determinado, dejando de lado el estudio y análisis de los elementos subjetivos que hacen parte del mismo (dolo, culpa y preterintención), pues se está desconociendo la finalidad con la que el sujeto activo retiene a la víctima en la comisión del delito de hurto.

Finalmente, podría incluso llegarse a la conclusión de que el tipo penal de secuestro simple carece de fundamentos para una aplicación autónoma del mismo, por cuanto dependerá casi siempre para su aplicación de un concurso con otro delito.

Después de este análisis, cabría la siguiente pregunta, ¿Podría llegar a pensarse en la eliminación del delito de secuestro simple como conducta punible autónoma, acogiendo teorías emergentes como lo es el abolicionismo penal?

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia de 1991.

Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000.

FERREIRA DELGADO, Francisco José. Derecho Penal Especial V.2. Editorial Temis, Colombia, 2006. Pág. 352

MONTOYA, John M. y Marisol ORREGO. Tesis, concurso entre hurto calificado y agravado y secuestro simple. Facultad de Derecho Universidad de Antioquia, 2001. Pág. 27.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito, segunda edición Bogotá – Colombia: Editorial Temis, 2008. Pág. 31.

VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal pare general, Santa Fe de Bogotá – Colombia: Tercera edición de Temis, 1997. Pág. 644, 645.

Artículos

OSCURAS PASIONES QUE ATORMENTAN EL ALMA; CLARA LOCURA QUE TERMINA EN "KARMA"

por
Daniela Montoya Zapata
Mateo Villamil Restrepo[1]

RESUMEN

El TÚNEL es una novela de género dramático escrita por el argentino Ernesto Sábato; ésta relata una historia de amor y de muerte protagonizada por un pintor, el cual confiesa el haber cometido un crimen, que consistió en matar a la única persona que había llegado a comprenderlo: una mujer que cambió su vida y paradójicamente fue ella la causante de su propia muerte.

Este ensayo examina las conductas del personaje principal de la obra desde una perspectiva psicológica, psiquiátrica y, a su vez, existe una relación entre la literatura y el derecho penal, evaluando así todas las acciones y procederes de aquél para lograr sus objetivos y obtener el tan anhelado amor de una mujer; un amor que lejos de terminar duradero o estable, lo que hizo fue convertirse en un tormento y en una utopía al no poder lograrlo, ocasionando en el personaje todo un cuadro de enfermedad y locura que lo condujo racional o irracionalmente a cometer un Crimen.

PALABRAS CLAVE

Crimen, comportamiento humano, esquizofrenia, delincuente pasional, trastorno mental, inimputabilidad.

ABSTRACT

The Tunnel is a novel from the dramatic genre, wrote by the argentine Ernesto Sabato; this one talks about a love and dead story starring by a painter, that confess that he had committed a crime; to kill the only person that had understood him: a woman that changes his life, and paradoxically, she was the one how causes her own dead.

This essay examines the behavior of the main character, seem from a psychological and psychiatric perspective, at the same time, there exists a relation between literature and criminal law; evaluating all the actions and proceeds from the one that reach his objectives and get his greatest wish of the love of a woman; A love that far from be strong and lasting, has been turned in a torment and an utopia that couldn't be reach. That causes in the character all the symptoms of madness and illness that lead to a rational or irrational crime.

KEY WORDS

Crime, human behavior, schizophrenia, passionate criminal, mental disorder, inimputabilidad.

INTRODUCCIÓN

Ernesto Sábato, gran exponente de las letras y de las artes en el continente latinoamericano, escritor de importantes obras, contribuyó al desarrollo intelectual de muchos otros autores, pues con su saber y en cada una de sus líneas, más que expresar algo, pretendía trasmitir una enseñanza y un mensaje al lector sobre la

1.Estudiantes de Séptimo Semestre de Derecho de la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín. Miembros del Semillero de Derecho y de la Línea de Investigación Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. dani17-6@hotmail.com; mate-1990@hotmail.com.

importancia de la literatura; la cual nos enriquece cultural y personalmente.Sábato dejó un legado que perdurará de generación en generación, ilustrándonos sobre el arte de escribir. "Un buen escritor expresa grandes cosas con pequeñas palabras; a la inversa del mal escritor, que dice cosas insignificantes con palabras grandiosas" Ernesto Sábato. Q. E. P. D. (1911-2011).

Al seleccionar la obra literaria "El TÚNEL", se pretendió hacer un análisis del comportamiento humano y criminal del personaje principal, explicando las razones o motivaciones que surgieron en él, que lo condujeron a cometer su delito final; pasando de un estado psicológico pasional y emocional leve para llegar a un desorden y desequilibrio mental, convirtiéndose en una persona esquizofrénica y obsesiva por el amor de una mujer.

Se escogió dicha obra literaria desde una lectura del derecho penal, es decir, al leerla se pudo observar que tenía elementos propios del derecho penal; pero igualmente éstos a su vez tienen relación con otros enfoques que permitieron vislumbrar cómo una persona que comete un delito, puede ser valorado y estudiado no sólo desde el punto de vista jurídico, sino que también su comportamiento puede ser estudiado a partir de otros saberes.

Pues este personaje se enmarca dentro de unas categorías o tipologías de delincuente, postuladas por el derecho penal italiano, específicamente a las de delincuente loco y de delincuente pasional; y por otra parte, también se estudió desde otras disciplinas como la psicología y la psiquiatría médica, que en este caso tienen una estrecha relación: van ligadas holísticamente a explicar a fondo el comportamiento del personaje, sus pensamientos, sentimientos y emociones.

Un túnel es una estructura subterránea, la cual puede ser larga o corta, que comunica dos extremos; a menudo suelen ser oscuros, fríos, angostos, desolados y pueden llegar a causar temor a quien lo atraviesa. Éste simboliza el camino que cada una de las personas debe recorrer a lo largo de su vida, en donde pueden tropezarse con diferentes peligros u obstáculos, a los cuales se tendrán que enfrentar quienes lo crucen.

Es decir, al inicio del túnel, se vive un estado de inseguridad, de intriga, de temores, de problemas, en el que la persona aún no logra afrontarlos ni vencerlos, y además se vive un estado de profundo odio o apatía a los demás; es por esto, que a medida que la persona va avanzando en el camino, el ideal es que logre superar poco a poco todos estos males que no le permiten ser una mejor persona e identificarse y adaptarse a un entorno social. Si el ser humano logra llegar al otro lado, esto indica que cumplió con su objetivo en la vida, que su alma logró liberarse de las dificultades que lo ataban; pero por el contrario, si no logra atravesarlo, es porque en su vida puede más la fuerza del mal y del odio que el deseo de superación y del bien, a tal punto en que el túnel lo atrapa y oscurece su alma, sumiéndolo en una crisis existencial de difícil salida.

Esta comparación del túnel con la vida de las personas, es trascendente porque permite iniciar todo el análisis e interpretación de la obra literaria "EL TÚNEL", en donde el personaje principal es una de esas personas que no logró atravesarlo, debido a sus múltiples estados de ánimo, dificultades, y negación o resentimiento hacia los demás.

Este personaje llamado Castell, dedicado permanentemente a la pintura, se caracteriza por tener una personalidad un poco diferente al común de las personas, debido a que sus comportamientos y pensamientos no concuerdan con ideales razonables y reales, que le ayuden a tener una estabilidad emocional y afectiva. Es una persona que no tiene ningún tipo de aspiraciones o propósitos en la vida, sino que más bien se inclina por un camino inadecuado o peligroso que al final termina destruyendo su propia vida y la de alguien más: una mujer que llegó a cambiar su vida y que, paradójicamente, fue la causante de su propia muerte.

El comportamiento de Castell, como objeto de estudio de la psicología, en sus inicios muestra unas conductas leves, incoherentes y distorsionadas dentro del mundo real, como por ejemplo, el hecho de que en sus pinturas pretendía transmitir un mensaje más profundo de lo que en realidad se podía percibir en ellas, buscaba que cualquier persona lograra entenderlo y comprenderlo al pensar y sentir diferente a los demás; con lo cual refleja

un trastorno emocional enmascarado por su ferviente odio a la sociedad, pues es una persona seca y totalmente cerrada a cualquier cambio positivo en su vida.

Son tan abruptos y potentes esos comportamientos, que cada vez más van evolucionando y agravándose, esto es, de tener un estado emocional leve y aparentemente apacible, pasa a un estado de desenfreno que ya se sale de la esfera psicológica y más bien requiere ser tratado o analizado desde la psiquiatría. Sus ideales o emociones se convierten en perturbaciones y desviaciones mentales, los cuales son ajustables a concepciones o teorías reales de esta ciencia; a saber, una de ellas es el "Trastorno Esquizoide: En este trastorno de la personalidad el paciente se retrae de la actividad social y vive más que todo para su mundo interior y sus fantasías; el paciente tiene un comportamiento ligeramente excéntrico, evita las actividades competitivas y tiene una frialdad afectiva que puede ser debida a su incapacidad de expresar sus propios sentimientos"[2].

Lo anterior, describe perfectamente el estado inicial de Castell, puesto que él no sabía expresar abiertamente sus sentimientos, sino que por el contrario manifestaba que: "siempre he mirado con antipatía y hasta con asco a la gente, sobre todo a la gente amontonada; nunca he soportado las playas en verano"... "pero, en general, la humanidad me pareció siempre detestable"[3].

Según esto, él era una persona apta para vivir sola, para estar alejado totalmente del mundo, debido a su difícil capacidad para entenderse y socializarse con los demás, lo cual no le era necesario; sino que por el contrario, la soledad era su mejor aliada, su mejor compañía y no necesitaba de la comunidad: "Generalmente, esa sensación de estar solo en el mundo aparece mezclada a un orgulloso sentimiento de superioridad: desprecio a los hombres, los veo sucios, feos, incapaces, ávidos, groseros, mezquinos; mi soledad no me asusta, es casi olímpica"[4].

Como se expresó anteriormente, la finalidad de Castell al plasmar sus obras era lograr captar en alguna persona toda la atención del detalle oculto inmerso en la pintura. María fue la única que en realidad se detuvo y logró ver más allá de la simple imagen, lo que generó en Castell una gran emoción y satisfacción al encontrar una conexión con ella, a tal punto en que sintió una profunda atracción hacia ésta, sintiendo así que su soledad era superada, porque tenía la convicción de que María tenía sus mismos pensamientos y que podía estar con ella el resto de su vida.

"... mi corazón latía con violencia y sentí que se me abría una oscura pero casta y poderosa perspectiva; intuí que una gran fuerza, hasta ese momento dormida, se desencadenaba en mi"[5].

Este profundo amor que se fue creando en él lo llevaba a planear estrategias de conquista y de acercamiento a ella, generándole emociones no descubiertas antes, sintiendo nuevas y extrañas sensaciones, y que por primera vez ciertamente dejaba a un lado ese odio y apatía por las personas, para enamorarse y sentir apego por alguien.

Ese amor hacia María fue cada vez más intenso y acrecentándose más, hasta el punto en que se convirtió en una poderosa obsesión y en un trastorno por querer tenerla y poseerla; pues Castell era una persona precavida que planeaba muchas alternativas o situaciones que podían suceder al momento del encuentro con ella, es decir, si fallaba una de estas opciones, él inmediatamente ejecutaba la otra y la agotaba hasta el final, para así determinar en realidad si había sido efectiva o no. Lo anterior es lo que conocemos en el común de las personas como un plan A, un plan B ó un plan C, en donde si fracasa el primero se pueden materializar los restantes, con el objetivo de lograr la finalidad prevista.

Ahora bien, esa poderosa obsesión lo convirtió a él en una persona con un trastorno que en la psiquiatría médica

2.Roberto Serpa Flórez. Psiquiatría Médica y Jurídica. 2ª ed., Bogotá- Colombia. Editorial Temis S.A., 2007.
3.Ernesto Sábato. El Túnel. Buenos Aires- Argentina.1948, p.30.
4.Sábato Ibíd., p. 56.
5.Sábato Ibíd., p. 23.

es conocido como "trastorno afectivo maníaco-depresivo, el cual es definido como un trastorno afectivo y del humor, con episodios maníacos, con trastorno afectivo bipolar y episodios depresivos"[6].

A medida de que iba planeando las opciones, se daba cuenta que algunas le podían resultar favorables a sus intereses, y era ahí en donde Castell se sentía dichoso, feliz, de buen humor. Sin embargo, si presentía que una de estas tácticas de encuentro y conquista no le era favorable y no lograba la expectativa de acercarse a María, su estado de ánimo cambiaba inmediatamente, esto es, se alteraba, sentía rabia, sentía rencor y hasta pensaba que continuar con la estrategia no tenía sentido: "En alguna yo era locuaz, dicharachero (nunca lo he sido en realidad); en otra yo era parco; en otras me imaginaba risueño"[7].

A pesar del trastorno bipolar que padecía, nada le impedía seguir ordenando y clasificando sus ideas, ya que aun tenía la capacidad de controlar su mente y sus impulsos para pensar en el próximo paso que tendría que dar: "Como dije volví a casa en un estado de profunda depresión, pero no por eso dejé de ordenar y clasificar las ideas, pues sentí que era necesario pensar con claridad si no quería perder para siempre a la única persona que evidentemente había comprendido mi pintura"[8].

Desde la psiquiatría medica, que en este caso analiza los comportamientos de Castell, "la ansiedad es una emoción que se experimenta como respuesta a una situación en la cual el individuo está expuesto a un peligro, o una amenaza, real o imaginaria"[9].

El Psicoanálisis de Sigmund Freud "explica la ansiedad como el resultado de una lucha entre los impulsos inconscientes del ELLO"[10].

Otro de los defectos de Castell que evidencia a lo largo de toda la obra, es esa ansiedad que se refleja en él para todo lo que hacía, que lo llevaba a actuar estrepitosa y aceleradamente, es decir, era tanto el interés y el afán por lograr tener contacto con María, que preparaba previamente una posible conversación para el momento en que la tuviera cerca. No obstante, cuando en realidad este momento llegó, todos esos anhelos quedaron estáticos, puesto que no tuvo la capacidad y fortaleza de hablarle, de expresarle todo lo que sentía y todo lo que la deseaba. Por esto, es viable decir que estas manifestaciones ansiosas de Castell son analizables desde la psicopatología de la ansiedad, es decir, existen unos mecanismos de defensa que sirven al Yo para defenderse de esos impulsos del Ello: en este caso nos encontramos con el fenómeno de "La represión, la cual consiste en inhibir, reprimir y olvidar los impulsos, deseos y fantasías inaceptables"[11].

De acuerdo con esto, Castell procuraba controlar y reprimir la manifestación tan abrupta de sus pensamientos, lo cual le resultaba muy difícil, porque no podía evitar expresar su profundo afecto hacia esa mujer que había logrado entenderlo.

Dejando a un lado el tema de la ansiedad, resulta pertinente abordar otro de los grandes problemas que se manifiestan en la personalidad y vida de Castell, que lo identifican como un personaje polifacético, en donde en un mismo instante puede mostrar su lado sociable, familiar y jovial; pero también en cualquier momento desencadena toda su rabia y odio en contra de los demás.

Castell tiene un complejo de superioridad frente a los demás, y a su vez esto lo lleva a cometer actos impulsivos y maniáticos como una expresión de la locura que se apodera de él, hasta el punto en que estos comportamientos se convierten en una enfermedad esquizofrénica; "la esquizofrenia es una situación crítica microsocial en la que los actos y la experiencia de determinada persona son invalidados por otros por ciertas razones culturales y

6.Serpa Flórez Op. Cit, p. 15.
7.Sábato Op. Cit, p. 30.
8.Sábato Ibíd., p. 22.
9.Serpa Flórez Op. Cit, p. 82.
10.Serpa Flórez Ibíd., p. 83.
11.Serpa Flórez Ibíd., p. 83.

microculturales inteligibles (normalmente familiares), hasta el punto que es elegida y definida como "mentalmente enferma" en determinada forma"[12].

Lo cual quiere decir que lo que para él era evidente, razonable, común, justificable y coherente, no era concebible ni tolerable para las demás personas. En este punto, entonces, vemos cómo las diferencias de pensamiento entre Castell y el entorno social, se apoderaban de él apartándolo de cara a toda la cultura y forma de vivir de los demás. Esto es, lo que para él era totalmente normal no lo era para la sociedad; es de ahí que se expresa que Castell basaba y fundamentaba todas sus actuaciones en el empirismo, en los conocimientos adquiridos mediante la experiencia a lo largo de su vida, por lo que se dice que sus sentidos los tenía ampliamente desarrollados, pues como diría el filósofo Aristóteles: "no hay nada en la mente que antes no haya pasado por los sentidos".

Lo cual se refleja en palabras del mismo Castell: "La experiencia me ha demostrado que lo que a mí me parece claro y evidente casi nunca lo es para el resto de mis semejantes...Esa es justamente la causa de que no me haya decidido hasta hoy a hacer el relato de mi crimen"[13].

Hay otro aspecto importante para analizar, el cual es la razón, la base y la esencia de todos esos comportamientos y pensamientos tan desmesurados de Castell: Una mujer, un ser que despertó en él demasiadas pasiones y sensaciones al lograr detenerse y apreciar minuciosamente su obra, al haber entendido el mensaje que éste quería expresar; pues ello le indicó a Castell que María no era igual a todos los demás, sino que por el contrario, era una mujer especial y totalmente cautivadora, pues fue la única persona que logró comprender y aceptar su comportamiento.

María era una mujer misteriosa, reservada, que de entrada se mostraba reacia a los intentos de acercamiento o conquista por parte de Castell, pues trataba de huir o de ser indiferente a todos estos intentos y propuestas que él hacía para tenerla cerca. Era una mujer que tenía una compleja relación, es decir, se encontraba casada con otro hombre, y al mismo tiempo era frágil a entablar una relación con Castell. Sin embargo, la relación con su esposo la mantuvo en secreto hasta que accedió finalmente a los encuentros y relaciones clandestinas con su amante.

Sin perjuicio de ello, María tenía una estrecha relación y un gran acercamiento con su primo Hunter, aunque vale aclarar que sólo era un amor filial. No obstante, para Juan Pablo Castell esto no era tan simple ni tan obvio, pues él tenía la profunda convicción de que existía algo más que una relación familiar entre ellos; lo que generaba en él ciertos ataques cada vez más fuertes y constantes de celos, de odio, e llegando incluso a expresar que ella sólo fingía un supuesto amor que sentía hacia él.

El hecho de que María se encontrara comprometida, fue lo que ocasionó en Castell una mayor crisis existencial, y generó que desarrollara fuertemente sus impulsos de celos, obsesiones compulsivas y una poderosa enfermedad que provocaba en él la necesidad de que María fuera única y exclusivamente de él; queriéndola poseer a cada instante a su lado. Él sentía una desesperante soledad y un miedo al aislamiento; porque en sí mismo no se sentía como una persona completa, sino que más bien pensaba que estaba dividido de varias formas; y que ella era el único ser que podía complementarlo.

Este pensamiento tan egoísta radicado en su cabeza, lo fue conduciendo a una gran depresión y a caer en un estado de total esquizofrenia y de disgregación mental, denominado comúnmente "demencia precoz". Para mayor comprensión, y en palabras de Hilda Marchiori en una de sus tesis, sostiene que "la esquizofrenia invade todas las áreas de la personalidad, así observamos alteraciones en el pensamiento caracterizado por disociación e incoherencia, está fragmentado y resulta por lo tanto incoherente, representando ideas delirantes, una proyección

12.David Cooper. El Lenguaje de la Locura. Barcelona, Caracas, México. Editorial Ariel Quincenal., 1981.
13.Ernesto Sábato. El Túnel. Buenos Aires- Argentina.1948, p. 10.

más de la conflictiva mental. Las ideas delirantes se traducen en delirios de grandeza, de invención, de celos místicos, de persecución, sin lugar a dudas de los de mayor peligrosidad ya que el individuo siente que "debe" defenderse de los que lo espían o lo controlan"[14].

Como se dijo anteriormente, la esquizofrenia ocasionaba en él múltiples trastornos de la personalidad, lagunas mentales, cambios bruscos en sus estados de ánimo, disparidad y divergencias en sus pensamientos. Y asimismo, ese estado de superioridad del que se hablaba anteriormente, se ve materializado también en esta fase de locura, pasando de una etapa psicológica pasional y emocional para llegar a un desorden y desequilibrio mental, como características resultantes de la esquizofrenia.

Ahora bien, entre las múltiples patologías y anomalías que presenta Juan Pablo Castell, nos encontramos también con la Neurosis. Esta enfermedad es estudiada por la psiquiatría médica y se manifiesta mediante "reacciones complejas de la personalidad que suelen describirse como alteraciones o trastornos que se refieren comúnmente a problemas de la afectividad (...) A diferencia de otras enfermedades que se presentan de manera impulsiva, violenta, la neurosis se va estructurando paulatinamente, donde el individuo es consciente del proceso psíquico interno"[15].

Juan Pablo hacia un gran esfuerzo para lograr controlar al máximo sus emociones y angustias. La angustia se traduce en síntomas funcionales hasta el punto en que llega a afectar su organismo, en donde Castell es capaz de controlarla parcialmente. Sin embargo, era superado por la ansiedad y el afán de poder estar al lado de ella, con lo cual él sabía y tenía el pleno conocimiento de lo que pretendía con María, hasta el punto en que comprendía que sus pensamientos cada vez más giraban en torno a ella y se iban trasformando en antojos más hostiles y macabros que lo excitaban y le generaban pensamientos morbosos o sexuales sobre ella.

"Comúnmente el neurótico manipula su medio familiar a través de sus síntomas para lograr un control y llamar la atención"[16]. Es decir, era tanto el poder de manipulacion que él trataba de ejercer con María, que expresaba que si ella no estaba junto a él o no accedía a sus llamados, era capaz de hacer cualquier cosa, como por ejemplo, sostenía que era capaz de quitarse la vida, esto es, teniendo en cuenta que en algún momento ambos se encontraban separados y distanciados (en una de las veces en que María huía), éste le mandaba gran cantidad de cartas con el deseo de tenerla cerca, de que ella regresara a su encuentro; y era ahí donde sobresalían las amenazas: "No contestó a ninguna de mis preguntas precisas, pero finalmente, ante mi insistencia y mis amenazas de matarme, me prometió venir a Buenos Aires, al día siguiente, aunque no sabía para qué"[17].

La Neurosis, como muchas de las enfermedades psiquiátricas en las cuales se encuentra inmerso Castell, admite una serie de divisiones o concepciones que ahondan o profundizan el análisis del comportamiento humano criminal, estudiándolo también desde otros puntos de vista, como por ejemplo, la Neurosis Histérica: "ésta neurosis es desde una perspectiva criminológica una de las más interesantes porque intervienen elementos de una personalidad seductora, inteligente y manipuladora. Es una personalidad con aspectos ambivalentes inestables, actitudes omnipotentes y con características mágicas (...) El hábil y seductor manejo de las relaciones interpersonales lo conducen a una actitud de llamar siempre la atención tanto en un manejo verbal como a través de sus posturas corporales. En este juego de seducción puede ser sumiso, agresivo, silencioso, violento"[18].

Por otra parte, y como característica importante de la neurosis, la angustia se manifiesta en una gran intensidad provocándole aspectos de desorganización en la personalidad, es decir, Castell como se expresó anteriormente, sufre de lagunas mentales, trastornos de la conciencia y un lenguaje maníaco.

14.Hilda Marchiori. Psicología Criminal. 7ª ed., Argentina, México. Editorial Porrúa Av. República Argentina. 2000.
15.Marchiori Ibíd., p. 114.
16.Marchiori Ibíd., p. 115.
17.Ernesto Sábato. El Túnel. Buenos Aires- Argentina.1948, p. 83.
18.Marchiori Op. Cit., pp. 121-122.

De otro lado, Castell también era un hombre pasional, es decir, todas aquellas pasiones que sentía por María no eran tan comunes o normales como las de cualquier otra persona, sino que por el contrario, esas pasiones eran enfermizas y turbulentas. Las pasiones son sentimientos o emociones muy intensas que un ser humano puede profesar por otro, y que en palabras de Spinoza "son afecciones que nos mantienen vivos, voluntarios, tensos y nos hacen perseverar en nuestra existencia, de lo cual se desprende que el hombre está necesariamente sometido a ellas"[19].

En este punto, vemos cómo otro de los comportamientos o manifestaciones de Juan Pablo se ve justificado y desarrollado por la filosofía, esto es, hay quienes también argumentan que las pasiones son necesarias, que no podemos vivir sin ellas, lo que va en la misma dirección con los ideales y sentimientos de Castell, pues él en su deseo de lograr obtener ese fiel y profundo amor por parte de María, exterioriza su lado pasional y busca que ella las admire, las valore y las retribuya como un sentimiento mutuo.

Se observa cómo los comportamientos pasionales de Castell tienen tanta acogida para ser desarrollados y comentados desde otras disciplinas, en este caso, por la filosofía; por ejemplo Descartes también evidenció que las pasiones "son impulsos brutales y repentinos que nos asaltan, pero no aconseja eliminarlas sino entenderlas para poder vivirlas con medida y pausada intensidad"[20]. En otras palabras, cabe aclarar que sí es conveniente manifestar nuestras pasiones, siempre y cuando las expresemos de una manera adecuada, mesurada y sumisa; pero Castell por el contrario, no acata el consejo que nos da Descartes, ya que todas las pasiones suyas que antes eran reprimidas y ocultas fueron saliendo a la luz de una manera desenfrenada y desaforada, provocándole un mal y un daño a él y a María.

Es de admitir que estas pasiones pueden convertirse en aflicciones negativas y contraproducentes para la persona, esto según la forma en la que se expresen, pues si no se controlan llegan a causar perjuicios o a menoscabar la integridad propia y de quienes están a su alrededor.

Cabe resaltar que las pasiones en todos los casos no siempre son positivas, pues también se pueden presentar sentimientos o pasiones negativas, de ahí que sean clasificadas en lo que Santo Tomás denominó las "Once Pasiones", establecidas en el siguiente orden: "Amor, odio, deseo, aversión, gozo o deleitación, dolor o tristeza, esperanza, desesperación, temor, audacia, y cólera"[21].

Si bien Castell tuvo muchos momentos cerca a María, y que incluso llegó a compartir instantes íntimos con ella, él continuaba con la idea de que el supuesto amor y cariño que ella le manifestaba, era totalmente fingido y era un amor que no sentía, que no era real ni leal. Es por ello entonces que él sostenía que si María no era para él, no era para nadie. En este sentido, vemos un sentimiento de egoísmo y extrema posesión hacia ella, ocasionando en su pensamiento deseos profundos de rabia y odio, lo que lo condujo a salirse completamente de sus cabales e idear un riguroso y minucioso plan criminal para atentar contra la vida de María, puesto que decidió frenar el problema de raíz, no permitiéndole a ella que compartiera su amor con ninguna otra persona.

Este perverso plan, estaba conformado por una serie de etapas que desarrolladas cada una en cadena, le permitía lograr posteriormente el fin que tenía en mente, el cual consistía en asesinar a María y huir de la escena del crimen. Estas etapas son: Ideación, preparación, ejecución y consumación o terminación.

Ahora, dejando a un lado los enfoques ampliamente analizados, es decir, la psicología y la psiquiatría médica, llegamos al campo del Derecho Penal en donde todos los comportamientos y pensamientos de Castell, tienen una justificación y son razonables a la luz de conceptos y teorías jurídicas de Escuelas Penales que han imperado en diferentes épocas y en el mundo.

19.Roberto Bergalli. "La Criminología y las Pasiones". Nuevo Foro Penal, 1984, Bogotá-Colombia, Edit. Temis S.A.
20.Bergalli Ibíd., p. 360.
21.Bergalli Ibíd., p. 360.

Es importante comenzar diciendo que para Castell la criminalidad era totalmente común y justificable, es decir, él sostenía que la sociedad en vez de criticar y juzgar a los criminales, debería agradecerles y aceptarlos, pues con la ayuda de estos, se eliminan personas que causan un perjuicio nocivo e inadecuado a la sociedad, argumentándolo de la siguiente manera: "... los criminales son gente más limpia, más inofensiva; esta afirmación no la hago porque yo mismo haya matado a un ser humano: es una honesta y profunda convicción. ¿Un individuo es pernicioso? Pues se lo liquida y se acabó. Eso es lo que yo llamo una buena acción"[22].

Era tanta la convicción sobre la importancia de los criminales para Castell, que él mismo reconocía el interés de cometer crímenes en contra de personas que en algún momento de su vida le ocasionaron percances y que en este momento sentía la necesidad de eliminarlos. Teniendo en cuenta esto, es importante resaltar que para Juan Pablo la justicia no tenía ningún tipo de significado, ya que le era indiferente lo que hicieran o dejaran de hacer quienes ostentaban el poder.

Este ideal de Castell, sobre la necesidad de que existieran criminales en la sociedad, fue respaldado por el Derecho Penal Alemán en una de sus escuelas como lo fue el Funcionalismo Moderado, postulado por Claus Roxin, el cual sostiene que los delincuentes son necesarios en la sociedad.

Por otra parte, desde otra disciplina como es la Sociología: "A partir de Emil Durkheim y su Escuela Estructural Funcionalista, reconoce que el crimen no es por sí mismo, ni necesariamente, un síntoma de anormalidad biológica ni psicológica en el criminal. Tampoco es forzosamente la manifestación de una patología de la sociedad, pudiendo ser más bien un elemento útil y necesario para la regulación de las ciencias sociales: "es un factor de la salud pública, una parte integral de toda sociedad sana"[23].

Vemos cómo para esta escuela, el crimen es una manifestación normal del criminal, es decir, está ligado a su naturaleza biológica o psicológica; es aceptado dentro de la sociedad, y de una u otra forma sin la existencia de estos sujetos criminales y sus continuos actos, no tendría ninguna aplicación o regulación las Ciencias Sociales, y en este caso específicamente el Derecho Penal.

Desde otra escuela del Derecho Penal, esto es, la Escuela Positiva Italiana, resultan tambien justificables y ajustables todos los comportamientos de Castell, ya que al final de la obra y luego de tener su plan criminal organizado, éste ejecuta o materializa el delito, es decir, como no pudo obtener lo que deseaba con María: una relación estable y duradera con ella, por ello decidió asesinarla; y ésta infracción a la ley penal, la mencionada escuela lo regula bajo dos Tipologías de Delicuente sobre las cuales Castell tiene cabida: Delincuente pasional (el cual comete este delito por pasión, amor, por celos o por sentimientos encontrados) y como un Delincuente loco (que comete el delito y es catalogado como un enfermo mental).

En palabras del mismo Castell cuando iba a cometer el delito: "Tengo que matarte, María. Me has dejado solo. Entonces, llorando, le clavé el cuchillo en el pecho. Ella apretó las mandíbulas y cerró los ojos y cuando yo saqué el cuchillo chorreante de sangre, los abrió con esfuerzo y me miró con una mirada dolorosa y humilde. Un súbito furor fortaleció mi alma y clavé muchas veces el cuchillo en su pecho y en su vientre"[24].

La forma tan atroz y tan cruel como relata Castell la ejecución de su crimen, en el Derecho Penal Colombiano vigente, tiene una expresa regulación desde diferentes puntos de vista:

*El hecho de que le haya clavado el cuchillo repetidas veces en su pecho y en su vientre, y que le haya causado tanto dolor y sufrimiento, se configura como un agravante del homicidio: La Sevicia, la cual consiste en una crueldad excesiva e implica que el agente, a más de la intención de matar, se haya propuesto causar la muerte

22.Ernesto Sábato. El Túnel. Buenos Aires- Argentina.1948, p. 5.
23.Héctor Gallo. El Sujeto criminal, una aproximación psicoanalítica al crimen como objeto social. Medellín- Colombia. Editorial Universidad de Antioquia, Departamento de psicoanálisis, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. 2007.
24.Ernesto Sábato. El Túnel. Buenos Aires- Argentina.1948, p. 94.

haciendo sufrir atrozmente a la víctima, con padecimientos innecesarios a la realización del fin homicida. Como sostiene la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 22 de Mayo de 1944, "la sevicia requiere cierto ánimo frío, deseo de hacer daño por el daño, sin ninguna necesidad y únicamente por exteriorizar la capacidad vengativa del ofensor"[25].

*En nuestro Código Penal existen unas causales de Inimputabilidad Penal (Artículo 33º), es decir, que quien comete un delito encontrándose inmerso en alguna de ellas, su responsabilidad penal se concreta en unas medidas de seguridad y obedece a unos presupuestos legales especiales, esto es, no será juzgado bajo una responsabilidad penal común aplicable para las demás personas. Dicho esto entonces, Castell se ubica dentro de la causal: Trastorno Mental. Como sostiene la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Casación Penal, Sentencia de Octubre 13 de 1982, un trastorno mental "es aquella alteración sicosomática que el sujeto sufre en el momento del hecho, de tan profunda intensidad, por tal modo convulsionador de sus esferas intelectiva, volitiva o afectiva que le impide darse cuenta de la ilicitud de su conducta o determinarse conforme dicha comprensión"[26].

*Según Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Casación Penal, Sentencia de Mayo 30 de 2002, expone sobre el tema de la absolución del inimputable: "Verificado el compromiso del procesado con el injusto (tipicidad y antijuridicidad), su inimputabilidad, presupuesto de la culpabilidad, no desemboca en la absolución, sino en una sentencia de orden distinto, en la que se declara responsable y se somete a un tratamiento denominado "medidas de protección"[27].

El crimen es una palabra que estigmatiza y provoca una exaltación para el común de la gente, pues se trata de una acción que causa un grave daño o perjuicio a otra persona; lo cual en una sociedad como la nuestra, que afronta este tipo de problemas constantemente y que vive una violencia en las calles, esto es totalmente rechazado y mal visto, ya que con éste se genera un estado de temor o incertidumbre en el entorno social.

El crimen cometido por Castell, fue desarrollado atendiendo a sus agresivos instintos e impulsos por el afán de tener consigo a cada instante a la mujer que tanto amaba y deseaba, instintos que lo hicieron excederse en su comportamiento y salirse completamente de sus cabales. Fue tan fuerte y dominante el sentimiento de posesión, que logró en Castell una trasformación de personalidad y un cambio abrupto en sus estados de ánimo; pues se vio cómo las pasiones se encuentran tan arraigadas a las personas que los llevan a cometer acciones descabelladas y no aceptadas por la generalidad de las personas.

El hombre, es un "animal de costumbres" o como lo decía el filósofo Thomas Hobbes "el hombre es un lobo para el hombre"; esto es, al analizar la obra en concreto, se estudió cómo María al haber despertado en Castell las más profundas y peligrosas pasiones, fue labrando poco a poco su destino y convirtiéndose por decirlo de alguna manera en carnada para el lobo que la acechaba.

El delito que cometió Castell, a la luz de la psicología, la psiquiatría y el derecho penal, es justificable ya que lo realizó bajo el estado de una enfermedad y trastorno mental, y a su vez con la calidad de inimputable, respectivamente.

No obstante, dejando a un lado las teorías y fundamentos normativos, desde una perspectiva más humanista, se observa que Castell olvidó la noción de hombre racional y consiente, para inmiscuirse en el estado de un animal, que no tiene conciencia o razón alguna de sus actos; sino que por el contrario, lo que hace es dejarse llevar por sus acelerados instintos, pasiones, deseos y obsesiones, atrapando así finalmente a su presa.

25.Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado, Vigésimasexta Edición, Editorial Leyer. Bogotá, D.C, Colombia. 2010. p. 121., art. 104 numeral 6. (CSJ, Prov. mayo 22/1944).
26.Legis Editores S.A. Colección de Hojas Sustituibles. Régimen Penal Colombiano. Bogotá- Colombia. Artículo 33, jurisprudencia de la Corte Constitucional. 2011. (CSJ, Cas. Penal, Sent. oct. 13/82 M.P. Alfonso Reyes Echandía).
27.Ibíd., p. 57. (CSJ, Cas. Penal, Sent. mayo 30/2002. M.P. Édgar Lombana Trujillo).

BIBLIOGRAFÍA

BERGALLI, Roberto. Artículo: "La Criminología y las Pasiones". Revista: Nuevo Foro Penal. Bogotá-Colombia. Editorial Temis S.A. 1984.

COOPER, David. El Lenguaje de la Locura. Barcelona, Caracas, México. Editorial Ariel Quincenal. 1981.

Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado, Vigésimasexta Edición, Editorial Leyer. Bogotá, D.C, Colombia. 2010. (CSJ, Prov. mayo 22/1944).

GALLO, Héctor. El Sujeto criminal, una aproximación psicoanalítica al crimen como objeto social. Medellín-Colombia. Editorial Universidad de Antioquia, Departamento de psicoanálisis, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. 2007.

Legis Editores S.A. Colección de Hojas Sustituibles. Régimen Penal Colombiano. Bogotá- Colombia. Artículo 33, jurisprudencia de la Corte Constitucional. 2011. (CSJ, Cas. Penal, Sent. octubre 13/82 M.P. Alfonso Reyes Echandía); (CSJ, Cas. Penal, Sent. mayo 30/2002. M.P. Édgar Lombana Trujillo).

MARCHIORI, Hilda. Psicología Criminal. Argentina, México. Editorial Porrúa Av. República Argentina, Séptima Edición. 2000.

SÁBATO, Ernesto. El Túnel. Buenos Aires- Argentina. 1948.

SERPA FLÓREZ, Roberto. Psiquiatría Médica y Jurídica. Bogotá- Colombia. Editorial Temis S.A, Segunda Edición. 2007.

Sección

Sección trabajos de Grado

ESTADO DEL ARTE DE CASOS SOBRE SOLUCIÓN AMISTOSA EN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH).

por

Alethia Carolina Arango Gil[1]

Cristina Isabel Madrigal Urrea[2]

RESUMEN

El presente ejercicio investigativo analizó el estado de cumplimiento de las soluciones amistosas por casos ante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entre los años 2001 al 2009, lo cual se hizo en primer lugar identificando los Estados miembros que han optado por solucionar sus controversias por medio de la solución amistosa, los derechos humanos presuntamente vulnerados que previamente han identificado las victimas y finalmente se examinó cuales efectivamente logran un acuerdo amistoso eficiente que de por dirimido el conflicto.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, Solución Amistosa, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estados Miembros, Organización de Estados Americanos (OEA), Informes anuales.

ABSTRACT

The present investigation, analyzed the compliance state of Friendly Settlements through Inter-American Commission of Human Rights annual reports from 2001 to 2009, which was done in first time identifying the Member States have chosen to resolve their disputes through Friendly Settlements, human rights allegedly violated under this mechanism which was discussed and finally actually achieve efficient mutual agreement that settles the dispute by.

KEY WORDS

Human Rights, Friendly Settlements, Inter-American Commission of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Member States, Organization of American States (OAS), annual reports.

INTRODUCCIÓN

La Solución Amistosa es un mecanismo internacional de control de los Derechos Humanos con el fin de promoverlos y protegerlos a nivel americano. La Solución Amistosa surge de las peticiones individuales e

1.Abogada. Universidad de San Buenaventura. 2010. Pasante en el Departamento de Asuntos Internacionales en la Organización de Estados Americanos (OEA). I MOEA Nacional Mayo 21-23, 2008. Medellín. XXVI MOEA. 14- 17 Julio de 2008. Santiago de Chile. Chile. XXVII MOEA. 27 - 30 Abril de 2009. San Pedro Sula. Honduras. XXVIII MOEA. Mayo 2010, Lima, Perú. Correo: acag07@hotmail.com

2.Especialista en Derecho privado en curso, Abogada. Universidad de San Buenaventura. 2010. XXVI MOEA. 14- 17 Julio de 2008. Santiago de Chile. Chile. XXVII MOEA. 27 - 30 Abril de 2009. San Pedro Sula. Honduras. Correo: crisas90@hotmail.com

3.[Foto de Internet]. [Consulta: 14 septiembre de 2000].Disponible en: <http www.minrel.gov.cl/.../pags/20100120182511.php >

interestatales que son hechas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con el fin de llegar a un acuerdo entre las personas y los Estados involucrados, cuando estos violan derechos humanos. La idea es evitar un litigio futuro en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), quién es el ente encargado de juzgar los casos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) le remite; todo este procedimiento se lleva a cabo cuando se agotan los recursos internos como se establecen en cada Estado Miembro, cuando es así y no se surte una solución entonces se recurre a las instancias Internacionales.

Así la Solución amistosa es un instrumento Internacional, que se da tanto en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), en donde se busca solucionar un litigio pendiente y se deben dar dos requisitos esenciales que son el allanamiento por parte del Estado infractor y debe hacerse responsable, lo cual implica elementos como la indemnización, por ejemplo, y demás que se profundizará en el desarrollo de este informe.

DESARROLLO

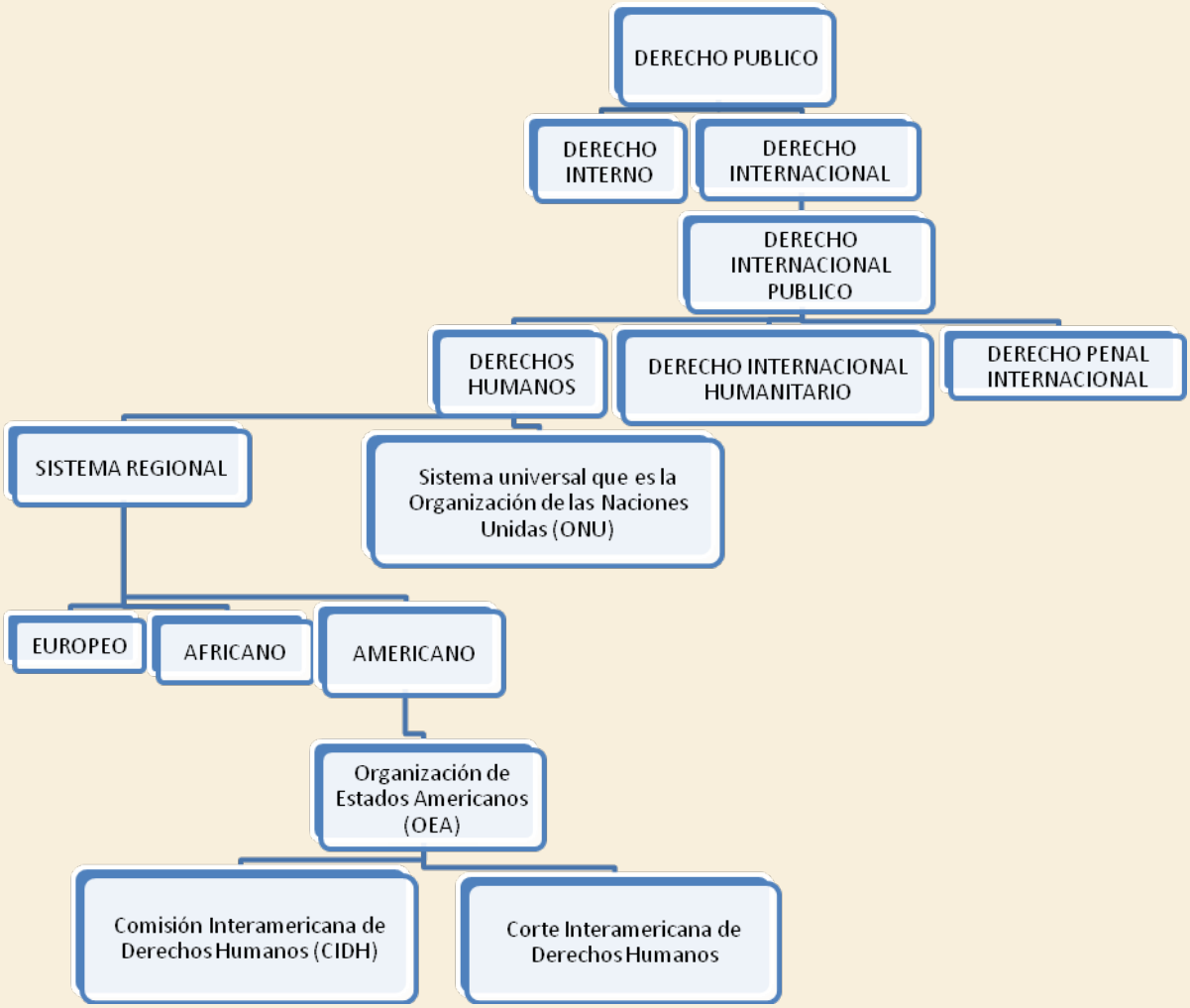
La solución amistosa es uno de los tantos mecanismos internacionales de solución de conflictos, el cual sirve como medio supervisor de los Estados miembros cuando con ocasión a sus funciones vulnera derechos humanos a personas naturales o jurídicas de acuerdo como sea la situación específica.

Es importante verificar desde dónde viene sustentada la solución amistosa como mecanismo para la solución de conflictos; por ello es pertinente ilustrar con el siguiente cuadro conceptual, la ubicación en un contexto jurídico internacional, entendiendo así el fenómeno de la Solución Amistosa como un mecanismo pacífico que permita a los Estados entrados en un conflicto encontrar una salida rápida, eficiente y valida, para lograr su cometido reparador y garantizando así a los ciudadanos un Estado comprometido por los intereses de la colectividad.

La solución amistosa se ubica en el Sistema Regional Americano, creada desde la Organización de Estados Americanos y desarrollada desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se analizarán casos recepcionados, soluciones amistosas hechas y casos pendientes no sin antes comprender el Organismo Internacional más importante del continente Americano.

El Sistema Interamericano surge como una respuesta a los planteamientos dados por embajadores ante la OEA, para enmarcar los órganos autónomos y descentralizados y además, constituye el marco para la promoción y protección de los derechos humanos, y provee un recurso a los habitantes de América que han sufrido violación de sus derechos humanos por parte del Estado.

Así las cosas, dentro del Sistema Interamericano existen dos órganos en los que se encuentran la (CoIDH) y (CIDH).



Elaboración Propia[4].

La primera (CoIDH), es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella y que tiene su sede en San José de Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual resulta ser su máximo instrumento jurídico[5].

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, por declaración especial o por convención especial, esto expresado en el Articulo 62 numeral 3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Básicamente, conoce de los casos en que se alegue que uno de los Estados partes ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención, siendo necesario que se hayan agotado los procedimientos previstos en la misma, tales como el agotamiento de los recursos internos.

4.Cuadro No. 1, Estructura Delimitatoria del tema, elaboración propia Alethia Arango, Cristina Madrigal
5.CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ESTATUTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Aprobado mediante la Resolución Nº 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979. Capítulo I. Disposiciones Generales. Artículo 1: Naturaleza y Régimen Jurídico.

Las personas naturales, grupos de personas naturales o entidades que no hacen parte del Estado no tienen capacidad de presentar casos ante la CoIDH, pero si pueden recurrir ante CIDH. La Comisión puede llevar un asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado su responsabilidad, Sin embargo, la Comisión debe comparecer en todos los casos ante la CoIDH.

Cómo segundo pilar del Sistema Interamericano esta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que fue creada por la Resolución de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. Fue formalmente establecida en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su estatuto. Su reglamento sancionado en 1980, ha sido modificado en varias oportunidades[6]. Tiene su sede en Washington, D.C.

La CIDH es uno de los dos órganos del Sistema Interamericano responsables de la promoción y protección de los Derechos Humanos.

"Su función principal, es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia"[7].

La CIDH Es un órgano principal, autónomo, descentralizado de la OEA, cuyo mandato surge de la Carta de la OEA como se ha mencionado antes y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal, que no representan a ningún país en particular y que son elegidos por la Asamblea General.

La OEA utiliza cuatro pilares para ejecutar efectivamente sus propósitos esenciales. Cada uno de estos cuatro pilares (Democracia, Derechos Humanos, Seguridad y Desarrollo) se sustentan entre si y se entrelazan transversalmente mediante una estructura que comprende el dialogo político, la inclusión, la cooperación e instrumentos jurídicos y de seguimiento, y que proporciona a la OEA las herramientas necesarias para llevar a cabo y maximizar su labor en el hemisferio[8].

La solución amistosa, es un acto jurídico por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de este, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley.

Dicha figura se originó en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, donde se indicó en la Convención Europea la promoción de esta institución por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Es por ello que el artículo 28 de la Convención Europea, modificado por el Protocolo N.8, establece:

"En caso de que la Comisión acepte una demanda que le fuere remitida: ella se pone al mismo tiempo a disposición de los interesados, a fin de llegar a un arreglo amigable de la cuestión que se inspire en el respeto de los derechos humanos, tal como los reconoce la presente convención".

Es así, que la naturaleza jurídica de la solución amistosa se enmarca como un medio de resolución pacífica de conflictos, llamado de esta manera por la Carta de la OEA en su Artículo 24.

El profesor Francisco Barbosa Delgado en su libro Litigio Interamericano afirma:

Los métodos internacionales de solución pacifica de conflictos, pueden ser jurídicos o políticos; siendo los políticos, en los cuales participa un Estado con ello se evita un procedimiento internacional jurídico, ellos son: la

6.COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SECIÓN ORDINARIA DE DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, por la cual se modifica el reglamento del 28 de octubre de 2009 al 13 de noviembre de 2009.
7.CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Segunda Parte. Capitulo XV. Articulo 106. Suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993. 10 de junio de 1993
8.Organización de Estados Americanos. ¿Quiénes Somos? Estructura funcional. Disponible EN: [http://www.oas.org/es/acerca/que_hacemos.asp]. Consulta: 13 de

mediación, en el que un tercero neutral ayuda a la solución del conflicto y la conciliación donde las partes con la orientación de un tercero se resuelve la controversia; los métodos jurídicos son pues, aquellos que definen conflictos pero en el marco de la juridicidad, aquí, se resaltan los Tribunales de Arbitramento[9].

En este sentido como lo afirma Hernán Salgado Pesantes, quién fue juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "la naturaleza jurídica de este mecanismo no ha dejado de discutirse, ya que en sentido lato es tomado como una conciliación"[10], esta última, realizada fuera del ámbito del proceso judicial y su única diferencia con la solución amistosa, seria que la conciliación se ha desarrollado en los dos ámbitos, tanto en el ámbito judicial como en el ámbito extrajudicial, ya que permite solucionar el conflicto con mayor brevedad y se evita una acción judicial, pero en cuanto a la solución amistosa la cual es realizada por la Comisión Interamericana por considerarse este un organismo extrajudicial si se quiere, (sí se pone en términos de judicialidad)[11] ya que es autónomo e independiente de la CoIDH.

Es por ello, que la solución amistosa (uno de esos métodos) de solución de conflictos consagrado en la Carta de la Organización de Estados Americanos y desarrollada por el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; no es más que un medio en el que las partes, peticionarios y Estado; solucionan sus controversias de manera extrajudicial, en los casos en que la Comisión considere pertinente elevar el caso hasta dicho momento, evitando así agotar las instancias de un proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por violación de derechos humanos.

El trámite para llegar a la CIDH con una petición por violación de derechos humanos está regulado en los artículos 30, 31 y 32 del Reglamento de la CIDH, así:

Se presenta la petición por violación de derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Americana sobre derechos y deberes del hombre, Protocolo de San Salvador, Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, Convención Americana de Belém Do Pará, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Carta Democrática interamericana, Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Antes se debió agotar todos los recursos jurisdiccionales internos, esto es, concluir con todas las etapas jurisdiccionales internas, excepto cuando exista un retardo injustificado por parte del Estado, pues en este caso no seria necesario agotar dichos recursos; Interposición de Recurso; Pronunciamiento de Segunda Instancia; Pronunciamiento de Casación o tercera instancia para llegar a la llamada Cuarta Instancia cuando se acude a la CIDH.

Dicha petición se debe presentar en un plazo no mayor a 6 meses contados a partir de la fecha en que la presunta víctima haya sido notificada de la decisión que agota los recursos internos.

La Comisión Interamericana, al declarar la admisibilidad de la petición tiene las siguientes funciones, reguladas en el Reglamento de la Comisión:

Declarar la admisibilidad del asunto.

Notificar a las partes sobre la apertura del caso.

9.JARAMILLO, Mario, Introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. p. 54-55.
10.SALGADO, PESANTES, Hernán. La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Biblioteca Jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. P. 93-95. México.
11.Se busca hacer la claridad de que no se está diciendo que la Comisión interamericana de derechos Humanos es una instancia del proceso, si no que la Comisión interamericana de derechos Humanos es un ente extrajudicial, ya que su actividad no es contenciosa y por ello se ha considerado que está en mejores condiciones de realizar la solución amistosa, además de ser quién la realiza, lo cual indica que no necesariamente el ente judicial que en este caso es la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el único llamado a llegar a un acuerdo.

Iniciar con el procedimiento de fondo y se dan tres meses a las partes para hacer sus observaciones pertinentes al caso.

Antes de pronunciarse la Comisión sobre el fondo de la petición, se propone a las partes un Acuerdo de Solución Amistosa.

Sobre la solución amistosa el Reglamento de la CIDH tiene el siguiente procedimiento:

Artículo 40: "La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.

El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con base en el consentimiento de las partes.

Cuando lo considere necesario, la Comisión podrá encomendar a uno o más de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes.

La Comisión podrá dar por concluida su intervención en el procedimiento de solución amistosa si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, o alguna de las partes no consiente en su aplicación, decide no continuar en él, o no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos.

Si se logra una solución amistosa, la Comisión aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, lo transmitirá a las partes y lo publicará. Antes de aprobar dicho informe, la Comisión verificará si la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa. En todos los casos, la solución amistosa deberá fundarse en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.

De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición o caso"[12].

Este mecanismo difundido por la Comisión Interamericana, tiene una estructura similar a la mediación, donde la CIDH actúa como tercero neutral que ayuda a que las dos partes encuentren libre y pacíficamente, por sí mismas, la solución del conflicto[13]; pero solo se pueden tranzar reparaciones económicas, morales y actos de no repetición de esta conducta; para eso la CIDH plantea como modelos de reparación Integral: la Reparación Pecuniaria, Reparación Moral, Reparación Simbólica, Ceremonias de Desagravio, Exención de impuestos y Sanciones a los responsables.

RESULTADOS

La Solución Amistosa aun es un tema que se desarrolla lentamente, como se expuso antes puesto que al ser 33 Estados miembros de la OEA, muy pocos utilizan este mecanismo para solucionar sus controversias y deciden optar para que la Corte resuelva el conflicto en un juicio, ya que no se allanan y en ocasiones se consideran ajenos a cualquier problemática en materia de derechos humanos acaecida en su Estado. La razón más importante radica, en que los Estados no reconocen su responsabilidad y más aun tratándose de reconocer violación de derechos humanos a nivel internacional.

12.Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: [http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos10.htm]

13.FAÚNDEZ, Héctor. El Sistema de Protección de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. Segunda Edición. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. P. 60-73.

Por eso, este trabajo se baso en analizar el estado de cumplimiento de las soluciones amistosas en la Comisión entre los años 2001 y 2009, determinando así, los principales actores que acuden ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los principales Estados que optan por la solución amistosa en el periodo que es objeto de estudio, las normas sobre derechos humanos que más se indican vulneradas, y los Estados que efectivamente cumple con el acuerdo de solución amistosa.

14.

Según la grafica se denota la escasa participación de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos en la Solucion Amistosa; esto se debe a la dificultad de manifestar la figura del allanamiento, pues con ella, se esta declarando internacionalmente la responsabilidad de un Estado en la violacion de Derechos Humanos, lo cual en algunos casos puede causarle conflictos políticos intenacionales entre otras consecuencias acaecidas con el tiempo.

El allanamiento entonces viene a ser un requisito indispensable para dar paso a la solución amistosa, y al mismo tiempo "se circunscribe a que entre las partes se lleve a cabo las reparaciones, el monto de las indemnizaciones y las costas a las que se condenan por la violación de derechos consagrados en la convención"[15] o en cualquier otro instrumento jurídico mencionado anteriormente.

Si es el caso en el cual no se allana el Estado infractor por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le corresponde a la luz del proceso "señalar aquellas dispocisiones de la convencion que fuerón violados por el Estado parte, precisando la responsabilidad del Estado, lo cual no puede ser omitido en el caso, cuando este caso se encuentre en la corte,"[16]

Se muestra pues en la grafica las soluciones amistosas acordadas entre las partes y aprobadas por la Comision Interamericana, resaltando que Ecuador es el Estado con más Soluciones Amistosas acordadas, seguido por Perú y Guatemala.

14.Cuadro No. 2, Muestra representativa de Soluciones amistosas realizadas en sur América, elaboración propia Alethia Arango, Cristina Madrigal
15.SALGADO, Pesantes. Hernán. La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Biblioteca Jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Mexico. P. 103.
16. Ibídem. P. 103

17.

En cuanto al cumplimiento de las soluciones amistosas, es importante resaltar el uso de este mecanismo para demostrar el grado de efectividad de las soluciones amistosas y de cumplimiento que tienen los Estados con los Acuerdos firmados y ratificados, porque no es sólo mostrar el ánimo de evitar un proceso ante la CoIDH, ya que hemos visto cada caso concreto y hemos concluido que muchos Estados sí se puede decir irresponsables, se han allanado considerandose en primer momento responsable pero, irresponsables en el sentido en que NO cumplen frente a la victima(s) con su acuerdo, a pesar de encontrarse en una instancia internacional, en este orden de ideas las estadísticas elaboradas dan a entender que si bien se han desarrollado las soluciones amistosas no estan completas debido al incumplimiento de varios Estados que han agotado esta vía, por lo cual la Comisión llega hasta este límite en cuanto a obligatoriedad para con los Estados, la pregunta sería que tan efectiva es esta vía de la solución amistosa.

Por otro lado se indica, que Chile es el Estado que corrige en el menor tiempo posible sus actuaciones, dando por terminado el acuerdo de solucion amistosa prometido a las personas que han sufrido los daños; seguido por Mexico que aunque ambos tienes pocas soluciones amistosas acordadas las cumplen en el momento indicado logrando asi una reparacion justa.

Esta muestra arroja una preocupacion enorme en cuanto a el Estado de Ecuador, porque es el Estado que mas soluciones amistosas acordó y es el que mas incumplimiento muestra.

Pasa algo particular con Colombia, cuando en el año 2002 firma un acuerdo de solucion amistosa, hasta el 2005 ha comenzado a presentar informes de cumplimento del acuerdo, considerandose uno de los paises mas retrazados en hacer efectivo el convenio y reparando en su integridad a las victimas.

Los acuerdos entre las partes han tenido en la mayoría de ocasiones la fecha del año inmediatamente anterior al año en la que se han expedido los informes de la CIDH, y la aprobación por Decreto a nivel interno del acuerdo amistoso, data del mismo año en el que se ha publicado dicho informe; y llevan un periodo de 4 o 5 meses de seguimiento por el estado de cumplimiento desde la fecha de firmado el acuerdo[18]. Aquí mostramos un gráfico explicativo en frecuencia de uso de dicho mecanismo:

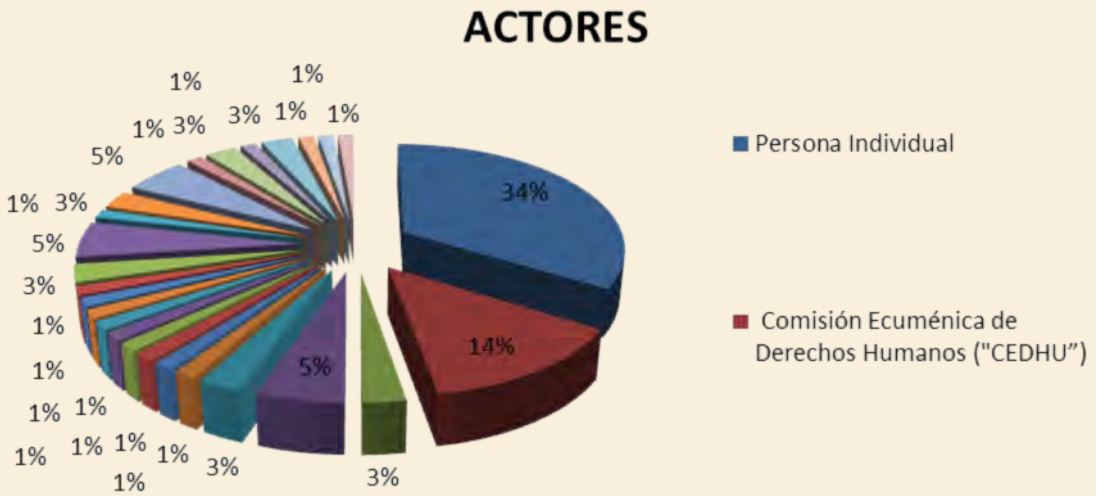
Para concluir el analisis de esta grafica, es pertinente mencionar que la mayoria de los Estados que han decidido la solucion amistosa, tienen pendientes todavia por cumplimiento los acuerdos en asuntos que incluyen, brindar

17.Cuadro No. 3, Muestra representativa de cumplimiento de soluciones amistosas, elaboración propia Alethia Arango, Cristina Madrigal
18.Informe n° 72/03, Petición 12.159, Admisibilidad, Gabriel Egisto Santillan. Caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 12.159. Buenos Aires - Argentina, 28 de mayo de 2008.

las debidas garantías y la protección judicial a las víctimas, la continuación con la investigación de los hechos que permita la identificación, juzgamiento y sanción de los responsables, informar periódicamente a la CIDH sobre el cumplimiento del arreglo amistoso, cosa que no se hace con la debida diligencia, sin embargo las reparaciones económicas y simbólicas son lo primero en lo que acude el Estado allanado a indemnizar.

Se manifiesta claramente que las presuntas víctimas y sus familiares son las personas que activan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, catalogadas como personas plenamente individualizadas y sin intermediarios, presentan peticiones a la CIDH para que esta se encargue como intermediario de acudir al Estado para proponer la solución amistosa como medio optimo de solución pacífica de controversias.

Las Organizaciones No Gubernamentales (ONGś) sobre derechos humanos son las entidades que se dedican exclusivamente a peticionar ante la CIDH y sirven como representantes de las victimas cuando con ocasión a un hecho u omisión de un Estado, presuntamente vulneran derechos. Estas entidades encabezan la grafica, pero no se pueden dejar de lado las oficinas de Abogados que también se vieron como peticionarios y las defensorías del pueblo específicamente de Bolivia, de lo cual arrojamos la siguiente muestra:



19.

Con toda la información antes aportada buscamos llegar a la más importante y a la que nos da cuenta de la importancia de este ejecicio investigativo el cual se centra en los principales Estados que optan por la solución amistosa para la solución de conflictos, así vemos que son pocos los Estados que han asumido una postura justa y de reparacion frente a los conflictos que se sucitan con las personas que habitan el territorio nacional.

Ecuador y Peru son los que mas casos de solucion amistosa han acordado entre los años 2001 y 2009, con 14 y 11 soluciones amistosas respectivamente; seguidos por Guatemala con 6, Chile y Argentina con 5 soluciones amistosas.

"La solución amistosa no puede interrumpir el procedimiento de reparaciones, del mismo modo que no es posible suspender la tramitación sobre el fondo del asunto"[20], lo que si es factible es otorgar un plazo prudencial para que las partes lleguen a un acuerdo y alcanden las reparciones y el monto de las indemnizaciones, es en este momento que el camino de la solución amistosa se vuelve eficiente y es muy factible para el Estado parte, porque permite la solución de un conflicto más rápido, lo que es una ventaja del la misma, además de poder permitir que la pena sea en cuanto a indemnizaciones económicas menor ya que

19.Cuadro No. 4, Muestra representativa de los actores en denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, elaboración propia Alethia Arango, Cristina Madrigal
20.Op.cit. p. 103

existen casos en los que la Corte podría condenar de una manera más fuerte al Estado infractor, lo cual es arrojado por las siguientes muestras:

Elaboración Propia[21].

22.

Así por último es importante preguntarnos de qué forma y desde donde se reconocen violaciones de Derechos Humanos, consagrados en la Convencion Interamericana de Derechos Humanos, algunos Estados adicionalmente de vulnerar derechos reconocidos en este instrumento internacional, tambien ha sucedido que vulneran normas de los demas Instrumentos Internacionales reconocidos por la Organización de Estados Americanos y desarrollados por la CIDH.

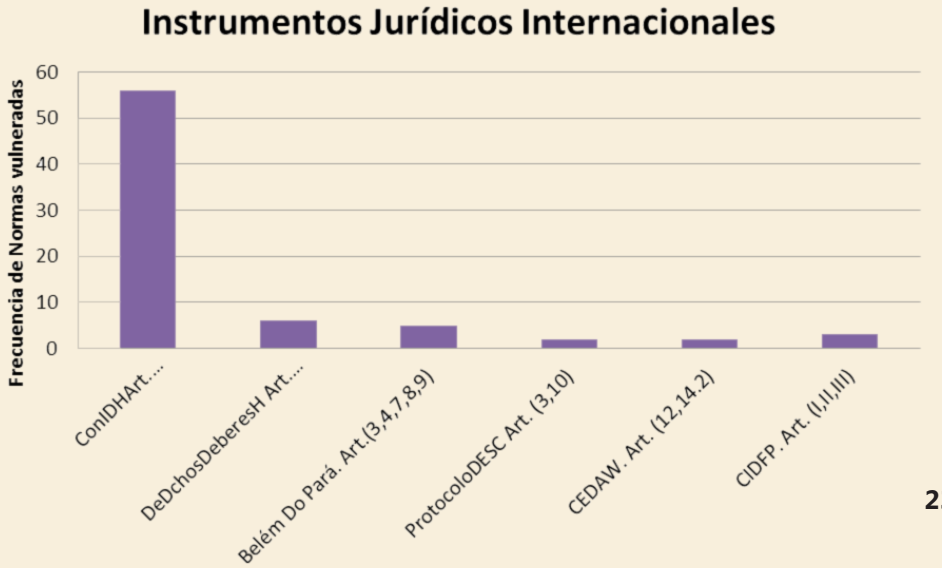
Según las estadísticas y tomando en cuenta el número de Estados que hacen parte de estos tratados internacionales, aún son muy renuentes a utilizar la solución amistosa como método para solucionar los conflictos en cuanto a derechos Humanos; estos derechos son No transables, lo que se transa es la pena económica, y muy pocos la transan, prefieren agotar todo el proceso ante la Corte Interamericana, también muestra que los países denominados latinoamericanos o del sur de América son los que más violan derechos suscritos en los instrumentos jurídicos internaciones, lo cual puede ser consecuencia de conflictos internos y crisis económicas en estos Estados y la suscripción efectiva de esos instrumentos.

21.Cuadro No. 4, Muestra representativa de los Estados que optan por la solución Amistosa, elaboración propia Alethia Arango, Cristina Madrigal
22.Cuadro No. 5, Muestra representativa de los Estados que optan por la solución amistosa (Torta), elaboración propia Alethia Arango, Cristina Madrigal

Es preciso concluir entonces, que la solucion Amistosa sigue siendo un metodo pacífico de escasa participación por las partes entradas en un conflcito determinado, bien sea, por la dificultad de reconocimiento de responsabilidad de los Estados, por la inexistencia de voluntades prestas a poner de su parte para dar por terminado el proceso o finalmente porque no hay un acuerdo entre los tipos de indemnizaciones que se quieren.

Por otro lado, fue menester de esta investigacion, dilucidar la falta de capacidad coercitiva del arreglo amistoso, esto en funcion del cumplimiento del acuerdo; pues si bien se mostró en las gráficas el número de acuerdos logrados; tanto el Estado como los peticionarios no han alcanzado a cumplir hasta la fecha la mayoria de disposiciones acordadas, ya que; lo que se ha obtenido con más facilidad son las indemnizaciones economicas y simbolicas, pero sobre las garantias permanentes que se deben dar a las victimas, como el asegurar el juzgamiento a los responsables, no se han obtenido mayores resultados.

En cuanto a la determinacion de las principales normas vulneradas, se logró afirmar que las consagraciones de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos han sido los más violados, y los que mas se mencionaron como derechos violados, fueron: Art. 8(garantías judiciales), art. 23 (participación política), art. 24(igualdad ante la ley), art. 25(protección Judicial), art. 5(integridad personal), art. 7 (libertad personal), art. 21(propiedad privada), art. 4 (vida), art. 2(recursos internos), art. 11(honra y dignidad), art. 7(libertad personal), art. 16 (libertad de asociación), art. 19 (Derechos del niño), art. 22 (derecho a la circulación y residencia), art. 17 (Protección a la familia).



23.

Finalmente, se puede decir que la solución amistosa es un mecanismo otorgado a la Comisión Interamericana y no a la Corte Interamericana, aunque como lo dice Hernán Salgado Pesantes en su informe "La solución amistosa y la Corte Interamericana de derechos Humanos", "La Corte no puede tomar la iniciática para el arreglo amistoso, esto no está en su naturaleza jurisdiccional pero si esto ocurre no puede oponerse a rechazar el acuerdo"[24]; sin embargo, hay condiciones para que este mecanismo se vea agotado ya que no es el único mecanismo que se tiene para la solución de conflictos entre los Estados miembros y los ciudadanos de cada uno de ellos. Estas condiciones tiene el carácter "sine cuan no"[25], es decir, sin las cuales no se puede llevar a cabo la solución amistosa, esto es el allanamiento por parte del Estado infractor, así mismo dicha solución amistosa se circunscribe a el acuerdo, en donde se debe acordar a las reparaciones, al monto de las indemnizaciones y a la condena en costas por violación de derechos consagrados en alguno de los instrumentos jurídicos internacionales.

23.Cuadro No. 6, Muestra representativa de los instrumentos Jurídicos internacionales más utilizados, elaboración propia Alethia Arango, Cristina Madrigal
24.SALGADO, Pesantes. Hernán. La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Biblioteca Jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. México. P. 104.
25.Ibídem.

En este orden de ideas es claro que las estadísticas nos muestran un informe cuantitativo del actuar de la Comisión Interamericana, lo cual dilucida al mismo tiempo el problema al que se ve enfrentada la Comisión ya que si bien se realiza y se han realizado soluciones amistosas en caminadas a resolver el conflicto a las victimas luego de todas las circunstancias anteriormente expuestas, lo que ocurre es que la comisión tiene un limitante ya que no es coactivo para que efectivamente se ejecute la pena porque como lo vemos en los cuadros aún hay casos desde 2001 en los que no se ha terminado de cumplir la pena y las victimas siguen reclamando la violación a sus derechos, entonces la comisión se ve limitada e incompetente para que se termine de cumplir el acuerdo amistoso al que se llego por medio de este mecanismo, que si bien tiene ventajas al momento de la ejecución se verifican sus desventajas también.

La solución amistosa entonces es sin duda una de las mejores formas para solucionar un conflicto presente entre un Estado y un particular por violación de derechos humanos; lo que viene detrás de ella es un compromiso por parte del Estado infractor, más que un acto que necesariamente sea o tenga que ser coercible, todo depende de la sociedad en la cual se desenvuelva el conflicto, igual como lo muestran los cuadros antes expuestos, México y Chile son los Estados que han logrado soluciones amistosas reconociendo realmente su error y rectificándolo de alguna forma, cumpliendo con el acuerdo, cosa distinta se pensaría de los demás Estados, claro está sin caer en generalizaciones, son Estados que no se sabe como retoman este método para solucionar conflictos, porque en ocasiones son las mismas relaciones jurídico políticas internacionales las que los lleva a tomar este tipo decisiones de acogerse a una soluciones amistosas.
Así entonces este ejercicio investigativo nos permitió verificar la importancia de las mecanismos de solución de conflictos a nivel internacional, tomados estos en cuenta como la última forma de solucionarlo, la solución amistosa como se reitera es uno de los tantos mecanismos, la cual es una salida prudente y triunfante para los Estados más aún si son Estados que han culminado su labor con la ejecución oportuna del acuerdo pactado, porque esto verifica y enaltece la función de la Comisión Interamericana y permite que su objetivo sea cumplido al ejecutar sus funciones de acuerdo a lo estipulado.

BIBLIOGRAFÍA

Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Capitulo XV. Artículo 106.

Caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 12.159.

Constitución Peruana. Constitución Política de Colombia, Titulo II De los Derechos, garantías y los Deberes. Capítulo 4 De la Protección y Aplicación de los Derechos. Articulo 86.

CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS; Grupo Especial encargado de dar cumplimiento a las Recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas OEA/Ser.G GE/REMJA/doc.77/01; 3 de diciembre 2001.

Comisión Interamericana De Derechos Humanos [consulta Marzo 5 de 2010] Disponible en: http://www.cidh.org/que.htm

Comisión interamericana de derechos humanos; REGLAMENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Art. 23 {consulta Marzo 5 de 2010} http://www.cidh.org/Basicos/basicos10.htm

Comisión interamericana de derechos humanos; REGLAMENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Art. 24 {consulta Marzo 5 de 2010} http://www.cidh.org/Basicos/basicos10.htm

Comisión de Derechos Humanos. Disponible En:
http://www2.jus.gov.ar/Amia/grossman/El%20contenido%20de%20la%20solucion%20amistosa.pdf

Convocatoria Permanente

Convocatoria permanente para publicar artículos

REGLAMENTO E INDICACIONES DE PUBLICACIÓN REVISTA VIRTUAL CULTURA INVESTIGATIVA

La Revista Cultura Investigativa cuenta con tres secciones propias:

1.Obra: Para la portada de la revista se reciben diversas obras gráficas realizadas también por estudiantes, para lo cual ceden su derecho de autor a la revista para ser incluida en la portada del respectivo número, al autor seleccionado se le dará aviso.

2.Sección Logré el Doctorado: Se invita a los diferentes profesionales del área del Derecho, que hayan logrado culminar su proceso Doctoral, para que nos envíen su participación a esta sección, contándonos de una manera casual su proceso personal y académico de formación doctoral.

3.Sección Trabajos de Grados: Se invita a estudiantes de Derecho que quieran a modo de artículo publicar las reflexiones propias de su trabajo de grado para optar al título de Abogados, al remitir su participación deben indicar que es producto de su trabajo de grado y adecuarlo a las demás condiciones y pautas editoriales expresadas en esta convocatoria.

Además cuenta con las siguientes secciones que son comunes a otras publicaciones en su género:

-Editorial: "Documento escrito por el Director de la Revista.

-Sección de Artículos: Tipo de Documentos o Artículos que recibirá la revista:

1.Artículos Originales: Se presentan en forma detallada los resultados originales de proyectos, de investigaciones y /o monografías.

2.Artículos de Reflexión: Son documentos de buen nivel analítico, comprenden ensayos, proyectos de investigación, resúmenes de trabajo de grado, de investigaciones, de tesis; hacen parte conferencias, síntesis de seminarios y de ponencias. Criticas que un autor realiza haciendo uso de fuentes originales.

3.Artículos de Revisión Hacen parte de estos documentos, una cuidadosa revisión bibliográfica sobre un campo de la tecnología y la educación, dando cuenta de las novedades y /o avances en un área específica del saber, generando un significativo valor académico, científico, tecnológico y pedagógico.

4.Articulo Corto: Documentos breves, que presentan avances de los resultados de una investigación y requieren ser divulgados para el beneficio académico y / o del sector social y productivo.

5.Reporte de Caso: "Se da a conocer los resultados de un estudio (las experiencias Técnicas y metodológicas) de un(os) caso(s) en particular "incluye la revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.

6.Revisión de Tema: Es el "resultado de la revisión crítica" de literatura sobre un tema de investigación"

7.Cartas al Editor: Según el Comité editorial serian "Las posiciones críticas, analíticas, o interpretativas" que envían los lectores sobre los temas publicados, y que contribuyen al debate de las comunidades académicas y de los grupos de investigación.

8.Traducción: La "traducción de textos clásicos de actualidad" y de interés temático para la revista, según lo dispuesto por el Comité Editorial.

RECEPCION DE DOCUMENTOS

Las personas que deseen presentar artículos para ser publicados en la revista virtual Cultura Investigativa deben cumplir el siguiente trámite ante el Editor:

1.Los textos originales se deben remitir en archivo de Word y a la vez en PDF.

2.El autor deberá adjuntar certificación en archivo digital sobre su pertinencia a un semillero de investigación, esta certificación puede ser expedida por el Docente Coordinador del Semillero o el Jefe del Grupo de Investigación al cual está adscrito el semillero o el Director de investigaciones de la respectiva facultad a la cual pertenece el semillero.

3.Los artículos solo se recibirán en medio magnético, no se recibe ninguna documentación por escrito.

4.Una vez verificada la entrega debe llenar la ficha de inscripción y registro de artículos.

5.El editor comunicara por correo electrónico: la fecha de recibido, archivo adjunto entregado y número de páginas.

6.El tiempo del proceso de evaluación de los artículos fluctuará entre 30 y 45 días hábiles, pasado este tiempo el Comité informará a los autores (principal) si el artículo ha sido aceptado, aplazado o rechazado para publicarse. (si el estado de los archivos no se ajusta a las condiciones de procesos de edición es posible que el artículo no sea publicado).

7.Los autores que envíen los artículos a la revista virtual Cultura Investigativa, se acogen a las indicaciones de publicación, y normatividad que en derechos de autor rigen en el país.

8.Los artículos se recibirán dos veces al año, las fechas límites de recepción son las siguientes: Septiembre 30 y 30 de Abril para publicación en Diciembre y Junio respectivamente. Lo anterior para hacer los trámites de revisión interna de cumplimiento de requisitos exigidos, (revisión de redacción de textos, traducción de resúmenes) evaluación de pares (árbitros) se exceptúan las personas que sean invitadas a escribir.

9.Los documentos que no se ajusten a los requisitos aquí expuestos serán devueltos sin someterse a evaluación.

PRESENTACIÓN DE LOS ARTICULOS

1.Titulo: Debe ser corto, centrado, sin exceder las 15 palabras, usar mayúscula en la letra inicial o en los nombres propios. Los nombres científicos y los símbolos se escriben en letra cursiva (por ejemplo: Podium, T: Temperatura). El título en otro idioma se corresponderá con la traducción fidedigna.

2.Autores: Deben ir centrados, en orden, de acuerdo al orden de importancia en la contribución de la investigación y /o en la elaboración del artículo. Se Incluyen los nombres y apellidos completos, indicando los títulos académicos abreviados (por ejemplo: Dr., Mg) y la institución a la que pertenece (Programa o grupo de investigación).

3.Resumen: En forma concisa expone el objetivo general, la justificación, el enfoque teórico, la metodología y los resultados de la investigación y /o la monografía. No debe exceder las 300 palabras. No cita referencias.

4.Palabras claves: Cerca de cinco palabras claves, se ubican en orden alfabético al final del resumen.

5.Abstract: Es la traducción fiel del resumen en otro idioma diferente al del texto original. Se incluye la traducción de las palabras claves.

6.Introducción: se ofrece una información general del contexto, los enfoques, el estado actual del tema, la importancia de su realización, da cuenta de las secciones y eventualmente de un trabajo futuro en el mismo tema.

7.Las secciones del artículo: comprende: título, subtítulos, la introducción, los resultados, tablas y figuras, las conclusiones, las recomendaciones, referencias bibliográficas. Los párrafos de cada sección irán precedidos por un espacio sencillo, dejando una sangría al comienzo de cada párrafo.

8.Resultados: se debe redactar en tiempo pasado, con precisión y detalle, los gráficos y cuadros con la información estadística pertinente, además con la explicación corta y coherente de cada cuadro, estos deben aparecer en forma adecuada a la exposición de resultados.

9.Tablas y figuras: Llevará una numeración, un título, subtítulo requerido y una leyenda explícita. Las fotografías, deberán contar con un indicador numérico arábigo y especificación temática resumida. Las figuras y tablas que usted inserta en su documento, solo están para ayudarle a medir el tamaño de su documento, por conveniencia de los árbitros, y hacerlo fácil para usted distribuir las preimpresiones. Por tanto, las fotografías, imágenes y logotipos, deben ser enviados como anexos en los programas originales de diseño, (Tiff, Jpg, Corel Draw, Photo Shop, Photo Painr etc.) estas imágenes deben ser con una resolución de 300 dpi. En casos de no tener archivos digitales, puede enviar como anexo, las imágenes en papel o impresión láser en un tamaño superior al que finalmente saldrá su publicación, con el fin de que al scanear y luego imprimir no pierda resolución. En el caso de fotos, puede enviar los positivos, para logotipos con tipografías especiales debe enviar las fuentes correspondientes.

10.Referencias: se conservarán en su idioma original, se presentarán en orden alfabético tamaño de letra arial 12 y deben cumplir con normatividad ICONTEC. En trabajos de grado, monografías, investigaciones, tesis se especificará, autor, título, modalidad de trabajo (proyecto, monografia, investigación, tesis), grupo de investigación, institución, ciudad, año número de páginas.

11.Agradecimientos: los autores pueden hacer mención de las Instituciones, organizaciones y/o personas que financian o apoyan los proyectos, cuyos resultados son objeto del artículo que presentan en la revista para publicación, igualmente citar los colaboradores e informantes pertinentes.

12.Aceptación: el material se recibirá en versión electrónica, a los correos electrónicos cesar.osorio@usbmed.edu.co ó derecho.penal@usbmed.edu.co tanto en formato de Word como PDF, indicando el autor correspondiente del trabajo.

13.Derechos de Impresión y Copia (Copyright): Los autores se comprometen a ceder los derechos de reimpresión, comunicación pública, reproducción, del material publicado en la revista Virtual Cultura Investigativa, y cualquier cita al material publicado deberá reconocer los créditos pertinentes de autor y del medio en que se publicó.

14.Currículum vitae: carrera de la vida del autor, hace énfasis en la parte científica, tecnológica, docente y profesional del autor y /o del árbitro. No debe exceder 15 líneas cada una. Se hace en Arial, tamaño nueve (9). Se colocan en orden de aparición en el título.

15.Se recibirán notas breves, en las que no es necesario incluir resumen-abstract- ni dividir el manuscrito en secciones, excepto para la literatura citada. La primera página debe llevar el título y el (los) autor (es).

16.Los artículos deberán ser inéditos, estar escritos en español o en otro idioma, digitados en fuente Arial de 12 puntos, las hojas deben estar numeradas, en el extremo superior derecho, los conceptos científicos y académicos deberán ser sustentadas con su respectiva cita de autor, indicando entre paréntesis el número correspondiente, y la referencia al final del documento. El tamaño de los artículos estará comprendido por un mínimo de dos cuartillas y un máximo de 20 páginas. El Comité editorial se reserva el derecho de recibir artículos sin las respectivas referencias.

La Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, la Facultad de Derecho y la Coordinación de Formación Investigativa, no se responsabilizan o solidarizan, necesariamente con los conceptos emitidos en los artículos publicados, cuya responsabilidad será en su totalidad del autor.

César Alejandro Osorio Moreno
Editor Revista virtual Cultura Investigativa
Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín
Calle 45 # 61 – 40
Campus Salento, Bello.
Teléfono: 514 56 00 ext. 4409