

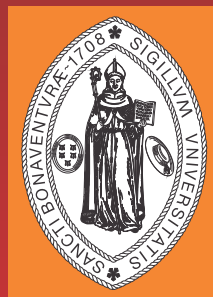
ISSN: 0124-7972.

Revista
**Holística
Jurídica**

11

Facultad de Derecho

Junio de 2012



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
SECCIONAL MEDELLÍN**
Calidad Humana y Profesional

ISSN: 0124-7972.

Revista

Holística Jurídica

11

Facultad de Derecho

Junio de 2012.



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
SECCIONAL MEDELLÍN**
Calidad Humana y Profesional

INCLUIDA EN:



REVISTA HOLÍSTICA JURÍDICA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA
SECCIONAL MEDELLÍN
ISSN 0124-7972

N° 11, Junio de 2012

Editor:

Santiago Medina Villarreal (Colombia)
Candidato a MSc. en Filosofía
Universidad de San Buenaventura

Comité Editorial:

Gerardo Antonio Durango Alvarez (Ph.D.)
Colombia
Universidad Nacional de Colombia

Juan Camilo Córdoba (Esp. candidato a Magíster)
Colombia
Universidad de San Buenaventura

Jorge E. Carvajal (Ph.D.)
Colombia
Universidad Santo Tomás

Gabriel Gualano (M.Sc.)
Brasil
ACNUR - Univesidad de Río de Janeiro

Matías Bailone (Ph.D.)
Argentina
Universidad de Buenos Aires

Geovana Vallejo (PhD)
Colombia
Universidad de San Buenaventura

Comité Científico:

Oswaldo Ruiz Chiriboga (LL.M)
Ecuador
Universidad de Gent – Belgica

Yuria Saavedra (Ph.D) México
México
Universidad Autónoma de México UNAM

Angelina Snodgrass Godoy (Ph.D.)
Estados Unidos
University of Washington

Nicolas Espinoza Menendez (Mg.)
Colombia
Universidad de Arizona

Juan David Posada Segura (P.h.D)
Colombia
Universidad de Antioquia

Julie Diane Recinos J.S.D.
Estados Unidos
Corte Interamericana de Derechos Humanos
–Universidad para la Paz UPEACE

Diana María Montealegre (LLM & M.Sc.)
Colombia
Universidad Nacional de Colombia

Universidad de San Buenaventura
Seccional Medellín
Solicitamos canje / Nous demandons l'échange / Pede se permuta / We
request exchange / Wir bitten um Austausch von Publikationem
Calle 45 61-40 Bello, Antioquia, Colombia
Teléfono 514 56 00 Ext. 4301
Email: holistica.juridica@usbmed.edu.co

Correspondencia y suscripciones: UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA - MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
Campus Universitario: Calle 45 N° 61 - 40, Bello,
PBX 4500300, fax 4563317.
San Benito: Carrera 56C N° 51- 90, Medellín. Colombia.
Tel. 514 56 00 Ext. 4202 Fax 5138294.
Apartados aéreos: 5222 - 7370.
Sitio Web: institucional:
www.usbmed.edu.co
www.revistaholisticajuridica.weebly.com/
Email: santiago.medina@usbmed.edu.co
holistica.juridica@usbmed.edu.co

*Cada autor es responsable del contenido de su respectivo artículo,
incluyendo cualquier cambio sugerido por el Comité Editorial.*

Autoriza la reproducción siempre y cuando se cite la fuente.

R.H.J.

Periodicidad: Semestral
Tiraje: 100 ejemplares
Traductor: Santiago Medina
Diagramación e Impresión: Departamento de Publicaciones

P resentación

La Revista *HOLÍSTICA JURÍDICA*, es una publicación seriada de carácter científico que es publicada en los meses de Junio y Diciembre por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. La Revista está destinada a la divulgación del conocimiento jurídico y las publicaciones buscan promover el debate sobre los campos del derecho en un sentido amplio, incluidos enfoques transdisciplinarios como sociología jurídica y filosofía del derecho, entre otros. La Revista está dirigida a los profesionales del derecho, pero se potencializa el desarrollo de una producción con un enfoque desde la inter y trans-disciplinariedad atrayendo otras disciplinas sociales, donde se produzcan resultados de investigación en relación con el campo jurídico.

La Revista está indexada por Colciencias en categoría C. Asimismo, la Revista ha sido integrada en las siguientes bases: Publiindex y Latindex.

La Revista Holística recibe los siguientes tipos de escritos para ser publicados:

- a. El Comité Editorial recibe artículos, que no podrán exceder de 25 páginas, excepto cuando ellos determinen que por la importancia del artículo o su rigurosidad lo acepten.

Artículo de investigación científica y tecnológica

Artículo de reflexión

Artículo de revisión

Según Clasificación tomada del documento "Orientaciones generales de la actualización del índice de publicaciones seriadas científicas y tecnológicas colombianas", Colciencias, 2002.

- b. El Comité Editorial podrá aceptar otro tipo de artículos como artículo corto, reporte de caso, ponencias, resúmenes de contribuciones, traducción, reseñas bibliográficas y entrevistas, los cuales no deberán superar las 15 páginas (ver la Clasificación de Colciencias <http://201.234.78.173:8084/publiindex/docs/informacionCompleta.pdf> Pág. 8).

Procedimiento para la recepción de artículos

- a. Los artículos remitidos deben ser inéditos y no haber sido enviados a ninguna otra publicación.
- b. Deben entregarse en formato electrónico y ser enviados por correo electrónico a la dirección de la revista: holistica.juridica@usbmed.edu.co o santiago.medina@usbmed.edu.co en formato Word (Versión 97 y ss.) y con todo el material necesario para su evaluación y publicación. La letra será Book Antigua, 12 puntos, a espacio doble.
- c. El texto debe venir acompañado de un resumen de la hoja de vida de quien o quienes lo escribieron (no más de 3 pág.).

P resentación

- d. El escrito debe contener un resumen en español e inglés que no supere las 150 palabras.
- e. Se recomienda que en el cuerpo del escrito se indiquen los fines del estudio o la investigación, los procedimientos básicos utilizados, los resultados más destacados y las conclusiones principales del artículo. Si el escrito sometido a consideración es de aquellos de la Categoría 1.a *supra* se deberá indicar en un pie de página el proyecto de investigación a la cual pertenece e indicar la entidad financiadora.
- f. Se deben presentar e identificar entre 3 y 6 palabras clave en español y en inglés.
- g. El texto debe tener márgenes de 3 centímetros a cada lado.

Evaluación y Publicación de Escritos

- a. Por tratarse de una publicación con arbitraje, el Comité Editorial designará pares evaluadores o pares académicos para determinar la publicación del artículo y decidirá lo pertinente. Con fundamento en el concepto de los evaluadores y en criterios de rigor científico, sobre su publicación se informará oportunamente al autor si dicho artículo fuere aceptado.
- b. El Comité tiene la facultad para: aceptar el artículo, solicitar modificaciones o rechazarlo para su publicación. Aquellos autores de artículos que requieran ser modificados tendrán un plazo para ello, el no cumplimiento del plazo para realizar las modificaciones del plazo hará que se rechace el artículo para esa edición.
- b. El Comité Editorial otorgará prelación a la publicación de artículos que se caractericen por consistir en resultados de investigación con un fuerte referente teórico; ser producto de reflexiones teóricas; o constituir revisiones críticas sobre el estado de la cuestión objeto de estudio.
- c. Los autores que envíen los artículos a la revista HOLÍSTICA JURIDICA, se acogen a las indicaciones de publicación, y normatividad que en derechos de autor rigen en el país. Los autores deberán anexar el formato de autorización, firmarla y hacerla llegar por medio electrónico en formato PDF. Para solicitar los formatos de autorizaciones deberán escribir al Editor de la Revista.

Para mayores referencias sobre las normas que deben seguir los autores ver las reglas para autores disponibles al final de la Revista o escribir al Email: holistica.juridica@usbmed.edu.co o santiago.medina@usbmed.edu.co

Disponibilidad de la Revista y anteriores ediciones:

Quién esté interesado en tener la revista mediante compra de ejemplares individuales o la suscripción a la misma, puede obtenerse en la oficina de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura seccional Medellín. Calle 45 61-40 Bello, Antioquia, Colombia Teléfono 514 56 00 Ext. 4301. En el sitio web institucional: www.usbmed.edu.co



Mural de José Clemente Orozco en el Hospicio Cabañas. Guadalajara. México

Título del Mural: Caballo Bicéfalo

Fotografía tomada por: Santiago Medina.



Contenido

	Página
Editorial <i>Santiago Medina</i>	9
<hr/>	
Aportes a la Justicia desde la Universidad: Estándares nacionales e internacionales en la prestación de los servicios legales gratuitos. <i>Viviana Bohorquez Monsalve</i> Artículo de Investigación	19
<hr/>	
El principio de la división de trabajo en equipo en la actividad sanitaria: La división de trabajo horizontal y vertical <i>Geovana Andrea Vallejo Jiménez</i> Artículo de Investigación	37
<hr/>	
Perspectivas de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la orientación sexual y la identidad de género: Un análisis del Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. <i>Ana Lucía Aguirre Garabito</i> Artículo de Investigación	51
<hr/>	
Apuntes para una aproximación al Concepto de Desobediencia Civil en John Rawls y Henry D. Thoreau <i>Ana María Restrepo B.</i> Artículo de Reflexión	69
<hr/>	
La apertura del Derecho a las Ciencias Sociales. Aproximación metodológica para abordar las características de la formación jurídica en Colombia. <i>Nicolás Espinosa M.</i> Artículo de Reflexión	89
<hr/>	
Mediación penal y Justicia Restaurativa: reflexiones para la necesaria elaboración de una futura normativa integral. <i>Miguel Ángel Iglesias Río</i> Artículo de Reflexión	121
<hr/>	
Reseña <i>Juan Camilo Portela García</i> García Villegas, Mauricio et al (2008) <i>Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado</i> . Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund, Bogotá.	155



Contents

	Page
Editorial <i>Santiago Medina</i>	9
<hr/>	
Contributions to Justice from the University: National and international standards in the provision of gratuity legal services. <i>Viviana Bohorquez Monsalve</i> Article of Research	19
<hr/>	
Division of Labour principle in healthcare: the horizontal and vertical división of labour. <i>Geovana Andrea Vallejo Jiménez</i> Article of Research	37
<hr/>	
Perspectives of the Inter-American Court of Human Rights Jurisprudence on sexual orientation and gender identity: analysis of the Case Atala Riffo and daughters Childs v. Chile. <i>Ana Lucía Aguirre Garabito</i> Article of Research	51
<hr/>	
Approach to the concept of civil disobedience in John Rawls and Henry D. Thoreau <i>Ana María Restrepo B.</i> Article of Reflection	69
<hr/>	
The aperture of the Law to the Social Sciences. Methodological Approach to juridical educational characteristics of the programs of Law. <i>Nicolás Espinosa M.</i> Article of Reflection	89
<hr/>	
Restaurative Justice and Criminal Mediation: reflection to Mediación penal y Justicia Restaurativa: reflexiones para la necesaria elaboración de una futura normativa integral. <i>Miguel Ángel Iglesias Río</i> Artículo of Reflection	121
<hr/>	
Review <i>Juan Camilo Portela García</i> García Villegas, Mauricio et al (2008) Judges without state: the justice in colombia in zones of armed conflict. Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund. Bogotá.	155

Con satisfacción he recibido el encargo por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura de orientar y dirigir la conducción, como editor, de la Revista Holística Jurídica a partir del primer semestre de 2012. La satisfacción es por dos vías, a mi juicio el trabajo de escritura es fundamental para la consolidación de procesos académicos y la producción de nuevas reflexiones sobre los problemas del Derecho y las ciencias afines a él; por otra parte, el proceso de escritura como recuerda Ricoeur (2006: 51) al recordar a Sócrates en el Fedro “es como el pintar que genera al ser no vivo, que a su vez permanece en silencio cuando se le pide que conteste” y además los “escritos son indiferentes a sus destinatarios”. No obstante el trabajo de interrelación con los lectores y autores hace que cada vez que se acerquen a los textos, estos adquieran nuevas dimensiones de sentidos devenidas de la interpretación, la explicación y la comprensión de los temas que abordan y la relación con ese intérprete-lector.

Los textos que la Revista ha recogido para ser publicados durante su existencia (desde el año 2001) dan cuenta de la reflexión académica sobre y desde el Derecho y las ciencias sociales como actitud inmanente en la construcción de un discurso que se enfoca en la comprensión de los problemas actuales de estos saberes. La Revista está en un plan de mejoramiento para vincularse a bases de indexación nacionales e internacionales, y con esa finalidad el carácter científico de las publicaciones que se persiguen y se seleccionan es fundamental. En ese horizonte hacia el mejoramiento de esta publicación, se pretenderá siempre guardar un equilibrio medido entre el quehacer investigativo de los autores y el público que lo leerá para elegir los mejores artículos.

En la presente publicación los artículos seleccionados abordan distintos temas todos ellos relacionados con problemáticas del derecho, la formación jurídica o la filosofía. Esto denota la relevancia del acercamiento multidisciplinar para resolver ciertos problemas que en torno a las formas jurídicas se requiere hoy en día. Basta recordar aquello que Bordieu¹ (1987) identificó como campo del derecho como ese vasto escenario donde se presentan cuestionamientos inquietantes en donde la transdisciplinariedad permitiría, mediante vasos comunicantes de análisis, una explicación y comprensión del fenómeno jurídico en su amplia expresión como discurso.

* Santiago Medina. Abogado y candidato a Magister en Filosofía Universidad de Costa Rica. Editor de la Revista Holística Jurídica y Docente Investigador (Grupo de Investigación Derecho, Cultura y Ciudad). Universidad de San Buenaventura, Medellín. Email: santiago.medina@usbmed.edu.co.

¹El concepto *campo de derecho* fue introducido por Pierre Bordieu en el artículo: “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”.



Finalmente como parte de la reflexión dentro de ese campo legal aportó una reflexión en torno a las nuevas formas en que el Derecho colombiano reconoce a las víctimas del conflicto armado y la pretensión de atender sus necesidades, mediante una política pública estatal, y los retos para satisfacer su reclamo en términos de justicia, verdad y reparación.

A un año de la Ley de Víctimas: Promesas insatisfechas para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

Hace casi un año se produjo un hecho histórico, político y legislativo trascendental que representó la consolidación de una política de reconocimiento de la realidad social y de los efectos que el conflicto armado ha causado sobre amplios sectores de la población en Colombia. La expedición de la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011 en adelante “LV”) fue trascendental por dos razones, el reconocimiento expreso de la existencia del conflicto armado interno –primera ocasión que se hacía de manera legal- y el posicionamiento de las víctimas en el escenario público. Lo anterior, generó una política pública focalizada para las víctimas, entendidas como sujetos de derechos.

En ese contexto, la LV desarrolla un catálogo de derechos para las víctimas y el diseño de una compleja política gubernamental para garantizar los derechos a la verdad, la justicia, y la reparación, así como los procedimientos a seguir para la consecución de los mismos.

El diseño institucional establecido en la LV se orientó a dos grandes ámbitos de acción, los componentes (Verdad, Justicia, Prevención, Protección y Garantías de No Repetición, Asistencia y Atención y Reparación Integral) y los ejes transversales (Registro y sistemas de información, los retornos y reubicaciones, articulaciones nación-territorio, participación y enfoque diferencial). Este diseño ha presentado grandes retos en cuanto a la configuración de una política pública donde un gran número de actores institucionales tienen roles preponderantes para garantizar la efectiva implementación del programa.

La Ley de Víctimas, su implementación y los retos:

La Ley 1448 fue demandada ante la Corte Constitucional por un gran número de organizaciones y ciudadanos. Como señala Samudio (S.F.), al menos 22 demandas se han presentado sobre los siguientes temas: universo de víctimas, fecha para el establecimiento de la calidad de víctima, la expresión “con ocasión del conflicto armado”, la restitución de bienes y tierras, entre otros. Hasta

² Comisión Colombiana de Juristas. Estado de demandas de Constitucionalidad de la Ley de Víctimas. Disponible en: http://200.93.128.205/c/document_library/get_file?folderId=74399300&name=DLFE-46341.pdf

ahora se conocen pocos resultados de esas demandas de inconstitucionalidad². No obstante la Corte Constitucional emitió las Sentencias C-052 el 8 de febrero de 2012³, C-250 el 28 de marzo de 2012⁴ y C -253 de 29 de marzo de 2012⁵, donde analizó los cargos en relación con el artículo 3 de la LV. La primera analizó el carácter de víctimas y sus familiares, y la segunda la fecha desde la cual se consideraría a las víctimas del conflicto como víctimas susceptibles de ser parte del programa propuesto en la LV. En particular analizó la definición de víctimas del artículo 3 y 75 de LV. La Corte una vez estudió los cargos, consideró exequibles las normas.

El hecho de que varias sentencias de constitucionalidad respecto de la LV estén pendientes, representa una gran inseguridad jurídica para la implementación de la misma Ley. Esto debido a que los programas dispuestos dependen del Registro Único de Víctimas (en adelante “RUV”), donde se establece si una persona es o no beneficiaria. El programa de registro de víctimas mediante el cual podrían recibir algún tipo de programa de restablecimiento o reparación, caducará en 4 y 2 años, dependiendo de si se es víctima antes de la publicación de la ley o con posterioridad a ella, respectivamente⁶.

Ahora bien, respecto al desplazamiento forzado como hecho generador de vulneraciones a los derechos humanos causados por el conflicto armado y por consiguiente como causa de daños para ser considerados víctimas en el marco de la LV, la ley pretende unificar los registros tanto del anterior sistema único de registro (Decreto 2569 de 2000) como del RUV, tomando una ventana de 6 años anterior para que se inscriban de nuevo en el RUV. Así establece un plazo de 2 años para reducir el subregistro, periodo en el cual las víctimas de años anteriores deberán “reinscribirse”⁷. Todo lo anterior, implica mayores obstáculos institucionales para las víctimas de desplazamiento de pasar por una segunda evaluación de su declaración de víctima y con el riesgo de que queden por fuera al no hacerlo dentro de los plazos fijados en la LV.

³Ver Corte Constitucional C 052 de 2012. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-052-12.htm>.

⁴Ver Corte Constitucional C 250/12. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-250-12.htm>

⁵Ver Corte Constitucional C 250/12. Disponible en: <http://www.leyex.info/juris/SentenciaC253de2012.htm>

⁶Ley 1448, Artículo 155.

⁷Ley 1448 de 2011, Artículo 61. Parágrafo 1°. Se establece un plazo de dos (2) años para la reducción del sub-registro, periodo en el cual las víctimas del desplazamiento de años anteriores podrán declarar los hechos con el fin de que se decida su inclusión o no en el Registro.



Bibliografía

Bourdieu, Pierre. "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field". *The Hastings Law Journal*. Vol. 38. July 1987.

Samudio, Vera (S.f.) Ley de víctimas y el justo litigio constitucional [Html] CINEP. Disponible en: http://www.cinep.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=341%3A%20La%20ley%20de%20victimas%20y%20el%20justo%20litigio%20constitucional&catid=97%3A%20Ultima%20edicion%20de%20ciencias&Itemid=170&lang=es

Ricoeur, Paul (2006) Teoría de la Interpretación. Discurso y excedente de sentido. Siglo XXI Editores – Universidad Iberoamericana. 6ta Edición.

With satisfaction I have been commissioned by the Faculty of Law of University of San Buenaventura Medellin since first semester of 2012 to guide and to direct as editor of the journal *Holística Jurídica*. The satisfaction is in two ways, in my opinion academic writing is essential for the consolidation of theoretical processes and production of new reflections about the problems related to law and sciences interconnected to it. On the other hand, the writing process as recalls Ricoeur (2006: 51) remembered to Socrates in the Phaedrus "is like painting to generate the non-living being, which remained silent when it is asked to answer" and asserts that "writings are indifferent to their recipients". However the relationship between readers and authors makes that each time that they approach to the texts, those acquire new dimensions of meaning from the interpretation, explanation and understanding every time that the reader approach to issues and the relationship with the interpreter- reader is renewed.

The articles, that the Journal has collected to publish during its existence (since 2001), are an indication about the academic reflection regarding to topics about Law and the social sciences as an attitude immanent in the construction of a discourse that focuses on understanding and explaining current problems of this knowledge's kind. The Journal is addressing to get an improvement plan to appear in national and international scientific databases, to get this the Journal put enforce to pursue scientific work. In that prospect, we will try to always keep a measured balance between the research work of the authors and the audience that will read it, to select the best papers.

In this volume the articles selected address different topics, all related to issues of Law, Legal Education and Politic Philosophy. This indicates the importance of the multidisciplinary approach necessary today to solve certain problems regarding the legal arena. As Bourdieu (1987) identified the field of law is a vast stage where disturbing questions arise where transdisciplinary would, by communicating vessels of analysis, explanation and understanding of law in its comprehensive expression as discourse.

Finally as part of the reflection within the legal field I present a reflection on the new ways which Colombian law recognize as subjects of law the victims of armed conflict under the public policy, and the challenges to do justiciable their claim in terms of justice, truth and reparations.

* Santiago Medina. Lawyer y Magister candidate in Philosophy University of Costa Rica (Universidad de Costa Rica). Editor of Review *Holística Jurídica*, Researcher, and Professor (Grupo de Investigación Derecho, Cultura y Ciudad). Universidad de San Buenaventura, Medellín. Email: santiago.medina@usbmed.edu.co.

A year after the Victims: Unmet promises for victims of gross human rights violations.

Almost a year ago there was a historical, political and legislative transcendental fact that represented the consolidation of a policy of recognition of social reality and the impact that armed conflict has caused over large sections of the population in Colombia. The issuance of the Victims Law (VL, Law 1448 of 2011 thereafter LV) was significant for two reasons, the explicit recognition of the existence of the internal armed conflict that was the first time that the Government recognized it in a legal way, and the positioning of the victims in the public arena of debate. This generated a targeted policy for victims, understanding them as to be subjects of law.

In this context, the Law's Victims developed a catalog of rights for victims and designed of a complex government policy to guarantee the rights to truth, justice, and reparation. Moreover, the Law established the procedures to follow to achieve the rights.

The institutional design established in the VL was aimed at two main areas of action, the components (Truth, Justice, Prevention, protection and guarantees against repetition, Assistance and Comprehensive Care and Repair) and crosscutting topics (Registration and information systems, returns and relocations, joint nation-territory, participation and differential approach). This law design has presented more challenges in setting public policy where a large number of institutional players have dominant roles to ensure effective implementation of the program.

Victims Act, its implementation and challenges:

The Law 1448 was challenged before the Constitutional Court by a large number of organizations and citizens. As noted Samudio (n.d.), at least 22 lawsuits have been filed on the following topics: universe of victims, the date for the establishment of category of victim, the expression "during the armed conflict," the restitution of property and land, among others. So far there are few known results of those claims of constitutionality. But the Constitutional Court issued rulings C-052 on February 8, 2012¹, C-250 on March 28, 2012² and C -253 of March 29, 2012³, where he

¹See Corte Constitucional C 052 de 2012. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-052-12.htm>.

²See Corte Constitucional C 250/12. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-250-12.htm>

³See Corte Constitucional C 250/12. Disponible en:
<http://www.leyex.info/juris/SentenciaC253de2012.htm>

discussed the charges in relation to Article 3 of the VL. The first analyzed the character of victims and their families, and the second the date from which would be considered victims of the conflict as likely to be victims of the program proposed in the LV. In particular regarding the definition of victims of Article 3 and 75 of LV. The Court analyzed the charges and considered those norms in concordance with constitutional standards.

The fact that several decisions regarding the constitutionality of pending LV, is a major uncertainty for the implementation of that law This is because programs depend willing Register of Victims (hereinafter "UVR"), where establishing whether or not a person is receiving. The registration program whereby victims could receive some type of restoration or remediation program will expire in 4 and 2 years, depending on whether you are a victim before the publication of the law or subsequent to it, respectively.

Now, regarding the forced displacement event for human rights violations caused by the armed conflict and therefore to cause damage to be considered victims under the LV, the law seeks to unify both previous records unique log (Decree 2569 of 2000) as the KUB, taking a window of 6 years prior to enrolling in the RUV again. This sets a deadline of two years to reduce underreporting, a period in which victims of previous years should "reinscribirse". All this implies major institutional obstacles to shift victims go through a second review of your victim's statement and the risk of remaining outside to do so within the deadlines set in the LV.

Bibliography

Bordieu, Pierre. "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field". *The Hastings Law Journal*. Vol. 38. July 1987.

Samudio, Vera (S.f.) Ley de víctimas y el justo litigio constitucional [Html] CINEP. Disponible en: http://www.cinep.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=341%3A1a-ley-de-victimas-y-el-justo-litigio-constitucional&catid=97%3Aultima-edicion-de-cien-dias&Itemid=170&lang=es

Ricoeur, Paul (2006). Interpretation theory. Discourse and the surplus of Meaning. Siglo XXI Editores – Universidad Iberoamericana. 6th Ed.



Mural en la Municipalidad de Zapopan Guadalajara, Mexico
Titulo desconocido
Fotografía tomada y editada por: Santiago Medina

APORTES A LA JUSTICIA DESDE LA UNIVERSIDAD ESTÁNDARES NACIONALES E INTERNACIONALES EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS LEGALES GRATUITOS

Contributions to Justice from the University:
National and international standards in the provision of gratuity legal services.

Por: Viviana Bohórquez Monsalve**

Recibido: abril 25 del 2012 Aceptado: junio 15 del 2012

RESUMEN

Este escrito recoge los parámetros de la Corte Constitucional, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la doctrina sobre atención jurídica gratuita y el papel de los consultorios jurídicos en la atención y la protección de garantías judiciales para población de escasos recursos económicos. Igualmente, analiza algunas experiencias desde los consultorios jurídicos en litigio de interés público y atención especializada a la población desplazada en Colombia.

PALABRAS CLAVES:

Consultorios Jurídicos, Servicios Legales Gratuitos, Corte Constitucional, Comisión Interamericana, Interés Público, Nuevas Prácticas Legales.

ABSTRACT:

The essay contains standards from the Constitutional Court, the Inter-American Commission on Human Rights, and the doctrine about free legal adviser and the role of legal clinics in the care and protection of judicial guarantees for low income population. Likewise, this writing also analyzes some experiences from legal clinics in proceedings of public interest and specialized legal to displaced population in Colombia.

KEY WORDS:

Legal Clinics, Free Legal Services, Constitutional Court, Inter-American Commission, Public Interest, New Legal Practices.

* Línea de Investigación que desarrolló el Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional –CEDHUL–, sobre derechos humanos y acceso a la justicia; hizo parte de un proyecto desarrollado con el Programa de Fortalecimiento y Modernización de la Justicia (PFJ), de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y la Universidad Internacional de la Florida. Se realizó una actualización en el año 2012

* Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, con maestría en curso de políticas públicas y género de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- FLACSO. El presente artículo contó con la colaboración de Ángela María Espinosa y Daniel Gómez Maso. viviana.bohorquez1@gmail.com

La labor de los consultorios jurídicos en Colombia es un aporte fundamental de las universidades frente al acceso a la justicia, que involucra tanto estudiantes como profesores de las facultades de derecho, ante la necesidad inminente de amplios sectores de la población que carecen de recursos económicos y requieren apoyo en asuntos judiciales o administrativos. La intención de la legislación que dio inicio a las actividades de los Consultorios Jurídicos en las universidades fue la de satisfacer necesidades de carácter social, mediante el servicio de estudiantes practicantes, impulsado por el gobierno de Estados Unidos de América, al igual que en otros países de Latinoamérica. (GONZÁLEZ, 2003: 19). No obstante, la gran problemática social y económica, que en la actualidad afecta la comunidad, pone de manifiesto la necesidad de un mayor compromiso de las universidades para ayudar a resolver los problemas que afectan diferentes clases de derechos fundamentales y garantías legales.

En Colombia la labor de representación, asesoría y asistencia frente al sistema judicial para personas de escasos recursos económicos se estableció en líneas generales a través del Decreto 196 de 1971, por el cual se dicta el Estatuto del ejercicio de la Abogacía¹. Adicionalmente, se han realizado algunas modificaciones² y aclaraciones³ en cuanto a los asuntos que pueden litigar en causa ajena los estudiantes de consultorio jurídico. En la última década existe una gran preocupación en el ámbito de la administración de justicia por optimizar la información e innovar los recursos tendientes a medir la calidad de los procesos judiciales. Si bien no existe nada relacionado con el manejo de la información y medición de las actividades de los consultorios jurídicos, nos parece relevante traer a colación las referencias en torno al sistema de información general dirigido a la rama judicial, en tanto podemos encontrar aspectos relevantes frente al manejo de la información que realizan las universidades en vigencia de la autonomía universitaria.

La legislación deja a las universidades la autonomía de reglamentar las áreas de servicio, regular la forma de atención y establecer las garantías mínimas para la prestación de los servicios legales, lo cual puede ser positivo o negativo: dependiente de la tradición legal de la universidad, de la

¹ El Decreto 196 de 1971 establece que las prácticas legales dentro de las facultades de derecho en Colombia deben ser asignadas para las personas que cursen los dos últimos años de estudio. A su vez, el decreto fija lineamientos en torno a quiénes deben prestar el servicio, la responsabilidad de las universidades y los profesores, y establece la competencia por naturaleza del asunto y por cuantía. El decreto menciona que los estudiantes pueden litigar en causa ajena en algunos eventos, haciendo así unas excepciones cuando se trata de los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las universidades oficialmente reconocidas. Adicionalmente, insta a que deberán verificar la capacidad económica de los usuarios (art. 1), aunque lo deja libre a la autonomía de las universidades, en tanto no establece los requisitos o criterios para tal verificación (art. 30).

² Ley 446 de 1998, establece que los consultorios jurídicos de las facultades de derecho organizarán su propio centro de conciliación y en líneas generales deja autonomía a las universidades para su desarrollo.

³ Ley 538 de 2000, el límite de cuantía de 20 salarios mínimos cuando se trata de asuntos laborales. Asimismo, dicha ley advierte que “los consultorios jurídicos funcionarán bajo la dirección de profesores designados al efecto..” de los abogados de pobres, a elección de la facultad, y deberán actuar en coordinación con éstos en los lugares en que este servicio se establezca”.

dinámica del administrador de los servicios y en última instancia, de la motivación de los estudiantes en la práctica, profesores y directivas de renovar o responder a las necesidades sociales propias de la región o lugar donde prestan los servicios. El profesor Mauricio García Villegas plantea por su parte un interesante cuestionamiento sobre la reglamentación del ejercicio del derecho, así indica que mientras mayor es el impacto social y público de una profesión, mayor debe ser la regulación de su ejercicio. Sin embargo, en Colombia ha habido, como en todos los países desarrollados, incluso en buena parte de los países de América Latina, existen filtros que restrinjan el ingreso de los abogados mal preparados al mundo laboral. Mientras en nuestro país basta con tener el título —venga de donde viniere— para poder litigar y sólo hay que esperar un par de años —incluso sin hacer nada— para poder ser juez (GARCÍA, 2010).

Por consiguiente, con el fin de analizar las fuentes que sirvan para alimentar el trabajo y encontrar estándares en la prestación del servicio de los consultorios jurídicos, realizamos un análisis y sistematización de información que recoge *i.* la jurisprudencia constitucional sobre la atención que deben prestar los consultorios jurídicos en Colombia; *ii.* los estándares internacionales frente a la obligatoriedad de prestar servicios jurídicos gratuitos *iii.* Retomamos algunas discusiones de la doctrina sobre la labor de las clínicas jurídicas y finalmente, *iv.* se seleccionaron una muestra de nuevas prácticas de los Consultorios Jurídicos en Colombia con el fin de ilustrar nuevas prácticas legales que están contribuyendo desde una nueva visión del derecho al acceso de la justicia de población vulnerable o históricamente discriminada.

Parámetros de la jurisprudencia constitucional

Los consultorios jurídicos en Colombia tienen su soporte ético en la función social de colaborar con las autoridades en la administración de justicia y lograr el acceso a esta para la población de escasos recursos económicos, en coherencia con los postulados constitucionales del derecho a la igualdad (Art. 13 C.P.) y el debido proceso (art. 29 C.P.). A continuación, se trae como referencia las principales sentencias de la Corte Constitucional en relación con las actividades que desarrollan los consultorios jurídicos y la tarea de las universidades como rectoras de la prestación de servicios gratuitos a la población de escasos recursos⁴.

La Corte Constitucional ha sido una defensora constante de las actividades que desarrollan los consultorios jurídicos a favor de la población sin recursos económicos en Colombia, en tanto que

⁴Otras sentencias de la Corte Constitucional de Colombia relacionadas con los consultorios jurídicos: T-572/93 sobre las facultades de los estudiantes de consultorios jurídicos, C-037/96, C-040/03 sobre el Contenido de la certificación de idoneidad, C-617/96 sobre los Estudiantes de consultorio jurídico, C-744/98 Licencia temporal de los estudiantes de consultorios jurídicos. C-143/01 relativa a la no exigencia títulos de idoneidad y posibilidad de litigar en causa ajena sin título, C-948/02 sobre los Estudiante de consultorio jurídico en procesos disciplinarios, C-040/03 sobre los casos excepcionales en que pueden ejercerla los estudiantes de consultorio jurídicos, C-070/03 en relación con los estudiantes de consultorio jurídico en proceso disciplinario, T-1020/03 en relación con la actuación de los estudiantes como apoderado dentro de acciones de tutela.

en varias oportunidades ha estudiado demandas de inconstitucionalidad que cuestionan la idoneidad de los estudiantes de los consultorios jurídicos en la protección al debido proceso, en especial para asumir la defensa técnica en los procesos contravencionales, penales y administrativos. Sin embargo, la Corte valora y defiende el gran aporte de los consultorios a la administración de justicia.

En la Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996 el Tribunal Constitucional recuerda que “la jurisprudencia de la Corte ha sido clara en resaltar que quien asista a una persona en su defensa judicial debe demostrar mucho más que el simple conocimiento de los pormenores de un proceso; y, por la otra, el estudiante que represente a un sindicato está también en gran medida representando a su institución académica con todos los compromisos de seriedad, responsabilidad y aptitud que ello acarrea”⁵.

Luego, desde el punto de vista del Tribunal Constitucional el trabajo desarrollado en los consultorios jurídicos es parte de la defensa judicial y como tal, debe asumirse con responsabilidad a favor de los derechos del sindicato, cuando se trata de un proceso penal, o del representado, en coherencia con la Constitución Política. No obstante, la garantía de la defensa técnica ha sido cuestionada a través de demandas de inconstitucionalidad en otras oportunidades, en especial cuando está relacionada con los procesos penales. Así, en la Sentencia C-617 de 1996, la Corte analizó la presunta infracción al artículo 29 de la Constitución Política en tanto a criterio del demandante, la disposición acusada (Decreto 196/71) faculta a los estudiantes en forma absoluta y sin límite en el tiempo para ejercer funciones jurídicas, desconociendo que el citado precepto superior consagra el derecho a la defensa técnica, en virtud de la cual la defensa de los sindicatos solo puede ser adelantada por profesionales en derecho y solo excepcionalmente por estudiantes en caso de ausencia del abogado.

En tal sentido, la Corte Constitucional amplía los compromisos de las universidades, al señalar que “los estudiantes de Derecho pertenecientes a consultorios jurídicos universitarios para asumir defensas penales en los procesos de los cuales conocen los jueces penales y las autoridades de policía y para hacerlo de oficio en toda clase de procesos penales, como voceros o defensores en audiencia, es exequible, toda vez que la enunciada opción no obstaculiza en sí misma la defensa técnica de los procesados, especialmente si se consideran los escasos recursos económicos de las personas que acuden a esas dependencias de apoyo jurídico de las facultades de Derecho y las situaciones prácticas que con frecuencia surgen en diversos lugares del territorio en los cuales se dificulta en extremo la presencia inmediata de abogados”⁶.

⁵ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-037 de 1996.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-617/ 1996

En coherencia con lo anterior, el Tribunal Constitucional enfatiza que “la normatividad objeto de análisis tiene precisamente el sentido de asegurar que la garantía constitucional de la defensa no sea frustrada por la fuerza de las circunstancias, apelando al concurso de quienes están próximos a cumplir los requisitos necesarios para optar al título y tienen conocidos los fundamentos básicos de índole sustancial y procesal, indispensables para asumir la representación judicial de personas económicamente débiles. A su vez, la Corte indicó en la mencionada sentencia que “la defensa técnica en procesos penales que se encarguen a estudiantes de consultorios jurídicos, solamente podrán prestarse por ellos si su idoneidad ha sido certificada por la institución educativa correspondiente y si ésta se compromete, además, de manera expresa -lo cual debe acreditarse en el proceso- a prestarles asesoría y orientación jurídica y académica”⁷.

No obstante, la mayoría de los autores inscritos en el área de la justicia penal, han reconocido los problemas propios de la conexión entre injusticia penal-injusticia social (Gargarella, 2008: 39). En tal sentido, es necesario cuestionar, si quizás algunos controles globales sobre la protección al debido proceso en procesos penales ante el riesgo de injusticias, en especial para sectores históricamente discriminados por su condición social, sexual, racial o política han sido suficientes.

Respecto a la importancia de la coordinación, asesoría y seguimiento directo de la labor de los estudiantes por parte de los profesores y monitores de los consultorios jurídicos, la Corte Constitucional ha reiterado en otras sentencias que: “... los estudiantes que pertenecen a los consultorios jurídicos actúan bajo la coordinación de profesores designados para el efecto y atendiendo orientaciones del propio consultorio jurídico, que les asiste en la elaboración de alegatos sin que pueda el estudiante ejercer en forma incontrolada o carente de orientación jurídica y académica, lo cual garantiza la idoneidad de la defensa o intervención en favor de la persona que requiere de su representación”⁸.

Finalmente, la sentencia reseñada aborda el papel de las universidades en la preparación y guía de sus pupilos para que éstos puedan actuar en procesos penales a nombre de los consultorios jurídicos, en donde el Tribunal Constitucional “insiste en la responsabilidad social que asumen las universidades para la preparación de sus alumnos y particularmente para el adiestramiento, supervisión y vigilancia en relación con las actividades que deben cumplir los que componen los consultorios jurídicos”⁹, y en tal sentido condiciona la exequibilidad a dicha supervisión y control por parte de las universidades.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-617/ 1996

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 143/ 2001

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 143/ 2001

En relación con la idoneidad de la defensa en procesos disciplinarios, el Tribunal Constitucional en la Sentencia C-1076 de 2002, indicó frente a la demanda objeto de estudio, “no comparte las aseveraciones del actor en el sentido de señalar que la defensa que realiza un estudiante de consultorio jurídico en procesos disciplinarios atente contra el derecho a contar con una defensa técnica. En efecto, esta Corporación ha insistido en que las defensas que realizan los estudiantes de derecho durante su consultorio jurídico, además de constituir una valiosa labor social, lejos de vulnerar el derecho a un debido proceso, en especial a contar con una adecuada defensa técnica, lo garantizan”.

Con todo lo anterior, se deduce que la Corte Constitucional establece un sentido más amplio sobre la responsabilidad de las universidades en el seguimiento a las labores desarrolladas por los estudiantes a favor de la garantía del debido proceso y de los derechos constitucionales del defendido o representado, al expresar que debe existir al menos *cuatro elementos o estándares básicos*, que recogemos en el presente escrito de las sentencias estudiadas. En primer lugar, la preparación, entendida como las actividades previas a la atención de los usuario; en segundo lugar, el adiestramiento, en el sentido de preparar a los estudiantes en la aplicación de los conocimientos teóricos; en tercer lugar, la supervisión por parte de los profesores en las actuaciones; y por último, la vigilancia de las actividades.

Si bien, el Tribunal Constitucional no establece los mecanismos o la manera como se deben implementar los cuatro elementos mencionados para la atención judicial gratuita por parte de las universidades, se entiende que las universidades deben establecer dichos mecanismos a través de la implementación de procedimientos para el registro, el archivo y el manejo de la información, la atención, supervisión y seguimiento que garanticen el debido proceso y los preceptos constitucionales.

Estándares Internacionales frente a la obligatoriedad de servicios jurídicos gratuitos

Con el objeto de reafirmar la importancia de los consultorios jurídicos, se trae a colación lo establecido en el ámbito internacional de los Derechos Humanos en relación con la obligación de los Estados de remover aquellos obstáculos en el acceso a la justicia que tengan origen en la posición económica de las personas. Por tanto, se retomaran algunos informes y parámetros establecidos en el ámbito interamericano de protección de derechos humanos, en el entendido que hacen parte de la Constitución Política integrada por el bloque de constitucionalidad.

Colombia es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, desde el 31 de julio de 1973, así como de los instrumentos regionales de protección. Luego, teniendo en cuenta que el sistema jurídico y político colombiano debe complementarse con los estándares éticos universales para la construcción de los criterios judiciales y la consolidación de parámetros a favor de la persona y la dignidad humana, se tomarán dichos aportes para nutrir la labor que desarrollan los consultorios jurídicos en Colombia. En efecto, si bien la obligación recae sobre Colombia como Estado, todo lo anterior nos sirve como guía frente a un objetivo común, como es el acceso a la justicia en condiciones de igualdad para las personas de escasos recursos.

En líneas generales, la Corte Interamericana (en adelante Corte IDH) y la Comisión Interamericana (en adelante CIDH) han fijado la obligación a los Estados parte de proveer en ciertas circunstancias servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos económicos, a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva (CIDH, 2007^a: 28).

En el informe publicado por la CIDH relativo al acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, se identifican cuatro temas centrales estimados prioritarios respecto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales: 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales; 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales y; 4) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos. En dicho informe, la CIDH enfatiza que estos estándares no sólo tienen un importante valor como guía de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención Americana", "Convención" o "CADH") para los tribunales nacionales, sino que pueden contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, y a fortalecer los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas, así como los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia" (CIDH, 2007 a: 5).

Los derechos sociales como el acceso a la salud, educación y servicios públicos en general son las principales problemáticas¹⁰ de las personas de escasos recursos económicos, donde el Estado en efecto tiene la responsabilidad de garantizar la atención jurídica gratuita. La CIDH ha identificado algunos criterios para la determinación de la procedencia de la asistencia legal gratuita en los casos concretos; estos son: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso; y c) la importancia de los derechos afectados. (CIDH, 2007 a).

Asimismo, en el ámbito de la necesidad de un apoyo legal, la CIDH ha entendido que la complejidad técnica de las acciones constitucionales, establece la obligación de proporcionar asistencia legal gratuita para su efectiva promoción. A su vez, en el informe indica que los costos del proceso - sea éste judicial o administrativo- y la localización de los tribunales son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales.

¹⁰ Desde una perspectiva histórica, el avance de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la jurisprudencia comparada y estrategias de litigio resulta notable. Ha habido una ampliación y profundización de la exigibilidad de estos derechos por vía de los tribunales nacionales, comenzando por un número reducido de jurisdicciones y extendiéndose a países de todas las regiones y sistemas jurídicos del mundo. Langford, Malcom. Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico, Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos, Volumen 11, Sao Paulo, 2010.

Por otra parte, la CIDH en el Informe sobre Acceso a la justicia para las mujeres víctimas en las Américas, observa con especial preocupación la baja utilización del sistema de justicia por parte de las víctimas de violencia contra las mujeres y su persistente desconfianza en que las instancias judiciales sean capaces de remediar los hechos sufridos. Entre las razones acreditadas se encuentran la victimización secundaria que pueden recibir al intentar denunciar los hechos sufridos; la falta de amparos y garantías judiciales para proteger su dignidad, seguridad y privacidad durante el proceso, así como la de los testigos; el costo económico de los procesos judiciales; y la ubicación geográfica de las instancias judiciales receptoras de denuncias. De la misma manera, la CIDH destaca con preocupación la falta de información (CIDH, 2007 b; 32).

De los problemas identificados en relación con el acceso a la justicia para las mujeres, la CIDH exige por parte del Estado en general la prestación de servicios legales gratuitos orientados a estas mujeres para facilitar que accedan a instancias judiciales de protección y a una mayor difusión de información sobre recursos dentro del sistema de justicia y sobre sus derechos. (CIDH, 2007 b: 45).

Adicionalmente, en el informe de mujeres y justicia la Comisión reconoce que

“en el pasado la adopción de instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención de Belém do Pará y la CEDAW ha impulsado una serie de cambios en el funcionamiento de la administración de justicia, en la legislación y en los programas de gobierno, en países de derecho civil y de *common law* en materia de discriminación y violencia contra las mujeres. Estos esfuerzos evidencian la responsabilidad asumida por los Estados de abordar la violencia contra las mujeres como un problema público, así como de modificar e implementar de manera efectiva y práctica un marco jurídico que se ajuste a los parámetros internacionales” (CIDH, 2007 b).

En conclusión, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos advierte sobre la contribución de los estándares internacionales en el mejoramiento de las prácticas judiciales en asuntos de acceso a la justicia, insiste que la discriminación en el ejercicio o disponibilidad de las garantías judiciales por razones de situación económica está prohibida según las disposiciones de los artículos 1.1, 8 y 24 de la Convención Americana. Además, insta a los Estados a crear mecanismos para la prestación de servicios gratuitos en especial para la población vulnerable como por ejemplo mujeres víctimas de la violencia. En general los parámetros de la CIDH se adecuan perfectamente a la necesidad de ampliar los criterios de trabajo al interior de los consultorios jurídicos en Colombia y de tal forma contribuir desde la universidad en la eliminación de factores que tengan origen en la posición económica de las personas en el acceso a la justicia. A su vez, la necesidad de evaluar si existen grupos especialmente vulnerables donde se deba dirigir las acciones de protección, como por ejemplo la violencia contra las mujeres, las víctimas del conflicto armado, personas con discapacidad, indígenas, entre otros.

Aportes de la doctrina y las nuevas prácticas de los Consultorios Jurídicos

En el ámbito académico se ha discutido la importancia y el fundamento de las actividades que desarrollan los estudiantes de los consultorios jurídicos en la prestación de servicios legales a la población vulnerable o de escasos recursos. En tal contexto, se analizarán algunos aportes realizados por profesores y académicos en Colombia y en Latinoamérica, con el propósito de recoger parámetros frente a la labor que deben desarrollar los estudiantes en sus prácticas legales.

Para algunos expertos el fenómeno de las clínicas jurídicas surge en el marco de una pugna entre formalismo jurídico y realismo jurídico (Londoño, 2008: 14) y por ende de la necesidad de acercar a los estudiantes a la realidad del derecho más allá de los tradicionales modelos pedagógicos del estudio de la norma y la jurisprudencia. Las discusiones y las formas de ver el estudio del derecho han tomado diferentes perspectivas. Víctor E. Abramovich, por su parte afirma que “la enseñanza Clínica como movimiento cuestionador de los métodos tradicionales de estudio del derecho en los EEUU, si bien se abre camino en las Universidades en la década del 60, tiene su origen en las filosas y mordaces críticas lanzadas por Jeremy Frank en los años 30, en su artículo: “*Why Not a Clinical Lawyer School*” (Por qué no una Escuela de Clínica Legal). En esta obra, Frank sostiene que las Escuelas de Derecho podrían aprender mucho de las Escuelas de Medicina, en el uso de las Clínicas gratuitas y dispensarios, como ámbitos para desarrollar un método de enseñanza basado en la práctica de los estudiantes en la atención de casos reales, en lugar de destinar todo el tiempo al estudio de libros de casos. (Abramovich, 2005: 2).

Asimismo, Abramovich en su escrito añade que no existe consenso acerca de cuál es el principal objetivo de la enseñanza en las clínicas legales, aunque la opinión predominante señala como tal, proveer al estudiante técnicas de análisis y ciertas destrezas profesionales que sirvan de medios para aprender de su propia experiencia. Igualmente, el autor indica que la opinión mayoritaria en el movimiento de clínicas legales parte de reconocer una evidencia de la vida profesional: los abogados aprenden derecho luego de graduarse en las universidades (Abramovich, 2005: 3).

Otros autores en la misma línea crítica sobre la enseñanza del derecho han advertido sobre el rol de los profesores y alumnos en las prácticas judiciales, en tanto no podemos pasar por alto que se trata de estudiantes de último semestre de derecho que están aplicando sus conocimientos. Al respecto, Felipe González, profesor chileno y estudioso del tema, señala que:

“la formación jurídica tradicional parece concebir a abogados y jueces como una suerte de oráculos. Los primeros, frente a sus clientes y frente a los propios jueces, y los segundos frente a las partes en el proceso y, en último término, frente a la sociedad. Además, cuando abogados y jueces imparten clases, extienden este rol frente a sus alumnos. De lo que estamos hablando aquí es de una adecuada fundamentación de las propias proposiciones, en oposición a lo que John Stuart Mill llamaba –para criticarla - la repetición de verdades cuyo fundamento ha sido olvidado largo tiempo atrás. Concebir la enseñanza del derecho como un conjunto de conocimientos que se transmiten como

verdades inalterables entre jueces, profesores y alumnos, y, en último término al cliente, ha conducido a que educadores y aprendices se hayan convertido en un conjunto de funcionarios burocráticos que, si bien conocen su trabajo con precisión, difícilmente desarrollarán un buen juicio para emplear el derecho (González, 2003:19).

En efecto con las anteriores críticas se resalta que las clínicas jurídicas parten de la necesidad de familiarizar y adaptar a los estudiantes con nuevas técnicas de análisis idóneas para enfrentar los desafíos de las actividades jurídicas y preparar a las personas para un mejor desempeño profesional en el futuro. Además, con los años se ha demostrado que los consultorios jurídicos o clínicas legales han servido como instrumento de sensibilización para los profesionales del derecho frente a las problemáticas sociales y económicas de cada región. Luego, la importancia de las clínicas jurídicas tiene un entorno académico y social que hace doblemente significativo su estudio, pues por un lado se puede medir el funcionamiento interno de las universidades en el marco del aprendizaje en diferentes áreas del derecho y por otro, conocer el impacto de la práctica legal hacia la realidad social. La labor de los consultorios jurídicos devenga un análisis profundo sobre la enseñanza del derecho y la forma de transmitir los conocimientos a los estudiantes a favor de la democracia y de la justicia.

En Colombia, algunos profesores conciben la labor de los estudiantes que prestan servicios jurídicos gratuitos como “una de las estrategias que pretende mitigar varias de las debilidades en el ejercicio de la justicia” (Vásquez, 2008, 11), lo que en un primer plano parecería una simple instrumentalización de la labor de los estudiantes, pero no podemos pasar por alto que desde diferentes prácticas se ha aprovechado para construir desde la universidad una sociedad más justa y respetuosa de los derechos humanos. Para Beatriz Londoño, profesora de la Universidad del Rosario y encargada de la Clínica de Interés Público, “el surgimiento de los Consultorios Jurídicos, es una primera expresión de ese ejercicio resaltando normativamente valores como el respeto a los derechos humanos individuales y colectivos, la democracia, lo que se denomina una ética del servicio social y una connotación muy especial de nuestra profesión “la abogacía como una función social” (Londoño, 2006: 27).

Con los argumentos expuestos, se vislumbra que los consultorios jurídicos deben edificarse de manera tal que logren un equilibrio adecuado entre la contribución desde la academia a una sociedad más justa y democrática a través del respeto de los derechos humanos que se impulsan desde los consultorios jurídicos y una mejor enseñanza del derecho para los estudiantes. Por consiguiente, para alcanzar dicha contribución social y académica, los consultorios deberían dejar de ocuparse la mayor parte de su tiempo en labores individuales, es decir, resolución de casos concretos y pequeñas causas, y centrarse en trabajar en aspectos de impacto social a través de acciones que promuevan cambios frente a problemas estructurales que enfrentan diferentes sectores de población con escasos recursos económicos.

Consultorios Jurídicos y litigio de interés público

La mayoría de los consultorios jurídicos tienen divididos sus servicios en cinco áreas del Derecho: Civil, Laboral, Penal, Público y Familia. Donde el área de privado y público suelen ser las más demandadas¹¹. Así, en el momento de evaluar nuestras prácticas del derecho es en el área de derecho público en Colombia donde parece que hay una necesidad, tanto de profesores como de estudiantes, de encontrar otras soluciones frente a la práctica de los estudiantes. Así, en busca de un equilibrio entre la enseñanza del derecho y los aportes para la justicia en Colombia y en Latinoamérica han surgido nuevas tendencias, en primer lugar, la implementación de las clínicas de interés público por parte de algunas universidades del país y segundo lugar, con los Consultorios Jurídicos con atención especializada para personas víctimas de desplazamiento forzado, con énfasis en derecho público. A continuación se recogen los aportes sobre las clínicas jurídicas de interés público con el propósito de reconocer su funcionamiento, finalidad e innovación de recursos en los mecanismos de atención a población de escasos recursos económicos y vulnerables.

Para Beatriz Londoño, los Consultorios Jurídicos se constituyeron como una de las alternativas para reivindicar la labor social del abogado y de las facultades de derecho, pero en pleno Siglo XXI se exige una reformulación de su misión y una labor enfocada con mayor decisión hacia la defensa del interés público” (Londoño, 2003: 28). Asimismo, la mencionada profesora en otro artículo sobre la materia indica que dentro de los principales antecedentes en la línea de defensa de interés público encontramos que “los años 90 marcan la época de surgimiento y fortalecimiento de las clínicas legales en América Latina, con un enfoque muy particular, en su gran mayoría se trata de clínicas de interés público, unidas en un movimiento denominado "Red Sudamericana de Clínicas de Interés Público", cuyo impulso inicial estuvo en Chile (Universidad Diego Portales), Argentina (CELS, UBA, Universidad de Palermo) y Perú (Pontificia Universidad Católica). Actualmente la Red está integrada por universidades de Chile, Argentina, Perú, Ecuador, Colombia y México, y en el último encuentro realizado en México, participaron profesores y estudiantes de importantes universidades de Estados Unidos, como Columbia, Harvard, Washington University, entre otras (Londoño, 2008: 32).

En Colombia en la actualidad hay al menos cuatro universidades que tienen un trabajo fuerte a través del grupo de interés público dentro de los consultorios jurídicos: Universidad del Rosario,

¹¹ Así lo demuestra, la investigación desarrollada por CEDHUL, donde se estudiaron 7 universidades de Santander y Norte de Santander. Se encontró que el área con mayor número de solicitudes relacionadas con derecho privado con un total del 32% de los usuarios mientras en el área de derecho Público, con un 30% de los usuarios, donde los casos centran su preocupación la mayoría en asuntos relativos a la atención médica y seguridad social, a la adquisición de subsidios por parte de los usuarios, a temas sobre pensiones, trámites en entidades estatales, habeas data, desplazamiento, problemas con identificación de las personas, violación al derecho de petición, asuntos relacionados con vulneración de derechos fundamentales, responsabilidad estatal, reconocimiento y pago de prestaciones sociales y despidos por maternidad. Además de casos, sobre alto porcentaje de casos relacionados con la violaciones de derechos fundamentales. Disponible en: www.cedhul.com (consulta noviembre de 2010).

Universidad de Medellín, Universidad Sergio Arboleda y Universidad de los Andes. Las cuatro universidades pertenecen a la red latinoamericana de Clínicas Jurídicas, cuyo objetivo de esta red es fortalecer la enseñanza clínica y a través de este instrumento intervenir en la defensa del interés público y los derechos humanos mediante el litigio estratégico como herramienta¹².

Ahora bien, lo interesante de los grupos de trabajo de interés público es su capacidad de trabajo a favor de intereses colectivos y el análisis permanente sobre las estrategias y necesidades en relación con el derecho a la justicia de la población. Por ejemplo, una de las conclusiones del trabajo que adelanta nuestro Grupo de Acciones Públicas en la Universidad del Rosario “tiene que ver con la identificación de aquellos problemas que impiden un real acceso a la justicia para garantizar los derechos humanos y que hemos denominado los retos de la protección judicial de los derechos en Colombia. Entre ellos debemos mencionar los siguientes: i. Los obstáculos políticos y económicos frente al desarrollo de normas específicas para su protección; ii. La escasa formación de nuestros jueces en materia de derechos colectivos; iii. La utilización del amparo o tutela, para proteger derechos colectivos (protección directa y protección por conexidad con derechos fundamentales)”¹³.

Otro trabajo a ilustrar es el grupo de interés público de la Universidad de los Andes. El profesor Daniel Bonilla, quien ha sido parte del equipo coordinador, indica que “en la actualidad desarrolla un importante trabajo basado en la transformación de la enseñanza del derecho y la justicia social. Por consiguiente, el profesor indica que dentro de los propuestos de las Clínicas se encuentran: 1). Enseñanza del derecho debe intentar que los estudiantes adquieran habilidades (...); 2). Derecho se concibe como un instrumento de cambio social. Derecho es herramienta para creación de una sociedad más justa. De ahí que las clínicas se hayan concentrado en proyectos como la protección de los derechos de las minorías (comunidades indígenas y homosexuales por ejemplo) o en la protección de bienes jurídicos colectivos como el ambiente y la salubridad pública). El objetivo no es solo ayudar a la defensa de los intereses particulares de las clases bajas sino la transformación de la sociedad a través de litigios de alto impacto” (Bonilla, 2007; 6).

El grupo de interés público de los Andes es sin duda el que más ha obtenido impacto en los últimos años en relación con acciones de inconstitucionalidad. Este ha logrado transformaciones históricas para el derecho colombiano, como constituye la modificación de las normas para parejas del mismo sexo¹⁴, la inconstitucionalidad de la ley forestal, entre otras.

¹² Cfr. Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas: www.clinicasjuridicas.org.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Este proyecto que inició en agosto de 2005, es el producto de una valiosa alianza entre el Grupo de Interés Público y la organización no gubernamental Colombia Diversa. La preparación de la estrategia, que tomó diez meses, condujo a la redacción de tres demandas y a la presentación de dos de ellas ante la Corte Constitucional en junio de 2006. El pasado 7 de febrero la Corte falló a favor de las pretensiones de la primera demanda, en una trascendente decisión en la que se reconocen por primeras vez los derechos de las parejas del mismo sexo en nuestro país. Igualmente, el 17 de abril de 2008 la Corte Constitucional falló a favor de las pretensiones de la segunda demanda. Ver: <http://gdip.uniandes.edu.co>.

Paralelamente, en el año 2005, el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA - dio impulso a la constitución de la *red derecho y desplazamiento*, con el apoyo de la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y del Consejo Noruego para los Refugiados –NRC (desde el 2007). Dicha Red, busca fortalecer y cualificar las condiciones de exigibilidad de los derechos de la población en situación de desplazamiento que acude a los programas de atención jurídica integral de los consultorios jurídicos en 12 ciudades diferentes del país, y aportar en la formación académica de los estudiantes de derecho, mediante un acercamiento a la realidad nacional, bajo un enfoque de derechos humanos¹⁵.

Con base a los anteriores objetivos, ILSA como entidad promotora y administradora del proyecto, impulsa el fortalecimiento y consolidación de la Red, a través de la coordinación de las estrategias de fortalecimiento de la asistencia integral, institucionalización académica, e incidencia, lo cual en efecto trae dobles beneficiarios: las personas en situación de desplazamiento forzado que acuden a los programas de atención integral de los Consultorios Jurídicos y los estudiantes y coordinadores que hacen parte del programa¹⁶.

Para las universidades comprometidas se han desarrollado otras formas de concebir el derecho; por ejemplo, en un escrito presentado por la Decana de la facultad de derecho de la Universidad de Cartagena indica: que “Impulsar la conformación de una red de servicios legales para las comunidades desplazadas, a partir de una concepción de alternatividad jurídica que permita mediante el trabajo coordinado entre grupos de estudiantes de Derecho, académicos, las ONG, organizaciones de juristas, promover experiencias e iniciativas significativas de asesoría legal y formación en mecanismos legales, en torno a los derechos humanos y derecho de interés público, de tal manera que se cualifiquen los procesos colectivos de exigibilidad y acceso a la justicia de los desplazados” (Quintero y Carvajal, 2009: 186)

En el mismo sentido, los autores refieren que “El trabajo en red es concebido como un espacio de articulación y animación de causas, de intercambio de experiencias y de sistematización de trabajos implementados por los consultorios jurídicos y los grupos de estudiantes de Derecho que en Colombia trabajan apoyando a los desplazados”¹⁷. Las actividades de los consultorios sobre desplazamiento forzado son evaluadas periódicamente y manejan estadísticas sencillas sobre algunos datos demográficos de la población que solicita el apoyo legal y algunas cifras sobre tutela y derechos de petición, como acciones públicas a favor de la defensa de derechos fundamentales¹⁸.

¹⁵ Cfr. Red de derecho y desplazamiento: <http://derechoydesplazamiento.ilsa.org.co:81/>.

¹⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Información suministrada por el Consultorio Jurídico de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2009. Consultar: www.cedhul.org

En este contexto, encontramos que la creación de un área especializada dentro de los consultorios jurídicos responde a unos de los problemas de derechos humanos de mayor dimensión en el país, como constituye el desplazamiento forzado por la violencia. Así, se avanzó desde la universidad hacia la construcción de una solución de problemas estructurales de acceso a la justicia frente a la población víctima del conflicto armado con escasos recursos económicos y precarios conocimientos sobre el respecto y la garantía de sus derechos sociales fundamentales. Adicionalmente, el trabajo en red de los consultorios con organizaciones no gubernamentales ha permitido la continuidad de las labores y el crecimiento como de flujo de atención como parte del proceso de consolidación de la atención especializada.

A principios de 2012, visitamos algunos consultorios jurídicos en la ciudad de Medellín. Dentro de los hallazgos obtenidos encontramos estrategias innovadores para acercar los consultorios jurídicos a las poblaciones más necesitadas de sus servicios. En este sentido, el consultorio jurídico de la Universidad de Medellín, con el apoyo de USAID, ha desarrollado un programa especial donde desplaza un grupo de estudiantes y asesores los últimos diez días de cada mes a regiones apartadas, como lo son el Bajo Cauca y los Montes de María. Por su parte, el consultorio jurídico de la Universidad de Antioquia –U de A- ha avanzado también la búsqueda de alternativas que maximicen la utilidad del consultorio jurídico para las comunidades necesitadas. Así, ha desarrollado consultorios rurales en cuatro municipios del departamento de Antioquia, que operan cada ocho o quince días, de la misma forma, han avanzado en la descentralización del consultorio al interior de la ciudad implementado un programa denominado Consultorio al Barrio en las comunas 1 y 13 de Medellín, lo que se une a las jornadas de atención que desarrollan de forma continua en los corregimientos de esta misma ciudad.

Otros programas focalizados en las necesidades de los usuarios que ha desarrollado la U de A tienen que ver con la implementación de una oficina especial de atención para la población víctima del desplazamiento forzado, además de un programa de atención a las familias usuarias del consultorio jurídico, donde se ha creado un grupo interdisciplinario conformado por profesionales de trabajo social, psicología y derecho para la atención de aquellas necesidades que escapan a lo jurídico. También se ha avanzado en programas pioneros en su tipo como la Unidad Jurídica para el Estudio de las Normas de los Animales, iniciativa que sigue de cerca los avances en la materia. Así mismo, la U de A ha progresado, además, en la forma de acceso a los usuarios, ello por medio de propuestas como Radio-Consultorio, consistente en un programa de radio en la emisora de la universidad donde se atienden las dudas de los usuarios de acuerdo a la temática particular de cada programa.

Finalmente, en nuestras visitas pudimos indagar sobre las necesidades que tienen los consultorios jurídicos, dentro de las cuales resaltan, por ejemplo, la limitada competencia que tienen, de conformidad a la ley, para tramitar procesos: se ha señalado que se deberían poder tramitar asuntos de jurisdicción voluntaria y procesos de pertenencia. Esto se suma a otros retos como la dificultad de mantener contacto con los usuarios (muchos de los cuales no tienen una vivienda estable por ser habitantes de la calle o haber sido víctimas del desplazamiento forzado) o el excesivo número de usuarios que requieren asesoría jurídica.

Conclusiones

A modo de conclusión, es importante indicar que de las dos experiencias ilustradas deducimos que los consultorios jurídicos en Colombia en la última década han estado en continuo movimiento e innovación promovida desde la academia con el fin de lograr mayor contribución para la sociedad. Las clínicas jurídicas de interés público y los consultorios con atención especializada logran una mejor combinación entre la academia y la contribución a la justicia como un fin social. Las dos experiencias refuerzan la idea de social de su surgimiento en tanto priorizan el impacto en la sociedad y la investigación como dos herramientas necesarias para su trabajo, desde dos perspectivas diferentes. Al mismo tiempo, resaltamos que con estas nuevas prácticas del derecho se obtiene una mejor manera de preparar a los estudiantes en el uso de herramientas jurídicas prácticas que resultan indispensables en el ejercicio de su profesión frente a problemas estructurales de la justicia a través de acciones colectivas para la defensa de los derechos de la población o acciones individuales masivas tendientes a la materialización de derechos de sectores discriminados y vulnerables.

La autonomía de las universidades tiene límites constitucionales en la preparación en la atención a los usuarios, el adiestramiento teórico-práctico, la supervisión por parte de los profesores en las actuaciones, y la vigilancia de las actividades. Sin embargo, al no existir parámetros claros en la aplicación de dichos límites, cada universidad determina en mayor o menor medida la preparación integral para los estudiantes en la atención a usuarios y litigio de casos. Sin embargo, frente a gran parte de las universidades en Colombia no existe un mecanismo estándar para verificar que dichos mínimos se cumplan.

En Colombia, la atención la mayoría de las universidades direcciona los consultorios de manera autónoma. Aunque como se observó anteriormente en los últimos 10 años existen prácticas legales como las clínicas jurídicas y los consultorios con atención especializada a población desplazada que responden a gran parte a los estándares de la Corte y de la Comisión Interamericana, que estudiamos anteriormente. Donde persiste el mismo problema frente al mecanismo para incentivar, controlar y verificar el trabajo desarrollado por las universidades de manera unificada.

Referencias

Abramovich E., Víctor, (1999) *Cuaderno de Análisis Jurídico N° 9. Serie Publicaciones Especiales: Defensa Jurídica del Interés Público*, Santiago, Ed. Universidad Diego Portales.

Bonilla, Daniel, (2008) *Igualdad, Orientación Sexual y Derecho de Interés Público: la historia de la sentencia C-075/07. Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad*, Bogotá, Universidad de los Andes-Colombia Diversa.

Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacionao –CEDHUL-, (2009) *Análisis Cuantitativo y Cualitativo de los Consultorios Jurídicos de Santander y Norte de Santander*. Disponible en: www.cedhul.com, fecha de consulta: 1 noviembre de 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2007 a) *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4*. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> Fecha de consulta: 4 de abril de 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2007 b) *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II*. Washington, D.C.

Comisión Internacional de Juristas –ICJ-, (2008) *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability*, Ginebra.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencias: C-037 de 1996, C-025 de 1998, Sentencia C-617 de 1996, C- 143 de 2001, C-1076 de 2002.

García, Mauricio, (2010) *Colombia tierra de abogados*. Periódico El Espectador, Disponible: <http://www.elespectador.com/impreso/nacional/articuloimpreso201004-colombia-tierra-de-abogados> Fecha de consulta: 5 de abril de 2012.

Gargarella, Roberto, (2008) *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, pág. 39.

González morales, Felipe, (2003) *Cuaderno de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales N°15, Cultura Judicial y Enseñanza del Derecho en Chile, Clínicas de Interés Público y Enseñanza del Derecho*, Santiago, Universidad Diego Portales, pág. 19.

Instituto Interamericano De Derechos Humanos, (2009) *Indicadores de progreso en derechos humanos*, Disponible en: www.iidh.edu.cr, Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2009.

Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos –ILSA-, 2010, *Red de derecho y desplazamiento*, Disponible en: <http://derechoydesplazamiento.ilsa.org.co:81/> Fecha de consulta: enero de 2010.

Langford, Malcolm, (2010) *Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico*, Sao Paulo, Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos, Volumen 11.

Londoño Toro, Beatriz, (2008) *La experiencia clínica y la Reforma de la enseñanza del Derecho en el plano Internacional: La enseñanza clínica en América Latina, Ponencia presentada en el Seminario Internacional: “El Derecho de Interés Público y el Estado Constitucional: Nuevos Paradigmas para el Cambio”*, Arequipa, Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Londoño Toro, Beatriz, (2003) *Cuaderno de Análisis Jurídicos Serie Publicaciones Especiales N°15, Las clínicas jurídicas de interés público en Colombia retos y posibilidades de una naciente experiencia*, Santiago, Universidad Diego Portales.

Quintero Lyons, Josefina y Carvajal Martínez, Jorge, (2009) *Impacto del Consultorio Jurídico y desplazamiento: el uso alternativo del derecho. Modelo para atención a la población desplazada*, Barranquilla, Revista De Derecho N.º 31, pág. 186.

Rothing, Jacob y Romero, Marco Alberto, (2008) *Indicadores para medir el disfrute de derechos en Colombia*. Bogotá, Revista Migraciones Forzadas. N. 30, pp. 64-65.

Vásquez Santamaría, Jorge Eduardo, (2008) *Fundamentos para la creación de una clínica jurídica en la funlam como apoyo en la enseñanza práctica del derecho*, Coloquio Investigación e Innovación en la Enseñanza de las Ciencias, Memorias IIEC Volumen 2, No 3, págs. 11- 22.

EL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE TRABAJO EN EQUIPO EN LA ACTIVIDAD SANITARIA: LA DIVISIÓN DE TRABAJO HORIZONTAL Y VERTICAL*

Division of Labour principle in healthcare: the horizontal
and vertical división of labour.

Por: Geovana Andrea Vallejo Jiménez**

Recibido: abril 25 del 2012 Aceptado: junio 15 del 2012

RESUMEN

En este texto se pretende hacer un análisis del principio de la división de trabajo a partir de la importancia que este reporta en el desarrollo de la actividad médica cuando se incurre en responsabilidad penal por imprudencia de alguno de los miembros del equipo de trabajo, atendiendo a las relaciones de división horizontal y vertical que surgen en virtud de las actividades desarrolladas por los miembros del equipo médico

PALABRAS CLAVE.

Actividad sanitaria, principio de división de trabajo, equipo de trabajo médico, división de trabajo horizontal, división del trabajo vertical.

ABSTRACT

This paper tries to analyze the principle of "division of labour", understanding the importance and development of medical activity when they incurred criminal liability for negligence by one of the team members, attending relations of horizontal and vertical division arising under the activities of members of the medical team.

KEYWORDS

health care work, principle of division of labour, sanitary team, working division horizontal, vertical division of labour.

* Este artículo es producto de la tesis doctoral: "Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica", desarrollada dentro del marco del doctorado "Responsabilidad jurídica. Una perspectiva multidisciplinar" de la Universidad de León en España entre los años 2006-2012. Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación DER2010-16558 (Ministerio de ciencia e innovación de España en parte con fondos FEDER) del que es investigador principal el prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y de cuyo equipo investigador formo parte.

** Abogada y docente investigadora de la Universidad San Buenaventura-Seccional Medellín. Especialista en Derecho penal por la Universidad Eafit y candidata a doctor de la Universidad de León (España). Correo electrónico: geovanna.vallejo@usbmed.edu.co

1. Introducción

El trabajo que se presenta a continuación es producto del resultado del proyecto de investigación adelantado dentro del marco de la tesis doctoral: “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”. La metodología científica empleada en este trabajo ha sido la dogmática penal, pues el correcto uso del contenido del derecho y la aplicación racional del mismo se logra es a través de la dogmática penal (Gimbernat Ordeig, 1990: 158). Asimismo, a lo largo de la elaboración de este trabajo siempre se buscó que la conclusión o el argumento final tuvieran un fundamento válido a partir del principio de legalidad.

El ejercicio de la medicina moderna ha exigido una constante evolución en la ejecución de la actividad sanitaria, a tal punto que en la actualidad resulta excepcional que aquella sea ejercida por un solo profesional. Habitualmente el diagnóstico, pronóstico y tratamiento del paciente compete a varios profesionales, quienes además van a estar coadyuvados por auxiliares sanitarios, como es el caso de las enfermeras/os, ayudantes, instrumentistas, matronas, entre otros. Esto implica que los diversos miembros que intervienen en el tratamiento del paciente trabajen de forma conjunta y coordinada bajo la dirección y supervisión de uno o varios de ellos, por ejemplo, el jefe del equipo, quien en virtud de sus funciones jerárquicas se encarga de dirigir a los distintos facultativos que participan en la actividad (Benítez Ortuzar & Cruz Blanca, 2009: 192).

Este fenómeno relativamente nuevo de la medicina en equipo exige, tanto en el ámbito jurídico como en el sanitario, la necesidad de delimitar las respectivas responsabilidades, normalmente imprudentes, de los diversos miembros del equipo y, en este sentido, la dogmática penal ha encontrado y postulado criterios que permiten la separación de responsabilidades de los intervinientes. Estos principios o criterios son conocidos como: el principio de división del trabajo y el principio de confianza. Conforme al primero de ellos, cada miembro del equipo sanitario deberá realizar su actividad en la parte que le corresponda, tras la aplicación de un plan de división de funciones, que, en unos casos, será de forma horizontal, y, en otros, de forma vertical. El segundo criterio, es decir, el principio de confianza, opera en virtud de la aplicación de la distribución horizontal y vertical de tareas; así, el profesional que se encuentra en división horizontal con sus demás compañeros de equipo confía en que aquellos van a llevar a cabo su actividad a través de una correcta aplicación del deber objetivo de cuidado, como lo haría un médico medio ideal, pero también, el médico que se encuentra en un nivel jerárquico superior confía en que sus subordinados asuman la función que les ha sido designada observando la *lex artis*.

No obstante, en el presente artículo solo voy hacer referencia al primero de los principios mencionados, no porque el otro sea menos importante, sino porque considero que merece ser tratado en un trabajo diferente para profundizar en este. Por lo tanto, en lo que sigue me referiré al principio de la división de trabajo en el equipo médico, haciendo hincapié en el contenido y estructura de la división horizontal y vertical del trabajo en la actividad sanitaria.

2. Principio de la división del trabajo en equipo

El equipo médico ha sido definido por la doctrina (entre otros, Romeo Casabona, 1981a: 247ss.; Jorge Barreiro, 1995: 367; Choclán Montalvo, 1998: 105; Villacampa Estiarte, 2003: 149; Gómez Rivero, 2008: 399; Rodríguez Vázquez, 2008a: 208) como el conjunto de profesionales de la salud que intervienen para desarrollar adecuadamente la actividad sanitaria, incluyendo todo el personal sanitario, es decir, facultativos y no facultativos (Rodríguez Vázquez, 2008b:378)¹. La legislación española ha definido el equipo médico en el artículo 9.2 de la Ley 44/2003 de 21 de noviembre –de ordenación de las profesiones sanitarias– entendiéndolo como “la unidad básica en la que se estructuran de forma uni o multiprofesional e interdisciplinar los profesionales y demás personal de las organizaciones asistenciales para realizar efectiva y eficientemente los servicios que les son requeridos”. En Colombia no existe una norma específica que defina lo que debe entenderse por equipo médico; sin embargo, existen leyes que regulan las actividades de los profesionales y auxiliares de la salud, lo cual hace pensar que existe un reconocimiento tácito del legislador al concebir la profesión médica como una actividad que debe realizarse por un conjunto de profesionales, facultativos y no facultativos.

Estas definiciones implican que en el equipo médico se configuran relaciones de trabajo, en las que a cada miembro se le asigna una tarea específica; por lo tanto, las funciones que se desempeñan en el interior de un determinado procedimiento médico pueden desarrollarse a través de dos clases de relación: horizontal y vertical.

a) La división horizontal

La doctrina mayoritaria define la división horizontal de trabajo como aquella forma de relación independiente y autónoma que se da entre los miembros del equipo sanitario que se encuentran en el mismo plano de igualdad; es decir, que cada sujeto decide por sí mismo su propia acción, conductas u órdenes de terceros intervinientes (Rodríguez Vázquez, 2008a: 312). De lo que se trata entonces es de delimitar las responsabilidades que podrían surgir entre iguales, como sucede, por ejemplo, en el caso del cirujano y el anestesista (De Fuentes Bardají, 2009: 568).

El que estos profesionales se encuentren en una relación de igualdad no significa una similitud de funciones; por el contrario, estas se hallan delimitadas y diferenciadas a través de competencias autónomas que cada uno de los intervinientes ejecuta individualmente, aunque sus actuaciones vayan encaminadas a la obtención de una misma finalidad, es decir, el tratamiento del paciente; por lo tanto, desde el punto de vista funcional, entre estos profesionales no va a existir una relación de supra-subordinación, ni mucho menos de jerarquía, sino que el campo competencial de un profesional es independiente del campo de actuación del otro (Rodríguez Vázquez, 2008a: 314).

¹ Este autor refiere a que el equipo puede estar (con)formado, por un lado, por médicos de diferentes especialidades, como anestelistas y radiólogos, que complementan sus funciones entre sí para atender a un solo paciente; pero por otro lado, el médico puede ser ayudado en su tarea por auxiliares, como sucede por ejemplo con la relación médico y enfermera.

No obstante, en la división horizontal, si bien las tareas que realizan los profesionales gozan de independencia y autonomía, estas deben hallarse coordinadas entre sí (véase Silva Sánchez, 1999: 27 ss.; Gómez Rivero, 2008, 400; Rodríguez Vázquez, 2008b: 391), pues de ello depende que se logre cumplir con la finalidad común, salvaguardar la vida y salud del paciente.

De igual manera, las diferentes especialidades que existen en la medicina obligan a que las actividades sanitarias guarden una estrecha relación entre sí, así, por ejemplo el cirujano no podrá proceder a intervenir quirúrgicamente a un paciente con diagnóstico de ligamento cruzado, si previamente este no ha sido valorado por el anestesista; por lo tanto, Rodríguez Vázquez (2008b: 392) afirma que “esta relación de interdependencia, que no de jerarquía, es la que se da entre especialidades directamente terapéuticas y especialidades diagnósticas, que son instrumentales de aquéllas. Los médicos que deben decidir sobre el tratamiento aplicable a un paciente, es decir, que actúan directamente sobre éste, tendrán que esperar en la mayoría de las ocasiones a los resultados de pruebas médicas realizadas por otros especialistas, como análisis clínicos, radiografías, ecografías, bioquímica clínica, lo que convierte a las primeras en dependientes de las segundas. Pero este hecho no significa que una especialidad sea superior jerárquicamente a la otra, ya que las funciones entre una y otra esfera están claramente delimitadas, y permanecen como ámbitos exclusivos de intervención para sus respectivos actores”.

Hasta el momento queda claro entonces, que la división horizontal del trabajo en equipo permite una relación autónoma, independiente, pero coordinada entre los distintos intervinientes de la actividad médica; sin embargo, el *quid* del asunto radica en determinar quiénes forman parte de este tipo de relaciones; es decir, si va a ser suficiente el criterio de la formación académica (que para algunos incluye además la experiencia) o si, como propone algún sector de la doctrina, será necesario acudir al criterio del “reparto competencial” u “organigrama funcional” establecido en la institución clínica.

Las estructuras hospitalarias contemporáneas, debido al progreso de la medicina, vienen siendo concebidas –tanto en el sector público, como en el privado– como empresas, lo que implica que los centros sanitarios funcionen en torno al cumplimiento de unos objetivos comunes: la alta calidad en el servicio, la eficiencia y la accesibilidad². Las instituciones sanitarias, a partir del siglo XX, comienzan a ser concebidas como estructuras complejas y diversificadas, obligando a que se creen divisiones organizacionales de orden: directivo, de gestión, científico y técnico (cfr. Navia Roque, 1999: 43 ss.); es decir, que su modo de operar será a través de organigramas funcionales y cada dirección tendrá asignada una competencia. Así, las de orden científico y técnico serán las encargadas del sistema de prestación asistencial en salud, unidades que a su vez, para realizar un

²En Colombia, la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el sistema de seguridad integral en salud, concibe como principios generales del sistema: la eficacia, la universalidad, la solidaridad, la integralidad, la unidad y la participación. Esto permite deducir que principios que antes eran exclusivos del sector empresarial ahora forman parte integral del sistema de salud.

trabajo ágil y eficaz, estarán subdivididas por departamentos; por lo tanto, será necesario que estos estén bajo el control de un coordinador (por ejemplo: coordinador de anestesiología, de cirugía, de medicina interna, de instrumentación, de enfermería, entre otros). Cada coordinador de equipo necesariamente tendrá que ser anestesiólogo, cirujano, médico internista, instrumentista y enfermera(o); es decir, que los encargados de cada una de las coordinaciones poseen la misma o similar formación académica que la de los compañeros que integran la unidad. Bajo este presupuesto, le asiste razón a Villacampa Estiarte (2003, 156 ss.) cuando advierte que la formación académica no va a ser criterio suficiente para determinar la división horizontal de trabajo, toda vez que esta, va a depender, además, de las funciones que se asignen en el organigrama competencial de la entidad de salud.

Como conclusión habrá que decir entonces que la división de trabajo horizontal en el equipo sanitario opera como una relación que se da entre iguales, es decir, entre profesionales facultativos y no facultativos, con una formación académica similar, desarrollando una actividad autónoma e independiente, pero coordinada, teniendo en cuenta que la relación entre estos siempre va a depender de las funciones asignadas en el organigrama competencial de la entidad a la que pertenezcan los mismos.

b) La división vertical

Las relaciones verticales o de división vertical del trabajo, a diferencia de la división horizontal de trabajo, es entendida por la doctrina mayoritaria como aquellas que suponen una relación jerárquica de supra y subordinación (Así entre otros, Romeo Casabona, 1985b: 75; Hava García, 2001: 79; Villacampa Estiarte, 2003:151; De Vicente Remesal & Rodríguez Vázquez, 2007, 170; Rodríguez Vázquez, 2008a, 314; Gómez Rivero, 2008, 400). Lo característico de la división vertical del trabajo, de acuerdo con Benítez Ortuzar & Cruz Blanca (2009: 195), es que las tareas que se reparten entre los miembros del equipo “no son fragmentos yuxtapuestos del mismo tratamiento del paciente, sino aspectos o facetas de un mismo acto cuya asunción ha asumido globalmente el principal. En otras palabras, cada acto de los miembros subordinados no es sino una parcela delegada de la actividad asumida por el jefe del equipo y, en definitiva, segmentos de su propia actividad”.

Wilhelm citado por Jorge Barreiro (1990:147), enumera como elementos estructurales de la división vertical de trabajo, los siguientes:

1. El orden jerárquico de distribución de deberes entre superior y subordinado, donde el primero ha de encargarse de instruir, controlar y vigilar, y el segundo, de obedecer las órdenes de aquél.
2. La relación de dependencia de los subordinados en el contexto de supra-subordinación; y
3. La delegación de funciones del superior jerárquico en el personal auxiliar sanitario.

Lo anterior implica que existe unanimidad en la doctrina al considerar que en la división vertical del trabajo siempre va a existir una relación de jerarquía; no obstante, respecto de la delegación de funciones, los criterios no son los mismos, pues, si bien para un sector de la doctrina división vertical y delegación son lo mismo, para otro sector no deben confundirse los términos. Choclán Montalvo comparte la idea de que la división vertical y la delegación son sinónimos; según este autor, será necesario distinguir entre deberes de diligencia primarios y secundarios, en el sentido de que el delegante conserva tras la delegación el control y vigilancia respecto del cumplimiento del deber de diligencia de sus colaboradores. La eficacia de la delegación va a depender de que esta se efectúe en personas con la cualificación necesaria y se le brinden los instrumentos necesarios para el cumplimiento de la función recibida, pues esto va a facultar al delegado llevar a cabo la función que le ha sido designada bajo condiciones que le permitan afirmar el dominio y control del riesgo de la tarea; por lo tanto, advierte este autor que “la propia atribución de tareas a quien no está en condiciones de ejercerlas en forma no peligrosa crea ya un riesgo desaprobado. Por ello, si como consecuencia de esa previsible actuación errónea del subordinado se produce lesión de un bien jurídico, entonces, será atribuible al órgano directivo de la empresa por la infracción del deber de cuidado que le incumbía” (Choclán Montalvo, 1998: 106 s.).

Otro sector de la doctrina se distancia de las consideraciones de Choclán Montalvo, así, Jorge Barreiro (1990: 116) considera que la delegación es sólo una de las formas de cooperación en la división vertical de trabajo, pero no es división vertical del trabajo. Por otra parte, Villacampa Estiarte entiende que la delegación no implica una relación jerárquica entre el delegante y el delegado, pues, por ejemplo, “un especialista en anestesiología y reanimación puede delegar en un diplomado de enfermería, cuando menos *de facto*, la vigilancia de un paciente que se encuentra en la sala de despertar, pero no por ello la relación profesional existente entre ambos, si no era jerárquica, se tronca en tal. Aun cuando el especialista sea jefe del servicio de anestesiología del centro sanitario no es superior jerárquico del diplomado en enfermería adscrito al servicio de cirugía” (Villacampa Estiarte, 2003, 156). Siguiendo una línea similar Rodríguez Vázquez (2008a, 315), también opina que no se puede identificar la división vertical del trabajo con la delegación, en el sentido de que esta última no siempre hace surgir una relación de subordinación entre delegante y delegado, sino que simplemente obliga a que el primero se vea obligado a ejercer vigilancia y control sobre la actuación del delegado respecto de la tarea que le ha sido asignada; es decir, que no se puede confundir división de trabajo vertical con delegación.

A título personal, considero correcta la idea de que la delegación no pueda entenderse como sinónimo de la función de la división de trabajo vertical, sino que simplemente forma parte de esta. No siempre que exista delegación va a existir una relación de subordinación jerárquica. Debe quedar claro, tal y como se expuso anteriormente, que ni la formación académica, ni el organigrama funcional, por sí solos, van a constituir criterios suficientes para determinar la categoría de división de trabajo, sino que requieren complementarse, en el sentido que lo uno va a depender del otro. Por lo tanto, para poder hablar de división vertical de trabajo, se tendrá que tener en cuenta que exista una formación académica diferente entre los distintos miembros del equipo, grados de titulación superiores e inferiores; pero a la vez, que dentro las funciones competenciales existan unos niveles de distinción jerárquica entre estos.

Por último, para concluir este tema de la división vertical de trabajo, me parece importante tratar un supuesto discutido por la doctrina española, y que aparentemente parecería ser un claro ejemplo de división vertical de trabajo. Me refiero al caso del MIR –Médicos Internos Residentes– y su tutor. No existe unanimidad en la doctrina, respecto de si efectivamente entre el residente y su director se produce una relación vertical. Para la mayoría, no existe duda de esta, pero en cambio otros la excluyen del ámbito propio de la división del trabajo. Jorge Barreiro forma parte del sector que considera que resulta evidente la división de trabajo vertical en la relación existente entre el MIR y su tutor, pues “la asistencia médica que llevan a cabo los médicos residentes es una asistencia tutelada, es decir, controlada y supervisada por el médico especialista (superior jerárquico)” (Jorge Barreiro, 1995, 383). Asimismo, Hava García considera que la actividad de estos médicos en formación se encuentra sometida a la asistencia tutelada, controlada y supervisada de un médico especialista, aunque advierte que la observancia de cuidado por parte de este no debe extenderse a tal punto que deba controlar y supervisar hasta las más mínimas actuaciones del residente: “La eficacia del sistema de asistencia tutelada conlleva, necesariamente, el reconocimiento de cierto grado de independencia del médico en formación. La ponderación de la distinta relevancia que debe otorgarse, por un lado, a la obligación de vigilancia del médico responsable y, por otro, al ámbito de autonomía que en su actividad posee el médico residente, es una tarea que quizá sólo sea posible realizar tras un detenido análisis de las concretas circunstancias que se den en el supuesto enjuiciado” (Hava García, 2001, 84). Siguiendo una línea similar a los anteriores, Rodríguez Vázquez (2008a: 316) considera que la relación que media entre el MIR y tutor debe regirse conforme los criterios propios de la división vertical de funciones, al cumplirse con las características propias de esta forma de organizar el trabajo; es decir, una función dependiente de la otra y un médico con menor titulación que otro. (Adoptando un criterio similar recientemente puede verse Del Castillo Codes, 2011: 285 y Cruz Blanca, 2011: 321).

Desde otra perspectiva minoritaria, Gómez Rivero considera que la relación del MIR y tutor debe excluirse de cualquier tipo de consideración a nivel de división vertical de trabajo, toda vez que la falta de experiencia del primero a lo que conduce es a un análisis estricto del cumplimiento de supervisión. Al respecto señala que “la problemática de esta fenomenología de casos entronca con el incumplimiento de la obligación de control que indefectiblemente pesa sobre aquél, sin que quede ámbito de juego alguno al principio de confianza [...] los médicos residentes (MIR), quienes si bien han completado su formación teórica, se encuentran en un período de consolidación de sus conocimientos, desarrollando la práctica asistencial bajo la tutela de un médico principal. Si bien puede presumirse una capacidad superior de esos médicos, también ahora su falta de experiencia da paso a especiales deberes de vigilancia y supervisión que desplazan de forma singular el protagonismo del principio de confianza. En su lugar, emerge a primer plano el deber del médico residente a su cargo, lo que, una vez más, expulsa su estructura de la genuina problemática de la responsabilidad por trabajo en equipo” (Gómez Rivero, 2008, 409 s.).

Le asiste la razón a quienes consideran que entre el MIR y su tutor se da es una división vertical de trabajo, en el caso español, si su postura se compara con la regulación establecida en el Real Decreto 183 de 2008 -por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada-, toda vez

que en los arts. 11³ y 15⁴ de la norma se ve con claridad que entre el MIR y su tutor existe una relación de subordinación del primero al segundo y unas funciones competenciales definidas que se encuentran en un nivel de superioridad de este frente a la de aquél. Situación similar que se observa en el caso colombiano donde a través del Decreto 2376 de 2010 -por medio del cual se regula la relación docencia-servicio para los programas de formación de talento humano del área de la salud-, art. 3 lit. C, que establece que todas las actividades asistenciales realizadas por los estudiantes en formación se realizarán bajo estricta supervisión del personal docente y/o del responsable de la prestación de los servicios, de conformidad con el Sistema de Garantía de la Calidad del Sistema de Seguridad Social en Salud.

³Artículo 11. “*El tutor. Concepto, funciones y nombramiento.* 1. El tutor es el profesional especialista en servicio activo que, estando acreditado como tal, tiene la misión de planificar y colaborar activamente en el aprendizaje de los conocimientos, habilidades y actitudes del residente a fin de garantizar el cumplimiento del programa formativo de la especialidad de que se trate. El perfil profesional del tutor se adecuará al perfil profesional diseñado por el programa formativo de la correspondiente especialidad. El tutor es el primer responsable del proceso de enseñanza- aprendizaje del residente, por lo que mantendrá con este un contacto continuo y estructurado, cualquiera que sea el dispositivo de la unidad docente en el que se desarrolle el proceso formativo. Asimismo, el tutor, con la finalidad de seguir dicho proceso de aprendizaje, mantendrá entrevistas periódicas con otros tutores y profesionales que intervengan en la formación del residente, con los que analizará el proceso continuado de aprendizaje y los correspondientes informes de evaluación formativa que incluirán los de las rotaciones realizadas. 2. Las principales funciones del tutor son las de planificar, gestionar, supervisar y evaluar todo el proceso de formación, proponiendo, cuando proceda, medidas de mejora en la impartición del programa y favoreciendo el autoaprendizaje, la asunción progresiva de responsabilidades y la capacidad investigadora del residente. Los tutores de cada especialidad propondrán la guía o itinerario formativo tipo de la misma, que aprobará la comisión de docencia con sujeción a las previsiones del correspondiente programa. La mencionada guía, que será aplicable a todos los residentes de la especialidad que se formen en la unidad docente de que se trate, se entenderá sin perjuicio de su adaptación al plan individual de formación de cada residente, elaborado por el tutor en coordinación con los responsables de los dispositivos asistenciales y demás tutores de residentes que se formen en el centro o unidad docente. 3. El tutor, que, salvo causa justificada o situaciones específicas derivadas de la incorporación de criterios de troncalidad en la formación de especialistas, será el mismo durante todo el período formativo, tendrá asignados hasta un máximo de cinco residentes. 4. Las comunidades autónomas adoptarán las medidas necesarias para asegurar una adecuada dedicación de los tutores a su actividad docente, ya sea dentro o fuera de la jornada ordinaria. 5. El nombramiento del tutor se efectuará por el procedimiento que determine cada comunidad autónoma, con sujeción a los criterios generales que en su caso apruebe la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, entre profesionales previamente acreditados que presten servicios en los distintos dispositivos integrados en el centro o unidad docente y que ostenten el título de especialista que proceda.”

⁴Art. 15. “*La responsabilidad progresiva del residente.* 1. El sistema de residencia al que se refiere el artículo 20 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, implica la prestación profesional de servicios por parte de los titulados universitarios que cursan los programas oficiales de las distintas especialidades en Ciencias de la Salud. Dicho sistema formativo implicará la asunción progresiva de responsabilidades en la especialidad que se esté cursando y un nivel decreciente de supervisión, a medida que se avanza en la adquisición de las competencias previstas en el programa formativo, hasta alcanzar el grado de responsabilidad inherente al ejercicio autónomo de la profesión sanitaria de especialista. 2. En aplicación del principio rector que se establece en el artículo anterior, los residentes se someterán a las indicaciones de los especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, sin perjuicio de plantear a dichos especialistas y a sus tutores cuantas cuestiones se susciten como consecuencia de dicha relación. 3. La supervisión de residentes de primer año será de presencia física y se llevará a cabo por los profesionales que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad por los que el personal en formación esté rotando o prestando servicios de atención continuada. Los mencionados especialistas visarán por escrito las altas, bajas y demás

Conclusión

Hasta el momento se ha visto que la división del trabajo en equipo en la actividad sanitaria contemporánea es más que necesaria. Para que esta opere de manera efectiva, habrá que distinguir entre división horizontal y vertical, entendiendo que la primera se presenta como una relación que se da entre iguales, es decir, entre profesionales, facultativos y no facultativos, cada uno con una formación similar, desarrollando una actividad autónoma e independiente, pero coordinada, sin olvidar que la relación entre estos de todas maneras siempre va a depender de las funciones asignadas en el organigrama competencial de la entidad sanitaria. La segunda se entiende como una relación de jerarquía en la que existe una formación distinta entre los diferentes miembros del equipo, entendiendo por esta no sólo la titulación, sino también la experiencia acumulada en la vida profesional (Rodríguez Vázquez, 2008b: 383), y unas funciones competenciales superiores e inferiores. Sin embargo, esta clasificación de la división de trabajo en horizontal y en vertical, no constituye criterio suficiente, ni mucho menos determinante, a la hora de identificar la responsabilidad de los miembros del equipo de trabajo, sino que simplemente sirve de fundamento para establecer criterios generales en relación con la extensión del principio de confianza, que como se advirtió inicialmente será analizado con mayor profundidad en un próximo trabajo.

documentos relativos a las actividades asistenciales en las que intervengan los residentes de primer año. Las previsiones contenidas en este apartado se adaptarán a las circunstancias específicas de supervisión en las especialidades cuya duración sea de un año. 4. La supervisión decreciente de los residentes a partir del segundo año de formación tendrá carácter progresivo. A estos efectos, el tutor del residente podrá impartir, tanto a este como a los especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, instrucciones específicas sobre el grado de responsabilidad de los residentes a su cargo, según las características de la especialidad y el proceso individual de adquisición de competencias. En todo caso, el residente, que tiene derecho a conocer a los profesionales presentes en la unidad en la que preste servicios, podrá recurrir y consultar a los mismos cuando lo considere necesario. 5. Las comisiones de docencia elaborarán protocolos escritos de actuación para graduar la supervisión de las actividades que lleven a cabo los residentes en áreas asistenciales significativas, con referencia especial al área de urgencias o cualesquiera otras que se consideren de interés. Dichos protocolos se elevarán a los órganos de dirección del correspondiente centro o unidad para que el jefe de estudios de formación especializada consensúe con ellos su aplicación y revisión periódica.”

Referencias

Benítez Ortúzar, Ignacio/Cruz Blanca, María (2009). La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica. En: Morillas Cuevas, Lorenzo (dir.), Estudios Jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios. Madrid: Dykinson, 155-199.

Choclan Montalvo, Antonio (1998). Deber de cuidado y delito imprudente, Barcelona, Bosch.

Cruz Blanca, María (2011). La responsabilidad penal de los médicos en formación. En: Gallardo Castillo, María (dir.). Responsabilidad jurídico-sanitaria. Madrid, La ley, 291-332.

De Fuentes Bardají, Joaquín (2009). Manual sobre responsabilidad sanitaria. Navarra: Aranzadi.

De Vicente Remesal, Javier/Rodríguez Vázquez, Virgilio (2007). El médico ante el Derecho penal. En: Universitas Vitae". Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Salamanca: Universidad de Salamanca 145-178.

Del Castillo Codes, Enrique (2011). La responsabilidad penal derivada del trabajo médico en equipo. En: Gallardo Castillo, María (dir.), Responsabilidad jurídico-sanitaria. Madrid: La ley, 245-288.

Gimbernat Ordeig, Enrique (1990). Autor y cómplice en Derecho penal. Madrid: Universidad de Madrid.

Gómez Rivero, María (2008). La responsabilidad penal del médico. 2ª edición. Valencia: Tirant lo blanch.

Hava García, Esther (2001). La imprudencia médica. Valencia: Tirant lo blanch.

Jorge Barreiro, Agustín (1990). La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. Madrid: Tecnos.

Navia Roque, Juan (1999). La gestión hospitalaria. En: Gafo, Javier (ed.), El Derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 41-52.

Rodríguez Vázquez, Virgilio (2008a). La responsabilidad penal en el equipo médico. División del trabajo sanitario y principio de confianza. En: Adroher Biosca/De Montalvo Jääskeläinen (dirs.), Avances del Derecho ante los avances de la medicina. Navarra: Thomson Aranzadi, 307-323.

Biosca/De Montalvo Jääskeläinen (dirs.), (2008b). Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias. Vigo, tesis doctoral (en prensa), 2008.

Romeo Casabona, Carlos (1981a). El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal). Barcelona: Bosch.

Romeo Casabona, Carlos (1985b) El médico ante el Derecho. Madrid: Ministerio de sanidad y consumo.

Silva Sánchez, Jesús (1999). Medicinas alternativas e imprudencia médica, Barcelona: Bosch.

Villacampa Estiarte, Carolina (2003). Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales. Pamplona: Aranzadi.



Mural de José Clemente Orozco en el Hospicio Cabañas. Guadalajara. México
Título del Mural: Hombre en llamas.
Fotografía tomada por: Santiago Medina.
Retoques digitales: Santiago Medina

PERSPECTIVAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO: ANÁLISIS DEL CASO ATALA RIFFO VS. CHILE.*

Perspectives of the Inter-American Court of Human Rights
Jurisprudence on sexual orientation and gender identity: analysis of the
Case Atala Riffo and Childs v. Chile.

Por: Ana Lucía Aguirre Garabito**

Recibido: abril 20 del 2012 Aceptado: junio 5 del 2012

RESUMEN

En el presente artículo se presenta un análisis de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, el escrito comenta los principales avances jurisprudenciales en materia de protección de los derechos LGBTI, a saber, la inclusión de la orientación sexual y de la identidad de género como categorías protegidas por la Convención Americana, y la consecuente prohibición de discriminación por estos motivos. Finalmente se destacan las consecuencias que provoca este reconocimiento en la interpretación del contenido de otros derechos, específicamente el derecho a la vida privada y el derecho a la familia.

PALABRAS CLAVE

Orientación sexual, identidad de género, discriminación, *Caso Atala Riffo y niñas*, derecho a la vida privada, derecho a la familia.

ABSTRACT

This article presents an analysis of the judgment on merits, reparations and costs in Case Atala Riffo and girls v. Chile issued by the Inter-American Court of Human Rights. Additionally, this paper presents the most important developments in case law regarding the protection of LGBTI rights, for example the inclusion of sexual orientation and gender identity as protected categories under the American Convention, and the consequent prohibition of discrimination on these grounds. Finally, it highlights the consequences caused by this recognition in the interpretation of the content of other rights, specifically the right to privacy and the right to a family.

KEY WORDS

Sexual orientation, gender identity, discrimination, *Case Atala Riffo and girls*, right to privacy, right to family.

* El presente artículo presenta resultados de la investigación en el marco de la tesis de maestría "La no discriminación por orientación y el progresivo reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI" que desarrollo en la Universidad de Costa Rica.

** Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica (2010) y candidata al programa de doble titulación de maestría: Master II Investigación en Derecho Público Fundamental de la Universidad de Toulouse, Francia, y Maestría Académica en Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano de la Universidad de Costa Rica (2012).

Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió el pasado 24 de febrero de 2012 la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*¹, de gran importancia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos por ser dentro de éste, la primera sentencia donde se trata el tema de discriminación por orientación sexual e identidad de género, estableciendo un primer precedente jurisprudencial para los Estados Americanos sobre la protección de una minoría históricamente² estereotipada, víctima de violencia y discriminación.

La evolución en el reconocimiento, en términos de derechos, del lugar que ocupa en la sociedad contemporánea la población de lesbianas, gays, transexuales, transgénero, bisexuales e intersexuales (LGTBI) y la correlativa protección igualitaria de sus derechos, ha suscitado en los últimos años una reflexión jurídica a nivel nacional³ y a nivel internacional.

Dentro de este marco de transformación del derecho para alcanzar una protección más igualitaria de los derechos humanos, se encuadra el caso de la señora Karen Atala y sus hijas, el cual fue

¹ El resumen de los hechos probados y la referencia a las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* se realizaron con base en la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de febrero de 2012 I. El número de párrafo de la Sentencia al que se hace referencia se indica entre paréntesis dentro del texto, o bien en notas al pie de página.

² Cabe hacer la salvedad que la historia de la discriminación por orientación sexual no ha sido lineal. Inicialmente en las civilizaciones occidentales y orientales primitivas, como por ejemplo en Egipto, Grecia y Roma, las conductas homosexuales no eran penalizadas por considerarse como parte de la naturaleza y la convivencia humana. Con la evolución de las sociedades aparecen nuevos valores, principalmente influenciados por la religión (cristianismo), a partir de los cuales surge un rechazo y censura hacia la homosexualidad en el ámbito religioso, y en consecuencia también en el social. Esta situación de rechazo es posteriormente tomada en cuenta por el derecho para la regulación y castigo de éstas conductas. Desde la caída del Imperio Romano y durante la Edad Media, se sostiene la persecución de los actos homosexuales, hasta la Edad Moderna donde con la Ilustración y la Revolución Francesa inician los procesos de codificación, y son abolidas las penas por conductas homosexuales. Sin embargo, estos ideales liberales no fueron uniformemente aceptados por todos los países. Además, surge la corriente psicológica que consideró la homosexualidad como una enfermedad, con lo cual se da nuevamente un período de rechazo y exclusión. La idea de la homosexualidad como una patología es posteriormente superada, aunado a la despenalización de estas conductas en muchas jurisdicciones. A partir de la década de los sesenta, se da un movimiento por la reivindicación de los derechos de las personas homosexuales y la lucha contra la discriminación, la cual está aún inacabada, siendo posible constatar la existencia de Estados donde la efectividad de los derechos de las personas homosexuales se encuentra en un estado de desarrollo y reconocimiento superior, y otros donde la reticencia, homofobia, violencia y exclusión hacia estas personas es aún evidente. Al respecto de la historia de la homosexualidad ver: Al respecto de la homosexualidad en la historia ver: ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: "Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2008, pp. 36 a 51.

³ Países como Estados Unidos, Argentina, Colombia y México han mantenido en la esfera pública del debate el reconocimiento y la garantía de protección igualitaria de los derechos de personas pertenecientes a la población LGTBI.

presentado el 17 de septiembre de 2010 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte IDH para determinar la responsabilidad internacional de Chile por el “trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida familiar que habría sufrido la señora [Karen] Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus [tres] hijas” instaurado por el padre de las menores, así como por la “inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de [...] prejuicios discriminatorios”. En virtud de lo cual, la Comisión Interamericana solicitó al Tribunal que declarara la violación de los siguientes derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: protección de la honra y de la dignidad (artículo 11), protección a la familia (artículo 17.1 y 17.4) (), derechos del niño (artículo 19) (), igualdad ante la ley (artículo 24), garantías judiciales (artículo 8) y protección judicial (artículo 25.1 y 25.2), en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento (§3).

El motivo de la presentación del caso ante la Corte IDH fue confirmado por ésta mediante un examen de los hechos, los alegatos y la prueba que le fueron presentados por las partes. Asimismo, aclaró que como jurisdicción internacional no le corresponde operar como una “cuarta instancia” (§65), limitando de esta manera su análisis al proceso judicial (juicio de tuición) instaurado por el padre de las niñas, y a un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala en su lugar de trabajo debido a su orientación sexual, sin entrar a determinar si la madre o el padre le proporcionaba un mejor hogar a las menores de edad (§29).

Es pertinente hacer mención de los hechos probados más relevantes en el presente caso, a fin de comprender el razonamiento e interpretación que efectuó la Corte IDH. En ese sentido, el Tribunal determinó los hechos probados sobre lo actuado en el proceso de tuición y respecto del proceso disciplinario que se le siguió a la señora Atala, los cuales analizó en dos acápites de la Sentencia: i) uno respecto del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, derecho a la vida privada, derecho a la vida familiar, derechos del niño, derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos respecto del derecho de tuición de las hijas de la señora Atala, y ii) el otro sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, derecho a la vida privada y derecho a las garantías judiciales en relación con la obligación de respetar y garantizar respecto de la investigación disciplinaria de la señora Atala.

En relación con el juicio de tuición, la Corte IDH encontró probado que la señora Karen Atala contrajo matrimonio con el señor López Allende, producto del cual nacieron tres hijas; ella tenía además un hijo mayor de un matrimonio anterior. En el año 2002, los señores Atala y López Allende decidieron poner fin a su matrimonio por medio de una separación de hecho, en la cual tomaron el acuerdo que la señora Atala conservaría la tuición y cuidado sus tres hijas, pero con un régimen de visitas para el padre. Posteriormente, la señora Atala inició una relación sentimental con la señora Ramón, quienes comenzaron a convivir en la casa de la señora Atala junto con ésta y sus hijas (§30).

Por esta razón, el padre de las niñas interpuso un proceso de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica, por considerar que la señora Atala no era apta para cuidar de las niñas en razón de su orientación sexual y porque su convivencia con una pareja sentimental del mismo sexo estaba produciendo consecuencias dañinas en el desarrollo físico y emocional de las menores de edad, y alteraba la convivencia sana, justa y normal a la que tenían derecho sus hijas dentro del sentido natural de familia. Además, alegó que la escogencia y prácticas sexuales de la madre exponía a las niñas al contagio de enfermedades relacionadas con la sexualidad como el herpes o el sida (§31). La señora Atala consideró que los alegatos hechos sobre su orientación sexual, eran discriminatorios y que no guardaban relación alguna con su función y rol como madre (§32).

En el marco del proceso de tuición y como consecuencia de una solicitud del padre de las niñas, el Juzgado a cargo del proceso le concedió a éste la tuición provisional de las menores y reguló las visitas de la madre, pese a haber reconocido que “no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre”. Aunque para la decisión, si tomó en cuenta la orientación sexual de la madre como alterante de la rutina familiar y el privilegio que la señora Atala había dado a sus intereses personales por sobre el rol materno, pudiendo afectar con ello el desarrollo de las niñas (§41).

La sentencia de primera instancia del proceso de tuición ante la jurisdicción chilena, evaluó la alegada inhabilidad de la señora Atala para ejercer su rol de madre por haber exteriorizado su orientación sexual, como lesbiana y convivir con una pareja del mismo sexo, así como los riesgos que podrían enfrentar las menores. En suma, el Juzgado decidió otorgar la tuición de las niñas a la señora Atala y en la sentencia interna quedó establecido que su orientación sexual no era un impedimento para el ejercicio de su rol maternal y la existencia de factores que permitieran constatar inhabilidad de su parte, y la falta de alguna contradicción patológica que obstaculizara el cuidado de las menores de edad (§44- 49).

No obstante, dicha sentencia de primera instancia fue apelada por el padre de las niñas ante la Corte de Apelaciones de Temuco, interponiendo además una solicitud de no innovar, ya que entregar las menores a su madre “implicaría un cambio radical y violento del *status quo* de las menores de edad” (§50). De tal forma que la Corte de Apelaciones concedió en un primer momento la orden de no innovar y mantuvo la custodia del padre, y posteriormente confirmó las consideraciones de la sentencia de primera instancia y lo allí decidido (§50-52).

Por lo anterior, el padre de las niñas interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia y solicitó la concesión de una segunda orden de no innovar para conservar la custodia provisional de éstas; la cual le fue concedida. Fundamentó su recurso en la falta de valoración de la evidencia probatoria por parte de los jueces en la sentencia de apelación (§53).

En mayo de 2004 la Corte de Suprema de Justicia de Chile decidió a favor del recurso de queja interpuesto por el padre de las menores, en un fallo dividido de tres contra dos, en el cual se concedió a éste la tuición de forma definitiva. Se consideró en la decisión, que tiene primacía el

interés superior del menor sobre consideraciones o derechos de los padres, y siempre que exista una “causa calificada”, es posible la separación del menor de ambos padres o de alguno de ellos (§54-55). La Corte Suprema basó su fallo en los siguientes argumentos, que estimó como causas calificadas para conceder la tuición al padre de las niñas: i) “se había prescindido de la prueba testimonial [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en el que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de ese hecho”; ii) los testimonios recibidos de personas cercanas a las niñas “hac[ía] referencia a juegos y actitudes de las niñas, demostrativas de confusión ante la sexualidad materna” que ha[bían] percibido de la convivencia en el hogar de la señora Atala con su pareja; iii) la señora Atala había “antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas” al afirmar su condición homosexual e iniciar una convivencia con su pareja “en el mismo hogar donde se lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas, iv) los efectos de dicha convivencia en el “bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas” por la posible confusión de roles sexuales y sociales al no contar en el hogar con “un padre de sexo masculino y su remplazo por otra persona de género femenino” configurando un riesgo para su desarrollo integral (§56). Además afirmó que las niñas estaban en una “situación de riesgo” y en un “estado de vulnerabilidad en su medio social”, pues su entorno familiar era distinto del de las personas con las que se relacionan, “exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación” (§57).

Asimismo, la Corte IDH indicó los hechos judicialmente probados respecto a la investigación disciplinaria seguida por parte de la Corte de Apelaciones de Temuco contra la señora Atala, quien se desempeñaba como jueza en el Tribunal Penal de Villarrica, con base en una denuncia por el “uso de implementos y personal del Juzgado [donde trabajaba] para asuntos de interés personal” relacionados con el proceso de tuición de sus hijas, y por varias publicaciones de prensa en las cuales se hacía referencia tanto a su orientación sexual, como a la opinión pública sobre proceso de tuición interpuesto por el padre de sus hijas (§210- 212, 218).

Como producto de la denuncia presentada en su contra, el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó a un funcionario encargado de realizar una visita extraordinaria en el tribunal donde laboraba la señora Atala. (§211) Posterior a la visita, se presentó un informe en el cual se constataron tres hechos irregulares: i) la “utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez [...] de menores”; ii) la “utilización indebida del sello del Tribunal”, y iii) las “publicaciones aparecidas en la prensa”. Con relación a los dos primeros hechos, se estimó que “revestían de especial gravedad” pues representaban un exceso en el ejercicio de las atribuciones de la señora Atala como jueza (§212), mientras que respecto de las notas de prensa indicó que su “inclinación sexual” y su “peculiar relación afectiva ha[bían] trascendido el ámbito privado al aparecer en las publicaciones [...] lo que claramente daña[ba] la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial” (§213-214).

La visita extraordinaria fue aprobada por la Corte de Apelaciones de Temuco, formulándose cargos en contra de la señora Atala por los hechos irregulares, luego de los cuales se procedió a realizarle un “severo llamado de atención” (§215).

La Corte IDH concluyó entre otras cosas, que en el presente caso Chile es responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, a la vida privada, del niño, y de la familia contenidos en los artículos 24, 11.2, 19 y 17.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de la señora Atala y de sus hijas; disponiendo que el Estado chileno debe cumplir con varias medidas de reparación (§314).

En la Sentencia se plasman varias consideraciones de interés en términos de interpretación de la Convención Americana, siendo las novedosas la prohibición de discriminación basada en la orientación sexual o en la identidad de género, al ser categorías cubiertas por el artículo 1.1 de la dicha Convención (1), y la evolución en el contenido del derecho a la vida privada en relación con la no existencia de un modelo único de familia protegido bajo dicho instrumento (2).

1. LA AFIRMACIÓN PRIMIGENIA DE LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Si bien el tema de la igualdad y no discriminación han sido abordados en anteriores casos contenciosos y opiniones consultivas de la Corte IDH⁴, es la primera vez en la cual se aborda esta temática desde la perspectiva de la libertad sexual.

1.1. Evolución del derecho a la igualdad y a la no discriminación

La igualdad y la no discriminación son principios contenidos tanto en la normativa internacional como en el derecho interno, ya sea en las Constituciones Políticas o leyes de los Estados. Ambos derivan de la concepción universal de los derechos humanos, que implica la protección de todos los individuos y la aplicación igualitaria de la ley en el goce de sus derechos independientemente de las diferencias políticas, religiosas, étnicas, de género, entre otros (Courtis, SF). Además de ser derechos fundamentales de la persona, son valores sociales y políticos esenciales en cualquier sistema democrático, pues constituyen un medio necesario para el ejercicio de otros derechos.

En las relaciones humanas, se consideran iguales aquellos que gozan de los mismos derechos y obligaciones. La discriminación implica por el contrario, una violación a este principio, pues su fin es separar, diferenciar, romper el vínculo con la igualdad y la universalidad. Por esta razón, la

⁴ Ver por ejemplo el Caso de la Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay; el Caso de la Comunidad Awas Tigni vs. Nicaragua; la Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” de 17 de septiembre de 2003, párrs. 100-101.

Corte IDH en la Sentencia del *Caso Atala Riffo y niñas* reitera que frente a la noción de igualdad “es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación”⁵.

Entonces, el principio de no discriminación “se orienta hacia la corrección de un desorden que engendra ciertos tipos de desigualdad y aparece como una formulación negativa de la igualdad” (Bossuyt por Hernu, 2008: 357). Al efecto, se ha considerado en el derecho internacional⁶ de los derechos humanos, que el principio de no discriminación es un principio matriz (Sudre, 2008: 269). Por ejemplo, la Corte IDH ha reconocido su importancia al elevar este principio a la categoría de *ius cogens* dentro del orden jurídico internacional; así como también lo ha hecho la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha reconocido que se trata de un “principio fundamental” que es transversal, y que por lo tanto permea toda la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁷.

Una discriminación está en principio siempre prohibida, no puede ser justificada. Por esta razón ha sido definida como:

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁸.

Por esta prohibición, el derecho a no ser discriminado dispone de una eficacia más grande que el principio general y abstracto de igualdad para reconocer y sancionar las desigualdades, y para la protección de las minorías. Está revestido en la práctica de un carácter más inmediatamente operativo, pues permite definir concretamente el dominio de aplicación de la igualdad. Así, el derecho a la no discriminación no tiene existencia independiente, y la norma o disposición que lo

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*”, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55, y *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de febrero de 2012, párr. 79.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No.18, párr. 101.

⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Strain y otros vs. Rumanía*, Sentencia de 21 de julio de 2005, párr. 59.

⁸ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, *No discriminación*, párr. 6. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument) (Última visita el 18 de abril de 2012).

contiene no puede ser invocada de forma autónoma (salvo en el caso de la Convención Europea⁹ y del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas)¹⁰, sino que debe alegarse conjuntamente con la violación de otro artículo de la convención pertinente. Por tal razón, ante el Sistema Interamericano, y en particular en el ejemplo del caso Atala la violación a la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual fue alegada concomitantemente con la de otros derechos como por ejemplo, el derecho a la igualdad, a la vida privada, a la familia, entre otros.

Adicionalmente, la efectividad de la protección contra la discriminación implica no sólo indicar en un acto jurídico fundamental, como las Constituciones, las leyes o las Convenciones Internacionales, cuáles son los criterios bajo los cuales la diferenciación o el tratamiento diferenciado está prohibido con base en situaciones o características individuales (tales como la raza, la nacionalidad, el sexo, las opiniones, etc.); sino que involucra a su vez la inclusión progresiva de nuevos criterios (como por ejemplo la orientación sexual, la discapacidad, la edad, etc.), pues en efecto, “la igualdad y la no discriminación son conceptos maleables y en constante evolución” (Hernu, 2008: 357).

De esta forma, la enumeración en las cláusulas de no discriminación no debe ser taxativa, sino que debe permitir la inclusión de nuevas categorías, ya que derechos no existen sino a partir del momento en el que forman parte de un orden positivo. Una protección más específica respecto a “nuevas formas de discriminación”, se traduce incontestablemente en el progreso de la puesta en marcha de un orden igualitario y adaptado a las necesidades sociales.

⁹El artículo 14 de la Convención Europea que contiene la cláusula de no discriminación no contaba con una existencia independiente pues su valor depende de los otros derechos y libertades garantizados en ésta, es decir, originalmente su valor jurídico era interpretado por el juez europeo como uno de carácter complementario. Sin embargo, debido a la interpretación jurisprudencial de la Corte Europea se le ha concedido paulatinamente autonomía al artículo 14 en lo que se refiere a su alcance, pues no sólo completa las demás disposiciones de la Convención, sino que la cláusula de no discriminación puede alegarse también de manera independiente gracias a una interpretación más flexible de la norma. Al respecto ver: Sudre, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France (Puf), 2008, págs. 270-276.

¹⁰ El derecho a la no discriminación en el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos se encuentra en dos normas, en el artículo 2 como disposición de carácter general y en el artículo 26 como una cláusula independiente que formula el derecho a la no discriminación en todos los ámbitos de la vida social. Debido a la interpretación del artículo 26, la no discriminación deviene un derecho autónomo, prohibiendo toda diferenciación de hecho o de derecho, y por esta razón no tiene que ser alegado de forma conjunta con ningún otro artículo del Pacto. Al respecto ver: De Schutter, Olivier en: Decaux, E. (bajo la dirección de), *Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques*, *supra* nota 7, págs. 276-277.

1.2. La orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas por la Convención Americana

El artículo 1.1 de la Convención Americana¹¹ es una disposición de carácter general que establece la obligación general para los Estados Parte de respetar las disposiciones allí contenidas sin realizar discriminación de ninguna clase. Es posible pensar que al momento de redacción de la Convención Americana en la década de los sesenta, la orientación sexual¹² y la identidad de género¹³ no se consideraran como categorías a incluir dentro de la cláusula de no discriminación, pues aún en la actualidad, y pese al desarrollo que se ha producido respecto a esta temática, la orientación sexual y la identidad de género continúan siendo objeto de discusión, al ser considerados puntos “sensibles”, o incluso “controversiales”, tanto a nivel social como jurídico.

El hecho que estas categorías no fueran inicialmente contempladas no quiere decir que la población LGBTI no tenga los mismos derechos que las personas heterosexuales, que en la práctica se dé el respeto y reconocimiento de esos derechos es otro tema.

Al contemplar el artículo 1.1 de la Convención Americana una cláusula abierta de no discriminación su contenido no es taxativo, y por lo tanto es interpretable, pudiendo abarcar otro tipo de categorías. Lo anterior tiene relación con la progresividad de los derechos humanos y con el carácter “viviente” de los tratados de derechos humanos, de acuerdo con el cual su

¹¹ “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

¹² “La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. En: “*Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2008, Versión pdf. Disponible en: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf (Última visita el 12 de abril de 2012).

¹³ “La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. En: “*Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, supra nota 10, (Última visita el 12 de abril de 2012).

“interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”¹⁴.

En este sentido, la Corte IDH reitera que “al interpretar la expresión 'cualquier otra condición social' del artículo 1.1 de la Convención [Americana], debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”¹⁵.

Entonces, dicho Tribunal al tomar en consideración el carácter amplio de dicho artículo, la preocupación a nivel interamericano (y en general a nivel internacional) por las diferencias arbitrarias de trato y la violencia basadas en la orientación sexual e identidad de género, y los adelantos jurisprudenciales al respecto tanto en el Sistema Europeo como en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos desde hace algunos años; establece con base en los hechos del *Caso Atala y niñas* el primer precedente respecto de la prohibición de la discriminación por orientación sexual a nivel regional.

En ese sentido, la Corte IDH afirma no sólo que “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie bajo ninguna circunstancia con base en la orientación sexual”¹⁶, sino que deja establecido que:

“la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”¹⁷.

En efecto, puede entenderse bajo criterio de la Corte IDH, que a nivel regional toda aquella diferencia, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género llevada a cabo de forma arbitraria, o con el fin de anular o menoscabar la igualdad ante la ley así como el igual reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 83.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52, y *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 84.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 93.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 91

fundamentales¹⁸ de la comunidad LGBTI es contrario a la Convención Americana.

Al respecto, cabe preguntarse sobre ¿cuáles son las repercusiones que tiene la jurisprudencia en el *Caso Atala Riffo y niñas* dentro del Sistema Interamericano respecto a las obligaciones de los Estados miembros del mismo?

En cuanto al Sistema Interamericano, se fija un estándar de derecho internacional a nivel regional sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género, y un precedente para resolver violaciones similares. Asimismo, dentro de esa misma Sentencia se evidencia una de las consecuencias de tal afirmación; la influencia que ejerce en la interpretación del contenido de otros derechos de la Convención Americana, como por ejemplo el derecho a la vida privada, a la libertad de expresión, derechos del niño o del derecho a la familia.

Por otro lado, dentro de los Estados Americanos el *Caso Atala Riffo y niñas*, puede tener un impacto estructural respecto de la tutela de una minoría víctima de discriminación sistemática en la región. En efecto, representa la prohibición a nivel interno de actos de violencia y discriminación en cualquier ámbito, ya sea social, institucional, jurídica, entre otros, en contra de la comunidad LGBTI y el correspondiente deber de proteger y garantizar sus derechos de forma igualitaria. Entonces, debe alcanzarse una uniformidad, o en su defecto un estándar mínimo, por medio de acciones afirmativas por parte de los Estados y recurriendo a la regulación de los derechos LGBTI a nivel interno para erradicar las leyes y prácticas discriminatorias basadas en la orientación sexual e identidad de género. De esta forma, se busca la convivencia de todos los ciudadanos en sociedades más inclusivas respetuosas de una tutela universal de los derechos fundamentales.

2. EL NUEVO CONTENIDO DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y A LA FAMILIA A LA LUZ DE LA PROHIBICIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

La Corte IDH recalcó en la Sentencia en discusión que “el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”¹⁹. Es evidente que parte del proyecto de vida de una persona lo integran el ámbito de su intimidad, sus relaciones con otros y su convivencia familiar.

¹⁸ “Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, 2008, supra nota 10, (Última visita el 25 de abril de 2012).

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, supra nota 3, párr. 133.

2.1. Ensanchamiento del contenido del derecho a la vida privada

Al igual que el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida privada también está resguardado por las Constituciones o leyes de los Estados y por tratados internacionales²⁰, no obstante el rango de protección que brinda actualmente va más allá de su concepción tradicional.

En la Convención Americana el derecho a la vida privada se encuentra protegido por el artículo 11.2²¹ el cual la protege de cualquier injerencia, abuso o invasión arbitraria, ilegal o desproporcionada por parte de autoridades del estado o de terceros.

Clásicamente abarcaba la protección contra cualquier intrusión ilegal o arbitraria por parte del Estado o particulares en la esfera íntima del individuo, es decir, ataques contra su privacidad, familia, domicilio, correspondencia, e incluso los datos personales; además del honor y la reputación. Se analizaba su contenido como un derecho a la preservación del secreto de la vida privada.

Sin embargo, esta primera concepción del derecho a la vida privada debió ser completada por un segundo aspecto va más allá del resguardo contra intrusiones en la intimidad de la persona, del derecho a la privacidad. De manera tal que debe analizarse también positivamente, en el sentido de comprender el respecto a las escogencias realizadas por el individuo en el marco de su vida privada (Mélin-Soucramanien, 2011: 216, 219). Tiene una doble dimensión pues concierne a la vez el foro interno, la intimidad de la persona, y el foro externo la relación de ésta con las demás (Putman, 2008: 985).

Los tribunales internacionales, como por ejemplo la Corte Europea de Derechos Humanos se han encargado de darle un contenido amplio al derecho a la vida privada, interpretando que:

²⁰ Artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Que establece: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; y 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Igualmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el artículo artículo 8 protege el Derecho al respeto a la vida privada y familiar, indicando que: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

²¹ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

“el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo”²².

Por su parte la Corte IDH establece en el *Caso Atala Riffo y niñas* que “la vida es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende entre otros ámbitos protegidos la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”²³.

De esta forma, el Tribunal afirmó que la orientación sexual de una persona se encuentra también comprendida dentro de la protección del derecho a la vida privada del artículo 11.2 de la Convención, pues “se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia”²⁴. Además, “es un componente esencial de la identidad de la persona”²⁵.

Asimismo la Corte IDH indicó que “dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad”²⁶. De esta manera se desprende que la “autonomía personal” forma parte del derecho a la vida privada, lo cual se traduce también en el derecho a la libertad sexual, y consecuentemente en la facultad que tienen las personas del mismo sexo de organizar una vida en común.

Si bien se da un ensanchamiento en el contenido del derecho a la vida privada, que incluye las esferas de la intimidad y autonomía del individuo, su puesta en práctica supone la búsqueda de un equilibrio entre la preservación de la intimidad, la protección de las escogencias de vida de los individuos y la tutela del orden público (Mélin-Soucramanien, 2011: 216, 219), pues el ejercicio de este derecho se sujeta a ciertos límites, ya que al vivir en sociedad su protección no es absoluta, sino relativa²⁷.

²² Ver: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Pretty vs. Reino Unido*, Sentencia de 29 de abril de 2002, Final, 29 de julio de 2002, párr. 61; *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*, Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 90; *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 41; *Caso Laskey, Jaggard y Brown vs. Reino Unido*, Sentencia de 19 de febrero de 1997, párr 36, y *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 135.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 162.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 136.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 139.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 139.

²⁷ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, *Derecho a la intimidad, familia, domicilio, correspondencia, y protección del honor y la reputación (Art.17)*, 8 de abril de 1988, párr. 7 Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument) (Última visita 26 de abril de 2012).

En ese sentido, los Estados pueden restringir el ejercicio de este derecho siempre que sea una injerencia proporcionada, prevista por la ley y que persiga un fin legítimo, es decir, siempre que cumpla “con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”²⁸. En aquellos casos donde la injerencia se funde exclusivamente en la orientación sexual o la identidad de género de una persona, tales requisitos no se cumplen, resultando una intromisión arbitraria.

2.2. La aceptación de una nueva concepción del derecho a la familia

La vida familiar es también una expresión del derecho a la vida privada. Al respecto, la Corte IDH reiteró en el caso de la señora Atala que “el artículo 11.2²⁹ de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella reconocido en el artículo 17 de la Convención”. Entonces, ambos artículos resguardan el derecho a la familia de forma “complementaria”³⁰.

En cuanto a este derecho, existe también una obligación negativa de los Estados de no intervenir de forma arbitraria o ilegal en la vida familiar, a la cual se suma la obligación positiva para éstos de respetar de forma efectiva la vida familiar y tomar todas las medidas necesarias para permitirle a los interesados una vida familiar normal. Por ello, bajo esta obligación positiva los Estados deberían adaptar su normativa al reconocimiento de “nuevas” configuraciones de familia, no sólo aquellas fundadas en el matrimonio o en la unión de hecho heterosexual, sino configuraciones abiertas y adaptadas a la realidad que se vive en nuestras sociedades respecto de las relaciones interpersonales, pues no hacerlo implica una “posible injerencia arbitraria”³¹ por parte de los Estados.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Santander Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar y Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 27 de enero de 2009. Serie C No.193, párr.56, y *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 164.

²⁹ Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No.17, y *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 169, 175.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 3, párr. 175.

Respecto a la vida familiar, en el *Caso Atala Riffo y niñas*, las Corte IDH estableció que:

*“en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo 'tradicional' de la misma. [...] el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”*³²

Por lo tanto, no existe un modelo exclusivo o único de familia a ser reconocido por la sociedad o el derecho, especialmente al reconocer la no discriminación por orientación sexual e identidad de género, y la igualdad de derechos de la población LGBTI. En ese sentido, toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. La lectura evolutiva del derecho a la familia desarrollada por los tribunales internacionales y ya reconocida en algunos países de la región, se encuentra en el corazón de la discusión jurídica por las repercusiones que tiene en paulatino reconocimiento y ejercicio de otros derechos actualmente en duda, para población LGBTI, como por ejemplo la posibilidad de contraer matrimonio, de fundar una familia o de participar en procedimientos adopción o de sucesión de bienes de sus parejas, típicamente reservados a conformaciones de familia o pareja heterosexuales.

Reflexiones finales

La afirmación de la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas por la Convención Americana, así como las interpretaciones amplias del derecho a la vida realizadas por la Corte IDH en la Sentencia analizada, constituyen un primer paso a nivel internacional en la región hacia el progresivo reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, en términos de igualdad. Algunos países de América Latina, tales como México, Colombia, Argentina, Brasil y Ecuador han tenido una actitud progresista al emprender algunos pasos para erradicar la discriminación de hecho y de derecho que sufre este colectivo. Para ello, han realizado reformas en sus ordenamientos, interpretaciones amplias de sus normas, así como también han adoptado acciones afirmativas y políticas públicas en ese sentido; de manera tal que estas se adapten a las necesidades actuales de esta población.

En nuestro continente, la lucha por la igualdad de derechos para las personas LGBTI se encuentra aún inacabada. La problemática no se centra en la creación de nuevos derechos este colectivo, o de derechos especiales. Más bien, se trata de analizar los derechos vigentes a nivel internacional y en los ordenamientos internos bajo una óptica diferente, desde aquella de la diversidad, de la necesidad de adaptarse a las diferencias para dar mayor vigencia y operatividad a la universalidad de los derechos humanos. En ese sentido, los criterios sentados por la Corte IDH en la Sentencia del *Caso Atala Riffo y niñas*, brindan un aporte importante para que los Estados del Sistema Interamericano se ajusten a lo dispuesto por este tribunal internacional.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, supra nota 3, párr. 142.

Referencias

Doctrina:

Hernú, R y Putman, E, (2008): Andriantsimbazovina, J., Gaudin, H., Marguénaud, J-P. et Sudre, F. (sous la direction de), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Quadrige / Puf.

Borrillo, D., *Homosexualités et droit*, (1999) Presses Universitaires de France (Puf).

Borrillo, D., Lochak, (2005) D. (sous la direction de), *La liberté sexuelle*, Presses Universitaires de France (Puf).

Cabrillac, R., Frison-Roche, M-A., Revet, T., (2011) *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz.

Courtis, Christian. Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. Comisión Internacional de Juristas. S.F.

Debono, A-L., *Le droit au respect de la vie privée*, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les Notices, 2011.

Decaux, E. (sous la direction de), *Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques*, Ed. Economica, 2011.

Martens, V. (sous la direction de), *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, Publications des Facultés universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 2004.

Mélin-Soucramanien, F., *Le droit à l'égalité*, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les Notices, 2011, pp. 307-318.

Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16, Derecho a la intimidad, familia, domicilio, correspondencia, y protección del honor y la reputación (Art.17)*, 8 de abril de 1988, CCPR. Disponible en:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument) (Última visita el 30 de abril de 2012).

Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No.18, No discriminación*, 10 de noviembre de 1989. Disponible en:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument) (Última vista el 30 de abril de 2012).

Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2008. Disponible en:

http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf (Última vista el 30 de abril de 2012).

Sudre, F., Surrel, H. (sous la direction de), *Le droit à la non discrimination au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice No. 81, Éditions Nemesis / Bruylant, 2001.

Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia Fondo Reparaciones y Costas de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Santander Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar y Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 27 de enero de 2009. Serie C No.193

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No.18

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No.17

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*”, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, Sentencia de 22 de octubre de 1981.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Laskey, Jaggard y Brown vs. Reino Unido*, Sentencia de 19 de febrero de 1997.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Pretty vs. Reino Unido*, Sentencia de 29 de abril de 2002.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Salgueiro da Silva Moputa vs. Portugal*, Sentencia de 21 de diciembre de 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*, Sentencia de 24 de junio de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Strain y otros vs. Rumanía*, Sentencia de 21 de julio de 2005.

APUNTES PARA UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DESOBEDIENCIA CIVIL EN JOHN RAWLS Y HENRY D. THOREAU.

Approach to the concept of civil disobedience in
John Rawls and Henry D. Thoreau

Por: Ana María Restrepo Betancur**

Recibido: abril 25 del 2012 Aceptado: junio 15 del 2012

RESUMEN

Este artículo se aproxima al fenómeno de la desobediencia civil para establecer una definición integral de la misma, partiendo de un análisis al problema de la obediencia a la ley desde la perspectiva de algunos autores del iusnaturalismo y abordando el concepto propuesto por John Rawls, quien concibe la desobediencia civil desde una perspectiva institucional que se circunscribe al Estado de derecho. Esto, para llegar a contrastarlo con una propuesta radicalmente opuesta a esa concepción institucional sustentada por Henry D. Thoreau, quien concibe la desobediencia civil como un deber moral del individuo y que dista de estar circunscrita al marco del Estado de derecho y de los regímenes democráticos.

PALABRAS CLAVE:

desobediencia civil, resistencia civil, obediencia a la ley.

ABSTRACT

This article approach the phenomenon of civil disobedience to try to find a comprehensive definition of it, from an analysis to the problem of the obedience to the law from the perspective of some writers of natural law and addressing the concept proposed by contemporary liberal political philosopher John Rawls, who conceives of civil disobedience from an institutional perspective that is limited to the state based on the rule of law. This contrasted to reach a radically different proposal to that institutional design is represented by Henry D. Thoreau, who sees civil disobedience as a moral duty of the individual and that is far from being limited to the framework of the state based on the rule of law and democratic regimes.

KEYWORDS:

civil disobedience, civil resistance, law of obedience.

** Ana María Restrepo Betancur. Politóloga Universidad Nacional de Colombia. Sede Medellín. Magister en Estudios Humanísticos Universidad EAFIT. Docente Investigadora Universidad de San Buenaventura Medellín. Integrante del Grupo de Investigación Derecho, Cultura y Ciudad. Email: ana.restrepob@usbmed.edu.co

1. EL PROBLEMA DE LA OBEDIENCIA A LA LEY.

El problema relativo a la obediencia a la ley, nos lleva a indagar acerca de la actitud que deben mostrar los hombres con respecto a las normas del Estado. El cumplimiento de la ley, entendida como la palabra del soberano que remite a una relación de obligación de los ciudadanos frente a éste, es un aspecto fundamental para la conservación del orden estatal. Pero, si en determinado caso se promulga una ley que se aparte de los preceptos de justicia que dan cuerpo al ordenamiento constitucional de un Estado ¿Cuál debería ser la actitud del ciudadano frente a esa situación? Teóricamente, en una democracia que respeta los derechos individuales, los ciudadanos están en el deber moral de obedecer las leyes, aunque este no debería ser un deber absoluto, puesto que es probable que en una sociedad que se denomine justa se produzcan leyes injustas que merecen ser cuestionadas. El deber moral de cumplir las leyes de un Estado significa la renuncia por parte del ciudadano a cierta capacidad de obrar, puesto que se somete a los mandatos del soberano, pero no significa la abdicación de su libertad de pensamiento o de conciencia.

Desde la perspectiva iusnaturalista, si el hombre se encuentra por fuera del Estado, no realiza su naturaleza de ser racional. Una de las ideas más predominantes dentro de la teoría iusnaturalista, es el posicionamiento del Estado como el ente racional por excelencia. En su ensayo *El modelo iusnaturalista*, Norberto Bobbio hace un importante énfasis al respecto:

[...] La doctrina iusnaturalista del Estado no es solamente una teoría racional del Estado sino también una teoría del Estado racional. Esto quiere decir que desemboca en una teoría de la racionalidad del Estado en cuanto construye el Estado como ente de razón por excelencia, en el que solamente el hombre realiza plenamente su naturaleza de ser racional. Si es verdad que para el hombre en cuanto criatura divina 'extra ecclesiam nulla salus', es igualmente verdad que para el hombre en cuanto ser natural y racional no hay salvación 'extra republicam'. (Bobbio, 1986: 129)

Es por esto que para los teóricos del iusnaturalismo, el hombre no debe desobedecer la ley o el mandato del Estado, desobedecer significaría renunciar a la naturaleza racional que éste potencia en los individuos. A partir de estas ideas, surge una polémica entre dos valores que son la libertad y la obediencia: aunque el ciudadano se encuentre en el deber de cumplir las leyes del Estado, según lo anteriormente expuesto, su racionalidad también le puede indicar la poca pertinencia de alguno de los mandatos. Los autores clásicos pertenecientes a la corriente iusnaturalista, pretenden dar solución a esa polémica; Spinoza y Kant serían los referentes a analizar. Así, reivindicar el derecho a la libertad de pensamiento, es un asunto vital dentro de la respuesta que los dos pensadores liberales dan a la polémica que nace al tratar de conciliar los bienes de libertad y obediencia y la actitud del ciudadano frente a la ley.

Acudiendo a algunas de las más sobresalientes reflexiones que Baruch Spinoza hace acerca del Estado, encontramos que para el filósofo holandés, como para la mayoría de los teóricos iusnaturalistas, la idea hipotética del pacto o del contrato significa el nacimiento de la asociación

humana, y a su vez es el que marca el fin del Estado de naturaleza para dar paso a un Estado de racionalidad. Según el autor del *Tratado teológico político* (1977) en el Estado de naturaleza todo individuo posee el absoluto derecho de buscar su conservación, viviendo y obrando según lo que determine su naturaleza. En este caso, no existe diferencia alguna entre el hombre que posee razón, el que no y los demás seres de la naturaleza, aquí lo que se obra apelando a las leyes de la naturaleza se realiza de una manera inconsciente; es la extensión de su poder y no la razón la que determina el derecho natural para cada individuo; este derecho de la naturaleza sólo le impide a los hombres aquello que no deseen o que sus capacidades no puedan alcanzar. Para llevar una vida opuesta a aquella en la que predominan los actos mediados por las pasiones, los hombres han establecido un acuerdo mutuo para ejercer comunalmente ese derecho sobre todas las cosas que cada hombre recibió de la naturaleza, renunciando a la violencia de sus instintos individuales y sometándose al poder y a la voluntad de todos los individuos pactantes. Al ceder a otro el poder, ya sea voluntaria o forzosamente, se cede el propio derecho; por consiguiente, a quien se le adjudica logra obtener un soberano derecho sobre aquellos que le han otorgado el poder, pudiéndoles obligar por la fuerza para que ejecuten su voluntad, la cual es la expresión de la razón.

A partir de las reflexiones expuestas, para Spinoza, la acción hipotética del pacto desemboca en un tipo de sociedad que él denomina democracia. Así, Spinoza explica el significado de este concepto en los siguientes términos:

De este modo, cada individuo transfiere su poder a la sociedad, la cual, por esto mismo, tendrá sobre todas las cosas el derecho absoluto de la naturaleza, es decir, la soberanía; de suerte que cada uno estará obligado a obedecerla ya de un modo libre, ya por el temor del suplicio. La sociedad en que domina este derecho se llama democracia, la cual puede definirse: 'asamblea general que posee comunalmente su derecho soberano sobre todo lo que cae en la esfera de su poder. (Spinoza, 1977: 360)

Esa sería para Spinoza la sociedad que se fundamenta en la razón y que debe dar forma a un tipo de Estado que tenga como fin la libertad, puesto que, según Spinoza, el Estado debe potenciar el desarrollo seguro del cuerpo y del espíritu de los ciudadanos y, a su vez, que estos hagan libremente uso de su razón. Spinoza es enfático al afirmar que, en un Estado libre, cada individuo posee el derecho de pensar lo que quiere y de decir aquello que piensa, puesto que cada cual, por derecho imprescriptible de la naturaleza, es dueño de su pensamiento. El hecho de que se reivindicquen estas acciones, no implica que en la teoría spinozista no se planteen ciertos límites al respecto. Así, Spinoza señala que:

El individuo resigna, pues, libre y voluntariamente el derecho de obrar, pero no el de raciocinar. Así, el que quiera respetar los derechos del soberano no debe entrar en contraposición a sus decretos, pero puede pensar, juzgar y, por consiguiente, hablar con libertad completa, siempre que ejecute todo esto llamando en su auxilio a la razón, no se deje dominar de la astucia, la cólera, el odio ni procure introducir alteración alguna en el Estado. (Spinoza, 1977: 396 - 397)

El juicio de Spinoza en cuanto a la actitud del ciudadano frente a la ley queda claramente expuesto: prima el deber de obediencia con respecto a las acciones que manda la ley, pero se otorga la libertad de pensamiento y de argumentar acerca de lo que se piensa. Como el vivir conforme a los mandatos del soberano significaría vivir conforme a las leyes de la razón y garantizar la justicia, sería inconveniente que los ciudadanos se aparten de dichos mandatos. De ahí que si éste emana una ley que contradiga la razón y un ciudadano opta por demostrarlo, y cree que debido a ello debe ser derogada, sólo debe someter sus argumentos al juicio del soberano quien es al que le compete establecer los mandatos y no obrar en contra de la ley ni con espíritu sedicioso.

La visión expuesta por Kant en ese sentido, no difiere sobremanera de la expuesta por Spinoza. En el texto *¿Qué es la ilustración?* (1985) se ocupa de exponer la trascendencia del término que da nombre a su ensayo. La esencia del texto, que a pesar de su corta extensión posee un inconmensurable valor, radica en la crítica que hace Kant a la incapacidad que tiene el hombre de servirse de su propia inteligencia sin la ayuda de otro. Kant comienza su escrito definiendo la ilustración como la “liberación del hombre de su culpable incapacidad” (Kant: 1985: 25); menciona el término culpable porque la causa de esa incapacidad no radica en la ausencia de inteligencia, sino en la ausencia de valor para el hombre servirse por sí mismo, prescindiendo de la tutoría de otro. La ilustración significa en Kant la salida de la minoría de edad y para poder lograrlo, el hombre debe tener el valor de usar su propia razón. Las causas que impiden la salida de esa condición, que caracteriza a una gran mayoría de los seres humanos, y que hace tan fácil para otros conferirse como tutores son dos: la pereza y la cobardía; éstas hacen que nos sea a veces más cómodo que nos indiquen lo que debemos hacer y que indaguen acerca de la verdad por nosotros. En esa situación, se presenta una relación recíproca que obstaculiza la emancipación y que se plasma en la comodidad que sienten los individuos al ser guiados, comodidad que alimenta el interés de los dominadores para que los individuos no salgan de esa condición de subordinados.

Es, pues, difícil para cada hombre en particular lograr salir de esa incapacidad, convertida casi en segunda naturaleza. Le ha cobrado afición y se siente realmente incapaz de servirse de su propia razón, porque nunca se le ha permitido intentar la aventura. Principios y fórmulas, instrumentos mecánicos de un uso, o más bien abuso, racional de sus dotes naturales, hacen veces de ligaduras que le sujetan a ese estado. (Kant, 1985: 26)

Para Kant, no bastaría con una revolución para que los individuos lleguen a ilustrarse. Por medio de una revolución, solamente se lograría terminar con una opresión de tipo económico y político; pero no se conseguiría una reforma substancial en cuanto a la manera de pensar. En Kant, un proceso revolucionario nada aportaría al propósito de la ilustración, puesto que para él la revolución es solamente una transferencia de poderes. Lo que se requiere, para lograr la ilustración kantiana, según el mismo filósofo, es la libertad y específicamente la libertad de hacer uso público de la razón íntegramente, lo cual debe estar permitido a todo el mundo. Kant hace una significativa diferenciación entre el uso público y el uso privado de la razón: “Entiendo por uso público aquel que, en calidad de maestro, se puede hacer de la propia razón ante el gran

público del mundo de lectores. Por uso privado entiendo el que ese mismo personaje puede hacer en su calidad de funcionario.” (Kant, 1985: 28) Kant sostiene que es necesario cierto tipo de automatismo en sociedades de tipo públicas, en las que es necesario un carácter pasivo de sus funcionarios para alcanzar una relativa unanimidad y así poder ser dirigidos por el gobierno, hacia fines públicos, solamente obedeciendo. Pero ese individuo que hace parte de esa empresa es a su vez miembro de la sociedad, y en uso de su razón y en calidad de experto que se dirige a sus receptores, por escrito, puede manifestarse sin que por ese motivo sufra la asociación a la que pertenece como miembro pasivo. Esta idea es ilustrada por el filósofo, con la situación en la que se podrían encontrar un oficial que recibe la orden de sus superiores y que debe obedecer, la del ciudadano que no se puede negar a contribuir con los impuestos que le corresponden y la del clérigo que está obligado a impartir la doctrina, pero que en calidad de sujetos racionales, y haciendo uso público de su razón, pueden expresar oficialmente su pensamiento acerca de la impertinencia de los mandatos que obedecen.

¿Qué es la ilustración? devela uno de los elementos fundamentales del pensamiento político kantiano. La libertad de expresión, entendida aquí como el uso público de la razón, que debe manifestarse escribiendo y publicando íntegramente, como única vía efectiva hacia la emancipación, es un soporte primordial de la teoría política liberal. Desde el punto de vista de la democracia, toda institución debe mantener sin restricciones ese uso público de la razón, no hacerlo significaría caer inevitablemente en los terrenos de las ideologías dogmáticas, asunto bien criticado por Kant en la medida en que para el filósofo liberal, el destino primordial de la naturaleza humana radica en el progreso hacia la ilustración, el cual se vería sumamente afectado si en determinado momento, en una sociedad, se estableciera guardar por juramento un determinado credo para así poder asegurar una tutela sobre cada integrante de la sociedad, lo que significaría desechar toda posibilidad ulterior de ilustración. Se hace necesario señalar que la teoría de Kant, con respecto a la actitud del individuo frente a la ley, no concibe el acto de desobediencia como forma de manifestar el disenso hacia los mandatos. La libre expresión, como uso público de la razón, es la vía que propone el filósofo para expresar ese disenso y no quede excluida la crítica. Kant elogia al príncipe, que en su gobierno sostuvo como máxima el postulado que él retoma y da forma a su escrito: “¡razonad lo que queráis y sobre lo que queráis, pero obedeced!” (Kant: 1985: 28)

Si bien las teorías expresadas por los filósofos iusnaturalistas de corte liberal, reivindican ese derecho a la libre expresión del pensamiento, descartan contundentemente la posibilidad de desobediencia que plantean autores liberales contemporáneos. John Rawls, retoma diversos aspectos del pensamiento iusnaturalista, en especial la teoría del contrato social, con el fin de llevarla a un nivel superior de abstracción y así lograr una explicación sistemática de la justicia. La teoría de la justicia (2006) aborda el fenómeno que se ha venido tratando; pero, a diferencia de los clásicos, desde una perspectiva que contempla la desobediencia a la ley.

Con el fin de generalizar y llevar a un nivel superior de abstracción la teoría del contrato social, Rawls presenta una concepción particular de la justicia. Según Rawls, para acercarnos hacia esa definición, habría que tener en cuenta los principios de la justicia para la estructura básica de la

sociedad, como el objeto primordial del acuerdo original o contrato social, alejándonos así de la idea imperante que afirma al acuerdo original como aquel que es necesario para el ingreso a una sociedad y el establecimiento de un gobierno determinado. Son, entonces, los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad el objeto fundamental del pacto. Para Rawls, los principios de la justicia

Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definatorios de los términos fundamentales de su asociación. Estos principios han de regular todos los acuerdos posteriores; especifican los tipos de cooperación social que se pueden llevar a cabo y las formas de gobierno que pueden establecerse. A este modo de considerar lo llamaré justicia como imparcialidad [...] Así pues, hemos de imaginarnos que aquellos que se dedican a la cooperación social eligen, en un acto conjunto, los principios que han de asignar los derechos y deberes básicos y determinar la división de los beneficios sociales. (Rawls, 2006: 24)

En lo que Rawls denomina justicia como imparcialidad, la posición inicial de igualdad es lo que corresponde al estado de naturaleza en las teorías tradicionales del contrato social. Esta denominación, comunica la idea que indica que los principios de la justicia se acuerdan en una situación original que es justa. Esa situación original hipotética, se caracteriza por que los individuos se encuentran en lo que Rawls llama un velo de ignorancia bajo el cual se eligen esos principios de la justicia. En esa situación, ningún individuo tiene conocimiento acerca de cual es su posición en la sociedad, de lo que le corresponde en la distribución de ventajas, de cuál es su inteligencia y su fuerza, ni tampoco de sus concepciones acerca del bien; lo que asegura que los resultados de la casualidad natural y de las particularidades sociales no propiciarán ventajas o desventajas a ninguno de los individuos a la hora de elegir los principios, ya que todos se encuentran posicionados de manera semejante y ningún individuo es capaz de trazar principios que favorezcan su situación particular. Los principios de la justicia serían el resultado de un convenio justo, debido a las circunstancias de la posición original y de la proporción adecuada de las relaciones entre las partes. Para Rawls, la justicia como imparcialidad empieza con la elección más esencial que pueden realizar los individuos en común, que es la elección de los principios básicos de una concepción de la justicia que regulará toda la crítica y reforma ulterior de las instituciones. Porque es de suponer, que luego de haber optado por una concepción de la justicia, se elijan una constitución y un poder legislativo que aplique las leyes a partir de los principios de justicia acordados originalmente. En la posición original, todos tienen los mismos derechos a la hora de proceder a escoger los principios y de someter razones para su aceptación. El propósito de plasmar esta condición de los seres humanos en la situación original, es representar la igualdad entre los seres humanos en cuanto son seres morales capaces de tener un sentido de la justicia.

Rawls hace énfasis en afirmar que la posición original es sumamente hipotética. Pero, si este acuerdo nunca se llevó a cabo, ¿Por qué habríamos de tener algún interés en esos principios? El filósofo norteamericano, responde a esta cuestión manifestando que las condiciones

incorporadas en la descripción que se da acerca de la posición original, son las que de hecho nosotros aceptamos o si no lo hacemos, podamos ser al menos persuadidos a hacerlo desde una reflexión filosófica. Los principios de la justicia, que según Rawls, harían parte de un acuerdo en la posición original serían de dos tipos. Debido a la extensión y complejidad de *La teoría de la justicia*, el autor hace una primera formulación tentativa de estos principios, que se constituye en la idea fundamental de las posteriores formulaciones que se hacen al respecto en el conjunto del texto.

El primer principio de justicia indica que “Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.” (Rawls, 2006: 67) y a su vez, el segundo principio establece que “Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.” (Rawls, 2006: 68) Estos principios son los que deberían aplicarse en primer lugar a la estructura básica de la sociedad, y son los que también regularían y regirían la asignación de deberes y derechos y la distribución de las ventajas sociales y económicas. Con el establecimiento de estos dos principios de justicia, sería posible instituir y diferenciar los aspectos del sistema social que aseguran las libertades básicas iguales y los aspectos que establecen desigualdades sociales y económicas ventajosas para todos.

Dadas las definiciones de los principios de justicia que se aplican a las instituciones, se observa que el primer principio se refiere a lo que concierne a las libertades básicas, que deben ser iguales. Estas libertades básicas son, de acuerdo con el texto, la libertad política, la libertad de expresión y reunión, la libertad de conciencia y de pensamiento, la libertad de la persona en lo que concierne a la libertad frente a la agresión psicológica, la opresión física, la libertad frente a la detención arbitraria y la libertad de propiedad personal; mientras que el segundo principio se aplica en lo referente a la distribución del ingreso y la riqueza y a la organización de los puestos de autoridad y mando, donde la distribución del ingreso y la riqueza no tiene que ser igual, pero debe resultar ventajosa para todos y la organización de los puestos de autoridad y mando deben ser accesibles para todos los individuos. Estos principios de justicia, deben disponerse teniendo en cuenta que el primer principio debe tener una prioridad sobre el segundo, lo cual significa que las violaciones que puedan acaecer a las libertades básicas iguales, y que son protegidas por el primer principio, no pueden ser justificadas con la existencia de unas mayores ventajas económicas y sociales.

Los principios de la justicia que define Rawls, son principios aplicables a las instituciones, pero una teoría completa de la justicia, requiere que se contemplen también principios de otro tipo, como lo son los principios para los individuos. El principio de imparcialidad y los deberes naturales, son los denominados principios para las personas en la teoría de la justicia.

A partir del principio de imparcialidad, se da cuenta de todas aquellas exigencias que tienen el carácter de obligación. Se está obligado cuando voluntariamente es adquirido un compromiso con alguna institución, y se exige el cumplimiento de nuestro papel conforme lo definen las

reglas de esa institución, esto, si se cumplen dos condiciones: que la institución sea justa, lo que significa que satisfaga los dos principios de la justicia, y por último, que se acepten voluntariamente los beneficios del acuerdo. Según lo planteado por Rawls, los vínculos obligatorios presuponen instituciones justas; conforme al principio de imparcialidad, es imposible estar obligados por instituciones que sean injustas o que excedan los límites de la injusticia tolerable, como lo es en el caso de las formas de gobierno autocráticas, en las que no hay un trasfondo propicio para el surgimiento de consensos que conlleven al establecimiento de obligaciones. En cuanto a los deberes naturales, lo característico de ellos es que se aplican a las personas con independencia de sus actos voluntarios y no guardan una relación indispensable con las instituciones, por lo que su contenido no está definido por las reglas de estos acuerdos. Los deberes naturales se dan entre las personas independientemente de cualquier relación institucional, puesto que se dan entre los hombres en cuanto seres morales iguales.

Desde el punto de vista del término justicia como imparcialidad, uno de los deberes naturales básicos es el deber de justicia, el cual exige a los individuos obedecer y apoyar las instituciones justas, puesto que si la estructura básica de la sociedad es justa, todos tienen el deber natural de cumplir con su parte conforme a la estructura existente; siendo así, este es el deber natural más importante. Rawls lo ratifica al afirmar que

La mayoría de las veces el deber natural de justicia es el más fundamental, ya que en general obliga a los ciudadanos y no requiere ningún acto voluntario para ser aplicable. Por otra parte, el principio de imparcialidad obliga solo a aquellos que asumen un puesto político o a aquellos que estando mejor situados, han promovido sus intereses dentro del sistema. (Rawls, 2006: 117)

A partir de las consideraciones expuestas anteriormente, se señala cómo Rawls plantea el por qué los ciudadanos deben obedecer las leyes justas promulgadas por una institución o una constitución justa. El principio del deber natural y el principio de imparcialidad establecen los deberes y obligaciones al respecto. Los ciudadanos en general, están en el deber de fomentar las instituciones justas mediante el deber de justicia, y a no oponerse a las leyes o programas injustos por medios ilegales en tanto estos no excedan ciertos límites de injusticia, y aquellos que han aceptado voluntariamente establecer acuerdos y se han beneficiado de ciertas oportunidades para favorecer sus propios intereses y se encuentran mejor situados, están obligados por el principio de imparcialidad. Aunque el principio de imparcialidad traza la inexistencia de obligación alguna frente a las instituciones y acuerdos sociales injustos, que se definen como un tipo de violencia, la posibilidad de desobediencia que plantea Rawls en su “Teoría de la justicia”, se concreta completamente en la explicación y justificación que hace del concepto de desobediencia civil que se abordará más adelante. Para Rawls, “El que la desobediencia esté justificada depende de la extensión que alcance la injusticia de las leyes y las instituciones.” (Rawls, 2006: 322) En este caso, la desobediencia a la ley o la desobediencia civil se restringe a graves infracciones del primer principio de justicia y a violaciones de la parte del segundo principio de justicia que se refiere a la igualdad de oportunidades. Así, quedan pues expuestos los casos en que se exceden los límites de la injusticia y se vislumbra la posibilidad de desobediencia frente a la ley en la teoría de la justicia ideada por Rawls.

Hablar de desobediencia civil desde la lógica del poder, es decir, entendida como una garantía de los ciudadanos dentro de las formas modernas de constitucionalismo, implica trascender del ámbito de la libertad de expresión de pensamiento reivindicada por los clásicos iusnaturalistas de corte liberal, a una reivindicación de la acción contra un precepto del soberano a partir de la desobediencia a la ley desde la defensa del orden constitucional. Este tipo de definición de la desobediencia civil, corresponde a una concepción limitada de la misma o, en palabras del sociólogo Rafael Nieto (2008) a una concepción reformista que propone abordar la desobediencia civil en función de los discursos del poder. Citar el trabajo de este autor colombiano, resulta de vital importancia porque propone una visión un tanto crítica. Desde su perspectiva teórica

“La desobediencia civil podría conceptualizarse como un tipo de acción colectiva, que se mueve en el umbral de la lógica del poder y de la lógica misma de la resistencia. Un discernimiento teórico más riguroso y más amplio ha de mostrar las contradicciones que encierra la desobediencia civil como forma de resistencia en la lógica poder – derecho. En ella están contenidas, perviven y se conjugan tanto la lógica del poder como la lógica de la resistencia. En los marcos del Estado de derecho y según su propia lógica, puede decirse que la resistencia se desarrolla bajo la forma de desobediencia civil, es decir, deviene en desobediencia civil en cuanto supone la lealtad al poder soberano; pero, por otro lado, la desobediencia civil, según la lógica de la resistencia, puede conducir al derribo del poder, en cuanto representa un desafío al poder y un cuestionamiento a su lealtad.” (Nieto, 2008: 82-83)

Como forma de resistencia, la desobediencia civil se desarrolla incluso dentro de regímenes autoritarios y puede desatar procesos de revolución y, en el ámbito de la democracia, la desobediencia civil involucra diversos referentes jurídicos e institucionales del Estado de derecho, pero también se fusiona con expresiones de lucha, oposición y participación de actores colectivos que resisten al poder. Es por ello, que se hace necesario plantear dos perspectivas que involucren, en un primer momento, una definición de desobediencia civil ligada a la perspectiva de la lógica del poder a partir de los planteamientos de Rawls y, en un segundo momento, una perspectiva como la planteada por Thoreau, que favorezca una visión de desobediencia civil que represente un desafío a las lógicas del poder y que, dentro de ese mismo desafío a las lógicas del poder, sea una desobediencia civil entendida como medio para alcanzar la libertad política que sería a su vez un medio para alcanzar la libertad moral del ciudadano.

2. EL CONCEPTO DE DESOBEDIENCIA CIVIL EN JOHN RAWLS

El concepto de desobediencia civil en John Rawls contenido en su *Teoría de la justicia*, fue planteado, como él lo indica, para el caso singular de una sociedad casi justa y adecuadamente ordenada en su gran parte, pero en la que se dan graves violaciones de la justicia. Rawls, parte de la idea de que un Estado próximo a la justicia precisa de un régimen democrático, por lo que la desobediencia civil se circunscribe al ámbito de una democracia legítimamente establecida. El fenómeno de la desobediencia civil, tal y como lo interpreta Rawls, sólo se inscribe al interior de

un Estado de carácter democrático casi justo; para los ciudadanos que aceptan la legitimidad del orden constitucional, según Rawls, el problema de la desobediencia civil radica en lo que él llama un “conflicto de deberes”. ¿Cuándo deja de ser una obligación el deber de obedecer las leyes, promulgadas por la mayoría legislativa en aras de defender las libertades y la justicia? Tal es el dilema que se plantea.

La teoría de la desobediencia civil de Rawls, tiene como objetivo definir esta forma de resistencia, diferenciarla de otras formas de oposición a una autoridad democrática, establecer sus motivos, las condiciones en las que se encuentra justificada en un régimen democrático y su papel dentro de un sistema constitucional. El filósofo norteamericano define la desobediencia civil como

[...] Un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno. Actuando de este modo apelamos al sentido de justicia de la mayoría de la comunidad, y declaramos que, según nuestra opinión considerada, los principios de la cooperación social entre personas libres e iguales no están siendo respetados. (Rawls, 2006: 332)

Esta definición conlleva a tener en cuenta algunos elementos como lo son, en primer lugar, que la desobediencia civil es un acto político, ya que es un acto justificado por los principios de justicia que regulan las instituciones sociales y el orden constitucional, los cuales son principios de eminente naturaleza política; cuando se justifica la desobediencia civil, se invoca la concepción de justicia que se comparte comúnmente en un régimen democrático mas o menos justo y que se define como la referencia que tienen los ciudadanos para regular asuntos políticos e interpretar la constitución; una violación constante de esos principios puede indicar el camino a la desobediencia. Por otro lado, la desobediencia civil se concibe como un acto público, en la medida en que va dirigido a principios de naturaleza pública y se da a conocer abiertamente teniendo en cuenta el escenario público. Por último, el elemento final a considerar es el que tiene que ver con la desobediencia civil como acto no violento; la desobediencia civil es no violenta porque, como lo afirma Rawls, “Expresa la desobediencia a la ley dentro de los límites de la fidelidad a la ley, aunque está en el límite externo de la misma.” (Rawls, 2006: 334).

La ley es transgredida, pero la lealtad a ella se expresa en el carácter no violento y por la aceptación de las consecuencias legales de la conducta del desobediente. El examen de Rawls, contempla una serie de condiciones que establecen una justificación de la desobediencia civil en casos en los que la trasgresión a la ley se realiza apelando al sentido de justicia de la comunidad. Su justificación debe limitarse a casos expresamente injustos y a aquellos que se constituyen en una limitante cuando se trata de impedir una injusticia. En este caso, se justifica la desobediencia civil en eventos donde esté presente una grave infracción de los denominados principios de justicia, especialmente en sus apartes que se refieren a la libertad igual y a la igualdad de oportunidades. Al ser la desobediencia civil reconocida como un último recurso político, se justifica sólo después de que se haya interpelado a todas las instancias competentes del Estado, con el objetivo de alcanzar los cambios perseguidos y no se haya conseguido una respuesta

positiva; en este caso, queda libre el camino hacia la desobediencia civil. Desde esta perspectiva, la desobediencia civil debe entenderse como un recurso estabilizador del sistema constitucional, puesto que al recurrir a ella, con sensatez y moderación, se apoyan y se respaldan las instituciones justas. El resistir a la injusticia sin salirse de los límites de la fidelidad a la ley, ayuda a menguar las contradicciones con la justicia y a corregirlas cuando estas aparezcan. Cuando de forma general se hace uso de la desobediencia civil justificada, se produce cierto grado de estabilidad en una sociedad casi justa. En definitiva, citando textualmente al teórico liberal

Al participar en la desobediencia civil, tratamos de apelar al sentido de justicia de la mayoría, y a dar a conocer que según la propia opinión, sincera y meditada, las condiciones de la libre cooperación están siendo violadas. Llamamos a los demás a que reconsideren, que se pongan en nuestro lugar y reconozcan que no pueden esperar que consintamos indiferentemente en los términos que ellos nos imponen. (Rawls, 2006: 347)

Aunque el poder del Estado posee la capacidad para castigar y reprimir a quienes se aparten de los diversos preceptos del mismo, también posee una faceta incluyente que se expresa en las diferentes formas en las que se puede pronunciar un disentimiento, ya sea consagrando la libertad de expresión y, en algunas ocasiones, consagrando el derecho a desobedecer en la medida en que no se ataque el orden constitucional. Es desde este contexto que aparece la desobediencia civil, entendida como una forma institucionalizada de participación política de los ciudadanos y que deviene de las formas que adopta la resistencia civil.

La desobediencia civil no es un fenómeno de naturaleza diferente a la resistencia, sino que es una forma de la misma. Dentro del concepto de resistencia, no siempre se encuentra presente el término civil, a éste se hace alusión cuando en las acciones de resistencia se encuentra ausente un componente de violencia, ya que el término civil, desde este contexto, debe entenderse de tal manera que sea utilizado para diferenciar la resistencia civil del uso de cualquier fuerza militar. Igualmente, hace referencia al reconocimiento de los disidentes del deber que tienen como ciudadanos de respetar las leyes del Estado y también para diferenciar los actos del disidente de otros que puedan considerarse como incivilizados. Por resistencia civil se entiende que es un:

[...] método de lucha política colectiva basada en la idea básica de que los gobiernos dependen en último término de la colaboración, o por lo menos de la obediencia de la mayoría de la población, y de la lealtad de los militares, la policía y de los servicios de seguridad civil. O sea que está basada en las circunstancias reales del poder político. Funciona a base de movilizar a la población civil para que retire ese consenso, de procurar socavar las fuentes de poder del oponente, y de hacerse con el apoyo de terceras partes. Sus métodos abarcan desde la protesta y la persuasión hasta la no cooperación social, económica y política, y por último hasta la intervención no violenta. (Randle, 1998: 25)

Siendo así, el concepto de desobediencia civil en el que coinciden la mayoría de los teóricos contemporáneos, y que cabe dentro de la noción planteada de resistencia civil, es un concepto que la limita al marco del Estado de derecho, la circunscribe al ámbito de la autoridad política

establecida y la considera como un fenómeno propio de las democracias. El filósofo alemán Jürgen Habermas así lo plantea cuando afirma que “Todo Estado democrático de derecho que está seguro de sí mismo, considera que la desobediencia civil es una parte componente normal de su cultura política, precisamente porque es necesaria.” (Habermas: 1997: 54) Este tipo de definición de la desobediencia civil, corresponde a una concepción limitada y reformista de la misma, que se inscribe dentro de los discursos de poder vigentes y que supone condescendencia con los mismos.

El cuestionamiento acerca de si la desobediencia civil puede llegar a convertirse en una acción revolucionaria, depende del contexto en el que esta se desarrolle, aquí juegan un papel fundamental las características de los actores en conflicto, las características del sistema político, los objetivos de los desobedientes y las características de la respuesta de los grupos dominantes; puesto que es debido a factores como estos que la desobediencia civil toma un rumbo determinado. Son diversas las concepciones de desobediencia civil circunscritas al marco del Estado de derecho y la democracia que se ocupan de restringir y delimitar el concepto de desobediencia civil a los mismos y la conciben como una forma de resistencia que no dista de estar en función del poder; por lo que en algunos casos, se desestima que las tesis de algunos autores que contrariamente conciben el problema, estén teorizando sobre la desobediencia civil. El caso de Henry D. Thoreau, es posiblemente el que más polémica genera en este sentido.

3. EL CONCEPTO DE DESOBEDIENCIA CIVIL EN HENRY D. THOREAU

Al abordar el tema de la desobediencia civil, es casi imprescindible no pasar por alto las consideraciones que sobre este concepto arrojan la vida y la obra de Thoreau. Las actuaciones del escritor norteamericano van más allá de ser simples aspectos coyunturales que causaron polémica en los Estados Unidos del siglo XIX. Cuando se habla de Thoreau, por alguna circunstancia, se suele mencionar siempre el hecho de su no contribución al pago del impuesto de captación cobrado para la financiación de la guerra que su país libró contra México de 1846 a 1848, esa actitud iba dirigida a mostrar su protesta en contra de las políticas esclavistas e imperialistas que dominaban en el país del norte. La desobediencia de Thoreau iba más allá de repeler los acontecimientos del momento, éste y sus demás actos, hacían parte de un pensamiento y una concepción que critica los aspectos estructurales del Estado y reafirma la preeminencia de la conciencia individual sobre la ley. La ideología política de Henry D. Thoreau queda al descubierto en toda su obra, aunque se puede ser injusto al encasillar con rótulos convencionales a uno de los más contestatarios pensadores estadounidenses, su pensamiento que ha sido considerado de corte anarquista, sobresale fundamentalmente por sus actuaciones de desobediencia civil en busca de la libertad de acción y pensamiento. Con el fin de escapar de las nefastas imposiciones del sistema y para hacerlas más evidentes, prefirió no dejarse enajenar por las doctrinas liberales que dinamizaban los ámbitos económico y social. Su retiro en Walden, viviendo en los bosques con mínimas necesidades para atender y recurriendo al autoabastecimiento, merece ser entendido como un acto contumaz de rechazo y desobediencia frente a las disposiciones y limitaciones que impone la vida civilizada.

A diferencia de otros autores que se refieren al tema de la desobediencia civil, Thoreau no es un teórico de la democracia, sino que objeta esta forma de gobierno. Mientras que para los autores que como Rawls abordan la desobediencia civil de manera convencional, ésta se constituye en una forma de disentir propia de las repúblicas democráticas casi justas, establecida como un derecho al que se puede acudir cuando una ley es injusta y se aparta de los preceptos constitucionales, en la medida en que el desobediente ataque sólo esa ley y no el orden constitucional; en Thoreau, la desobediencia civil es concebida como un deber moral del individuo que sitúa su conciencia por encima de la ley y promueve un respeto por la justicia en vez de promoverlo por las leyes, específicamente frente a leyes emanadas de una constitución o un gobierno injustos e inmorales. Para hacer un análisis del término en la obra de Thoreau, es imprescindible abordar sus escritos sobre desobediencia. A partir de los textos *Sobre el deber de la desobediencia civil* (1987), *La esclavitud en Massachussets* (1987) y la *Apología al capitán John Brown* (1987), es posible encontrar sus principales declaraciones frente al asunto esclavista, el imperialismo estadounidense del siglo XIX y la estructura del Estado norteamericano, donde contempla la pertinencia de la resistencia y la incitación a violar una ley específica, hasta la rebeldía explícita contra el Estado. También, en *Una vida sin principios* (1987), Thoreau hace una lúcida crítica sobre el sentido del trabajo en las doctrinas económicas y sociales de la época. Frente a ello presenta una loable reflexión acerca del verdadero sentido del trabajo y las labores humanas, elogiando el ocio como propuesta de resistencia pacífica, que pretende preservar el espíritu del hombre frente a los preceptos económicos liberales de la sociedad y la política norteamericana de su tiempo.

No obstante, *Sobre el deber de la desobediencia civil* (1987), es el ensayo al que la gran mayoría de las veces se recurre primeramente cuando se quiere abordar el tema de la desobediencia a la ley desde su perspectiva. Es en este escrito donde se encuentran prácticamente delimitados el concepto de desobediencia civil y algunas de las principales ideas que señalan las pretensiones de su pensamiento político. Allí, Thoreau advierte una necesidad del hombre de ser gobernado: los hombres, a partir de esa idea, han de poseer un aparato que evidencie esa necesidad y les satisfaga esa idea de gobierno, así los gobiernos se pueden entender como la materialización de esa idea que deja ver cuan fácil es instrumentalizar a los hombres. El ideal anarquista de Henry D. Thoreau, se pone al descubierto cuando este acepta la máxima que afirma que “el mejor gobierno es el que gobierna menos” y que al ser puesta en práctica, resultaría evidente que “el mejor gobierno es el que no gobierna en absoluto”. Para Thoreau, ese gobierno que no gobierna en absoluto, no se da en la medida en que desaparezca el gobierno inmediatamente. A diferencia de como piensan algunos, que según él se declaran contrarios a la existencia de un gobierno, para el pensador estadounidense esta forma de gobierno se establecerá en la medida en que los hombres instituyan un gobierno mejor al que cada hombre tenga confianza. En la medida en que un gobierno gobierne menos, los hombres pueden instrumentalizar al gobierno en beneficio propio, convirtiéndolo en un recurso para que los hombres intenten vivir en paz. Visto así, al gobierno que no gobierna en absoluto se llega mediante un proceso y cuando los hombres se encuentren preparados para tenerlo, será ése, muy posiblemente, el gobierno que según Thoreau, tendrán.

El gobierno susceptible a la crítica de Thoreau es la forma democrática. Para él, el gobierno es sólo el medio elegido por el pueblo para realizar su voluntad, pero es susceptible de perversión y abuso en vez de representar la voluntad del pueblo antes de que el mismo pueblo pueda intervenir:

Después de todo, la auténtica razón de que, cuando el poder está en manos del pueblo, la mayoría acceda al gobierno y se mantenga en él por un largo período, no es porque posean la verdad ni porque la minoría lo considere más justo, sino porque físicamente son los más fuertes. Pero un gobierno en el que la mayoría decida en todos los temas no puede funcionar con justicia, al menos tal como entienden los hombres la justicia. ¿Acaso no puede existir un gobierno donde la mayoría no decida virtualmente lo que está bien o mal, sino que sea la conciencia? ¿Donde la mayoría decida sólo en aquellos temas en los que sea aplicable la norma de conveniencia? ¿Debe el ciudadano someter su conciencia al legislador por un solo instante, aunque sea en la mínima medida? Entonces, ¿Para que tiene cada hombre su conciencia? Yo creo que debiéramos ser hombres primero y ciudadanos después. Lo deseable no es cultivar el respeto por la ley, sino por la justicia. La única obligación que tengo derecho a asumir es la de hacer en cada momento lo que crea justo. Se ha dicho y con razón que una sociedad mercantil no tiene conciencia; pero una sociedad formada por hombres con conciencia es una sociedad con conciencia. La ley nunca hizo a los hombres más justos y, debido al respeto que les infunde, incluso los bienintencionados se convierten a diario en agentes de la injusticia. (Thoreau, 1987: 31 - 32)

Desde la perspectiva de Thoreau, el poder que ostenta la mayoría no se encuentra fundamentado en la posesión que esta tenga de la verdad, ni porque en realidad sea esa mayoría la más apta para obrar con justicia: es la fortaleza física la que hace que la mayoría de un pueblo ostente el poder político, de ahí que las decisiones emanadas desde la mayoría no sean actos que obedezcan a la conciencia. A partir de esta concepción, es posible inferir la falta de autenticidad, por así decirlo, que para Thoreau tienen las leyes provenientes de una forma de gobierno semejante, por ello, es indeseable que en ningún momento el individuo someta su conciencia a la ley. Cuando el hombre rinde culto a la ley, en vez de cultivar el respeto por la justicia, se aparta de su ser como hombre, puesto que así la masa de individuos terminan sirviendo al Estado como máquinas. De esta forma, la democracia es susceptible a la crítica de Thoreau, en la medida en que el individuo no debe ser objeto de una élite o una mayoría; de alguna manera, dentro de esta línea de pensamiento expuesta por Thoreau, se puede concebir la democracia como una forma tiránica, puesto que para él esta forma de gobierno no garantiza la salvaguardia de la conciencia individual, sino que más bien propicia lo contrario.

El derecho a la revolución, como el derecho de los hombres a oponerse y a negar lealtad al gobierno cuando se torna tiránico, es reconocido por Thoreau como una forma de desobediencia cuando la opresión se convierte en un fin. Las acciones que nacen de la realización de lo justo cambian el devenir de las relaciones y las cosas, en esa medida, son acciones revolucionarias, la existencia de leyes injustas y de gobiernos y Estados que las producen, requieren acciones como estas. No vale contentarse con obedecerlas o intentar corregirlas y obedecer hasta lograrlo, lo

correcto para el pensador estadounidense sería transgredirlas de inmediato, puesto que, en cuanto a los mecanismos propuestos por las constituciones democráticas para procurar reformas, Thoreau no vacila en demeritarlos:

En cuanto a adoptar los medios que el Estado aporta para remediar el mal, yo no conozco tales medios, Requieren demasiado tiempo y se invertiría toda la vida. Tengo otros asuntos que atender [...] No es asunto mío interpelar al gobierno o a la Asamblea Legislativa, como tampoco el de ellos, interpelarme a mi; y si no quieren escuchar mis suplicas, ¿Qué debo hacer yo? Para esta situación el Estado no ha previsto ninguna salida, su constitución es la culpable.” (Thoreau, 1987: 41)

En el caso del voto, por ejemplo, este representa tan sólo una opinión. Votar es no hacer nada por eso que se desea, incluso si se vota por lo justo, no sería sensato abandonar lo justo al azar o someterlo a la decisión de la mayoría. La acción cobra en este sentido una vital importancia. La inmediata acción transgresora de desobediencia es la propuesta de Thoreau y de la cual dio testimonio con su práctica. Para obrar, no es necesario esperar hasta lograr convencer a la mayoría de la necesidad de alterar el orden que es justificable abolir, ya que se cree que si se opone resistencia sin el total consentimiento de la mayoría, las consecuencias podrían ser nefastas. Pero Thoreau rechaza esa posición, al afirmar que cuando una minoría se opone con toda fuerza, sin atenerse en ningún momento a la voluntad de la mayoría, es inevitablemente imparable. Que el comienzo de toda acción altruista sea pequeño, no es lo realmente importante, porque todo aquello que se hace bien por una sola vez, quedará plasmado como una buena acción por siempre. Como consecuencia de una acción de desobediencia que cuestione la autoridad moral del gobierno, es de esperarse una retaliación por parte del mismo. La violencia y la coacción física son la forma en la que se expresa el aparato de poder, el enfrentarse con la conciencia intelectual del hombre se encuentra lejos de sus intereses, de ahí que, como lo sustentó Thoreau, sea la prisión el lugar que ocupen el hombre justo y los espíritus más libres bajo un gobierno que encarcele injustamente y tenga como fin la opresión.

Al considerar las acciones de desobediencia como acciones revolucionarias, en cuanto son acciones que devienen de la realización de lo justo y que cuentan con la cualidad de transformar el devenir de las relaciones y las cosas, es importante resaltar la trascendencia que estas toman si se realizan masivamente. Esta posibilidad, la ejemplifica con su caso acerca de la negativa suya de pagar el impuesto de captación para la guerra que Estados Unidos libraba contra México: Thoreau se niega a pagar el impuesto actuando individualmente de manera altruista y, en efecto, trascendió en la historia con su práctica política pero, ¿Qué hubiese pasado si una gran cantidad de hombres hubiesen dejado de pagar sus impuestos? Thoreau pensaba que si tal vez mil hombres dejaran de pagar sus impuestos, esa no sería una medida violenta, pero si los pagasen habilitarían al Estado para derramar la sangre de gentes inocentes. Para Thoreau, esa sería la noción de una revolución pacífica, noción que inspiraría luego los movimientos de resistencia pasiva y de desobediencia civil de la historia más reciente, acogidos principalmente por Gandhi y Martin Luther King. Es a partir de esta definición, acerca de una desobediencia pasiva frente a una ley específica, que se comenzará a conceptualizar por algunos autores acerca de la

desobediencia civil, circunscribiéndola sólo al plano que el pensador norteamericano trata en el caso citado. El problema de la desobediencia en Thoreau no se restringe solamente a esta definición, sino que es amplio y abarca otros aspectos, el sentido de la desobediencia civil en Henry D. Thoreau, no consiste simplemente en desobedecer una ley específica que se considere injusta. Las leyes injustas provienen de Estados o gobiernos que ejecutan acciones inmorales y, por ello, se debe minarlos o sustituirlos como manera de acabar con el aparato que no actúa con justicia. El transgredir una ley determinada es una forma de manifestar el desacuerdo frente a las políticas de algún gobierno o Estado y de disminuir su capacidad de acción; pero no sólo leyes emana el aparato de poder, éste reproduce valores que dan forma a las instituciones y a la sociedad y que debido a su inautenticidad deben ser igualmente cuestionados y transgredidos.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La desobediencia civil devela un interrogante fundamental acerca de la posibilidad existente en las sociedades conducidas por una forma democrática de gobierno de desobedecer sus leyes. En realidad, puede parecer paradójico cómo una cuestión de carácter ilegal, como lo es una clara violación a determinada ley o mandato de un gobierno, pueda ser algo legitimado al interior de una constitución de naturaleza democrática. Los pensadores iusnaturalistas se ocuparon de contemplar el problema de la libertad de expresión como un mecanismo posible para la manifestación de los disentimientos que puede tener un individuo frente a los preceptos del gobierno, pero, la posibilidad de desobediencia a la ley nunca fue contemplada como un método positivo, sino más bien como una cuestión nociva para la estabilidad del soberano. Los teóricos liberales contemporáneos, aunque herederos de esa tradición iusnaturalista, difieren en ese sentido y dejan abierta la posibilidad de la desobediencia dentro del marco de la constitución, concibiéndola como un procedimiento eficaz para poner en evidencia las falencias del régimen y así coadyuvar con la estabilización del sistema constitucional y proteger las instituciones justas.

Tratar de exponer una idea básica acerca de la fundamentación ética y política de la desobediencia a la ley, se constituye en un elemento esencial cuando se pretende aprehender el fenómeno de la desobediencia civil, al igual que contrastar las diversas concepciones expuestas por los teóricos de la misma para visualizar las divergencias conceptuales existentes. Mientras que para los defensores del liberalismo la desobediencia civil se concibe prácticamente como un derecho y una posibilidad para expresar la discrepancia frente a la ley desde una lógica del poder inherente al marco del Estado de derecho, como es el caso de Rawls, para los detractores de la democracia como Henry D. Thoreau, la desobediencia civil se presenta como un deber moral que no se circunscribe a la lógica del poder establecido e incluso puede tomar formas no tan convencionales como lo proponen los autores liberales contemporáneos, sino que puede derivar en otras formas de resistencia que ponen de manifiesto una inconformidad y rechazo frente al orden constitucional.

La desobediencia civil, en cuanto a práctica y teoría, seguirá siendo una cuestión pertinente en la medida en que las decisiones de los gobiernos se aparten de una concepción preexistente de la justicia, que esté basada en la valoración de los principios de justicia relativos a las libertades iguales y a la igualdad de oportunidades al interior de todas las sociedades humanas. Es claro que episodios de la historia contemporánea nos señalan que la política predominante sigue aún apartándose cada vez más de salvaguardar aquello que la teoría liberal ha denominado Derechos Humanos, pareciera que en esta materia se sobreponen siempre las promesas a la precariedad que ha caracterizado su cumplimiento. Si en la realidad actual encontramos que existe una clara trasgresión a lo que universalmente se ha convenido como justo, la pertinencia y la posibilidad de la desobediencia civil se encuentra abierta, ya sea como instrumento para legitimar el poder, pero que devela las fisuras del orden constitucional de una democracia, o como elemento que pretende deslegitimar el poder y se constituye en un punto de partida que deriva en otros tipos de resistencia.

Referencias

Bobbio, Norberto; Michelangelo, BOVERO, 1986. *Sociedad y Estado en la filosofía política moderna*. México: Fondo de cultura económica.

Habermas, Jürgen, 1997. *Ensayos políticos*. Barcelona: Península.

Kant, Emmanuel, 1985. *Filosofía de la historia*. México: Fondo de cultura económica.

Nieto, Rafael, 2008. *Resistencia. Capturas y fugas del poder*. Bogotá: Desde abajo.

Randle, Michael, 1998. *Resistencia civil. La ciudadanía ante las arbitrariedades de los gobiernos*. Barcelona: Piados.

Rawls, John, (2006,) *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Spinoza, Baruch, (1977.) *Ética. Tratado Teológico – Político*. México: Porrúa.

Thoreau, Henry D, (1987.) *Desobediencia civil y otros escritos*. Madrid: Tecnos.



Mural de José Clemente Orozco en el Hospicio Cabañas. Guadalajara. México
Título del Mural: El Caballo Mecanizado
Fotografía tomada por: Santiago Medina.

LA APERTURA DEL DERECHO A LAS CIENCIAS SOCIALES. APROXIMACIÓN METODOLÓGICA PARA ABORDAR LAS CARACTERÍSTICAS DE LA FORMACIÓN JURÍDICA EN COLOMBIA*.

The aperture of the Law to the Social Sciences.
Methodological Approach to juridical educational characteristics
of the programs of Law.

Por: Nicolás Espinosa Menéndez**

Recibido: mayo 15 del 2012 Aceptado: junio 25 del 2012

RESUMEN.

Con el objeto de definir algunas de las circunstancias que fortalecen la formación sociojurídica de carácter interdisciplinario en los programas de derecho en Colombia, en este artículo se propone ofrecer una vía analítica y metodológica para dimensionar tales condiciones. El artículo ofrece un análisis estadístico sobre algunas de las condiciones en la oferta de programas de derecho y el alcance de la cobertura, la lectura de algunos programas de derecho y una reflexión sobre la tarea pendiente de la interdisciplinariedad en el ámbito de la formación jurídica son los temas que trabajo.

PALABRAS CLAVE

Derecho, investigación sociojurídica, currículo jurídico.

ABSTRACT

In order to define some of the circumstances that strengthen interdisciplinary socio-legal perspective in academic programs of Law in Colombia, this article aims to provide an analytical and methodological way to gauge such conditions. The article offer a statistical analysis on some of the conditions in the Law programs offer and scope of coverage, reading some curricular programs and a reflection on what remains of interdisciplinarity in the field of legal education are the issues that job.

KEY WORDS

Law, socio-juridical research, juridical curricula.

* Este artículo es producto de algunas reflexiones orientadas a lo largo del curso Sociología Jurídica, dictado en la Universidad de San Buenaventura el segundo semestre de 2011. Agradezco tanto a mis colegas de la Facultad como los y las estudiantes de mis cursos por sus argumentos y comentarios. Así mismo, a la antropóloga Irene Piedrahita y a las evaluadoras del artículo por la pertinencia de sus observaciones y la severidad de sus correcciones.

** Sociólogo y Magister en Antropología de la Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador, Universidad de San Buenaventura seccional Medellín. Investigador, Universidad de Antioquia. Email: nicolas.espinosa@usbmed.edu.co, nicolas@iner.udea.edu.co.

INTRODUCCIÓN

En este artículo me propongo explorar las posibilidades que tiene la formación de Derecho como escenario para analizar múltiples y complejas realidades jurídicas de la sociedad. Es decir, me propongo establecer algunas pistas que permitan dimensionar las posibilidades de la formación sociojurídica en el sistema universitario colombiano.

Para tal efecto me he apoyado en el desarrollo de tres ámbitos de exploración: el ámbito (i) empírico me ha supuesto un trabajo de rastreo de información cuantitativa que me ha permitido - a partir de procesos estadísticos- dibujar el panorama actual de la oferta, demanda, cobertura y alcance de la enseñanza del Derecho en el país. El ámbito (ii) analítico corresponde a un sondeo que realicé sobre algunos programas de derecho y sus contenidos curriculares, con el propósito de establecer el peso que allí juega la formación sociojurídica. En el ámbito (iii) teórico situé los hallazgos de los anteriores apartados en el marco de una discusión sobre los retos que enfrenta la enseñanza del Derecho para posicionarse como disciplina capaz de reconocer, y sumarse, a los estudios interdisciplinarios.

La hipótesis general que guía este ejercicio es que las posibilidades para el desarrollo de la perspectiva sociojurídica depende de la covariación de tres factores: los estándares de calidad que manejan las Facultades de Derecho; la construcción curricular de los programas y el perfil de los mismos, según el tipo de apuesta institucional de las universidades que les acogen.

Para desarrollar esta hipótesis el documento lo he dividido en tres partes, una según cada ámbito de exploración.

1. PARTE: ALCANCES DE LA OFERTA INSTITUCIONAL PARA LA FORMACIÓN EN DERECHO. LA TENSIÓN ENTRE COBERTURA Y CALIDAD.

En un artículo publicado en el Espectador en mayo de 2010 “Colombia, tierra de abogados”, Mauricio García Villegas (2010, sp) llama la atención sobre la desproporción existente entre la creciente, y casi exponencial apertura de programas de derecho (y por ende el masivo ingreso de estudiantes) y los mínimos controles “de salida” que esta profesión encuentra.

El artículo de Villegas resalta la gravedad de esta situación¹, a saber la mínima regulación, los pocos filtros al graduarse y la baja calidad de la formación, pues esto supone un peligro para nuestra sociedad que, como cualquier sociedad del mundo occidental, encuentra en la calidad y probidad de los abogados un factor determinante para el funcionamiento del sistema jurídico.

¹ Gravedad que, de manera paradójica, no se ha visto reflejada en estudios o análisis que den cuenta del carácter, alcance y perspectivas de la formación jurídica en el país. Esto porque el balance bibliográfico que realicé para la elaboración de este artículo (consultando bases bibliográficas en línea, como la de la biblioteca Luis Ángel Arango y las de las Universidades reseñadas en la segunda parte del artículo, así como bases académicas como Redalyc, Latindex y Scielo) no arrojó resultados para los años 2008-2011. Tal pareciera que reflexiones de este tipo no son materia de interés para el ámbito jurídico ni pedagógico. Por tal motivo, debo aclarar, este apartado no cuenta con otras fuentes para situar el debate.

Ahora bien, este crecimiento desmedido ha sido abanderado por instituciones privadas, verbigracia los incentivos que ofreció ley 30 del 93 que propiciaron la masificación de programas de educación superior (no solo de Derecho, valga decir) con laxos controles curriculares. Las cifras en que se apoya García V., obtenidas del Ministerio de Educación, dan cuenta que entre 1993 y 2001 en el país pasamos de tener 32 facultades de derecho a 63; para el 2007 se contabilizaron 72. El crecimiento de los programas (en donde una facultad puede ofrecer varios de estos) aunque está aparejado a la apertura de Facultades, muestra un ritmo aun mayor: de 60 programas de Derecho existentes en 1993 se registraron 178 en 2007.

El crecimiento de la oferta, no sobra decirlo, implicó un aumento considerable de la demanda. Señala García que si en 1994 habían 36 mil estudiantes, a principios de la década de 2000 estos eran el doble. García V. explica que algunas de las características atribuibles a este crecimiento han sido las siguientes:

1. Fue jalonado por la oferta privada de educación jurídica, pues “Las facultades de Derecho de las universidades públicas pasaron de representar el 54,5% del total de la especialidad en 1949, a 29% en 2007” (García 2010, sp).
2. El aumento de la oferta incluyó capitales de departamento y ciudades intermedias. “En 1992 se podía estudiar derecho en 12 departamentos; en 2007, en 25” (García 2010, sp).
3. “El aumento de la oferta de educación jurídica se debió a la expansión de la oferta privada en universidades que no tienen ni la infraestructura, ni el personal académico, ni las bibliotecas, ni los programas de investigación, ni las publicaciones que se requieren” (García 2010, sp).

El problema de esta situación García lo resume así:

Nada de esto sería tan grave si hubiese controles de salida, es decir, al ejercicio profesional después de haber estudiado Derecho. En Colombia no ha habido, como en todos los países desarrollados, incluso en buena parte de los países de América Latina, filtros que restrinjan el ingreso de los abogados mal preparados al mundo laboral. Basta con tener el título —venga de donde viniere— para poder litigar y sólo hay que esperar un par de años —incluso sin hacer nada— para poder ser juez.

Pero los problemas aparejados a la masificación descontrolada no se quedan allí. Si bien ya existe un examen de estado (los ECAES) que regulan, en alguna medida, “la salida” de los profesionales al medio, controles disciplinarios del tipo “colegiaturas” son voluntarios. La oposición en el medio académico para asumir tales controles, señala García, es grande en la medida que ante la masificación del estudio del derecho y la gran cantidad de profesionales graduados, el mercado de los estudios de posgrado se hace atractivo. Y ello por lo siguiente: en la medida que los posgrados se han posicionado como mecanismos –informales y privados- de homogenización de la profesión jurídica, las personas egresadas de carreras de poca calidad

buscan afanosamente cursar un posgrado que les posicionen en la competencia del medio. Esto se convierte en un incentivo perverso para que algunas universidades, en particular aquellas que más gradúan estudiantes de posgrado, no muestren una denodada favorabilidad a regular de forma más enfática la formación en Derecho, por una sencilla razón:

¿No temen acaso las universidades privadas de élite, en Bogotá, Medellín y Cali –se pregunta García- que una reforma que imponga estándares de calidad en los estudios de derecho debilite, al hacer innecesario el “lavado” de títulos, ese mercado destinado a la homogeneización de títulos y del cual obtienen buena parte de sus recursos?. (García 2010, sp).

Como expondré adelante, ese temor no parece infundado, pues no solo los controles siguen siendo, aunque exigentes (como son las políticas de Acreditación), mínimos, sino que las oferta de programas y la demanda de estudiantes sigue en aumento.

Con el reciente posicionamiento de Sistemas de Información en línea, el acceso a información cuantitativa que permita caracterizar el alcance, cobertura y los principales elementos de los programas de derecho no solo se hace más sencillo: facilitan, además, la realización del tipo de lectura cuantitativa que realizaré en esta sección.

Ahora bien: quizá la información disponible no me permita profundizar sobre la calidad de los programas -pues a partir de los datos existentes es difícil establecer criterios de medición, indicadores, que permitan establecer la mayor o menor calidad de un programa- la caracterización cuantitativa permite, en primer lugar, establecer rasgos generales al contexto de la oferta y demanda de programas de derecho analizado; y en segundo lugar, plantear algunas hipótesis en torno a la situación actual de la formación en esta área de conocimiento.

Con este orden de ideas, a continuación estableceré algunas pistas para caracterizar el panorama actual de la formación en Derecho en el país en materia de número de estudiantes por programas y por universidad; tipo de universidad (oficial o privada) y su ubicación geográfica. Este ejercicio lo he realizado a partir de los datos que ofrecen “el Observatorio Laboral para la Educación” (una iniciativa oficial del Ministerio de Educación que ofrece una plataforma en línea para la consulta de información)², los datos del Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES), otra plataforma en línea similar a la anterior y la información que compila el Consejo Nacional de Acreditación (CNA)

² El Observatorio Laboral para la Educación es un sistema de información que brinda herramientas valiosas para analizar la pertinencia de la educación a partir del seguimiento a los graduados y su empleabilidad en el mercado laboral. De esta manera, contribuye al mejoramiento de la calidad de los programas académicos ofrecidos.

El aleteo de una mariposa: los programas de derecho en medio del caos de la educación superior colombiana.

En esta sección ubicaré dentro del panorama de la oferta de educación superior en Colombia, la situación de la enseñanza, oferta y demanda, de los programas de Derecho en el país. Mi propósito consiste en dibujar el contexto al cual se circunscribe el panorama que supo dibujar Mauricio García para, mas adelante (en los siguientes apartados del documento), establecer los retos que la formación sociojurídica puede plantearse sobre las formas tradicionales de la enseñanza –y cobertura- del derecho en Colombia.

El contexto al cual me he referido antes tiene que ver con el sistema de educación superior en el país. Ante la variedad de programas e instituciones reconocidas por la Ley, para efectos de este escrito me centraré, más adelante, en las estadísticas sobre la formación universitaria profesional del Derecho.

Las distintas modalidades de formación en nuestro país son responsabilidad de Instituciones de Educación Superior (IES) denominadas Universidades, Instituciones Universitarias, Instituciones Técnicas e Instituciones Tecnológicas. La formación profesional del Derecho (que de ahora en adelante denominaré, tal cual lo hace el ministerio: estudios universitarios) recae sobre Universidades e Instituciones Universitarias. Según la Ley 30 de 1992 en su artículo 19, las Universidades son aquellas

instituciones que acrediten su desempeño con criterio de universalidad en las siguientes actividades: La investigación científica o tecnológica; la formación académica en profesiones o disciplinas y la producción, desarrollo y transmisión del conocimiento y de la cultura universal y nacional.

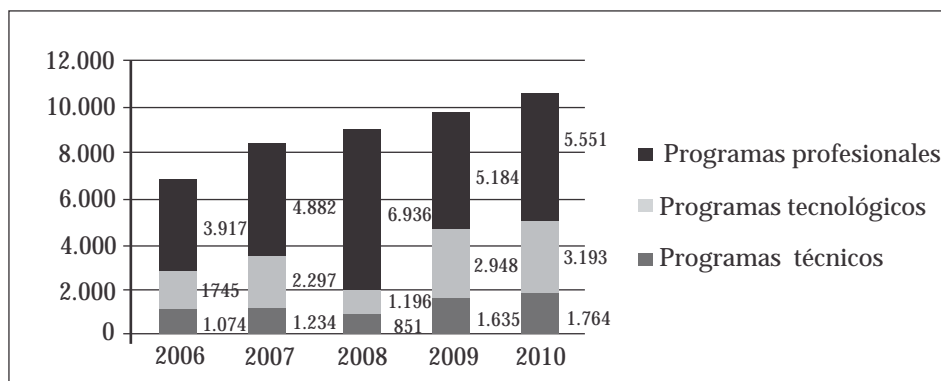
El lugar que ocupan las Universidades dentro del sistema educativo del país es el siguiente. Según las cifras oficiales del Sistema Nacional de la Educación Superior (consignadas en la Tabla 01) puede observarse que existe un registro de 342 Instituciones de Educación Superior (IES). Las de carácter oficial corresponden a menos de la mitad: 105. De este gran total de IES, el 37% (126) son Universidades.

Tipo de Institución de Educación Superior	Total
Institución Técnica Profesional	8
Institución Tecnológica	18
Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	28
Universidad	51
Oficial	105
Institución Técnica Profesional	30
Institución Tecnológica	42
Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	90
Universidad	75
Privada	237
Total general	342

Tabla 1 Fuente: SNES 2011 Procesamiento: Nicolás Espinosa.

De las IES reconocidas, la siguiente gráfica recoge la distribución de los programas académicos registrados desde 2006:

Número de programas por año según tupo de IES 2006 2010



Gráfica 1 Fuente: SNIES Proceso: Nicolás Espinosa

Para 2010 existen registrados 10.508 programas académicos; 53% (5.551) son programas profesionales, cuyo aumento supera en ritmo e intensidad a la formación técnica y tecnológica. La calidad de todos estos programas, que en nuestro país puede medirse en términos de la Acreditación que realiza el Consejo Nacional e Acreditación (CNA), da cuenta de una proporción que bien podría calificarse de “baja” entre los programas registrados y los programas acreditados: los porcentajes de esta relación expresan una proporción (visible en la Tabla 02) que muestra un letargo conforme pasa el tiempo: en términos absolutos se ha pasado de tener 456 programas acreditados a 649. Bien podría pensarse que, entonces, el número de programas de calidad ha aumentado en un 42%. Pero en la medida que la oferta de programas ha crecido en un 56%, la velocidad de ambos crecimientos no ha sido pareja.

En ese orden de ideas, en términos proporcionales, si en el año de 2006 existía un 6.7% de programas acreditados, hoy día es de 6.17%. de programas acreditados, es decir: la proporción no aumentó. Es claro, entonces, que el crecimiento de programas de formación profesional no implica, necesariamente, un aumento en la calidad de los mismos.

	2006	2007	2008	2010
Programas Registrados	6737	8413	8983	10508
Programas Acreditados	456	663	495	649
Porcentaje de Acreditación	6.7%	7.9%	5.51%	6.17%

Tabla 2 Fuente: CNA Procesamiento: Nicolás Espinosa.

Los programas acreditados de los que he hablado se encuentran mayoritariamente en las IES reconocidas por la ley como Universidades, y con mayor frecuencia en las de naturaleza oficial. La siguiente gráfica (gráfica 02) muestra esa relación según tipo de institución.



Gráfica 2 Fuente: Consejo Nacional de Acreditación. Procesamiento: Nicolas Espinosa

Para inscribir cualquier programa profesional, toda IES debe cumplir con unas condiciones mínimas de calidad exigidas y avaladas por el ministerio de Educación. Esto permite a *cualquier* institución inscribir sus programas y recibir el Registro Calificado³; subrayo esto porque el registro y la apertura del programa no significa, necesariamente, un estándar de calidad; es un requisito formal de fácil cumplimiento. Sin embargo, si se trata de certificar un alto nivel de calidad este puede medirse a través de la Acreditación de los programas realizada por el CNA⁴. Una forma de mayor exigencia para la evaluación de la calidad es la Acreditación Institucional (que entre otras cosas exige que por lo menos haya un programa acreditado por Facultad). Esta evaluación, a diferencia de las anteriores, no es necesaria para que un programa funcione (como si lo es el Registro Calificado), o para que demuestre su calidad en el medio (la Acreditación). Se trata pues de una evaluación de carácter voluntario y se orienta, en particular, a posicionar a las Universidades como escenarios propicios para el desarrollo de programas de Maestría y Doctorado.

En términos de la más alta calidad reconocida en el país tan solo 28 IES (entre ellas 15 universidades) han obtenido la Acreditación Institucional (véase: Tabla 03; para ver las Universidades con este tipo de acreditación que tienen por lo menos un programa de Derecho véase la Tabla 04):

Tipo de institución	Programas acreditados de alta calidad
Oficial	15
Institución Técnica Profesional	
Institución Tecnológica	2
Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	
Universidad	13
Privada	13
Institución Técnica Profesional	
Institución Tecnológica	
Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	1
Universidad	12
Total general	28

Tabla 3 Fuente: CNA 2011 Procesamiento: Nicolás Espinosa.

³ Este registro incluye 56 artículos. Las condiciones mínimas que establece son:

Denominación académica del programa. -Justificación del programa. -Aspectos curriculares. -Organización de las actividades de formación por créditos académicos. -Formación investigativa. -Proyección social Personal académico-Selección y evaluación de estudiantes-Medios educativos -Infraestructura -Estructura académico administrativa -Autoevaluación-Políticas y estrategias de seguimiento a egresados-Bienestar universitario- Recursos financieros. (Véase el Decreto 2566 de 2003)

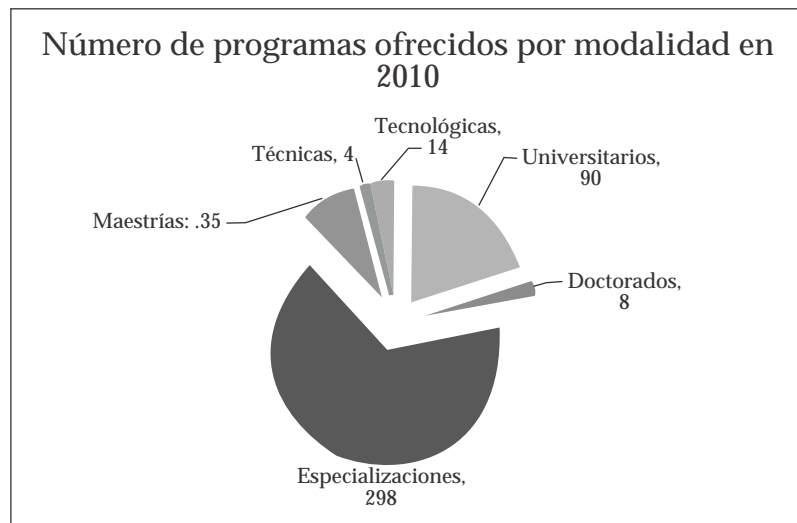
⁴ Y cuya definición, caracterización y condiciones pueden observarse en este documento: El sistema de educación superior de Colombia”. Documento elaborado por el CNA. Disponible en: <http://www.cna.gov.co/1741/article-187279.html> Consulta: 30 de sept. 2011

Pero antes de pasar al papel que allí cumplen los programas de derecho, bien cabe hacer la siguiente salvedad: a pesar de la oficialidad de las cifras a que me he remitido, no es posible determinar de manera certera cuántas IES hay en Colombia. El listado del SNES registra algunas sedes de Universidad cuyo centro suele estar en las capitales, pero no aparecen las seccionales de las Universidades Nacional y de Antioquia, por ejemplo. Tampoco aparecen registradas distintas modalidades de educación superior que regulan las Secretarías de Educación a nivel territorial. En conclusión, según el Observatorio de la Universidad en Colombia, en nuestro país no sabemos cuántas IES tenemos⁵.

Alcance y cobertura de los programas de Derecho.

La información que a continuación trabajaré, aunque no coincide de manera exacta y precisa con las cifras que hace un año utilizara Mauricio García (quizás por la actualización de las Fuentes), respeta las tendencias que este autor hallara para su trabajo.

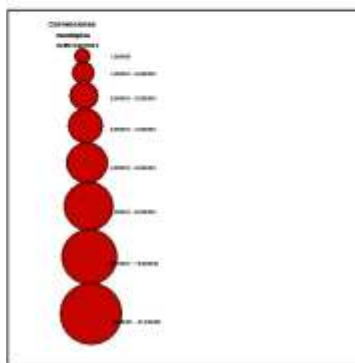
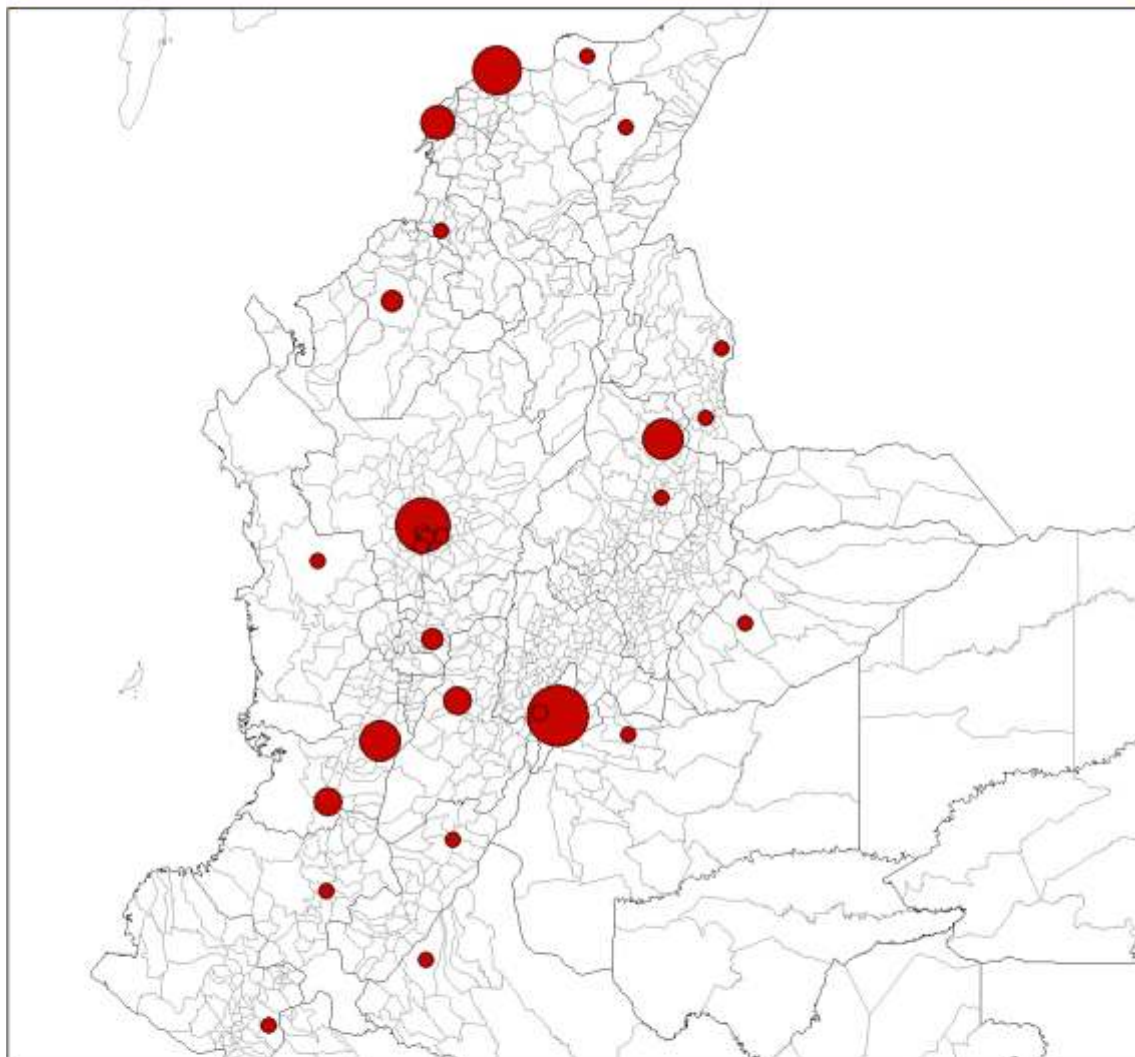
Para el año 2010, según arroja el SNES, son 104 las IES que ofrecen 449 programas relativos al derecho: estudios técnicos (4) , tecnológicos (14) y de pregrados (incluido un programa de criminalística y dos en psicología, 90); especializaciones (298), maestrías (35) y doctorados (8). La distribución de esta oferta puede observarse en la Gráfica 03, y la ubicación de las sedes principales de las Facultades en el Mapa 01 (no es posible georeferenciar seccionales o sedes de las IES que las tienen, ni tampoco IES reguladas por secretarías de educación al nivel territorial pues, como expresé antes, la información que provee el Ministerio no es completa).



Gráfica 3 Fuente: SNES 2011 Procesó: Nicolás Espinosa

⁵ Véase: “En Colombia no sabemos cuántas IES tenemos” Observatorio de la Universidad Colombiana. Consultado en: http://universidad.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=630:en-colombia-realmente-no-sabemos-cuantas-ies-tenemos&catid=2:informe-especial&Itemid=199 Consulta: sept. 30 2011

Facultades de Derecho en Colombia, 2010. Sedes Principales.



Fuente: SNIES, Ministerio de Educación
Procesamiento Cartográfico: Nicolás Espinosa
Base Cartográfica: IGAC



Mapa 1

Esta oferta de programas ha estado vinculada a un crecimiento constante a lo largo de la última década. Para dar cuenta de los estándares de calidad de dicha oferta, las siguientes tablas dan cuenta de las Universidades con Acreditación Institucional (ocho universidades, Tabla 04) que acogen por lo menos una carrera de derecho, y las Facultades de Derecho que se encuentran, en la actualidad, debidamente acreditadas (18)

Universidades con Acreditación Institucional vigente a 2010
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA (Bogotá)
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA (Bogotá)
COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO (Bogotá)
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (Bogotá)
UNIVERSIDAD DE LA SALLE (Bogotá)
UNIVERSIDAD DE LA SABANA (Bogotá)
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA (Medellín)
UNIVERSIDAD EAFIT (Medellín)

Tabla 4 Fuente: CNA 2011

Facultades con por lo menos un programa de derecho con Acreditación vigente a 2010
El Rosario
La Javeriana
Universidad de Antioquia
Universidad de los Andes
EAFIT
Universidad Externado
Universidad Libre Barranquilla
Universidad Pontificia Bolivariana
Universidad del Norte
Universidad Manizales
Universidad de Medellín
Universidad Libre de Cali
Universidad Libre de Bogotá
Universidad Militar Nueva Granada
Universidad Nacional de Colombia
Universidad Sergio Arboleda
Universidad Santo Tomás
Universidad Autónoma Bucaramanga

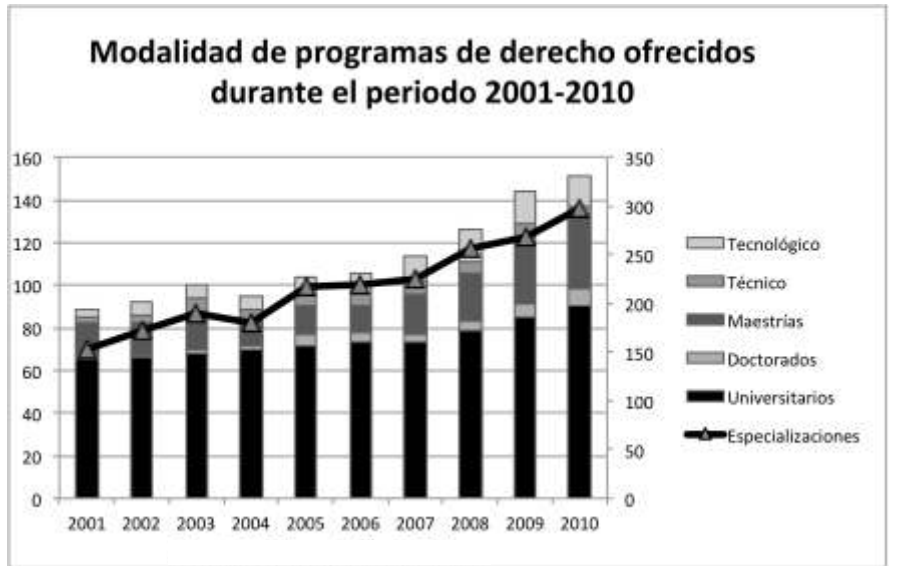
Tabla 5 Fuente: CNA 2011

Con esta información es posible establecer, por lo tanto, que de 90 carreras profesionales en Derecho solo 18 están acreditadas; el 20%.

A pesar de la desproporción entre programas acreditados y oferta educativa, el crecimiento de los mismos ha sido muy rápido a lo largo de la década. Las siguientes gráficas dan cuenta de la oferta de programas desde 2001. La primera de ellas (gráfica 04) agrega la totalidad de las modalidades ofertadas; en la segunda gráfica (05), con el propósito de observar mejor los datos los resultados aparecen suavizados con un segundo eje para las especializaciones.

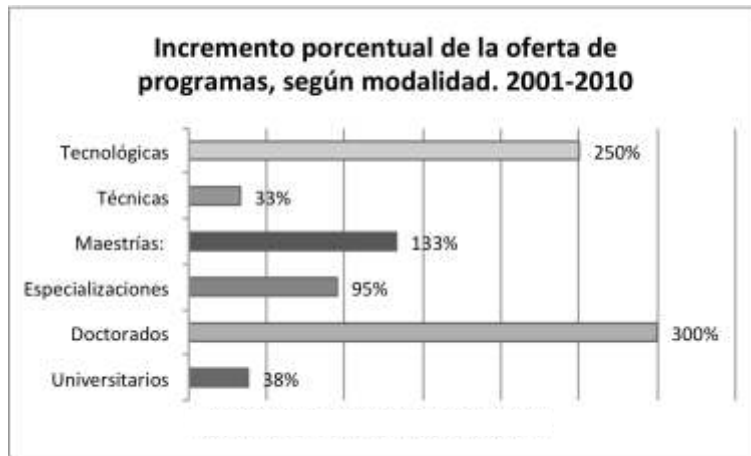


Gráfica 4 Fuente: SNIES Procesó: Nicolas Espinosa



Gráfica 5 Fuente: SNIES Procesó: Nicolas Espinosa

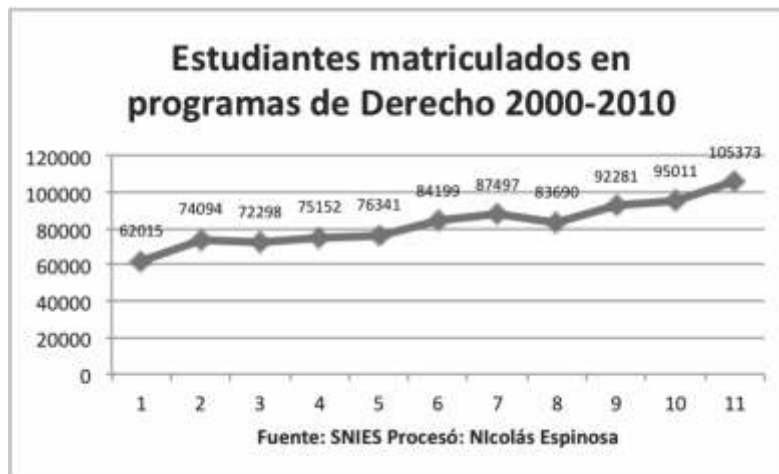
Si bien todas las modalidades de oferta académica jalonan el crecimiento anual, en términos ponderados los porcentajes de incremento que más aportan son los estudios tecnológicos y las maestrías. No deja de sorprender, por cierto, que los estudios universitarios de Derecho se hayan incrementado en un 38%. La siguiente gráfica da cuenta del aporte porcentual de cada modalidad de formación:



Gráfica 6 Fuente: SNIES Procesó: Nicolas Espinosa

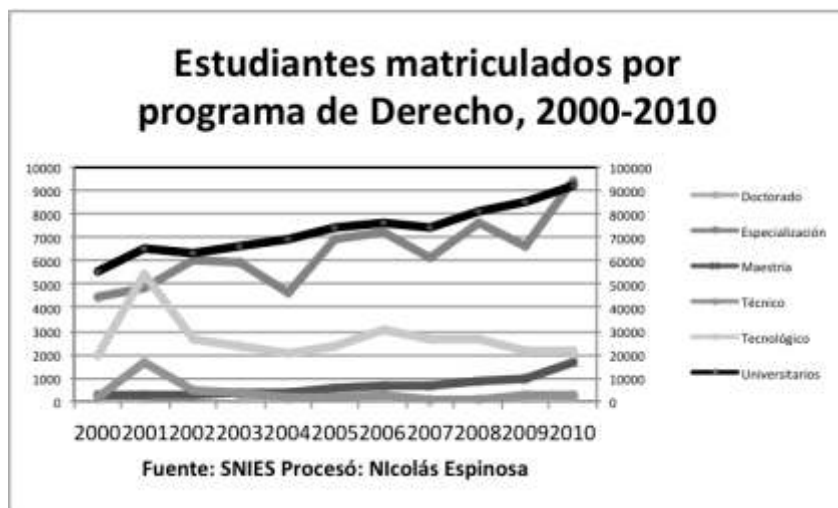
Tal incremento de oferta ha llevado, por consiguiente, a que el número de graduados en todas sus modalidades aumente con el paso del tiempo. A continuación expondré el comportamiento de las matriculas anuales de los programas de derecho, el número total de graduados y finalmente el número de estudiantes que anualmente inician la carrera universitaria de Derecho.

La siguiente gráfica da cuenta del número de estudiantes matriculados en la totalidad de programas de derecho que se ofrecen en el país. De 82.015 personas matriculadas en 2000 se pasó a 105.373 en 2010, es decir, se observa un incremento de 27% (véase gráfica 07)



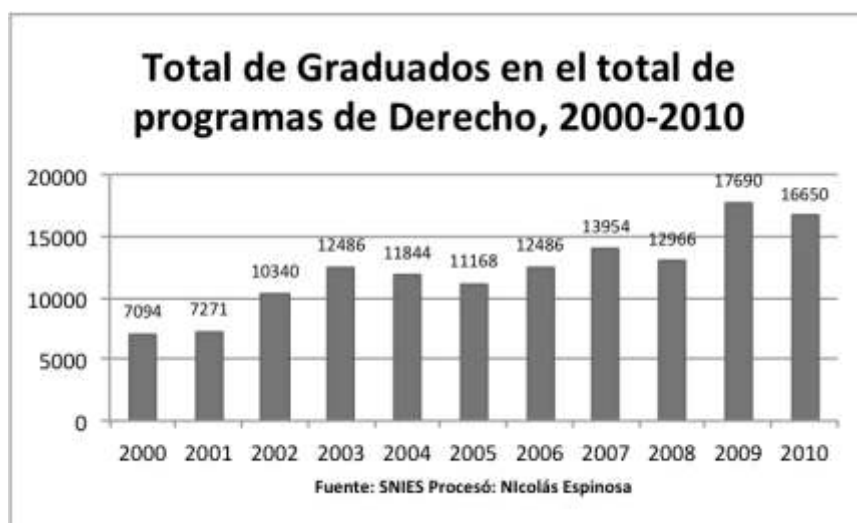
Gráfica 7 Fuente: SNIES Procesó: Nicolas Espinosa

La matrícula, desagregada por programa, muestra como los programas de pregrado universitario y de especialización comprenden el 96% de la matrícula total a lo largo del periodo (véase gráfica 08)



Gráfica 8 Fuente: SNIES Procesó: Nicolas Espinosa

Los números de personas graduadas anualmente muestran un comportamiento, si bien con un incremento notorio (se pasó de 7094 graduados en 2000 a 16650 en 2010, con un pico de 17690 graduados en 2009), mantiene una dinámica cíclica de incrementos y disminuciones: los picos corresponden a los años 2003, 2007 y 2009 (véase gráfica 09)



Gráfica 9 Fuente: SNIES Procesó: Nicolas Espinosa

Ese número de graduados, por tipo de programa existente, puede observarse en la siguiente gráfica, donde se destaca el número anual de estudiantes de la carrera de Derecho que terminan sus estudios. De 4536 abogados graduados en 2000 se pasó a 8198 en 2010.



Gráfica 10 Fuente: SNIES Proceso: Nicolás Espinosa

De este total de personas graduadas, la tabla que sigue a continuación (Tabla 06) recoge los porcentajes que corresponden a las IES que han graduado más de 1000 personas a lo largo de la década. Se trata de 21 IES en las que llama la atención que las únicas IES oficiales que aparecen en el listado son la Universidad de Antioquia y la Universidad Nacional, cada una con el 2% de graduandos en la década. Estas 21 universidades gradúan al 61% del total de estudiantes de la carrera de derecho en Colombia; las 10 primeras del listado gradúan al 50% del total de

PORCENTAJE DEL TOTAL DE ESTUDIANTES GRADUADOS EN LA CARRERA DE DERECHO, 2000-2010		
INSTITUCIÓN DE EDUCACIÓN SUPERIOR	NO. GRADUADOS 2000-2010	PORCENTAJE
UNIVERSIDAD LIBRE (Dos seccionales acreditadas)	8608	11%
UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA	4918	6%
UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA (Acreditada)	4139	5%
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS(Acreditada)	3951	5%
UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA	3920	5%
FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA -FUAC-	3497	4%
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI (Acreditada)	3170	4%
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN (Acreditada)	2901	4%
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	2852	4%
UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA	1888	2%
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA (Acreditada)	1678	2%
UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA	1586	2%
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA (Acreditada)	1572	2%
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA (Acreditada)	1436	2%
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA (Acreditada)	1356	2%
CORPORACION UNIVERSITARIA DE LA COSTA CUC	1298	2%
UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA -UNAULA-	1163	1%
UNIVERSIDAD DE LA SABANA	1118	1%
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (Acreditada)	1041	1%
UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA -UNAB- (Acreditada)	1023	1%
TOTAL	53115	66%

Tabla 6 Fuente: SNIES Proceso: Nicolás Espinosa

Ahora bien, otras cifras que permiten dimensionar la concentración del mayor número de estudiantes son las de matrícula anual (para cada semestre dictado en las carreras, Tabla 07) y las de admitidos por primera vez (para el Año 2010, Tabla 08). La información de estudiantes matriculados construida a partir de las universidades con mas de 10mil estudiantes matriculados a lo largo del periodo 2000-2010, sitúa, de nuevo, a las universidades Libre, Católica, Gran Colombia y Santo Tomás como las IES con mayor número de estudiantes.

PORCENTAJE DEL TOTAL DE ESTUDIANTES MATRICULADOS EN LA CARRERA DE DERECHO, 2000-2010		
INSTITUCIÓN DE EDUCACION SUPERIOR	NO. MATRICULADOS 2000 - 2010	PORCENTAJE
UNIVERSIDAD LIBRE (dos seccionales acreditadas)	79612	11%
UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA	37364	5%
UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA	31277	4%
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN (Acreditada)	29449	4%
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS (Acreditada)	26476	4%
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI (Acreditada)	21891	3%
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	21373	3%
FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA -FUAC-	18343	3%
UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR	17214	2%
UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA	15188	2%
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA (Acreditada)	14789	2%
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA (Acreditada)	14334	2%
UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA - UNAB- (Acreditada)	11613	2%
CORPORACION UNIVERSITARIA RAFAEL NUÑEZ	11267	2%
UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA (Acreditada)	10512	1%
UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA - UNLAULA-	10288	1%
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA (Acreditada)	10152	1%
TOTAL	381142	53%

Tabla 7 Fuente: SNIES Proceso: Nicolás Espinosa

Los datos de personas inscritas por primera vez en una carrera de Derecho para el 2010 respetan en buena medida la tendencia de universidades con mayor número de matriculados y graduados (Libre, Gran Colombia, Santo Tomás), con tres excepciones que destacan, las IES: UNICIENCIA, UNAULA y Corporación Universitaria Americana. Estas tres instituciones no sobresalen en los indicadores anteriores.

INSCRITOS POR PRIMERA VEZ EN UNA CARRERA DE DERECHO EN EL 2010		
UNIVERSIDAD	Total	Porcentaje
UNIVERSIDAD LIBRE (Acreditada)	1555	7,2%
UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA	1477	6,8%
CORPORACION UNIVERSITARIA DE CIENCIA Y DESARROLLO - UNICIENCIA	1454	6,7%
UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA	934	4,3%
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS (Acreditada)	831	3,8%
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN (Acreditada)	731	3,4%
UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA - UNLAULA-	700	3,2%
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	560	2,6%
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA (Acreditada)	542	2,5%
CORPORACION UNIVERSITARIA AMERICANA	537	2,5%
TOTAL	9321	43,0%

Tabla 8 Fuente: SNIES Proceso: Nicolás Espinosa

La posibilidad que ofrece el SNIES de consulta de los datos que allí compendian facilita la realización de cálculos como el siguiente: la proporción de estudiantes graduados respecto al número de estudiantes matriculados. Esta proporción la realicé a partir del cálculo de Graduados X 100 estudiantes matriculados. Las siguientes tablas (09 y 10) muestran las 10 más altas proporciones de graduación y las 10 más bajas.

10 mas altas proporciones de graduación X 100 estudiantes, periodo 2000-2010			
Universidad	Estudiantes Graduados	Estudiantes Matriculados	Proporción x 100 est.
UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA (Acreditada)	4139	10624	39
DIRECCION NACIONAL DE ESCUELAS	98	362	27
FUNDACION UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES	78	302	26
FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA -FUAC-	3497	18596	19
UNIVERSIDAD DE LA SABANA	1118	6477	17
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA (Acreditada)	1356	7901	17
ESCUELA MILITAR DE CADETES GENERAL JOSE MARIA CORDOVA	492	2934	17
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA (Acreditada)	1678	10338	16
CORPORACION UNIVERSITARIA DE LA COSTA CUC	1298	8031	16
UNIVERSIDAD DE CALDAS (Acreditada)	830	5146	16

Tabla 9 Fuente: SNIES Proceso: Nicolás Espinosa

10 mas bajas proporciones de graduación X 100 estudiantes, periodo 2000 -2010			
Universidad	Estudiantes Graduados	Estudiantes Matriculados	Proporción x 100 est
UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA	19	1282	1
UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA	33	1721	2
CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE IBAGUE- CORUNIVERSITARIA	30	1228	2
FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN	55	2033	3
UNIVERSIDAD MANUELA BELTRAN-UMB-	55	2001	3
UNIVERSIDAD-COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA	119	3922	3
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE BOYACÁ	83	2286	4
CORPORACION UNIVERSITARIA DE COLOMBIA IDEAS	64	1437	4
FUNDACION UNIVERSITARIA AGRARIA DE COLOMBIA- UNIAGRARIA-	130	2873	5
UNIVERSIDAD ANTONIO NARIÑO	290	5831	5

Tabla 10 Fuente: SNIES Proceso: Nicolás Espinosa

Cuatro de 10 universidades con las más altas proporciones de graduandos por matriculados, están acreditadas; si de asumir la Acreditación como el estándar de calidad para establecer la diferencia entre una buena educación y no, estos datos arrojan un resultado preocupante, pues la mayoría de graduados los están haciendo de programas sin esta calificación.

Como es de esperar, ninguna de las 10 IES con las más bajas proporciones de graduación por matrícula, está acreditada. Pero claro: el papel de las universidades acreditadas, a pesar de tener unos niveles de graduación ajustados a su oferta, está lejos de pretender la masificación acelerada que observan algunas universidades y sus programas.

Aun así, hace falta mayor precisión en los datos para analizar el papel de dos de las Universidades acreditadas que relativizan la fuerza del anterior argumento y cuyo caso es llamativo: las Universidades Libre, Santo Tomás, Santiago de Cali y de Medellín. Sobre las dos primeras IES, según las bases de datos consultadas, no es posible saber a qué sedes y/o seccionales (aquellas Acreditadas, aquellas que no) corresponden la matrícula de sus estudiantes. Sobre todas llama la atención la alta proporción de matrículas y graduaciones sobre otras Universidades Acreditadas. ¿Puede la masificación ir de la mano con la Calidad?

Otro elemento para analizar el papel que juegan las Universidades lo suponen los resultados de los ECAES. La siguiente tabla (Tabla 11) da cuenta de una jerarquización según el número de estudiantes que clasificaron en el ranking nacional de mejores resultados.

Universidades que registran participación en los mejores ECAES por año								
Universidad	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Suma
Universidad Externado de Colombia (a)	9	5	5	8	4	6		37
Pontificia Universidad Javeriana -Bogotá- (a)	3	2	4	4	6	2	3	24
Universidad de Medellín (a)		2	2	2	2	2	4	14
Universidad del Rosario (a)	1		3	2	1		1	8
Universidad Pontificia Bolivariana UPB - Medellín- (a)	3	1		1	2	3	2	12
Universidad del Norte (a)	2	1	1	2		2		8
Universidad de Nariño		1	1	4			2	8
Universidad Nacional de Colombia -Bogotá- (a)	1	1	2	1		2		7
Universidad del Cauca	1	3				3		7
Universidad Sergio Arboleda -Bogotá (a)		1		2	1		1	5

Tabla 11 Fuente: Observatorio de la Universidad Colombiana (Con datos del CNA 2011)

De los 10 primeros lugares, ocho son ocupados por Universidades acreditadas

Los últimos párrafos traen implícito un aspecto metodológico clave: si se trata de establecer como criterio de calidad para la formación en Derecho algo que supere la proporción entre matrícula/graduación, para tal efecto serán necesarios indicadores más robustos (e información precisa; como mencioné anteriormente el subregistro de programas y facultades es constante). Las hipótesis pueden plantearse, es cierto; y han sido las que propusiera Mauricio García las que han abierto una (si, es cierto) larga introducción al tema que plantearé en la siguiente sección: las posibilidades del Derecho como disciplina. Mas allá de los recursos teóricos que le sustentan, y de la perspectiva epistemológica que le ampara, es de la estructura institucional que dependen, en buena medida, las posibilidades para una formación disciplinar.

Me explico: el análisis que antes he introducido de forma somera (pues aun faltan nuevas aristas para un desarrollo a profundidad): hallar el papel que juegan los programas Acreditados y los resultados de los ECAES para cualificar los indicadores de cobertura, permite plantear una ruta para la formulación de algunas hipótesis en torno al equilibrio entre calidad y alcance. Y de la calidad depende la posibilidad para una formación teórica que supere ejercicios de simple y llana profesionalización en Derecho.

Si tomamos como un factor de calidad la dimensión de universalidad, según lo propone la ley 30, como las posibilidades para el desarrollo de la investigación, la formación disciplinar y la producción, desarrollo y transmisión del conocimiento y de la cultura universal y nacional; los programas de derecho que se alejen de estos criterios difícilmente podrán desarrollar elementos importantes para la formación socio jurídica. No serán, por ende, escenarios para el desarrollo disciplinar.

En el siguiente apartado expondré algunos elementos que apoyan esta hipótesis, por medio de la reseña de algunos programas académicos de Derecho en el país.

1. PARTE: PERFIL SOCIOJURIDICO DE LAS ASIGNATURAS DE PROGRAMAS EN DERECHO. UN SONDEO CUALITATIVO.

En esta sección me remitiré a plasmar algunas de las apreciaciones que me quedan tras la revisión de la información curricular que, como cualquier visitante, pude obtener al consultar las páginas institucionales de algunos programas de Derecho.

Se trata de un sondeo en la medida que me guié por un criterio alejado de cálculos muestrales: busqué cinco universidades Acreditadas, dos públicas (Universidad Nacional, Universidad de Antioquia, UDEA) y tres privadas (Universidad Javeriana, Universidad de los Andes y EAFIT); de estas universidades, dos son de Medellín: UDEA y EAFIT. Así mismo, busqué cuatro programas de Universidades que se caracterizan (según el trabajo cuantitativo que realicé en el apartado anterior) por tener altos niveles de matrícula: Universidad Cooperativa, Universidad San Buenaventura, Universidad Remington y Universidad Antonio Nariño. Todas ellas están ubicadas en Medellín las cuales, a excepción de la Universidad Remington, son sedes de sus casas matrices en la capital del país.

Mi criterio de análisis ha sido uno solo: percibir en la malla curricular el papel que allí juegan asignaturas de investigación, de reflexión sociojurídica y de carácter Interdisciplinario. Aunque es posible cuantificar y categorizar las asignaturas (a partir de un amplio criterio de percepción que permita interpretar contenidos a partir de los títulos de asignaturas), al tener en cuenta los alcances de este documento he optado por elaborar pequeñas reseñas de cada programa. La cuantificación tendría una cabida importante en este respecto, tanto como el análisis de contenido; pero en la medida que la consecución de los programas de las asignaturas sujeto de mi atención tomaría un tiempo por fuera de plazos, el tipo de lectura que he realizado de los programas lo he realizado a partir de una sencilla matriz:

- a. En la presentación de la carrera, qué papel le otorgan a la investigación y a los temas sociojurídicos.
- b. En el perfil del egresado que elementos sociojurídicos pretenden cultivar.
- c. En los objetivos del programa qué papel juegan las perspectivas interdisciplinarias.
- d. Qué (y cuántas) materias abordan temas de investigación, áreas socio jurídicas e interdisciplinarias.

La regulación de los programas de Derecho fue establecida por el Ministerio de Educación por medio del decreto 2768 de 2003⁶. Por medio del Artículo 2, que recoge los Aspectos curriculares de los programas, el ministerio consideró que el programa de pregrado

⁶ Véase Decreto 2768. Disponible en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-86421_Archivo_pdf.pdf Consultado Septiembre 20 de 2011

será coherente con la fundamentación teórica y metodológica del derecho, hará explícitos los principios y propósitos que orientan la formación desde una perspectiva integral, considerando, entre otros aspectos, las características y las competencias que se espera posea el futuro abogado.

Así las cosas, todo programa en derecho se propondrá –según se establece por medio de parámetros bastante generales- ofrecer elementos para una sólida formación jurídica, humanística y ética; han de transmitir competencias “cognitivas, investigativas, interpretativas, argumentativas y comunicativas, así como capacidades para la conciliación, el litigio y para el trabajo interdisciplinario” (Idem).

La resolución del ministerio establece los componentes básicos de la formación, a saber: Área Jurídica, Área Humanística (que incluye temas como la filosofía del derecho, la sociología jurídica, la historia del derecho y la historia de las ideas políticas); Área de análisis lógico y Prácticas Profesionales. Aunque aclara que este no es un listado de asignaturas, en lo que concierne al área humanística algunos programas, como podrá verse más adelante, parecieran haber acogido estos lineamientos de manera taxativa.

Al final del apartado he incorporado un balance del ejercicio. Con ello introduzco la sección final de este documento, en donde me centraré en las perspectivas y retos de la interdisciplinariedad en el Derecho.

*Universidad de los Andes. Pregrado en derecho*⁷.

El pregrado en esta universidad se propone formar estudiantes con habilidades de investigación y argumentación. La formación inicia con un ciclo de contextualización (común a la mayoría de carreras de la Universidad) que tiene como fin la formación interdisciplinaria y la comprensión de problemas sociales y jurídicos. Todo ello con una visión de conjunto en donde intervienen otras ciencias del conocimiento. El ciclo comprende los dos primeros semestres de la carrera y está compuesto por 11 materias dictadas por las facultades de Economía, Filosofía, Ciencia Política, Historia, Antropología y Psicología, entre otras.

La asignatura de sociología jurídica se toma en segundo semestre, junto a las restantes asignaturas del ciclo básico. Desde tercer semestre inicia la formación jurídica básica hasta la culminación de la carrera.

⁷ Véase: Programa de Derecho.
http://derecho.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=401&Itemid=111&lang=es
Consultado, octubre 1 de 2011

*Universidad Nacional de Colombia. Pregrado en Derecho*⁸.

La carrera comprende tres componentes: fundamentación, formación disciplinar o profesional y de libre elección. Dentro del componente de fundamentación se estructura la carrera planteando el área sociojurídica como una rama autónoma (no necesariamente como un contenido a superar en los primeros semestres) a partir de las optativas que podrán seguirse a lo largo de la carrera. Esta rama puede complementarse, mas adelante, en el área de investigación. Son 12 las materias optativas relacionadas con las ciencias sociales.

*Universidad EAFIT. Pregrado en Derecho*⁹

La Universidad EAFIT se ha propuesto formar estudiantes en teorías del derecho y argumentación jurídica y una ruta de economía; adicionalmente en un ciclo de práctica y un ciclo de énfasis. La única asignatura de estricto carácter sociojurídico aparece en cuarto semestre, sociología jurídica. Ninguna de las líneas de énfasis comprende una rama relativa a las ciencias sociales.

*Universidad Javeriana. Pregrado en Derecho*¹⁰

La carrera de derecho de la tiene entre sus apuestas formar abogados con capacidad de investigación, de análisis y síntesis, competentes en investigación bibliográfica, metodológica y jurídica y con conocimientos básicos Filosofía, la Historia, la Ciencia Política, la Economía y la Sociología.

En su malla curricular aparece sociología jurídica en cuarto semestre y algunas materias que dan cuenta de una formación teórica cercana a la ciencia política, como lo es historia de las ideas políticas. Dispone de una asignatura de investigación.

*Universidad de Antioquia. Pregrado en Derecho*¹¹

En su última versión del programa (para admitidos en 2011) el pensum de la carrera –al igual que la página del pregrado- no incorpora una caracterización del mismo. El plan curricular dispone de una serie de asignaturas que aportan perspectivas de análisis sociojurídico en la medida que, como se percibe en sus títulos, han de situar a los estudiantes en el medio social en el que se

⁸ Véase: Programa de Derecho. <http://www.derecho.unal.edu.co/derecho.html>
Consultado, octubre 1 de 2011

⁹ Véase: Programa de Derecho.
<http://www.eafit.edu.co/programas-academicos/pregrados/derecho/Paginas/inicio.aspx> Consultado: octubre 1 de 2011

¹⁰ Véase: Programa de Derecho
http://www.javeriana.edu.co/juridicas/car_plan_est/
Consultado: octubre 1 de 2011

¹¹ Véase: Programa de Derecho.
http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/SedesDependencias/DerechoCienciasPoliticasyC.estudiarFacultad/A.Pregrado/A.programasPregrado?_piref471_71493833_471_71493832_71493832.tabstring=ProgramasPregrado
Consultado: octubre 1 de 2011

desenvuelven: Problemas Sociales (I y II), Culturas Jurídicas, Derecho Conflicto y Violencias; Problemas Latinoamericanos y Globales, entre otras, hacen parte del programa no como optativas, sino como materias obligatorias.

A las asignaturas de Investigación (son cuatro) las acompañan varias asignaturas de carácter sociojurídico, como los MARC y Visiones de la Justicia.

Universidad Cooperativa de Colombia Sede Medellín. Pregrado en Derecho¹²

Esta carrera se propone formar estudiantes que sean capaces, entre otras cosas, de aplicar conocimientos legales, sociológicos y psicológicos para la solución de los conflictos que se les presenten. Hacen parte de este propósito la planificación de los recursos jurídicos, tanto formales como informales que le permitan desarrollar sus actividades bajo criterios propios que les permitan lograr acuerdos utilizando los medios alternativos de solución de conflictos.

La carrera incorpora en sus semestre algunas asignaturas de índole sociojurídica: Sociología Jurídica (primer semestre), Derechos Humanos e Internacional Humanitario y Teoría de la Investigación (cuarto semestre); Técnicas de Investigación (quinto semestre) y Solución Alternativa de Conflictos – Equidad (sexto semestre). Aunque aparecen en el programa, las asignaturas electivas no especifican qué tipo de asignaturas comprenden.

Universidad San Buenaventura Medellín. Pregrado en Derecho¹³

La carrera se propone situar a los estudiantes en temas relacionados con los mecanismos alternativos de solución de conflictos y las problemáticas de carácter social, como la intolerancia contra la diversidad sexual, las migraciones y los desplazamientos forzados. Ámbitos en los que los estudiantes podrán desempeñarse en términos profesionales sin que esto implique dejar de lado en su ejercicio profesional áreas tradicionales, como el litigio, la asesoría o consultoría.

El plan de estudios incorpora una Área Humanística con no menos de cinco asignaturas sociojurídicas (sociología jurídica, antropología, comunicación, ideas políticas, humanidad y cultura) y una área investigativa con nueve asignaturas, cinco de las cuales se orientan a la formulación y desarrollo de investigaciones jurídicas y sociojurídicas. Existen 11 electivas de profundización que no especifican los temas que tratan.

¹² Véase: Programa de Derecho.
<http://www.ucc.edu.co/Medellin/Paginas/Derecho.aspx>
Consultado: octubre 1 de 2011

¹³ Véase: Programa de Derecho.
http://www.usbmed.edu.co/Programas_academicos/Derecho/web/pregrado/Derecho.aspx
Consultado: octubre 1 de 2011

*Corporación Universitaria Remington. Pregrado en Derecho*¹⁴

Este programa de Derecho se propone como poseedor de una marcada la línea de énfasis en el Derecho Público , cuyo perfil incluye propósitos de formación en temas de avanzada (...) ¹⁵, multidisciplinarios y de actualidad jurídica. Se propone ofrecer a sus estudiantes habilidades para la prevención, manejo y solución de conflictos, a través de medios no judiciales.

Dentro de su plan de estudios aparecen consignadas Sociología Jurídica e Historia de las Ideas políticas (primer semestre), Metodología de la Investigación Jurídica I y II (quinto y sexto semestre); tres Línea de Profundización Vocacional que no especifican contenido (sexto, octavo y décimo semestre) y dos Humanidades que tampoco lo hacen (séptimo y noveno semestre).

*Universidad Antonio Nariño Medellín. Pregrado en Derecho*¹⁶

Se propone, a secas, la formación de abogados capaces de trabajar en todo sector cuya actividad lícita requiera de abogados para gestionar y direccionar los aspectos legales.

Incorpora un Taller de Metodología de la Investigación (segundo semestre), varias humanidades (electivas en historias, primer semestre); historia de las ideas políticas (segundo semestre) un Taller de Solución Alternativa de Conflictos (sexto semestre) y un seminario de Seminario de Formación Socio Jurídica (VII semestre). Sociología Jurídica se cursa en noveno semestre.

Balance comprensivo:

Aunque no podría afirmar que se trate de un patrón propio de las Universidades Oficiales (pues apenas he tomado dos para mi sondeo), tanto la Universidad de Antioquia como la Universidad Nacional plantean la formación sociojurídica mas allá de la incorporación reglamentaria de asignaturas humanísticas; la malla curricular de estos programas deja entrever que existe un propósito para no deslizar la formación profesional de abogados con elementos disciplinares suficientes para aprehender la realidad social.

El papel del núcleo básico de la Universidad de los Andes incorpora para sus estudiantes la posibilidad, en el primer año, de encontrar algunos de estos elementos en las Facultades vecinas; elementos que –según he percibido- no se encausan de manera orgánica a lo largo del programa. La Universidad Javeriana se enfoca, en particular, en áreas de la Ciencia Política que observan un

¹⁴ Véase: Programa de Derecho.
<http://cienciasjuridicasypoliticas.remington.edu.co/general/informacion-general>
Consultado: octubre 1 de 2011

¹⁵ Los puntos son míos.

¹⁶ Véase: Programa de Derecho.
http://www.uan.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=1545&Itemid=280
Consultado: octubre 1 de 2011

desarrollo articulado durante la carrera. La Universidad San Buenaventura se ha propuesto un componente de formación Humanística, de Carácter sociojurídica y con énfasis en la investigación, de manera articulada en su pensum.

El carácter profesionalizante de la mayoría de Universidades privadas es claro: el área humanística aparece como una parte del programa, mas no como un complemento de una área dentro del programa.

En cuanto respecta a la formación en investigación -cualquiera sea su enfoque u objeto de atención- amerita un desarrollo introductorio que necesita de un mayor énfasis de las metodologías apropiadas para cada perspectiva, y que bien puede articularse a un eje transversal: las áreas sociojurídicas son por ejemplo, un escenario propicio para el desarrollo del derecho como disciplina de las Ciencias Sociales. No se trata de sobredimensionar el papel del pregrado frente a la investigación (pues será en maestrías y estudios doctorales en donde pueda desarrollarse), pero si de tomarlo en su justa medida: ofrecer elementos mínimos para que el estudiante que se plantee la posibilidad de investigar, y hacer de ello su apuesta profesional, pueda hacerlo¹⁷.

Ahora bien, el carácter interdisciplinario de la formación, según los programas consultados, no resulta suficiente con la incorporación literal del marco general que establece el ministerio (una asignatura de Sociología Jurídica, otra de Ideas Políticas y otra en Filosofía del Derecho); ni queda necesariamente cubierta con una amplia gama de oferta en temas sociojurídicos.

La antropología, la psicología, la geografía (y los estudios territoriales); la lingüística, los estudios culturales e incluso la comunicación son perspectivas que bien podrían enriquecer el avance en temas que desde el Derecho se han posicionado como relevantes para la sociedad contemporánea: los movimientos sociales y su transnacionalización, la resolución comunitaria de conflictos como estrategia de resistencia y/o respuesta a la violencia; el papel de los movimientos de diversidad sexual y de las movilizaciones subalternas, la emergencia de nuevas identidades. ¿Es posible desde una formación en Derecho fortalecer - a quienes les interese una formación mas cercana a la disciplina que a la profesión- las bases metodológicas para la aproximación interdisciplinaria a estos (y otros tantos) aspectos de la realidad? Tras haber cubierto el panorama curricular de algunas universidades del país, panorama que bien puedo calificar como “árido” en incipiente dada la timidez e instrumentalización con la que se dimensiona la formación sociojurídica (enfocada, en la mayoría de los casos, al carácter profesionalizante de la formación en derecho), en el siguiente apartado –y de manera muy breve- recojo algunos puntos de debate en torno a las posibilidades de adecuar la formación del derecho a una perspectiva interdisciplinaria.

¹⁷ Otro aspecto relevante tiene que ver con la existencia de Grupos, Semilleros y Centros de Investigación asociados a los programas de Derecho. En IES cuyo carácter sea de Institución Universitaria (no universidad) resulta difícil en la medida que la estructura institucional no lo permite; en Universidades es mas probable contar con este tipo de iniciativas. Es así que si de fortalecer la investigación se trata, la coordinación entre formación y escenarios de investigación es fundamental.

2. PARTE: EL RETO INTERDISCIPLINARIO.

Las corrientes Críticas del Derecho han posicionado algunos temas y debates de carácter jurídico como aspecto relevante para el quehacer académico; esto se ve reflejado, en algunos casos, en los currículos de carreras de Derecho. La incorporación en los currículos de temas relativos al Pluralismo Jurídico, el Multiculturalismo, los Mecanismos Alternos y/o Alternativos de Resolución de Conflictos; temas concernientes a los Movimientos Sociales (entre otros), ha supuesto una apertura conceptual y epistemológica para las Facultades de Derecho. Más allá de la formación profesional, al que muchas universidades parecen apostarle, el Derecho se posiciona como una disciplina que –de la mano de las Ciencias Sociales- desarrolla perspectivas, conocimientos y metodologías específicas para la comprensión del realidades jurídicas no necesariamente estatales. Es decir: realidades que trascienden la tradición del monismo jurídico y que, por tratarse de diversos fenómenos sociales, han de echar mano de los recursos que distintas disciplinas han desarrollado para comprenderlas. Hacia ello apunta, en consecuencia, la interdisciplinariedad.

El objeto de este último apartado consiste en establecer un mínimo marco que sitúe el papel que ha de jugar esta dentro de la investigación sociojurídica y la formación de estudiantes, así como perfilar los elementos de juicio que permitan dimensionar que tanta cabida (si es que la tiene) demuestra esta perspectiva

Ahora bien, dentro del propósito general que me tracé para la redacción de este documento, en esta sección quiero explorar –de forma simultánea, y de manera breve- algunas rutas y algunos retos que la enseñanza del Derecho como disciplina encuentra en nuestro país.

La posición que asumen los estudios sociojurídicos dentro del panorama de la enseñanza del Derecho puede observarse en relación al ejercicio que asume la investigación dentro de los planes curriculares y prácticas académicas. Para definir hacia dónde apuntan tales estudios, y perfilar los contenidos que pueden asumir en la práctica, me he apoyado en el trabajo de Mauricio García y César Rodríguez “Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídico críticos” (2003). Y lo hago a partir de una de las observaciones que en sus páginas realiza Roberto Vidal.

Este autor realiza observaciones sobre los planteamientos de García y Rodríguez (2003) frente al escenario teórico, geográfico y epistemológico del ámbito sociojurídico en América Latina. García y Rodríguez señalan que los criterios para definir un campo sociojurídico (entendiendo este como aquellos rasgos que son propios de las prácticas, creencias, símbolos e instituciones jurídicas en la región) puede hacerse según las propuestas que Boaventura de S. Santos (1998) sugiere para hallar la posición de estos campos en el sistema mundial, su ruta de entrada a la modernidad y la familia jurídica a la que pertenecen. García y Rodríguez plantean, desde este modelo, que la pluralidad, la ineficacia instrumental del derecho y el autoritarismo son los rasgos particulares del campo sociojurídico latinoamericano.

La crítica de Vidal apunta a señalar que una lectura de este tipo dibuja un mundo latinoamericano “premoderno y periférico, donde el derecho es ineficaz, plural, mientras en el otro estaría el mundo moderno, del centro donde el derecho aparecería eficaz, homogéneo y democrático” (Vidal 2003:140). El marco de referencia debe ser mas amplio y abarcador. De tal suerte que Vidal señala que:

Las investigaciones contemporáneas –con las de Rodríguez y García, entre otros, a la cabeza– nos muestran que los mayores avances en la comprensión del fenómeno jurídico apuntan más bien a una dogmática que por fin es diacrónica, a una teoría del derecho con hondo arraigo en la información empírica, a una historia del derecho que abandona las camisas de fuerza del positivismo y el romanticismo para incorporar profundas conexiones entre geopolítica, estudios culturales, normas y la misma teoría. Y, finalmente, aunque lo más importante, que todo ello es la ciencia jurídica y no simplemente una ciencia auxiliar de una dogmática mal entendida. Eso apunta entonces a la ciencia jurídica como ciencia social que, en mi opinión, provee el espacio para el encuentro, ejerciendo esta hibridez de disciplinas necesaria para nuestras investigaciones actuales pero que no rehuye a antagonizar el discurso hegemónico del derecho como ciencia positiva. (2003:141)

El llamado se orienta, pues, a fortalecer la interdisciplinariedad del Derecho para situarlo de forma mas productiva dentro de las Ciencias Sociales. De alguna manera esto tiene que ver con su modernización, y por ende de su enseñanza. Este tema lo trató Leonardo García (2006) en un artículo titulado “El determinante influjo de la filosofía del derecho y la investigación sociojurídica en la enseñanza del derecho en Colombia” en donde recoge las critica hechas tanto al formalismo del Derecho como a su forma de enseñanza. La superación de técnicas memorísticas de aprendizaje y del reduccionismo que sitúa al Derecho como el estudio de la totalidad de las leyes escritas, ha sido un proceso cuyo contexto ha sido favorable: incluso una sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992 aclara que “el derecho no se agota en las normas”.

La adopción de asignaturas como la Sociología Jurídica, aunque de forma tímida, ha permitido romper con el formalismo jurídico en la medida que, señala García:

junto con la investigación sociojurídica, le proporcionan al estudiante una dosis fundamental de antiformalismo y de realidad sociocultural que no adquiere estudiando el mero derecho positivo, por cuya exclusividad en la enseñanza se termina con una creencia errada sobre la capacidad del derecho, su fuerza e importancia, así como sobre su poder de regulación social. El derecho es un fenómeno social que posee especificidades, pero no es un sistema cerrado, pues existe en un contexto sociopolítico, histórico y cultural, de ahí que resulte imposible explicar fenómeno social alguno, por su complejidad, por medio de las categorías de una sola disciplina (2006:11).

Este autor y otros (cfr. Gómez 2002, Pérez 2009) enmarcan la discusión en una doble vía: la enseñanza y la perspectiva. Por el lado de la enseñanza llaman a incorporar métodos creativos para la transmisión de conocimientos, mientras que desde la perspectiva hacen un llamado para que la investigación se cimiente sobre el abordaje de metodologías (incluso aquellas que tratan la dogmática jurídica) desde la práctica de ejercicios concretos, y desde la incorporación del saber de otras disciplinas.

Recapitulación: el trazo para una agenda de investigación

El tipo de exploración que he realizado permite formular un buen número de preguntas. Una de ellas, relativa a este último apartado, es la siguiente:

¿Cuál es la fuerza de la interdisciplinariedad en los programas de Derecho?

En principio hay dos elementos que, a mi parecer (y asumiendo el riesgo que se corre con cualquier generalización), no dan lugar al optimismo:

1. La masificación de los programas de Derecho por vía de IES que no cumplen con estándares de calidad suficientes (y que difícilmente puedan posicionarse como centros de investigación), dificulta que el desarrollo del área sociojurídica se vea potenciado.
2. Allí donde existe desarrollo del área sociojurídica (Universidades con tradición en investigación, si quisiera decirse: universidades de élite) se percibe, por medio de sus mallas curriculares, un fuerte apego a la perspectiva que demarca la Sociología, la Ciencia Política y en menor medida la Antropología.

Lo anterior resulta paradójico, pues ha sido desde investigaciones sociojurídicas que distintos temas y campos del saber han abierto para el Derecho nuevas perspectivas de trabajo: multiculturalismo, diversidad sexual, reconocimiento étnico e identitario, entre otros. No queda en entredicho, pues, el papel que juega la investigación sociojurídica en la formación de esta disciplina. Queda por saber la dimensión que allí juega la interdisciplinariedad y las razones para su aparente debilidad.

La metodología que he planteado en este documento, cuyo desarrollo es exploratorio, permite cruzar información cuantitativa para caracterizar el contexto, información cualitativa para profundizar contenidos y elementos teóricos para poner en perspectiva el conjunto de información. Con este ejercicio me ha sido posible formular hipótesis que, como la anterior, pueden inspirar temas y orientar la agenda de investigación sobre el estado particular de las teorías sociojurídicas en la enseñanza del derecho.

El propósito apunta, por lo tanto, a contribuir con elementos de juicio al fortalecimiento y alcance de las Ciencias Sociales (y al Derecho dentro de ellas) en la responsabilidad que tienen como cuestionadoras del orden social y en la capacidad que les cabe como escenario de sujetos y apuestas políticas.

Bibliografía

Santos, Boaventura, (1998). “La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación”. ILSA, Bogotá.

García V., Mauricio, (2010) “Colombia, tierra de abogados”. El Espectador, 1 de mayo de 2010. Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/nacional/articuloimpreso201004-colombia-tierra-de-abogados>. Consultado: septiembre 15 de 2011

García V. Mauricio; Rodríguez, César A. (Eds.) (2003) “Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídico críticos” ILSA, Bogotá.

Vidal L., Roberto “Propuestas para una ciencia social del derecho” En: Mauricio García V. y César Rodríguez. (Eds.) (2003) “Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídico críticos” ILSA, Bogotá. Pp. 127-142

García J., Leonardo (2006) “El determinante influjo de la filosofía del derecho y la investigación sociojurídica en la enseñanza del derecho en Colombia *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos* Vol. 2 No. 2. P. 11 – 41

Gómez A., Luis (2002) “La importancia de los Mecanismos Alternos de resolución de Conflictos en la enseñanza del Derecho (el caso colombiano)” *Revista de Derecho*, no 17, P. 73-85

Pérez F., Gisela (2009) “Propuestas metodológicas para la investigación jurídica aplicada”. *Prolegómenos : Derechos y valores*, vol. XII, núm. 24, julio-diciembre, P. 43-57



Título Fotografía: Mujeres sabias
Autor: Santiago Medina

Mediación penal y Justicia Restaurativa: reflexiones para la necesaria elaboración de una futura normativa integral*.

Restorative Justice and Criminal Mediation:
reflections for a necessity to a future integral normative

Por: Miguel Ángel Iglesias Río**

Recibido: abril 10 del 2012 Aceptado: mayo 30 del 2012

RESUMEN

Conscientes de que la maquinaria penal convencional no está consiguiendo las expectativas originariamente propuestas preventivo-especiales (resocialización) y preventivo-generales (intimidación y reforzamiento de la conciencia ético-jurídica de la colectividad en los valores normativos); de igual modo, no parecen satisfacerse tampoco los intereses de la víctima del injusto. La mediación penal, en conexión con justicia restaurativa, se alzan como una nueva vía complementaria que, de acuerdo con sus alcance y presupuestos, podría llegar a cumplir finalidades análogas a las que se atribuyen en el presente a la pena criminal, devolviendo además a la víctima el puesto que le corresponde. El trabajo recoge estos aspectos, junto a los requisitos y límites básicos que deben exigirse, así como las fases

esenciales en las que puede desenvolverse el proceso de mediación. De acuerdo con todo ello, y en cumplimiento de los mandatos normativos de la Unión Europea es imprescindible incorporar al ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados miembros una Ley integral que regule globalmente y desde una perspectiva interdisciplinar esta materia, que ahora tan solo cuenta con algunas manifestaciones intermitentes y aisladas, no respondiendo verdaderamente a la dimensión axiológica que representa el pensamiento de la reparación (*Wiedergutmachung*).

Revista
Holística
Jurídica
121

PALABRAS CLAVE.

Mediación.- Justicia Restaurativa y Fines de la Pena.- Protección de la Víctima y Proceso Penal.

* Algunas reflexiones de este trabajo, así como determinados aportes bibliográficos son fruto de una estancia de investigación de cinco meses en el *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, de la ciudad alemana de Freiburg im Breisgau, con el apoyo de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León (España), destinado a potenciar la movilidad internacional de profesores universitarios. Agradezco las interesantes conversaciones mantenidas en el Max-Planck con Pablo Galáin Palermo, verdadero especialista en las materias que aquí se abordan.

** Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Burgos (España).

ABSTRACT

Knowing that the criminal machinery conventional expectations are not getting preventive originally proposed-special (resocialization) and preventive and general (preventive and reinforcing ethical and legal awareness of the community in the normative values), similarly, do not seem to satisfy either the interests of the victim of unfair. Mediation, in connection with restorative justice, rise as a new complementary way, in accordance with their scope and budget, could meet similar goals to those attributed in this criminal punishment, in addition to returning victim rightful place. This paper covers these issues, along with the basic requirements and limits to be required, as well as key stages in which

you can navigate the mediation process. According to this, and in compliance with regulatory mandates of the European Union is essential to incorporate into domestic law of each Member States a comprehensive law regulating global and interdisciplinary perspective this area, which now only account with some intermittent and isolated events, not really responding to the axiological dimension that represents the thinking of the repair (*Wiedergutmachung*).

KEYWORDS.

Mediation. - Restorative Justice and Purposes of Criminal Punishment. - Protection of Victims and Criminal Procedure.

I. La justicia restaurativa en el contexto del Derecho penal contemporáneo

La Ciencia del Derecho penal de las últimas décadas se encuentra inmersa en una profunda crisis de identidad que, entre otros extremos, afecta al modelo político-criminal deseable y socialmente útil, lo que quizás le arrastra a ensayar permanentes reformas legislativas que, al menos en el plano teórico, se debaten en el conflicto existente entre, de un lado, la eficacia preventiva y, de otro, el respeto a postulados garantistas. Las transformaciones dogmáticas en la teoría jurídica del delito hasta el presente, singularmente tras el impacto generado por el *Proyecto Alternativo Alemán de 1966*, tras la superación del esquema penal tradicional del pensamiento de la retribución y del fundamento filosófico-metafísico de alcanzar la justicia absoluta que lo sustentaba, han tratado de conjugar el discurso de la seguridad sin olvidar el carácter humanitario y resocializador de las consecuencias penales, en base a la tesis del tratamiento del delincuente¹.

En este devenir, no obstante, hemos asistido a procesos legislativos despenalizadores, en aplicación del principio de intervención mínima, junto con las tendencias más recientes de expansión criminalizadora, a veces, con un cariz claramente simbólico, sin posibilidad real de aplicación útil y poniendo al mismo tiempo de manifiesto el escepticismo ante la eficacia preventivo especial resocializadora. El Derecho penal está ampliando cada vez más sus tentáculos, en un criticable proceso de hipercriminalización, interviniendo en campos que, en principio, le deben ser ajenos por ser más propios de la competencia del Derecho administrativo; en estos casos, el Derecho penal suele limitarse a ofrecer respuestas punitivas cada vez más enérgicas y elevadas (por ejemplo, las últimas reformas en materia de seguridad del tráfico, violencia de género o criminalidad organizada).

Se ha abierto paso, así, el denominado moderno Derecho penal en la sociedad del riesgo que patrocina una justicia expeditiva frente a los enemigos del sistema (*Feindstrafrecht*) y una tolerancia cero frente a las fenomenologías criminales más graves, resucitando el discurso de la pena de muerte en situaciones extremas o, alternativamente, la cadena perpetua, especialmente para los delincuentes habituales peligrosos e irrecuperables.

En este contexto, cualquier medida que no sea directamente represiva y punitiva se contempla como una inaceptable concesión, una indulgencia privilegiada y clemente; en tal sentido podría contemplarse la flexibilización del instituto de la prescripción o la articulación de una justicia restaurativa que abra la puerta a la mediación para resolver los conflictos. De igual modo, la orientación represiva de los últimos tiempos no deja de ser paradójicamente contradictoria, en términos valorativos, con la presencia en nuestro sistema penal de determinadas figuras fundamentadas con un sentido puramente práctico, como los beneficios penales de los arrepentidos que colaboran con la Administración de justicia en delitos tan graves como terrorismo y tráfico ilegal de drogas, así como las causas personales de levantamiento de la pena en delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales como fraudes económicos, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el reintegro de los caudales malversados. Otros supuestos, como la expulsión de nuestro país del inmigrante en situación irregular en caso de condena a pena de hasta seis años (art. 89 CP, lo cual, incluye un abanico potencial muy amplio de delitos graves consumados o en grado de tentativa), cuya única finalidad reside en el interés de la sociedad en desembarazarse de elementos antisociales.

El moderno Derecho penal, sustentado en clave preventivo-general intimidatoria, es utilizado como arma política con fines marcadamente electorales y, plegado a las demandas represivas de una opinión pública, tiene por anhelo principal reforzar un sentimiento colectivo de seguridad, bajo la falsa creencia de que el aumento de las penas se traducirá, correlativamente, en un descenso de los niveles de criminalidad². Sin embargo, tanto en España como en el resto de países de nuestro entorno, las estadísticas muestran que los índices de delincuencia se han estabilizado en los últimos años, a pesar del espectacular incremento de la población reclusa³.

En definitiva, si el Derecho penal del presente no alcanza satisfactoriamente los fines que pretende, dado que la experiencia demuestra que la pena no cumple como sería deseable los fines que modernamente se le atribuyen -preventivo especiales (resocialización) y preventivo generales (intimidación y reforzamiento de la conciencia colectiva en la validez de la norma)-, si el aumento de las penas no se plasma en una mayor eficacia ni en un mayor control de la delincuencia, ni siquiera a costa de sacrificar parcialmente postulados fundamentales hasta ahora calificados casi de inderogables, debemos abrir la puerta a la búsqueda de otras alternativas y otras líneas político-criminales viables, eficaces y justas. La mediación como herramienta y la justicia restaurativa como fin están ofreciendo, según la experiencia internacional de los últimos veinticinco años, una expectativa esperanzadora.

En todo caso, el presupuesto de partida es la naturaleza obligatoria -*ius cogens*- no dispositiva del Derecho penal, por lo que la autonomía de la voluntad de las partes en este ámbito del ordenamiento jurídico apenas tiene campo de actuación⁴. El Derecho penal no responde al

esquema de una justicia negociada, aún cuando argumentemos que tampoco la mediación persigue la privatización del conflicto, sino servir como herramienta para dar una respuesta –pública– adecuada al delito.

Por otro lado, el Derecho penal está presidido por el principio de legalidad o de oficialidad, no por el de oportunidad, como se especifica en nuestro Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en cambio, el Derecho procesal penal alemán y austríaco, entre otros, prevén en ciertos casos el archivo de la causa y la renuncia general a la pena; se permite al Fiscal optar entre el ejercicio de la acción o el archivo ante hechos de escasa trascendencia o gravedad, por economía procesal, ausencia de interés general en la persecución, cuando se trate de autores integrados socialmente, inutilidad de la pena o cuando se producen actos de reparación en delitos en los que no haya mediado ni violencia ni intimidación.

Como es sabido, el principio de legalidad –que cumple una función garantista– no favorece, desde luego, la mediación a diferencia del principio de oportunidad que la propicia en mayor medida (Gordillo Santana, 2006. Partidaria de introducir en la Ley de Enjuiciamiento Criminal –LECrim– el principio de oportunidad reglada y permitir el sobreseimiento en casos de mediación, González Cano, 2009: 44), aunque reconozcamos que la mediación no pretende oponer “legalidad” a “oportunidad”. Sin embargo, debemos partir de la constatación real de que es imposible perseguir todas las infracciones penales, por lo que ha de existir, de algún modo, un cierto proceso de selección.

El principio de *ultima ratio* es ya uno de los primeros filtros de la intervención penal y, al mismo tiempo, uno de los principios básicos sobre los que se inspira la mediación y la justicia restaurativa. La intervención del Derecho penal estará legitimada solo cuando sea estrictamente indispensable y, de acuerdo con el principio de necesidad, cuando no exista otra medida menos lesiva entre las distintas alternativas igualmente eficaces. El respeto a estos postulados redundará en una resolución de conflictos más acorde con el principio de humanidad y de proporcionalidad. Esta mínima intervención opera en el momento selectivo legislativo, mientras que la mediación o reparación, dirigida a evitar el inicio o continuación del proceso, es una manifestación del principio de oportunidad. En los casos en los que la conducta delictiva carece de verdadera trascendencia y gravedad quizás haya que sustituir el deber público de persecución formal incondicional de ese injusto por el recurso a otros métodos, como el del mecanismo de la mediación y la solución restaurativa. Pero, pensamos, incluso en estos casos, la justicia restaurativa siempre deberá desplegar también un efecto intimidatorio y punitivo.

II. Manifestaciones legislativas del pensamiento reparador

Es un hecho cierto que la mediación ha coexistido siempre con el enjuiciamiento convencional de la delincuencia; así mismo, se ha comprobado históricamente que el mantenimiento del orden social no depende exclusivamente del Derecho penal estatal; con uno u otro alcance, se han conocido procedimientos más o menos informales de solución de conflictos, de estructura bilateral o multilateral, orientados hacia la negociación y el compromiso. En definitiva, la

sociedad ha contado, en todo momento, con mecanismos periféricos eficaces no controlados por el Estado. De hecho, los pleitos en los tribunales representan solo una pequeña fracción de las tensiones que se producen en la realidad cotidiana (Varona Martínez, 1998).

Estos movimientos de justicia restaurativa, al margen de las manifestaciones más atávicas de los pueblos primitivos, surgieron modernamente en los países anglosajones, ante la preocupación por los perniciosos efectos de la prisión en jóvenes infractores, al comprobarse que los procesos de mediación, conciliación y reparación evitan el impacto estigmatizante de la pena y alivian la sobrecarga de la administración penal (economía procesal), solucionando al margen de la misma un buen número de conflictos de no elevada importancia a través de una justicia más lega que profesional, más cercana al ciudadano, por medio de la negociación, al tiempo que permiten satisfacer los legítimos intereses de la víctima del delito. Esta respuesta consensuada se orienta, pues, más a la reparación del daño que el infractor causó a “su” víctima, a las responsabilidades de éste y de la comunidad, que al castigo mismo.

En la actualidad, la mediación cobra interés en numerosos ámbitos (familiar, escolar, comunitario, internacional o económico), gozando de gran aceptación entre los grupos de juristas profesionales; conscientes, sin embargo, de que no es la panacea universal frente al modelo tradicional de justicia, sí puede alzarse como una herramienta complementaria a la justicia penal⁵. Se pretende alcanzar otra forma de resolver los conflictos, de hacer una justicia, más decodificada, desjudicializada y flexible a través de respuestas extrapenales informales, soluciones desinstitucionalizadas, comunitarias, menos dogmáticas, sin la habitual carga retórica y burocrática, compatibles con un equilibrio de las necesidades preventivas y con los intereses de la víctima. Es decir, se buscan soluciones “desde dentro” en lugar de “imponerse” por el sistema legal con criterios formalistas y elevado coste social⁶. Trata, en definitiva, de superar el formalismo del proceso, más preocupado por preservar las garantías procesales que por prestar atención a las necesidades reales de las partes implicadas e individualizar el drama personal que causa el delito, a pesar de que, no obstante, la justicia restaurativa siempre deberá respetar también un procedimiento garantista y equilibrado, pero menos rígido.

Se ha escrito que ahora es el tiempo de las víctimas y, ciertamente, alcanzan gran protagonismo en determinados ámbitos delictivos, como el terrorismo, la violencia de género o la seguridad vial. Pero esta reorientación victimológica no puede instrumentalizarse como pretexto para restringir derechos del infractor o mermar las garantías que nuestra Carta Magna le reconoce. Precisamente, la justicia restaurativa parte de la víctima y de la tutela de sus intereses pero trata de armonizarlos con los del infractor y con los de la comunidad para no desvirtuar la vigencia de la norma⁷.

Nuestro Derecho penal y procesal ha venido contemplando disposiciones aisladas, no estructuradas de modo homogéneo, que conceden determinados efectos a los actos de “reparación”, aunque en un sentido que no coincide estrictamente con la dimensión valorativa que se asimila a la idea de justicia restaurativa, si bien se traducen, entre otros efectos, en una

atenuación, en un completo levantamiento personal de la pena, en la suspensión de la ejecución de la pena o en la concesión de beneficios penitenciarios.

Con un marcado carácter victimológico destaca la atenuante de confesión y reparación del año o disminución de sus efectos (art. 21 nº4 y 5 CP), fundamentadas en una disminución de las necesidades preventivo-generales y especiales de pena (Garro Carrera & Asúa Batarrita, 2008; Álvarez García, 1997: 241-277). Igualmente, por lo que aquí interesa, podemos mencionar la suspensión de la ejecución de la pena (art. 83-1 CP), la sustitución de una pena privativa de libertad no superior a un año por la de trabajos en beneficio de la comunidad si el sujeto se ha esforzado en reparar el daño y siempre que no se trate de reos habituales (art. 88-1 CP), la anticipación de la libertad condicional si, entre otros requisitos, el sujeto acredita la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas (art. 91-2 CP), la progresión o clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario (art. 72 LOGP), la sentencia de conformidad, lo que presupone encuentros y búsqueda previa de consensos entre acusación y defensa (art. 787 LECriminal) o, finalmente, el favorecimiento del indulto si hay actos de reparación (arts. 24 y 25 de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto). De modo más específico, el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, en caso de delitos menos graves o faltas sin violencia (art. 19 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de menores de 2000).

Con uno u otro alcance, numerosos países de nuestro entorno jurídico-cultural comparado han incorporado al sistema penal –aunque sea tímidamente– el atractivo mecanismo de la mediación y de la justicia restaurativa, a través de una serie de disposiciones concretas relativas a la “conciliación autor-víctima” (*Täter-Opfer Ausgleich*)⁸, en aplicación concreta del principio de *ultima ratio*, alzándose no solo como un postulado programático sino, en expresión de Roxin, como una verdadera “tercera vía” (*dritte Spur*) -identificada con el significado más amplio que se otorga a la expresión “*Wiedergutmachung*” (reparación)⁹- de lucha contra el antisocial fenómeno de la delincuencia, junto a las penas y las medidas de seguridad¹⁰.

Por esta razón, posiblemente, uno de los mayores méritos atribuibles a la publicación del “*Proyecto-Alternativo sobre Reparación*”, de la mano de un grupo de profesores alemanes, austríacos y suizos, fue el de reconducir a la unidad el cuadro de disposiciones legislativas que, en general, intermitente y dispersamente, recorren los ordenamientos jurídicos¹¹.

Con estos antecedentes, se constata ya un imparable movimiento internacional que apuesta por la justicia restaurativa¹², refrendado aparentemente con firmeza en la *Decisión Marco del Consejo relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, de 15 de marzo de 2001¹³, cuyo art. 17 señalaba que “los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias”, antes del 22 de marzo de 2006, de cara a potenciar acuerdos víctima-inculcado. Sobra decir que España ha incumplido este mandato. En sus considerandos remite a las conclusiones del Consejo Europeo de Tempere de 1999 que encomendaba a los Estados la elaboración de “normas mínimas de protección de las víctimas de los delitos” y, además, la creación de “programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no

gubernamentales, de asistencia y protección de las víctimas”, subrayando la importancia de evitar una “victimación secundaria”. En su art. 1 define la “mediación en causas penales” como “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”; en el art.10 determina que “los Estados miembros procurarán la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”, al tiempo que “velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpaado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”.

Más recientemente, y conscientes de que no se lograron plenamente los objetivos perseguidos en la Decisión Marco del Consejo antes indicada, con fecha de 18 de mayo de 2011, se ha publicado la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*¹⁴, insistiendo en la línea de reforzar los derechos de las víctimas de delitos en la UE y el establecimiento de normas mínimas, sobre la base del Programa de Estocolmo y de su Plan de Acción¹⁵.

En su art. 11 aborda el “Derecho a salvaguardias en el contexto de los servicios de mediación y otros servicios de justicia reparadora”, incluyendo “la mediación entre víctima e infractor, conferencias de grupo familiar y círculos de sentencia”. Se pretende que el proceso de mediación esté presidido por la voluntariedad, confidencialidad y una adecuada información previa, así como por la asunción de la responsabilidad por parte del infractor; manifiesta su preocupación por arbitrar mecanismos que eviten desequilibrios de poder y que se tomen en consideración posibles circunstancias concurrentes (vulnerabilidad, edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima). El art. 15 se refiere a la indemnización adecuada a la víctima y a la restitución de los bienes. En las Disposiciones Finales, y a tenor del art. 26 (Transposición), “los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar dos años después de la fecha de adopción”, lo que, previsiblemente, podría ser en el año 2014.

Algunos critican la contradicción, desde la perspectiva actual, entre la definición amplia que acertadamente incorpora no solo a la víctima directa del perjuicio sino también a los familiares; pero, en cambio, con respecto al alcance de los “servicios de justicia reparadora” (ap. e), limita su función a “poner en contacto a la víctima y a la persona inculpada con el fin de alcanzar un acuerdo voluntario entre ellos”, excluyendo los procesos indirectos de Justicia Restaurativa entre víctima e infractor que, a juicio, de Domingo De la Fuente, “pueden ser incluso tan beneficiosos como los directos”¹⁶.

En definitiva, se admite con naturalidad que instituciones de esta naturaleza, previstas en los distintos ordenamientos jurídicos, que facilitan la no persecución penal, una atenuación o el no cumplimiento de la condena, en base a los postulados generales de merecimiento abstracto y necesidad concreta de pena, no suponen una quiebra del Estado de Derecho. Del mismo modo que se acepta, como hemos advertido con anterioridad, que la inflación penal no se traduce en una disminución de la delincuencia ni tampoco a reforzar el sentimiento de seguridad de la ciudadanía.

III. El pensamiento de la reparación (*Wiedergutmachung*), el redescubrimiento de la víctima y la teoría de los fines de la pena.

El pensamiento de la reparación ha experimentado en las dos últimas décadas un auge espectacular, hasta provocar un verdadero cambio de paradigma en el panorama internacional; algunos factores han contribuido a ello (Una síntesis de las causas en Tamarit Sumalla, 1994: 171 ss.)¹⁷.

En primer lugar, confluyen la propia crisis del Derecho penal, el funcionamiento de la justicia tradicional a los ojos de la ciudadanía y la ineficacia de la pena criminal. Se habla desde hace largo tiempo del fracaso del mito de la resocialización, del efecto criminógeno y de la cárcel como escuela de delincuencia. Procedamos, pues, a un verdadero desarme del Derecho penal y a cumplir con ese tan cacareado principio de intervención mínima (*ultima ratio*); ¡por qué abandonar aquel desideratum los defensores del Proyecto Alternativo alemán, no solo un mejor Derecho penal sino algo mejor que el Derecho penal!. Ante este panorama, parece lógico al menos cuestionarse la justificación del alcance estatal para hacer uso de un instrumento, como la pena y la maquinaria penal en todas sus ramificaciones, tan contundente y con tanta repercusión para los derechos fundamentales.

En segundo lugar, el renacimiento de la víctima y sus derechos en el marco del proceso penal. Schöch no duda en calificar que el redescubrimiento de la víctima –que es lo que persigue la justicia restaurativa (Schöch, 1984; Prittowitz, 2005)¹⁸– es uno de los acontecimientos político-criminales más importantes desde los inicios de los años noventa del siglo XX, si bien algunas experiencias comenzaron en Gran Bretaña en 1964, en torno a las figuras compensatorias, diversion, mediation, compensation order, reparation o restorative justicee (*Restitution Programmes*)¹⁹.

En la actualidad, la víctima ocupa todavía una posición relegada en el proceso penal y, además, no siempre tiene tampoco demasiadas probabilidades de obtener una restitución plena del daño. Reconocía el Prof. Rodríguez Devesa que la indemnización de daños y perjuicios *ex delicto* concretada en la sentencia penal condenatoria, con frecuencia, se queda en una platónica declaración de buenas intenciones, dada la insolvencia del condenado.

En la antigüedad, en cambio, la víctima jugaba un gran protagonismo (Gordillo Santana, 2007: 78-80, Roig Torres, 2000: 153 ss.), quizás desmesurado. Inexistente un Derecho penal en el sentido técnico modernamente entendido como disciplina jurídica autónoma, tampoco se contaba con el cauce reglado del proceso, de modo que la reacción talional o vindicativa resolvía el conflicto, con el añadido de que era bajo la *potestas* del *pater familias*, del clan o de la *sippe*. El Derecho criminal era eminentemente privado –así en el Derecho Romano y en el Derecho Germánico– y la fragmentación política, ante la ausencia de un organigrama estatal sólidamente consolidado en la Edad Media, impedía la existencia de una Administración de Justicia que asumiera, en exclusiva, la competencia para disminuir los problemas penales. Solo después de la Ilustración el Estado comienza a monopolizar la reacción social frente al crimen, y es a partir de ese momento

cuando el conflicto pasa a serlo entre el Estado y el delincuente. A medida de que el Estado se refuerza, se estructura, la víctima va diluyéndose y pasa a un segundo lugar.

Se dice que las bases ideológicas sobre las que se apoya la reparación, ligadas a conceptos de reconciliación y perdón, son más propias de una civilización de inspiración cristiana que las ideas de intimidación y venganza, tendentes a contribuir una convivencia pacífica. Pero la reparación puede encajar tanto en una corriente de signo liberal, tendente a la privatización del sistema, (siempre que el interés de la víctima haya sido satisfecho se relativiza el interés del Estado en perseguir determinados delitos), como atractiva resulta la idea de atribuir las iniciativas de reparación de la víctima en el marco de una política propia del Estado social, intervencionista, de protección a los perjudicados del delito (Tamarit Sumalla, 1994: 172-177).

Algunos han llegado a decir que, a partir de entonces, la víctima se hunde en el olvido, su papel se residencia solo en poder denunciar los hechos, participando pasivamente en el proceso como si de un mero testigo se tratase, a modo de convidado de piedra. Lo cual le produce una revictimación o victimación secundaria, que empieza desde la denuncia, careos, el proceso, el miedo a la venganza que pudiera hacer el delincuente o su familia, recordatorio de los hechos, etc. (Rodríguez Delgado, 1999: 167 ss.).

Sin embargo, de forma aparentemente contradictoria con lo afirmado, la neutralización de la víctima, se considera, en cierto modo, un avance en términos en consonancia con el concepto de Estado de Derecho, como única instancia legitimada para prevenir y castigar el delito, evitando que los perjudicados se tomen vindicativamente la justicia por su mano, así como una reacción emocional y, a veces, subjetiva e irracional ante el delito. Por esta razón, algunos piensan que la participación de la víctima pone en riesgo, de un lado, el principio de igualdad o coherencia de los castigos, pues cada acuerdo reparador puede llegar a distintas soluciones para casos similares; y, de otro lado, el principio de imparcialidad, al ser las partes material y emocionalmente implicadas y no un juez desinteresado el que procede a probar los hechos y la resolución del caso. De manera que, además, puede darse una situación de desequilibrio en el diálogo entre víctima y victimario, dependiendo de la diferencia de poder y capacidad en la que pueden encontrarse los sujetos, por mucho que intervenga un mediador que trate de evitar abusos. Y todo ello, por no mencionar que, como dijimos, el procedimiento procesal penal está vinculado no solo a los principios de legalidad y oficialidad, sino también presidido por los de presunción de inocencia, utilización de medios de prueba pertinentes, no declarar contra sí mismo, etc. (art. 24 CE) (vid. Gordillo Santana, 2007: 160 ss.).

El panorama parece, no obstante y como hemos indicado, que está cambiando, al compás de la teoría dogmática del delito y del desarrollo de los estudios criminológicos.

Tanto la Criminología como las más importantes doctrinas penales centraron su preocupación en la teoría del delito y de la pena (Escuela clásica) o en el delincuente y su resocialización (Escuela positiva), despreocupándose de la víctima. En cualquiera de ellas, la idea de un sistema penal orientado hacia el castigo del autor de la conducta ilícita no potencia la idea de reparación; el

delito es considerado como una violación de la ley y, muy secundariamente, una ofensa para la víctima y la sociedad.

A partir de los años ochenta y dado que el sistema penal no ofrece los resultados esperados, ni respecto al control del delito ni a la recuperación del infractor, se llega a la conclusión de que dado que no hemos podido hacer gran cosa con el delincuente intentémoslo al menos con la víctima (Tamarit Sumalla, 1994: 188). Y, de forma simultánea, si el funcionamiento de la justicia penal tradicional no es óptima, es lenta, costosa y causa sufrimientos, puesto que muy pocas veces satisface a las partes, surgen los esfuerzos tanto en la búsqueda de sanciones alternativas como en la transformación, en alguna medida, de los mecanismos de resolución de conflictos criminales. Paralelamente, el Estado intenta mostrar una cierta sensibilización con la víctima a efectos de paliar o amortiguar los perjuicios irrogados por el delito y comienza a promulgar normas de auxilio y de reparación pública²⁰.

Pero, en todo caso, la reparación del daño alcanza una dimensión metodológica mucho más ambiciosa de la que en principio pudiera corresponder a una perspectiva puramente mercantilista de compensar –ex post– económicamente los perjuicios irrogados a la víctima; se trata de algo más que de una simple indemnización civil de daños y perjuicios y, por supuesto, también de un mecanismo muy diferente de una justicia penal negociada entre particulares (algo que equivaldría a una privatización del proceso sancionador, incompatible con el principio del monopolio estatal de la coacción). Al contrario, la reparación pretende cumplir finalidades análogas a las de la pena criminal –prevención especial y general– (*tatnahe Sanktion*)²¹. En cierto modo, estos planteamientos sitúan la reparación al mismo nivel que la pena y llegan a hablar de “fungibilidad” o “cambiabilidad de las sanciones” (*Austauschbarkeit der Sanktionen*) (Frehsee, 1987: 45)²². En España, el Grupo de Estudios de Política Criminal propuso en el año 2005 incluir expresamente la reparación no como pena autónoma pero sí como “sustitutivo” de penas privativas de libertad menos graves o leves²³.

En este sentido, la definición de Justicia Restaurativa propuesta por el Consorcio de Justicia Restaurativa en Inglaterra en 1998 parece conjugar los fines perseguidos por la pena: “La Justicia Restaurativa intenta equilibrar los intereses de la víctima y la comunidad con la necesidad de reintegrar al infractor en la sociedad. La Justicia Restaurativa trata de ayudar a la recuperación de la víctima y posibilita que todas las partes afectadas directamente en el proceso puedan participar fructíferamente”.

La justicia restaurativa se alzaría como instrumento complementario en manos del *ius puniendi* para la prevención del delito y se situaría, así, en el mismo nivel político-criminal que la pena criminal²⁴. En otro trabajo anterior, ya advertíamos que “si se sostiene esta afirmación, las mismas “líneas directrices” que presiden cualquier actuación de política legislativa penal deberán ser respetadas igualmente en el modelo reparador. Estas se resumen, de acuerdo con la ya clásica contribución de Heinz Zipf, en una concepción antropológica previa, la defensa de la dignidad de la persona, humanidad en la intervención jurídico-penal, subsidiariedad del Derecho penal y, finalmente, la racionalidad, practicabilidad y efectividad en la persecución penal” (Iglesias Río,

2003: 317 ss., en base a la obra de Zipf, 1979: 37-46. En el ámbito específico de la reparación, vid. Müller-Dietz, 1977: 351). Es más, concebida de este modo, “la “reparación” significaría un importante paso en el camino de espiritualización hacia un Derecho penal racional, a favor de la consecución real de un “desmantelamiento de las necesidades irracionales de pena” y de una plasmación de un criterio de “minimización de la intensidad de la intervención” (Frehsee, 1987: 86 y 95; Roxin, 1987: 97). En consecuencia, se valora la reparación como instrumento idóneo y, al mismo tiempo, menos lesivo que podría ganar preferencia, en determinados supuestos delictivos, sobre las penas criminales, aunque en nuestro Derecho penal aún no se ha llegado tan lejos²⁵.

De un lado, desde la perspectiva preventivo especial de la pena, el carácter voluntario de la mediación y la exigencia de que el infractor reconozca – aún mínimamente- su implicación en los hechos, manifestando un sentimiento de arrepentimiento y asumiendo su responsabilidad, constituye un síntoma, al menos provisional, de autorresocialización, de retorno espontáneo al terreno de la legalidad²⁶. De otro lado, desde la perspectiva preventivo general, la obligación asumida en el eventual acuerdo alcanzado exige al infractor su efectivo cumplimiento (un restablecimiento íntegro del perjuicio, la compensación económica, simbólica, otras tareas, etc) y, simultáneamente, contribuye a estabilizar la confianza de la población en el Derecho, con lo que, a los ojos de la colectividad, se confirma la vigencia coactiva de las normas jurídicas, no se desactivan las expectativas intimidatorias de las amenazas penales sino que continúan disuaden preventivo-generalmente a los potenciales infractores, dado que quien delinque debe hacer frente a las consecuencias de su conducta, y si en el curso de la mediación no se llega a un acuerdo entre las partes o el infractor lo incumple, será posible la reapertura del procedimiento penal o su continuación²⁷.

Desvalor de acción y desvalor de resultado, como elementos integrantes del injusto, quedan compensados en un grado suficiente como para justificar valorativamente la no imposición de una pena en la intensidad en la que formalmente le correspondería al hecho delictivo, se evita el carácter más estigmatizante de la pena y de la, en ocasiones, poca utilidad de las conclusiones de la sentencia judicial y, todo ello, sin descuidar ni la posición de la víctima ni la del delincuente. Los intereses tutelados por la norma penal, por tanto, siguen amparados, con lo que no se desestabiliza la credibilidad de la ciudadanía en el Derecho ni tampoco podrá asimilarse el instituto de la mediación y reparación al de un instrumento privilegiado y blando a favor del delincuente²⁸.

Freund (2010: 44-45) reconoce igualmente que “los esfuerzos por llegar a una “conciliación víctima-autor” u otras formas de reparar, son comportamientos postdelictivos que, como *actus contrarius* respecto del delito cometido, reducen la necesidad de reacción penal y, en algunas circunstancias, incluso la eliminan”²⁹.

Los críticos frente a la reparación, sin embargo, argumentan que disminuye o suprime la eficacia preventivo-general intimidatoria de la norma penal, que puede llegar a provocar efectos criminógenos, ya que el delincuente puede llegar a entender que, con una mera reparación (material o simbólica), su infracción queda saldada, compensada³⁰.

No obstante, además de que resulta especialmente complicado comprobar la eficacia empírica de una norma penal, de si realmente disuade y con qué intensidad, la reparación cumple fines preventivo generales, contribuyendo al restablecimiento de la vigencia de la norma, porque el “significado” de la conducta del autor equivale a una valor de acción, a reconocer la legalidad ya que si no se repara, como hemos indicado, entra en marcha la aplicación tradicional de la justicia penal.

Ciertamente, el delito es algo más que mera causación de un perjuicio material o moral a la víctima, pues produce un inequívoco daño social cifrado en la conmovición de la vigencia de las normas penales.

Pero también hemos de pensar que no resulta fácil armonizar esta denominada “tercera vía” en el marco de la teoría de los fines de la pena. En efecto, de entrada, como con razón explica Garro Carrera, la reparación penal es algo más que indemnización del daño a la víctima; incluso, se ha de tener en cuenta que la responsabilidad penal no exige que se produzcan daños materiales ni morales (por ejemplo, en delitos de peligro y contra bienes jurídicos supraindividuales). El delito genera una lesividad social que afecta a las víctimas potenciales y trasciende el perjuicio cometido a la concreta víctima (Garro Carrera, 2005: 20, 284-285 y 291 ss. Sobre estos planteamientos, vid también Galaín Palermo, 2010: 109 ss.). En consecuencia, el Derecho penal interviene para reforzar la trascendencia del bien jurídico afectado y el respeto futuro hacia la norma vulnerada. Por ello, cuando se comete un delito no es suficiente con satisfacer, en su caso, la responsabilidad civil o reparar el daño para desplegar los necesarios efectos preventivos; es necesario, insiste esta autora, un refuerzo penal para desautorizar la infracción de la norma (Garro Carrera, 2005: 21). De este modo, considera Garro Carrera (2005: 22) que la reparación penal dependerá de la gravedad del hecho injusto cometido, en relación con la importancia del bien jurídico y las formas de ataque dolosas o imprudentes, de la entidad de la conducta dirigida a la reparación, la intensidad del esfuerzo por reparar, la voluntariedad del comportamiento post-delictivo, la situación económica del infractor, el momento temporal en que se hace la reparación o el alcance del contenido reparador (encontrándose aquí la praxis con problemas de insolvencia)³¹. En definitiva, la reparación penal debe interpretarse como “actus contrarius” de rectificación (Garro Carrera y Asúa Batarrita, 2008: 48 ss.).

III. Presupuestos objetivos y subjetivos de la mediación penal

La futura implantación legislativa de un modelo de mediación y de justicia restaurativa descansa sobre una serie de presupuestos, cuyo contenido y alcance permanecen abiertos y distan mucho de lograr consensos. A título meramente orientativo, esta estructura puede sintetizarse en los siguientes requisitos, algunos de los cuales se contemplan en el art. 13 de la Recomendación del Comité de Ministros de la UE de 14-6-06.

Existencia de una víctima personal e individualizada, ya que la conciliación persigue un impacto psicológico que solo puede ser alcanzado a través de una comunicación presencial interpersonal. La valoración del conflicto requiere, pues, que ambas partes estén identificadas³².

Un primer problema es el de la existencia de varias víctimas y/o varios infractores, dado que en estos casos se dificulta el proceso de acercamiento, porque tiene que existir un importante común denominador entre todos los implicados. En principio, no es necesario que estén todos de acuerdo, y se realizaría la mediación con aquellos que lo deseen. Se cuestiona, igualmente, si este requisito –víctima personal e individualizada– se cumple cuando se trata de una persona jurídica pública o privada (A favor de su inclusión, LOOS, 1993: 51-56); de entrada, pensamos, la ley no debería restringirlo.

La imprescindible implicación bilateral, sinalagmática, entre agresor y víctima, plantea una duda aún mayor en orden a la inclusión en el ámbito conceptual de la mediación de los denominados “delitos sin víctima directa” o con víctima anónima o colectiva, como sería el caso de delitos de peligro, contra intereses generales o difusos, así como algunos supuestos de tentativa. La pregunta aquí es cómo y a favor de quién cabe la reparación. Una vía abierta sería la posibilidad de reparación simbólica, inmaterial y a favor del Estado o de instituciones sin ánimo de lucro. Algunos entienden, con cierta razón, que sería sorprendente que un desvalor de resultado lesivo pudiera ser abordado en un proceso de mediación y, por ejemplo, no una situación de peligro o una tentativa³³ (ausente el resultado) y aquí imponerse al autor una pena.

Probablemente, las respuestas a estos interrogantes exigen clarificar el concepto de víctima y manejar un sentido amplio que la identifique con toda persona natural o jurídica que haya sufrido los perjuicios materiales o morales causados por el delito. Ahora bien, la jurisprudencia equipara esta noción a la de damnificado y exige causación directa de daños, para evitar un amplísimo e impreciso círculo de perjudicados.

Pero no toda la doctrina se muestra favorable a dar entrada a la reparación cuando no existe un perjudicado concreto o cuando una o ambas partes sean una persona jurídica. Se oponen quienes acentúan el aspecto de la reparación efectiva, mercantilista, en tanto que son partidarios quienes acentúan el aspecto –no de la indemnización en sí– sino del regreso de la oveja descarriada al redil sin necesidad de una pena que la praxis muestra de discutibles consecuencias y efectos (Manzanares Samaniego, 2007: 31)³⁴.

Sin embargo, es cierto que si no hay víctima en sentido estricto, la mediación resultará difícil; sin duda, el daño susceptible de ser reparado se vuelve cada vez más difuso y etéreo y quizás no sea este el camino idóneo para obtener del culpable prestaciones a favor de la comunidad; es posible que se desvirtúe la figura o vaya demasiado lejos pretender la mediación entre el Ministerio de Sanidad y un delincuente acusado de tráfico de drogas (De esta opinión, Manzanares Samaniego, 2007: 55).

En supuestos de esta naturaleza será más pertinente imponer sustitutivos penales, participar en programas formativos, terapias, cursos de educación vial, sexual, etc. Pero, por ejemplo, ante un delito ecológico que afecta a los intereses generales de una población, no hay obstáculo en que la reparación se dirija a favor de dicho espacio geográfico. O el carácter simbólico que encierra la reparación a favor de la colectividad de un delito de peligro (publicidad engañosa, fraudes

alimentarios, tráfico), podría consistir, después de reconocer la transgresión normativa, en aportaciones orientadas a esos ámbitos delictivos. En delitos contra la seguridad del tráfico podría asumirse la prestación de trabajos en beneficio de la colectividad dirigidos a combatir el peligro para la seguridad vial o las consecuencias dañosas derivadas de los siniestros automovilísticos, colaborar en tareas de vigilancia, ayudar voluntariamente en un hospital o en un Centro de discapacitados atendiendo a víctimas de accidentes (en algún sentido supone una revocación de su conducta anterior –conducta temeraria- expresiva de un reconocimiento actual en la vigencia de la norma). O en un delito contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas), sin víctima concreta, la mediación simbólica entre el infractor y los representantes de organismos o entidades de ayuda a toxicómanos, podría dar entrada a la comunidad social como ente que sufre en parte las consecuencias del delito. En un injusto de daños contra bienes públicos, que se limpien grafitis, etc.

Que se trate de un delito correspondiente a los de mediana gravedad, ni especialmente execrable (de los que repugnan a la conciencia ética colectiva) ni tampoco de escasa relevancia³⁵.

Aunque no hay consenso en este punto, a mi juicio, la mediación no puede aplicarse con carácter universal a cualquier conflicto criminal; deberá tomarse en consideración la naturaleza y gravedad del delito, el perfil de la víctima e incluso la personalidad del infractor. Por eso, quizás sea adecuado predetermined legalmente un catálogo de delitos susceptibles de someterse a mediación, aunque también podría partirse de una formulación no cerrada y concretarse sólo criterios excluyentes- de mínimos y máximos- que lo impidiese o delimitase³⁶.

Por razones de prevención general, determinados delitos no pueden resolverse por medio de la negociación, el pacto o el arreglo entre los litigantes (homicidio, violación, atentados, los más graves injustos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, supuestos extremos de violencia doméstica, etc.). La sociedad no puede tolerar que hechos delictivos especialmente graves puedan zanjarse por un procedimiento sin intervención de las instancias de control social formal, como si se tratara de un conflicto particular.

Pero tampoco cabe resolver por mediación hechos de ínfima importancia, porque la conciliación es un mecanismo complejo, que exige serios esfuerzos pedagógicos dirigidos a un cambio de actitud positiva del infractor, a través de una interacción fecunda entre éste y la víctima y conlleva el despliegue de una infraestructura material, personal y temporal muy considerable, por lo que las infracciones de bagatela deben reconducirse a la multa o amonestación.

Desde luego, hasta el momento presente, la mediación reparadora en el ámbito penal es una institución “marginal” que solo ha adquirido carta de naturaleza en la justicia juvenil³⁷, en infracciones patrimoniales de menor importancia y en los denominados delitos semipúblicos. A tenor de la experiencia, algunos expertos consideran que este mecanismo, normalmente, resulta más eficaz cuando infractor y víctima se conocían con anterioridad y, en todo caso, en delitos contra bienes jurídicos patrimoniales, daños, delitos societarios, publicidad engañosa, amenazas, coacciones, lesiones no muy graves, así como otros delitos perseguibles a instancia de

parte, contra el honor, descubrimiento y revelación de secretos, abandono de familia, etc.

De lege lata, el Derecho positivo español prohíbe expresamente la mediación en asuntos que son competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer. En efecto, así se dispone en el art. 44-5 de la *LO 1/2004, integral para la protección contra la violencia de género*, sin que en el curso del trámite parlamentario se planteara ninguna discusión³⁸.

Sin embargo, paradójicamente, en el ámbito de la familia, la mediación cuenta con una positiva experiencia y resultaría interesante su inclusión, por ejemplo, ante disputas aisladas, cuando no exista una larga trayectoria de vejaciones y humillaciones del marido sobre la mujer³⁹. Es decir, cuando el núcleo familiar-matrimonial no está completamente desestructurado, exista una voluntad de reanudar la convivencia y quepa razonablemente tener una esperanza de normalización o de no reiteración delictiva en el futuro. Entrarían aquí episodios puntuales y de mínima entidad aunque se hayan elevado por ley a la categoría de delito (amenazas y coacciones leves contra la mujer, arts. 171-4 y 172-2 CP) o cuando el maltratador inicia terapias, etc. Sin pretender bagatelizar el problema de la violencia de género, piénsese en la valoración circunstanciada a tener en cuenta en épocas de estrés, tensión laboral, desempleo, enfermedad personal o de algún pariente, que puedan provocar puntuales reacciones de agresividad o un acaloramiento, sin que ello responda al perfil criminológico del genuino maltratador⁴⁰.

La interposición de una denuncia o la celebración del juicio rápido contribuyen a cerrar la puerta de llegar a un acuerdo y a una reconciliación. Incluso el art. 620, ap. 3º CP tipifica como falta contra la esposa una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve sin que sea preciso la interposición de denuncia por parte de la persona agraviada y permite dictar orden de alejamiento. Quizás, aunque sea un ámbito problemático en el que ha de observarse gran cautela, debería reflexionarse sobre la facultad de poner en manos de la víctima la posibilidad de dejar sin efecto la orden de alejamiento, sin perjuicio de imponerla de nuevo si se repiten agresiones (por ejemplo, a petición de la víctima y previa audiencia del Ministerio Fiscal). La mediación podría producir la suspensión de la orden o medida de alejamiento; debería relajarse aquí el principio de legalidad y de obligatoriedad pública de la persecución y dar entrada al principio de oportunidad.

La voluntad de la mujer maltratada, de la víctima, solo interesa para poner en marcha el procedimiento y los protocolos de protección y, luego, si se produce el regreso a casa del apartado (por conciliación, acuerdo, perdón, ...) hay que hacer filigranas para no condenar por delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)⁴¹.

Naturalmente, no cabe la mediación cuando la maltratada se encuentra en una situación de dependencia emocional, grave y continuada tensión muy cronificada o de sometimiento respecto del marido maltratador; es decir, cuando se encuentre en un estado calificado médicamente como *battered woman syndrome* (Iglesias Río, 1999: 419 ss.). Faltará aquí la plena voluntariedad y habría un desequilibrio psicológico de fuerzas.

Que el infractor no sea multirreincidente⁴² y que ambas partes sean imputables y gocen de estabilidad psíquica, para evitar desequilibrios.

Reconocimiento del hecho por parte del delincuente. No se persiguen pretensiones moralizantes, pero la negativa a pedir disculpas es síntoma de posible fracaso.

Este requisito, sin embargo, puede plantear problemas con el art. 24 CE, sobre todo en el caso de que el proceso de mediación concluya sin acuerdo, pues el previo sometimiento voluntario al proceso de mediación y la asunción de los hechos, quizás desestabilice para el futuro el derecho fundamental a no declararse culpable. La mediación es un proceso voluntario, sin presión ni coacción, por lo que el infractor tiene la facultad, en la medida en que él libremente determine, de asumir su responsabilidad en los hechos, siendo suficiente un reconocimiento de los mismos en lo esencial o con un alcance que haga necesarias otras pruebas que así lo ratifiquen, o admitir su participación aunque no coincida absolutamente con la totalidad de los hechos recogidos en la acusación, no siendo necesario para iniciar el proceso reparador su inequívoca autoinculpación. Por otro lado, habría que tener en cuenta, en su caso, que el art. 406 LECrim. establece que la confesión del inculpado no constituye en sí misma prueba suficiente, si no va acompañada de otras evidencias o actividad probatoria suficiente, para que el juez llegue a la convicción de la veracidad de los hechos confesados y la comisión del delito a efectos de determinar racionalmente la responsabilidad penal.

La mediación no puede sacrificar los postulados garantistas. La presunción de inocencia es un derecho fundamental indisponible e irrenunciable. En la entrevista previa al proceso de mediación se informa a las partes de las diferentes posibilidades existentes y de las consecuencias de las mismas, con la posibilidad de participar con su letrado.

Por eso, la discusión en torno a la exigencia de confesión como requisito previo para realizar la reparación debe ser interpretada con cierta flexibilidad; asumir voluntariamente participar en la reparación no tiene por qué implicar asumir la acusación del Ministerio Fiscal en todos sus extremos o incluso en ninguno. No hay que olvidar, así mismo, sobre todo en caso de menores, el peligro de que ante la amenaza de continuación del proceso penal, el acusado renuncie a defender su inocencia y participe en la solución informal del caso, al objeto de beneficiarse del sobreseimiento del expediente por parte del Ministerio Fiscal de Menores (art. 19-4 Ley penal del menor). Todo el riesgo que ello implica obliga a un escrupuloso proceso de verificación de los hechos admitidos, de manera que las posibles contradicciones o la falta de certeza impiden iniciar el proceso de mediación.

En suma, la conformidad para participar en un proceso de mediación no debe equivaler a confesión formal de la comisión del delito, sino a una voluntad de entendimiento con la víctima, a fin de aclarar los términos en los que se produce su participación en los hechos.

Para evitar la posible vulneración del art. 24 CE, el proceso de mediación ha de ser confidencial y, llegado el caso, se impide la intervención procesal del juez que ha tenido conocimiento de

algunos de los extremos de la mediación iniciada y finalmente frustrada al concluir sin éxito, así como la prohibición de utilizar las pruebas, actas y manifestaciones vertidas en el proceso de mediación.

Sin embargo, le asiste razón a Del Moral García (2008: 390-391), Fiscal del Tribunal Supremo, cuando advierte que la decisión de someterse a un proceso de mediación “tampoco es totalmente neutra desde la perspectiva de la valoración global de la prueba ... No significa que estemos ante pruebas de culpabilidad, pero sí ante pruebas o conductas valorables ... Por eso creo que sentar la regla de que el fracaso del proceso de mediación ha de ponernos en una situación idéntica a aquella en que el proceso no se hubiese iniciado no es real ... Considero que es hipócrita proclamar “oficialmente” que eso no tiene trascendencia probatoria y luego venir a valorarlo clandestinamente, sin declararlo así expresamente pero determinando un influjo real en la decisión valorativa del Juez o Tribunal”.

Sometimiento voluntario del autor y de la víctima en el intento de conciliación⁴³. Debe existir una predisposición emocional al diálogo y a la mediación. La negativa de la víctima o del acusado al encuentro se produce en un 30% de asuntos que podrían someterse a mediación, el resentimiento de una de las partes, el deterioro de sus relaciones anteriormente existentes abocará con alta probabilidad al fracaso.

Se requiere la presencia y control efectivo de un representante público institucional que defina el marco, los límites objetivos y subjetivos, los plazos, el protocolo de actuación y que garantice un proceso justo evitando posibles abusos, así como las consecuencias del incumplimiento. En suma, una nota de oficialidad es necesaria. Podría corresponderle, por ejemplo, al Juez, previo acuerdo con el Ministerio Fiscal, la derivación de casos al equipo de mediación.

Si la víctima es desconocida o se niega caprichosa o inmotivadamente a aceptar una reparación directa, el sujeto podría acudir a las autoridades, consignar o depositar judicialmente una cuantía económica indemnizatoria (conforme al art. 1176 y ss. del Código civil, como forma de extinguir las obligaciones de tipo económico) y, al menos, obtener algún tipo de efecto jurídico penal beneficioso.

Sin embargo, en relación a ello, advierte con razón Tamarit Sumalla que “el hecho de que la imposición o no de la pena se haga depender absolutamente de factores imprevisibles como la disposición personal del ofendido a llegar a un acuerdo con el autor sobrepasa los niveles razonables de seguridad jurídica” (Tamarit Sumalla, 1994: 187).

Momento procesal de realización de la mediación tendente a la renuncia o atenuación de la pena. El § 46 StGB la permite en un momento tardío, hasta la decisión judicial. Tendría más valor la voluntad de reparación espontánea, temprana, inmediatamente después del delito que la efectuada por la presión del proceso (Con razón, Garro Carrera, 2005: 58). En cualquier caso, la opinión dominante considera que la mediación cabe en cualquier fase del procedimiento: instrucción, enjuiciamiento y ejecución de sentencia. Iniciada la mediación, se suspende el

procedimiento y si se logra un acuerdo puede materializarse en un juicio rápido de conformidad y sentencia en el Juzgado de instrucción. En el presente, conforme al sistema penal español vigente, si el consenso se produce en la fase de instrucción, en el trámite de diligencias previas, previo acuerdo con el Ministerio Fiscal (arts. 744 sgs LECrim.), podría operar como atenuante de reparación (art. 21-5 CP), incluso muy cualificada. Si se produce durante el proceso, el resultado podría ser el sobreseimiento provisional (art. 641-1º LECrim.) sin perjuicio de la reapertura judicial del proceso en caso de incumplimiento de la reparación acordada o por alguna otra causa razonable, archivo de la causa o que el Ministerio Fiscal no formule acusación, con la consiguiente absolución del acusado. También cabe la posibilidad de la transformación en juicio de faltas. Así mismo, otra fórmula de concluir el asunto sería a través de una sentencia de conformidad de las partes en la que el juez recoja los términos y alcance del acuerdo de la mediación (Gimerá I Galiana, 2005). Antes de la ejecución de la sentencia firme, podría operar la mediación para la concesión de la suspensión de una pena privativa de libertad (art. 83 CP) y para la sustitución de penas (art. 83 CP). Finalmente, en la fase de ejecución podrá ser relevante para la concesión del régimen abierto de tratamiento penitenciario (art. 72-5 LOGP), la concesión de la libertad condicional (art. 90 CP) o el indulto.

Gratuidad, flexibilidad, confidencialidad y oficialidad.

Reparación del daño causado, siempre que sea posible. En cuanto al alcance de la reparación, las distintas posiciones se debaten entre opciones que exigen una reparación total hasta quienes otorgan relevancia (atenuante) a la reparación parcial y priman más que el resultado final el proceso dirigido a lograr la reparación, el serio esfuerzo desplegado, si no tuviera capacidad de reparar por completo, o los casos en los que ello disminuye considerablemente su culpabilidad. Otros piensan que el resarcimiento deberá superar la mitad de lo debido. Hay quienes sostienen que resarcir una pequeña parte no es suficiente, aunque la víctima lo admita.

En todo caso, en mi opinión, sería razonable político-criminalmente que para el infractor la reparación le supusiera un sobrecoste, una dificultad añadida, una privación incluso superior al mero aspecto económico. Pero siempre con el límite al principio de proporcionalidad, pues no debería permitirse que se acepten prestaciones que exceden más allá de lo exigible conforme a la gravedad del hecho.

Según Elena Garro Carrera (2005:39 ss.), el propio término de “reparación de daños” evoca, automáticamente, a la víctima y a la compensación del perjuicio que le fue ocasionado; no solo daño naturalístico sino también emocional. La reparación del daño moral o psicológico tiene gran importancia en los procesos de mediación, porque contribuye a tranquilizar y liberalizar al perjudicado de su posición de víctima, así como a ofrecerle paz ante las eventuales secuelas de ansiedad y sufrimiento que le haya podido dejar el delito.

A mi juicio, y dado que el espíritu de la reparación es introducir una forma alternativa y flexible de justicia, se ha de dar entrada a la multiplicidad de combinaciones y formas posibles de reparación; la cuestión –respetando la función básica del Derecho penal y los fines de la pena- es

facilitar el acuerdo y los beneficios que ello genera para agresor-víctima y sociedad. Así, se incluirían las siguientes clases: La reparación material, de contenido económico, mediante pagos únicos o fraccionados a la víctima, al Estado, a una ONG; el heterogéneo abanico de posibilidades que permite la reparación simbólica: petición de disculpas, perdón, conciliación, donación de sangre, gestos humanitarios y solidarios en un centro de acogida de inmigrantes, donación de sangre, etc.⁴⁴; prestaciones laborales a favor de la víctima: cuidar su jardín, limpiar la casa, pintarla...; prestaciones laborales con fines sociales y sin ánimo de lucro: voluntarias, gratuitas, sin contenido degradante; compensación a favor de terceros.

Las prestaciones no dinerarias a favor de la víctima o con fines sociales cumplen una importante función resocializadora. Si no se admitiera la reparación simbólica, sino que siempre se exigiera de una reparación material o económica, se alcanzaría un escaso valor preventivo-general y estaríamos ante una especie de compra-venta para conseguir la impunidad.

IV. Fases del procedimiento conciliatorio

De acuerdo con los anteriores presupuestos o líneas orientativas expuestas, pueden iniciarse las fases del procedimiento conciliatorio conforme a lo que sigue.

Selección de casos que pueden someterse a conciliación, efectuada por un Juez, Fiscal, los llamados asistentes judiciales, la policía o el equipo de mediación, dependiendo de los distintos modelos. Criterios muy indicativos para ello serían la naturaleza, gravedad del delito y personalidad de las partes. Son factores muy favorables que recomiendan la mediación el hecho de que víctima e infractor se conozcan, que eran clientes, que desean resolver el conflicto sin entablar un proceso penal, que consideran que no conviene a nadie, que quieren resolver el problema rápidamente y sin costes, que no exista un desequilibrio manifiesto entre ambas, que desean conservar el control sobre el resultado, etc.⁴⁵.

Las conclusiones obtenidas de un proyecto piloto desarrollado en Cataluña desprenden, en síntesis, las siguientes valoraciones. En primer lugar, la relación previa víctima-infractor facilita el acuerdo reparador; incluso en delitos de contenido económico, aunque no exista vínculo previo, el consenso es muy factible. En segundo lugar, en la determinación del contenido de la reparación, las partes no están limitadas por ningún elemento de proporcionalidad; el acuerdo se basa única y exclusivamente en el criterio alcanzado por ellas, aún cuando el mediador realice su tarea orientativa para satisfacer las necesidades de la víctima y la mejor reinserción del infractor. Y, en tercer lugar, se evidenció una escasez de recursos para potenciar la reparación y la necesidad de aumentar el número de mediadores, así como la falta de conocimiento de los particulares de esta vía (Guimerá I Galiana, 2005).

Fase de acercamiento entre las partes, facilitada por el mediador (pedagogo, trabajador social, jurista, equipo técnico...). El mediador sondea las actitudes y disposición de infractor y víctima para analizar las posibilidades de llegar a un acuerdo. El mediador deberá ser neutral, imparcial,

pero activo para intervenir, promover y facilitar el arreglo; lo impulsa, pero ni decide ni resuelve; no es un árbitro. La mediación es una especie de negociación supervisada. Debe evitar desequilibrios o eventuales abusos y que se llegue a una justicia de clase que permitiría a los infractores de niveles socio-económicos privilegiados comprar rápido y a buen precio la solución de sus problemas (evitando incluso la prisión, a diferencia de quien no tuviera capacidad económica para asumir el cumplimiento material de lo acordado).

Pero eso, la figura del mediador tiene que encarnarla una persona titulada, con unos mínimos conocimientos jurídico-penales y ser un buen comunicador; tener experiencia, carácter flexible, inteligente, con empatía y don de gentes, respetuoso, objetivo, digno de confianza para guardar confidencias, abstenerse de hacer juicios de valor, imaginativo, tener sentido del humor, etc⁴⁶.. Naturalmente, no puede encontrarse en incompatibilidades relacionadas con el asunto a tratar ni vínculos con ninguna de las partes⁴⁷.

Diálogo constructivo entre el autor y víctima.

Este es un momento decisivo, en el que la víctima, por fin, ocupa el puesto y protagonismo que merece. El proceso de mediación y reparación, en este sentido, se considera altamente positivo, desde el momento en que permite a la víctima ser y sentirse escuchada, comprendida, expresar sus frustraciones y sentimientos que le provocó el delito, sus angustias, traumas o miedos. Le ofrece preguntar al agresor por qué le eligió a ella, por qué le hizo daño, lo que contribuye a desdramatizar el conflicto (Sobre ello, por ejemplo, Noguera, 2004)⁴⁸. El infractor también puede exteriorizar sus percepciones, sentimientos, valoraciones divergentes y frustraciones (Con cierto detenimiento, vid. Gordillo Santana, 2007: 61 ss.). Se hace enfrentar al infractor directamente con su víctima haciéndole ver el mal que ha causado, para tratar que genere actitudes de arrepentimiento, con un alto contenido pedagógico, no moralizante, así como de predisposición a reparar el daño y a participar activamente en la solución del conflicto delictivo. Resulta impensable para esta vía que el infractor se reconcilie con la Ley y el Derecho si antes no lo hizo con su propia víctima y esto puede llegar a ser un resultado satisfactorio para la víctima tanto desde el punto de vista político-criminal como simbólico. Esto es, mientras que la justicia penal tradicional procede a una “expropiación” del conflicto, la mediación constituye un tratamiento personalizado del mismo, devuelve el conflicto a las partes para que aborden su solución sin imponer soluciones coactivas externas, sin necesidad de fórmulas represivas y estigmatizantes.

Los expertos en psicología consideran que el proceso de diálogo contribuye a que la víctima supere el impacto emocional del delito que puede llegar a producir a la víctima una parálisis psicológica, un miedo reverencial a salir sola por la calle, a mirar continuamente atrás, a desconfiar, etc, (por ejemplo, en caso de haber sufrido un robo nocturno con intimidación, delitos racistas, sexuales, etc.). La secuela psicológica posterior, a veces, es más grave que la propia conducta delictiva soportada.

Esa confrontación y diálogo –agresor y víctima- contribuye a facilitar la superación de esa fobia que sufre la víctima; esta puede enfrentarse al infractor cara a cara y apreciar que se encuentra

ante un ser humano lleno de problemas, de inseguridades y frustraciones, de carencias afectivas, vivencia en hogares rotos, marginalidad, adicciones a las toxicomanías y, así, quizás se atenúa o se llegue a borrar el daño psíquico⁴⁹. La víctima, muy a menudo, no busca un castigo penal justo y ejemplar –salvo que se trate de un delito sexual– ni siempre pretende la obtención de una sugestiva reparación económica, sino tan solo una “explicación” personal, una “satisfacción” de su delincuente. No exige “compasión” sino “respeto” a sus derechos y a su dignidad, pues el delito provoca una inherente humillación y vejación⁵⁰.

Al mismo tiempo, esta fase de encuentro puede que acelere el proceso de reinserción del delincuente: interioriza su responsabilidad por el delito cometido, reconoce el hecho y asume el mal que ha causado, predispone su voluntad y esfuerzo en intentar paliar el daño producido. Todo ello equivale a un retorno personal semi-espontáneo al terrero del Derecho y signo de autorresocialización, y quizás se evita que vuelva a causar nuevos sufrimientos en el futuro, aún con la incertidumbre de que si la vuelta a la legalidad será definitiva, es decir, nadie puede asegurar que no reincidirá, pero tampoco esto se asegura tras el cumplimiento de una pena.

La imagen aquí descrita constituye una de las razones principales por las que no se pueden confundir estos mecanismos con una simple reparación civil del daño o resarcimiento económico.

Fase de conclusión, cuando ambas partes llegan a un acuerdo sobre el modo de afrontar las consecuencias del delito y éste se hace efectivo. Se ha de levantar acta del acuerdo, firmada por las partes y el mediador, en el que conste el plan de ejecución, el modo de materializarlo, los plazos y cualesquiera otras condiciones. En todo caso, el acuerdo alcanzado deberá ser concreto, especificando con precisión su alcance, evitando el uso de términos valorativos y no cuantificables, viable y abierto a la posibilidad de modificarse si, por circunstancias sobrevenidas, se ha alterado el escenario inicial. Finalmente, resultará adecuado señalar las consecuencias en caso de incumplimiento.

VI. Recapitulación

Los procedimientos de mediación realizados hasta ahora ofrecen un balance altamente esperanzador y muy positivo, especialmente, en ciertos ámbitos, como la delincuencia de jóvenes y menores; bien es cierto que no podemos equiparar ni proceder a sustituir automáticamente y para cualquier delito la pena tradicional por la reparación.

A pesar del escaso rodaje y las notables indefiniciones existentes, tanto la doctrina como los profesionales que se mueven en la praxis se muestran partidarios de dar entrada formal a la mediación y a la justicia restaurativa en nuestro ordenamiento jurídico⁵¹.

Existe, pues, un amplio consenso científico respecto a los objetivos de esta nueva vía complementaria de hacer justicia y de las expectativas generan. Falta consenso, no obstante, en la

mayoría de los presupuestos, requisitos, condiciones, ámbito de aplicación, modalidades reparatorias y consecuencias de la mediación. Por ello, precisamente, y en cumplimiento de las propuestas y Decisiones de la Unión Europea, se hace ya inaplazable introducir en nuestro sistema procesal-penal el principio de oportunidad –en conexión con los postulados de intervención penal mínima- y la promulgación de una Ley integral que regule de manera global e interdisciplinar la mediación y la justicia restaurativa.

Ahora bien, a la vista de los distintos programas y ensayos realizados en la mayoría de nuestras Comunidades Autónomas, la consecución de resultados exitosos y un adecuado funcionamiento de este sistema requiere la dotación de una infraestructura material adecuada y con personal formado. El protocolo que exige la mediación y la consecución del acuerdo reparatorio exige tiempo y esfuerzos que no pueden dejarse a la improvisación ni del azar.

Bibliografía

Alastuey Dobón, C. (2000). La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, Granada.

Alcacer Guirao, R. (2001). La reparación en Derecho penal y la atenuante del art. 21-5 del CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación. *Revista del Poder Judicial*. (63).

Álvarez García, F.J. (1997). Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5ª Código penal). *Cuadernos de Política Criminal*. (61)

Andersen, P. (2010). Mediación penal en Noruega. *I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, Burgos 4 y 5 de marzo de 2010.

Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (1988). *Proyecto Alternativo sobre reparación penal*, traducción al castellano por B. de la Gándara Vallejo. Buenos Aires.

Barona Villar, S. (2009). La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile). Valencia.

Burgstaller, M. (2010). La diversidad de la reparación penal a la luz del Derecho austríaco. Hechos Postdelictivos y Sistema de Individualización de la Pena. Universidad del País Vasco, (A. Asúa Batarrita y E. Garro Carrera, eds.), Bilbao.

Díaz Gude, A. (2009). La experiencia de la mediación penal en Chile”, La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile). Valencia.

Dölling, D. (1992). “Der Täter-Opfer Ausgleich- Möglichkeiten und Grenzen einer neuen kriminalrechtlichen Reaktionsform”. *Juristen Zeitung*.

Ervo, L. (2009). La conciliación en materia penal en los países escandinavos, trad. A. Montesinos y A. Beltrán, La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile). Valencia.

Eser, A./Walther, S., (dir.), (1996). *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, Freiburg i.Br., vol. I.

Esquinas Valverde, P. (2008). Mediación entre víctima y agresor en violencia de género. Granada.

Fernández Nieto, J./Solé Ramón, A.M^a / (2010). El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. Un enfoque actual práctico. Valladolid.

Frehsee, D. (1987). *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozial-Kontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen. (Kriminologische und sanktionrechtliche Forschungen, Band I. Berlin.*

Freund, G. (2010). La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema, *Hechos Postdelictivos y Sistema de Individualización de la Pena*, Universidad del País Vasco, (A. Asúa Batarrita y E. Garro Carrera, eds.). Bilbao.

Galain Palermo, P. (2010). La reparación del daño a la víctima del delito. Valencia.

García-Pablos De Molina, A. (1999). Análisis criminológico de los diversos modelos y sistema de reacción al delito, *Libro Homenaje al Prof. A. Torío López*. Granada.

Garro Carrera, E. (2005). *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21-5 del CP)*. Universidad del País Vasco, Bilbao.

Garro Carrera, E./Asúa Batarrita, A. (2008). Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria. (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº8 de Sevilla). Valencia.

Gordillo Santana, L.F. (2006). Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal. *REDUR* (4).

_____ (2007). La justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid.

González Cano, M^a. (2009). La mediación penal en España. *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*. Valencia.

Guimerá I Galiana, A. (2005). La Mediación-Reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya. *Revista Española de Investigación Criminológica*, (<http://www.criminologia.net>).

Grupo de política criminal (2005). *Propuesta Alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares*. Valencia. Regla nº20.

Hirsch, H-J. (1989). "Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrens- über die Grenzen strafrechtlicher Aufgaben". *Armin Kaufmann Gedächtnis*, Köln y otros.

Hulsmann, L./Bernat De Celis, J. (1984). *Sistema penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una alternativa*, Barcelona.

Iglesias Río, M.A. (1999). *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Especial consideración a las restricciones ético-sociales*. Granada.

_____ (2003). *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia" (art. 305-4 CP)*. Valencia.

_____ *Rearme punitivo en la moderna sociedad del riesgo. Garantismo versus utilitarismo. Los casos paradigmáticos de la lucha frente al terrorismo y la criminalidad organizada, en III Jornadas: Militares y Civiles en la cultura de la Defensa y en defensa de la cultura, sobre "España 2010: Sociedad y Fuerzas Armadas ante las nuevas amenazas y riesgos actuales"*, (en prensa).

Jung, H. (1992). *Die compensation order in Grossbritannien*", *Neue Wege der Wiedergutmachung in Strafrecht*, Internationales strafrechtlich-kriminalpolitisches Kolloquium in Freiburg im Breisgau, Hrgs. A. Eser, G. Kaiser y K. Madlener, Freiburg i.Br.

Klug, U. (1968). *Abschied von Kant und Hegel. Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, (Baumann ed.), Frankfurt am Main.

Larrauri Pijoán, E (2010). *Justicia restauradora y violencia doméstica. Hechos Postdelictivos y Sistema de Individualización de la Pena*, Universidad del País Vasco, (A. Asúa Batarrita y E. Garro Carrera, eds.), Bilbao.

Loos, F. (1993). *Zur Kritik des "Alternativentwurfs Wiedergutmachung"*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*.

Maiwald, M. (2010). *Reparación y determinación de las consecuencias jurídico-penales en el sistema penal alemán. Hechos Postdelictivos y Sistema de Individualización de la Pena*, Universidad del País Vasco, (A. Asúa Batarrita y E. Garro Carrera, eds.), Bilbao.

Manzanares Samaniego, J. (2007). *Mediación, reparación y conciliación en Derecho penal*, Granada.

Martínez Escamilla, M. (2008). *Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?*, *Estudios penales en Homenaje a E. Gimbernat Ordeig*, Madrid.

Montesinos García, A. (2009). La mediación penal en Inglaterra y Gales. La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile). Valencia.

Del Moral García, A. (2008). Intervención en la monografía La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación. Pamplona.

Müller-Dietz, H. (1977). Kriminalpolitische und dogmatische Probleme des Strafaufhebungsgrundes der tätigen Reue (&167 StGB), *Österreichische Juristen Zeitung*.

Nogueres, A. (2004). La mediación en el ámbito penal juvenil”, *Revista de Educación social*, (2), agosto.

Pérez Sanzberro, G. (1999). *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada.

Prittwitz, C. (2005). La resurrección de la víctima en la teoría penal, *Iustel. Revista General de Derecho Penal*, (4).

Rodríguez Delgado, J. (1999). La reparación como sanción jurídico-penal. Lima.

Roig Torres, M. (2000). Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito. *Estudios Penales y Criminológicos*. Universidad de Santiago. (vol. XXIII).

Roxin, C. (1987). Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke. Wiedergutmachung und Strafrecht, Hrsgs. H. Schöch. München.

Rüther, W. (2002). Objektive und Subjektive Sicherheit in der Kommune. Kriminalität und Sicherheit. Neue Herausforderungen für Städte und Gemeiden in der Präventions- und Polizeiarbeit. Hrsg. G. Munier, Berlin.

Sáez Rodríguez, C. (2008). La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación. Pamplona.

Sanz Mulas, N. (2000). Alternativas a la pena privativa de libertad. Madrid.

Sarhan, A. (2008). Der Stellenwert der Mediation im Recht und in der Justiz. *Juristen Zeitung*, (6).

Sautner, L. (2010). Expectativas de la víctima en el sistema de justicia penal: imagen y realidad. Primer informe de la encuesta a víctimas realizadas en Linz. *Hechos Postdelictivos y Sistema de Individualización de la Pena*, Universidad del País Vasco, (A. Asúa Batarrita y E. Garro Carrera, eds.), Bilbao.

Schöch, H. (1984). Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, *Neue Strafrecht Zeitschrift*.

_____ (1992). Vorläufige Ergebnisse der Diskussionen zu einem Alternativ-Entwurf WG (AE-WGM) im Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer”, *Neue Wege der Wiedergutmachung in Strafrecht*, Internationales strafrechtlich-kriminalpolitisches Kolloquium in Freiburg im Breisgau, Hrgs. A. Eser, G. Kaiser y K. Madlener, Freiburg i.Br.

Sessar, K. (1983). Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, *H. Leferenz Festschrift. zum 70 Geburtstag*, Heidelberg.

Silva Sánchez, J. (1997). Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”. *Poder Judicial* (45).

Steels, B. (2010). Justicia Restaurativa en un mundo injusto: transformación o más de lo mismo. Ponencia inédita en el *I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, Burgos 4 y 5 de marzo de 2010, dirigido por Miguel Ángel Iglesias Río y Virginia de la Fuente Domingo.

Tamarit Sumalla, J. (1994). La reparación de la víctima en el Derecho penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político criminales. Barcelona.

Del Val, T. (2012). ¿Prevención del delito a través de la mediación en materia penal?, en *II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Origen y beneficios reales y potenciales*, celebrado en la Universidad de Burgos del 21 al 23 de marzo de 2012, bajo la dirección de Miguel Ángel Iglesias Río y Virginia Domingo de la Fuente.

Varona Martínez, G (1998). La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica. Granada.

Weigend, T.(1992). Restitution” in der USA. *Neue Wege der Wiedergutmachung in Strafrecht*, Internationales strafrechtlich-kriminalpolitisches Kolloquium in Freiburg im Breisgau, Hrgs. A. Eser, G. Kaiser y K. Madlener, Freiburg i.Br.

Wright, M. (2010). Derecho, Justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia. Ponencia inédita en el *I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, Burgos 4 y 5 de marzo de 2010, dirigido por Miguel Ángel Iglesias Río y Virginia de la Fuente Domingo.

Zipf, H. (1979). Introducción a la política criminal, trad. M. Izquierdo Macías Picavea, Madrid.

¹ La célebre aportación de Klug (1968: 36 ss.) que oficializó la despedida de Kant y Hegel en la teoría de los fines de la pena, se sumó al avance del pensamiento del tratamiento resocializador, influenciado por las experiencias de los países escandinavos y estadounidenses, y todo ello en una atmósfera de auge de estudios criminológicos y relativo abandono de la construcción de una dogmática formal del Derecho penal, optando por consideraciones tópicas, en lo que supuso el tránsito del pensamiento “sistemático” al “problemático”. La posición político-criminal más radical responde a las tesis abolicionistas, vinculadas a la criminología crítica de influencia marxista que, paradójicamente, surgen en países que patrocinaron una orientación resocializadora de la pena y observaron un fracaso de la reinserción, por lo que, en un esfuerzo de alcanzar un sistema sancionador más humano, proponen la sustitución misma del Derecho penal a favor de mecanismos no punitivos, autónomos y descentralizados de resolución de los conflictos penales; por ejemplo, Hulsmann es partidario de acudir a una solución privada en base al resarcimiento civil del daño en el marco de un protocolo próximo al arbitraje, (cfr., L. Hulsmann & J. Bernat De Celis, 1984). A pesar del atractivo y de la buena intención que presentan estas teorías, no hay duda de su carácter utópico en el contexto de la compleja multiplicidad de la fenomenología criminal contemporánea y de la necesidad de un control monopolizado en el ejercicio de la violencia (para evitar manifestaciones de venganza colectiva ante delincuentes sexuales, terroristas, proliferación peligrosa de patrullas ciudadanas frente a la inseguridad ciudadana, etc).

² Piénsese en ámbitos especialmente sensibles para la opinión pública, caracterizados por una especial severidad punitiva: terrorismo, tráfico de drogas, corrupción, urbanismo, explotación sexual e inmigración ilegal mafiosa, violencia de género, seguridad vial, etc.

³ Vid sobre ello Iglesias Río, (en prensa). Los niveles de reincidencia suelen ser notables y las estadísticas penitenciarias indican que la población reclusa ha pasado en apenas quince años de unos 40.000 a 75.000 internos. No obstante, se ha de tener en cuenta que esta masificación carcelaria no se ha debido a un aumento de los niveles de delincuencia, que se mantienen prácticamente estables en los últimos años. Tal incremento de internos es fruto, precisamente, de un constante endurecimiento de la política criminal, de la exasperación penal, de la mayor dificultad del acceso a beneficios penitenciarios, del aumento de presos preventivos debido, en parte, a la precaria situación de los detenidos extranjeros. En Alemania, esta idea es destacada por Rüter (2002: 67-72).

⁴ Como es sabido, el perdón tiene eficacia solo excepcionalmente para extinguir la responsabilidad penal y respecto de bienes jurídicos disponibles, como el honor o la intimidad. Por otro lado, la regla general es la persecución penal de oficio, con independencia de la voluntad de la víctima de iniciar o no un proceso penal, siendo escasos los ámbitos delictivos perseguibles solo a instancia de parte, al exigir la interposición de la correspondiente denuncia o querrela por parte del ofendido (honor, delitos sexuales, daños imprudentes, las falta, etc.).

⁵ Burgstaller (2010: 85) indica que las manifestaciones de reparación “no constituyen una alternativa al Derecho penal, sino una alternativa dentro del propio Derecho penal”.

⁶ García-Pablos De Molina (1999: 141-143, 148 y 152) incluye la “reparación” en el que denomina “modelo integrador” “que arbitra mecanismos eficaces de solución real de éstos de modo no institucional, informal y al margen de las instancias de control social formal”, reconociendo que posee “una poderosa vis atractiva” que califica además de “nueva savia rejuvenecedora del sistema”, entre cuyos méritos “persigue metas y objetivos más exigentes, se sirve de cauces flexibles ... y paga costes sociales también menores”, con unas reflexiones críticas sobre algunas indefiniciones. No obstante, reconoce este autor que calificar de “modelo” o “paradigma” estas nuevas tendencias quizás sea un exceso dialéctico, porque los innumerables y poco homogéneos procedimientos de conciliación, mediación y reparación –por sus muy plurales orígenes, ambigüedad de metas y contradictoria instrumentación técnica- no ofrecen hoy por hoy una imagen unitaria y coherente, sino confusa, fragmentaria. Es más, exhiben un significativo déficit en sus marcos teóricos, aún inconclusos, y relevantes indefiniciones, lagunas y antinomias en aspectos político criminales, criminológicos, orgánicos, procesales, etc., que cualquier sistema convencional de respuesta al delito debe superar”. Sobre esta idea gira también la aportación de Sarhan (2008:280-287), apuntando la importancia de la mediación como método no jurídico de solución de conflictos que satisface las necesidades de paz jurídica.

⁷ En parecidos términos, Manzanares Samaniego (2007: 120) “... no podemos pasar del Derecho penal como Carta Magna del delincuente al Derecho penal como Carta Magna de la víctima, ni la política-criminal o la legislación han de escorarse conforme a los deseos de un determinado colectivo, puesto que su posicionamiento ante el problema será necesariamente parcial”. En el mismo sentido, González Cano, (2009: 35), citando además los *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, que la Comisión on Crime Prevention and Criminal Justice de Naciones Unidas aprobó en 2002.

⁸ De forma destacada, en el §167 CP austríaco que suprime la pena en casos de arrepentimiento activo del infractor en delitos no violentos contra el patrimonio. Así mismo, los §46 y 56 StGB alemán otorgan importantes efectos penales a la conciliación autor-víctima y la reparación del daño o los serios esfuerzos realizados por reparar los perjuicios causados. (Cfr. Maiwald, 2010: 55 ss.)

⁹ Sobre esta cuestión, en torno a la reparación como nueva forma de reacción penal, vid. Dölling (1992: 493). Una interesante y reciente exposición en Barona Villar (2009: 235-287), indicando que, anualmente, se llevan a mediación de 20.000 a 30.000 asuntos en aquel país (También, Pérez Sanzberro, 1999).

¹⁰ Una posición crítica frente a la reparación como “tercera vía”, en (Galaín Palermo, 2010: 168 ss.), dado que, a su juicio, encuentra dificultades argumentativas dogmáticas y político-criminales, puesto que todavía la culpabilidad por el hecho sigue siendo el fundamento de la pena y la peligrosidad post acto del delincuente, el fundamento de las medidas de seguridad.

¹¹ *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, traducción al castellano por B. de la Gándara Vallejo “*Proyecto Alternativo sobre reparación penal*”, Buenos Aires 1988. A pesar de no haberse convertido en Ley, es indudable su importancia como foro de debate político-jurídico. Un comentario al mismo, en Schöch (1992: 73-82).

¹² Por ejemplo, se han aprobado leyes de mediación penal en Argentina (nº13433, de 21 de diciembre de 2005); en Portugal (nº21/2007, de 12 de junio); en 1993 se introduce en Francia la mediación penal en una reforma del proceso penal, en conexión con el principio de oportunidad. En Noruega, se aprueba por Decreto de 13 de agosto de 1992 (país en el que se remiten anualmente al Servicio de Mediación entre 6.000 y 7.000 casos); en Finlandia, entró en vigor la Ley de Mediación en materia penal y determinados asuntos civiles; en Suecia, la Ley de mediación en asuntos penales fue aprobada el 1 de julio de 2002. Cfr. Sobre estos países, Ervo (2009: 125-179). En Estados Unidos existe una “Ley modelo” denominada *Uniform Mediation Act de 2001*, con la pretensión de unificar este sistema en todos los Estados de la Unión.

¹³ Diario Oficial nº L082, de 22/03/2001, p. 0001-0004.

¹⁴ COM (2011) 275 final; 2011/0129 (COD). En su art. 28 (Sustitución) expresamente establece: “queda sustituida la Decisión Marco 2001/220/JAI” por la presente Propuesta de 2011.

¹⁵ DO L 115 de 4.5.2010, pág. 1; COM (2010) 171.

¹⁶ Notas inéditas proporcionadas por esta autora.

¹⁷ Una reciente imagen internacional en la monografía colectiva dirigida por la Profa. Barona Villar, 2009; con anterioridad sobre los aspectos históricos, sus implicaciones entre el sistema de sanciones y la reparación, así como su operatividad y efectos en el ámbito procesal, penal y de ejecución, en la monografía colectiva *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, 1996, vol. I; y *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, 1992.

¹⁸ Para una crítica sobre el tradicional olvido de la posición e intereses de la víctima en el proceso penal, vid. Hirsch (1989: 703) ss.; también, en el mismo sentido, Frehsee (1987: 193 ss). Entre nosotros, vid. Tamarit Sumalla (1998).

¹⁹ En relación con Gran Bretaña, vid. Jung (1992: 93-110); en la misma obra, respecto a Estados Unidos, Weigend (1992, 111-128). Más recientemente, Montesinos García (2009: 85-123). En España, las primeras experiencias comienzan en 1998 en Cataluña, creándose en 2003 una Subdirección General de Medio Abierto y Medidas Penales Alternativas en la que se potencian programas de mediación, protocolos específicos de colaboración entre los equipos profesionales especializados, Centros penitenciarios y órganos judiciales. Una síntesis de distintos programas y proyectos puestos en marcha en el ámbito autonómico, en Fernández Nieto y Solé Ramón (2010: 119-135). Vid. también A. Guimerá (2005).

²⁰ Entre otras, las ayudas estatales previstas para víctimas de delitos de violencia de género, de terrorismo, asistencia a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; también, en el ámbito del seguro obligatorio de vehículos de motor, así como en el de protección de testigos y peritos en causas criminales.

²¹ Apunta Frehsee (1987: 45 Y 83) que aunque “reparación” del daño y “pena” se distancian claramente en el plano ontológico y axiológico, la Wiedergutmachung encierra un “claro elemento penal” (*deutliche pönale Elemente*).

²² De hecho, el &2 del citado “Proyecto Alternativo de Reparación” contempla una tipología verdaderamente diversificada de las prestaciones de reparación: indemnizaciones, pagos en dinero a instituciones de utilidad pública, regalos al lesionado o prestaciones inmateriales, como disculpas o conversación de conciliación, prestaciones laborales, etc.

²³ Grupo de Política Criminal, 2005: Regla nº20: “La reparación como sanción penal consiste en la realización de prestaciones determinadas, a favor de la víctima o de sus familiares, o a favor de la comunidad. Podrá imponerse en sustitución de penas menos graves o de penas leves, con el requisito de la previa aceptación voluntaria por el condenado del plan de ejecución aprobado por el Juez. Las prestaciones pueden ser de carácter económico o de dedicación personal mediante servicios o actividades que impliquen en todo caso un esfuerzo personal constatable”.

²⁴ Esta tesis ha sido desarrollada también por Teresa María Del Val en su ponencia “¿Prevención del delito a través de la mediación en materia penal?, en *II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Origen y beneficios reales y potenciales*, celebrado en la Universidad de Burgos del 21 al 23 de marzo de 2012, bajo la dirección de Miguel Ángel Iglesias Río y Virginia Domingo de la Fuente.

²⁵ Sessar (1983: 145-161), apuesta incluso por concebir la reparación como “pena”. Algunas consideraciones sobre ello, en Alastuey Dobón, (2000: 11 ss). Wright concluía una ponencia pronunciada en la Universidad de Burgos “la práctica restaurativa como parte de una transformación social”, en “Derecho, Justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia”, ponencia inédita en el *I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, Burgos 4 y 5 de marzo de 2010, dirigido por Miguel Ángel Iglesias Río y Virginia de la Fuente Domingo. En torno a esta misma idea, la ponencia en el mismo Congreso de Brian Steels “Justicia Restaurativa en un mundo injusto: transformación o más de lo mismo”.

²⁶ Los resultados de las investigaciones empíricas ha demostrado esperanzadores resultados tanto en el Derecho penal de adultos como, sobre todo, en el Derecho penal juvenil. En el ámbito de la delincuencia de menores la mediación y reparación han profundizado en línea pedagógica-educacional con los planteamientos desarrollados en la psicología profunda y conforme a la teoría de la socialización, con el fin de evitar o retrasar lo más posible el contacto del menor con las respuestas represivas del Derecho penal. Con cierto detenimiento, Alastuey Dobón (2000: 376-415). Vid también las interesantes consideraciones del trabajo de Alcácer Guirao (2001: 99 ss.).

²⁷ Consideraciones de esta naturaleza desarrolla también la monografía de Galaín Palermo (2010: 158 ss.), indicando en sus conclusiones que “para que en esta difícil tarea no se produzcan antinomias o paradojas difíciles de resolver, la reparación debería relacionarse con los fines de la pena y no exclusivamente con la satisfacción del daño causado o con opciones alternativas a la justicia penal” (siguiendo a Silva Sánchez 1997).

²⁸ Coincidiendo básicamente, Roxin (1987: 50-51), aunque este autor piensa que la satisfacción de la víctima no puede jugar un papel tan central, no puede ser el “fin” preventivo de la pena, sino solo una “consecuencia adicional” que beneficia la posición jurídica de la víctima.

²⁹ En el resultado, también en la misma obra, Burgstaller (2010: 85), aunque reconoce que la “alta indeterminación de ambos conceptos de prevención (especial y general) es posible que en el momento de aplicación de estas regulaciones (reparación y conciliación) se produzcan tensiones entre los fines del Derecho penal y la concreta técnica legal”.

³⁰ En efecto, indica Maiwald (2010: 61), respecto del &46 StGB que si “la única consecuencia jurídica del procedimiento penal consiste en que el infractor debe devolver la cosa hurtada, o restituir la suma conseguida a través de una estafa, podría ser que un potencial infractor llegara a pensar en que muy bien podría intentarlo una vez. Lo peor que le puede pasar es que pierda la ventaja conseguida con el delito”.

³¹ También, Garro Carrera y Asúa Batarrita (2008: 196); por eso, estas autoras critican una aproximación político-criminal utilitarista pro víctima ... y que se interpreten “como un formalismo que elude la interpretación teleológica de los preceptos, al cobijo de una filosofía de “automatismo pro reo”.

³² Sin embargo, en los últimos años, la evolución de la justicia restauradora no solo es reconducible exclusivamente a la interacción víctima-agresor, pues se están potenciando, sobre todo en el ámbito anglosajón, las “family conferences”, “círculos de sentencias” (sentencing circles), paneles, etc., que dan entrada a la participación de la comunidad en la solución del conflicto, que operan como grupos de apoyo constructivo para las partes.

³³ Las hipótesis pueden ser muy amplias y diversificadas. Los delitos contra la seguridad del tráfico de vehículos a motor; delitos contra la salud pública sin resultado lesivo (tráfico ilegal de drogas, fraudes alimentarios nocivos); contra el medio ambiente y ordenación del territorio sin víctimas directas; contra determinados intereses de los consumidores y del mercado (publicidad engañosa, detraer del mercado materias primas o productos de primera necesidad, difundir noticias falsas o aprovecharse de información privilegiada intentando alterar el nivel de precios de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, etc); delitos de simple actividad contra la Administración Pública o de Justicia (prolongación indebida de funciones públicas), delitos de falsedad en documento público, falso testimonio, etc.

³⁴ Del Moral García (2009: 392) considera que en los delitos de peligro abstracto, contra la Administración Pública, los cometidos por funcionarios, atentados, contra la Hacienda Pública, un proceso de mediación “no aporta nada”, intervención en la monografía.

³⁵ Per Andersen, responsable del Servicio de Mediación de Noruega, de acuerdo con su amplia trayectoria profesional, considera que “la experiencia y los estudios demuestran que los casos de violencia y conflictos violentos son los asuntos más adecuados para la mediación y otros procesos restaurativos. En casos de menor importancia, con personas jóvenes, los estudios han encontrado un efecto menor de la justicia restaurativa. Sin embargo, es crucial que otras alternativas sean utilizadas para mantener a los jóvenes alejados de la delincuencia –pero también alejados del estigma del sistema de justicia social”, ponencia inédita, “Mediación penal en Noruega”, *I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, Burgos 4 y 5 de marzo de 2010. También Garro Carrera (2005: 57) aconseja no limitar demasiado el grupo de delitos susceptibles de mediación, incluso aunque haya concurrido violencia o intimidación; de la misma opinión, el trabajo de Beltrán Montoliu (2009: 70 ss.), donde indica que en Estados Unidos se está ampliando progresivamente la mediación incluso a delitos graves (*felonys*), entre otros, sexuales y contra la vida, con el fin de devolver a las víctimas “la seguridad que habían perdido y el control sobre sus vidas”; si bien reconoce esta autora que el procedimiento de mediación debe ser diferente en estos casos.

³⁶ González Cano (2009), propone someter a mediación delitos, en los que no habiendo concurrido ni violencia ni intimidación, sean castigados con pena de multa o con pena no privativa de libertad que no exceda de diez años o los castigados con pena privativa de libertad no superior a tres años o a cinco años si, en este último caso, el imputado hubiera delinquirido debido a su dependencia a las toxicomanías o al alcohol.

³⁷ La Ley penal del menor limita la conciliación a delitos menos graves y leves (los que no llevan aparejada una pena superior a 5 años de privación de libertad) y siempre que no haya concurrido ni violencia ni intimidación.

³⁸ Art. 44-5: “En todos estos casos está vedada la mediación”.

También en Chile la Ley n°20.066, de 7 de octubre de 2005, sobre violencia intrafamiliar, prohíbe en su art. 19 los procesos de mediación en este ámbito, cfr. Díaz Gude (2009: 401-402)

³⁹ A favor de la mediación en casos de este tipo, vid por todos Esquinas Valverde (2008: 26-27 y 88) condicionada a que no persista esa relación de poder y siempre que no se incluyan los casos más graves de violencia de género. También Fernández Nieto y Solé Ramón (2010: 48 ss.); Larrauri Pijoán (2010: 125 ss).

⁴⁰ En este sentido, una de las conclusiones del Curso de Formación del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en colaboración con la Fiscalía General del Estado (FGE), celebrado en Barcelona del 6 al 8 de noviembre de 2006, sintetizaba lo siguiente: “Se considera especialmente indicada la mediación para afrontar conflictos surgidos en el contexto de relaciones conyugales o uniones de hecho –siempre y cuando se garantice la igualdad de las partes-, relaciones familiares, vecinales y derivadas de otro tipo de convivencia, como las que tienen lugar en las relaciones laborales, porque en dichas controversias intervienen personas que se conocen y existe un tejido humano y social que hay que intentar reconstruir o resulta necesario para prevenir la repetición del conflicto, que los implicados pacten soluciones satisfactorias”, cit. en Manzanares Samaniego (2007: 132). En Estados Unidos, Beltrán Montoliu (2009: 72-73), cita el programa de mediación llevado a cabo en el ámbito de la violencia doméstica: *Duluth Domestic Abuse Intervention Project (DAIP)*.

⁴¹ Hay sentencias controvertidas en este tema, como la STS 1156/2005 en el que existía voluntad de la víctima de dejar sin efecto la orden de alejamiento. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 25-11-08 insiste en que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP.

⁴² González Cano (2009:41) considera que no debe excluirse, de entrada, a los reincidentes, sino que habría que analizar la casuística de cada supuesto, aunque, con anterioridad delimita el ámbito de aplicación de la mediación a la existencia de un “autor determinado y susceptible de reinserción social”, que no haya cometido delitos violentos o con intimidación.

⁴³ Las instancias de mediación, normalmente, han elaborado formularios, como es el caso del Servicio de Mediación Penal del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, con el título “Consentimiento informado de participación en la mediación de la persona denunciada”, que el mediador entrega y explica. Se trata de un documento que, de forma clara, informa de las “normas que inspiran el proceso de mediación con la víctima” ...“voluntariedad, confidencialidad, respeto, cortesía y gratuidad”, ...“pudiendo abandonar el mismo cuando lo desee, sin ninguna consecuencia ni merma de sus derechos procesales”, ... “no se procederá a ningún tipo de grabación de las sesiones individuales o conjuntas sin el consentimiento previo de las personas participantes” y que todos los datos se utilizarán exclusivamente “para la imprescindible gestión y seguimiento” de los Servicios de Mediación Penal, sin que “en ningún caso serán cedidos a terceros”.

⁴⁴ Sobre el efecto de desagravio y pacificador de las disculpas para víctima, infractor y sociedad, vid. M. Martínez Escamilla (2008: 484-485); también Garro Carrera (2005: 280 ss.); Alcaer Guirao (2001:116). La STS 20-10-06 entiende que “La mera participación del recurrente en el programa voluntario de mediación penal, aún con resultado positivo, no implica efectiva reparación”. En cambio, otra línea jurisprudencial sostenida sí admite la “reparación simbólica” que se produce, por ejemplo, con el reconocimiento de los hechos y mostrando una voluntad de retornar a la ley (STS 16-3-06; 2-7-05) entre otras razones para evitar desigualdades según la situación económica del acusado. Hay que tratar de evitar, de facto, la prisión por deudas, para casos en los que el condenado, por ejemplo, no pueda salir en libertad porque no dispone de dinero para reparar.

La reparación simbólica o social constituyó precisamente en 1992 una de las propuestas más imaginativas del *Proyecto Alternativo de Reparación*; así lo considera Tamarit Sumalla (1994: 141). Lo que no puede aceptarse como reparación, piensa este autor, son prestaciones o actuaciones que supongan un estorbo para la víctima o aquellas que esta no esté dispuesta a soportar. Tampoco las prestaciones del infractor que no estuvieran en condiciones de ofrecer un acercamiento o en suficiente relación con el ofendido o con el hecho cometido. Así, no servirían, en su opinión, actuaciones de autorresocialización, autopenalización, como el tratamiento curativo de un alcohólico, la renuncia al permiso de conducir por parte del infractor de tráfico (pág. 145). La primera experiencia de reparación simbólica, relata Sanz Mulas (2000: 377), fue realizada en Alemania por el juez Holzschuck, al condenar a una sirvienta autora de un robo para satisfacer su glotonería, a emplear parte de su salario a comprar chocolate para los niños de un orfanato. También en Alemania se ha condenado a un grupo de jóvenes adolescentes culpables de incendios imprudentes, a repoblar un bosque.

⁴⁵ En cambio, los supuestos de fracaso o de imposibilidad de llegar a un resultado exitoso están relacionados con asuntos de especial complejidad, resentimientos entre las partes, deterioro de sus relaciones, negativa de cualquiera de ellos a dialogar, por indicación de los abogados, etc.

⁴⁶ Sobre la importancia de la figura del mediador y la necesidad de formar mediadores profesionales o crear servicios públicos de mediación, se manifestó Wright “Derecho, Justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia”, ponencia inédita en el *I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, Burgos 4 y 5 de marzo de 2010, dirigido por Miguel Ángel Iglesias Río y Virginia Domingo de la Fuente. Sobre la necesidad de potenciar la figura del mediador, vid también la monografía coordinada por Sáez Rodríguez (2008). En Estados Unidos se aprobó en 2005 un Código Deontológico para el ejercicio de la mediación –*Model Standards of Conduct for Mediators*-, cfr. Beltrán Montoliu (2009: 80).

⁴⁷ Sería deseable articular los mecanismos para formar mediadores en materia penal, abierto a titulados de distintas disciplinas científicas, más allá de los Graduados en Derecho. En Chile incluso se ha creado un Colegio profesional de mediadores penales. En Noruega, desde los años ochenta del pasado siglo existe un Servicio de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia e Interior, en el que trabajan unas 80 personas que son empleados públicos; cuentan con 22 oficinas de mediación para 435 municipios -Servicios Regionales de Mediación-, dependientes de aquel. Además, se contabilizan casi 700 mediadores voluntarios formados y orientados por el Servicio Nacional y su contratación se realiza por convocatoria pública, para cuya selección se tienen en cuenta, entre otros méritos, que posean el rasgo de “empatía, respeto, generosidad, paciencia, confianza, ser buenos oyentes, capaces de observar y percibir lo que está sucediendo. Abiertos a nuevas perspectivas y entendimientos y, siendo personas de confianza, con un compromiso hacia su comunidad”; de ellos, casi 500 tienen titulación universitaria, cfr. Andersen (2010).

⁴⁸ La experiencia obtenida en programas de mediación desarrollados en la Comunidad de Madrid entre 2005 y 2007 concluye que “proceso penal no solo no atiende a los intereses de las víctimas en todas sus manifestaciones, sino que ignora su posición emocional donde se encierran los auténticos intereses de las mismas”; el sentimiento que las víctimas manifiestan son muestras de indignación, hastío y cansancio, estar traumatizados, tener miedo y angustia, nerviosismo, inseguridad, tristeza, frustración, impotencia, desamparo, sentirse defraudados, indefensos, acosados, humillados, etc.

⁴⁹ En la ciudad de París se implementó un programa consistente en brindar un servicio de atención a las víctimas; las personas que acudían espontáneamente no distinguían, como lo hace un jurista, si se trataba de asuntos penales o civiles y, a pesar de considerarse víctimas de un hecho delictivo, no tenían la menor intención de perseguirlo penalmente ni mostraban actitudes agresivas ni ánimo de venganza. Buscaban reparación y encontrar la paz, a alguien que les escuche con simpatía y paciencia.

Según los informes recogidos en los ensayos llevados a cabo en la Comunidad de Madrid entre 2005 y 2007, las víctimas no siempre concentran su interés de reparación en el aspecto crematístico; obviamente, además de las lógicas pretensiones económicas en algunos supuestos (“que le paguen las deudas”, “recuperar las joyas”), muchas veces, sin embargo, “buscan objetivos que, difícilmente, la mayoría, pueden ser alcanzados por el proceso penal convencional: conseguir una convivencia pacífica y que no haya más denuncias en el futuro, arreglar la situación, recuperar su tranquilidad y autoestima, respeto, ver a sus hijos, que su expareja le trate con educación cuando acude a recoger o entregar a los hijos, conocer al acusado y saber si pertenece a una banda organizada, ver rehabilitado su honor, que le pidieran disculpas”, etc.

⁵⁰ Diversos estudios empíricos anglosajones concluyen que las demandas de las víctimas son realistas y no moralistas y que, en su mayoría, tienen una predisposición punitiva inferior a la de la población en general; en este sentido, los deseos de las concretas víctimas son más prudentes de lo que cabía imaginar en cuanto a las penas a imponer al infractor, cfr. Rodríguez Delgado (1999: 209 y 219). También, Gordillo Santana (2007: 154). A similares conclusiones llega un estudio recientemente realizado a un grupo de víctimas en la ciudad austríaca de Linz por Sautner (2010: 145-156).

⁵¹ Así se manifiestan, con distinto alcance y matices, los numerosos colaboradores de la obra colectiva coordinada por Sáez Rodríguez (2008: *passim*).

-RESEÑA-

JUECES SIN ESTADO O SOBRE LAS JUSTICIAS EN VILO

Por: Juan Camilo Portela García¹

García Villegas, Mauricio et al (2008) *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund, Bogotá.

¿Qué puede uno decir acerca de la justicia en Colombia después de leer *Jueces sin Estado*? ¿Qué sensación queda en el pecho? ¿Qué sabor en la boca? Dramática conmoción y cómico desconcierto despierta la lectura de un texto que dice mucho sobre la realidad normativa en Colombia. García Villegas y su equipo de investigación son contundentes al mostrar y demostrar que el *imperio de la ley* no es precisamente la descripción más adecuada para el caso colombiano. Con base en análisis cuantitativos sobre la presencia de la justicia en zonas de conflicto armado demuestran que allí los jueces no pasan de ser figuras nominales a la deriva de la configuración local del poder. También, a través de ilustrativas narraciones de los propios jueces muestran qué efectos concretos sobre la vida cotidiana tienen estas situaciones.

La teoría política clásica habla del *principio de territorialidad* según el cual el Estado ejerce el poder exclusivo en su territorio. Sin embargo, en la práctica este principio no es exacto puesto que hay lugares donde el Estado aparece nominalmente mas no ejerce un poder real. La cuestión es que, en palabras de García, “el buen funcionamiento de las instituciones [...] también depende de que las instituciones locales [...] no sean capturadas por poderes ilegales o mafiosos” (p. 14). De allí que el principio de territorialidad incluya necesariamente una relación de interdependencia entre lo local y lo nacional, de tal suerte que las fracturas en lo local pueden afectar a la larga la estructura nacional del Estado. Más allá de esta interdependencia, las solas fisuras del poder estatal en lo local ponen en evidencia la relatividad de un principio de territorialidad que no es absoluto.

En este marco es posible comprender cuál es la situación de la justicia en Colombia. Desde una visión integral y sociojurídica de aquella, se afirma que si bien el poder judicial depende de factores internos como la coherencia interna de las leyes –lo normativo- y el buen funcionamiento administrativo de la justicia –lo gerencial-, también tiene que ver con el entorno social y político en el cual está inmerso. Así, para un buen funcionamiento de la justicia debe haber un Estado fuerte, tanto en el sentido institucional (infraestructural) como en el de monopolio de la violencia (despótico), y unos mínimos de equidad social y ciudadanía.

¹ Antropólogo Universidad de Antioquia UdeA, estudiante de la Maestría en Ciencia Política de la UDEA. Email: camporia23@gmail.com

Lo que sucede en Colombia es que el Estado no ha logrado consolidarse, esto es, obtener un poder no disputado. Por el contrario, la presencia de grupos guerrilleros, paramilitares, y el narcotráfico, han incidido en la particular configuración de la fragmentación estatal. Se libran tres guerras simultáneas: Estado versus subversión, Estado versus narcotráfico, paramilitarismo versus subversión; lo cual implica que un actor aliado en una, es un actor a enfrentar en otra. Así, el conflicto no ha conducido a un mayor monopolio estatal de la violencia debido a la inestabilidad de las alianzas entre los actores enfrentados; es decir, la violencia en lugar de concentrarse se reproduce. Lo que resulta es una pérdida de autonomía del ejército y, con ello, de la fuerza estatal.

Por otra parte, hay un desequilibrio de los órganos de poder que, catalizado por el contexto violento, deviene en una participación excesiva de la fuerza pública. Los estados de excepción son constantemente utilizados como resultado e instrumento de la guerra. La excepcionalidad casi permanente hace difusa la frontera entre lo legal y lo ilegal, y no permite la configuración de una oposición política fuerte e institucionalizada; como resultado la violencia se agudiza y, en consecuencia, se vuelve a justificar el Estado de excepción. Se dibuja un círculo vicioso en el cual excepcionalidad y violencia se retroalimentan indefinidamente.

La precaria institucionalidad y el conflicto armado dejan claro el lugar de los jueces en zonas violentas: la justicia es meramente formal. La recuperación estatal de estas zonas, es decir, la búsqueda del principio de territorialidad, no pasa solamente por un plan militar sino también institucional; y en este sentido, el judicial es un nítido ejemplo. García afirma claramente que: “Más que un postulado ético, ésta es una afirmación fáctica: es más fácil conseguir un fortalecimiento durable de la capacidad institucional cuando se hace con la participación del derecho –la justicia- y de la ciudadanía” (p. 45). En este sentido hay ciertos retos actuales que la justicia debe superar. Por una parte hay una *necesidad de legitimación* que disminuya el protagonismo político e institucional de los jueces; y por la otra hace falta un *incremento en la eficacia* como remedio para la deficiencia funcional de la justicia.

Para ilustrar estos desarrollos, García, Castillos y Rubiano exponen los casos de Putumayo, Urabá y el sur de Bolívar. En Putumayo la relación con el Estado no está escrita en términos de democratización e institucionalización, sino en clave de institucionalidad bélica y presencia punitiva: la erradicación de cultivos ilícitos y la lucha antisubversiva es el lo que el Estado quiere allí, en donde la producción económica pasa por el cultivo de coca, y el orden social está en manos de las FARC y los paramilitares. Por su parte, la relación con el Urabá ha sido ambigua, por una parte desdeñado como territorio hostil, salvaje, hogar de indígenas, negros, contrabandistas y exiliados; por la otra, anhelado como fuente de riquezas, punta de lanza del desarrollo, territorio estratégico, espacio biodiverso, y otros adjetivos atractivamente peligrosos. De ahí que la presencia Estatal se haya limitado a asegurar el orden que garantice la feliz explotación económica. El sur de Bolívar, finalmente, ha sido un lugar de colonización que, con el paso del tiempo y la presencia de grupos armados, ha configurado también su propio orden, alternativo al del Estado. En estos tres casos los jueces son funcionarios sin legitimidad ni poder, hacen parte de un Estado que no está presente, por lo menos no en la forma en que necesitan.

Los relatos de jueces que han trabajado allí son muestras dramáticas de lo que significa ser juez en estas zonas. Presos de la ilusión de *aplicar la ley* como es debido, absortos en las lecturas kelsenianas del derecho, ávidos de hacer parte de un Estado omnipresente cual caballeros armados con leyes, códigos y normas, con *esas ganas de ser juez*, se enfrentan a la cruda y cruel realidad: son apenas figurillas sin mayor poder que el que medianamente pueden negociar. Se sientan todo el día en sus despachos sin recibir denuncia alguna, mandan informes al Consejo Superior de la Judicatura en donde no aparecen más que ceros, mes a mes evitan hacer levantamientos por 'razones de orden público', para ser medianamente reconocidos asisten a cuanta reunión comunitaria hay, dan charlas, clases, ayudan con mercados, donan parte de su sueldo, visitan billares, cafés, cantinas. Y el despacho permanece vacío. Para pasar de ser apenas figuras formales a tener algún tipo de control deben regatearle a las verdaderas autoridades: los grupos que, en determinado momento, ostenten la soberanía local:

“De todos modos nosotros los jueces estamos incumpliendo la ley, cuando dice que toda persona está en la obligación de denunciar cuando tenga conocimiento de un hecho punible; y si es un servidor público debe abrir investigación. Algunos que conocen este artículo e interpretan la ley de manera estricta, sin tener en cuenta las circunstancias, creen que nosotros no sólo estamos incumpliendo, sino también siendo cómplices de esos grupos al margen de la ley. Pero eso no es cierto; hay que ver en la situación en la que nos encontramos nosotros para entender por qué no aplicamos la ley, tal como está escrita” (p. 154).

Tales relatos son confirmados por, o confirman más bien, la investigación cuantitativa hecha por Castillo, García, Granada y Villamil, para quienes la violencia debilita la justicia, y ésta, a su vez, contribuye a la agudización de la violencia. Se confirma su hipótesis de que “a mayor cantidad de eventos de conflicto, menor justicia procesada” (p. 178) o, lo que es lo mismo, que los municipios con actores armados tienen menos entradas (denuncias) y salidas (sentencias) que los otros, sobre todo en términos penales. En las zonas de conflicto hay pues, dos tipos de justicia: una formal, que actúa prudentemente (juez maniatado), y una que recibe órdenes de los poderes fácticos locales (juez mandatario).

García concluye, después de avanzar por este panorama, que se requieren diseños institucionales adaptados a las condiciones reales en las cuales se espera que operen. Para ello debe comprenderse que la caracterización del Estado no es simplemente la descripción de su estructura interna sino también la comprensión de su relación con la sociedad. Finalmente, estos diseños deben partir del fortalecimiento institucional, democrático y de la ciudadanía.

REGLAS PARA AUTORES¹

La Revista *HOLÍSTICA JURÍDICA*, es una publicación semestral que es publicada en los meses de Junio y Diciembre por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. La Revista está destinada a la divulgación del conocimiento jurídico y las publicaciones atienden a promover el debate sobre los campos del derecho en un sentido amplio, incluidos enfoques transdisciplinarios como sociología jurídica y filosofía del derecho, entre otros. La Revista está dirigida a los profesionales del derecho, pero se intenta desarrollar una producción con un enfoque desde la inter y trans-disciplinariedad donde se produzcan resultados de investigación en relación con el campo jurídico. Desde esta edición la convocatoria será abierta. Es decir, se recibirán contribuciones hasta el 15 de mayo para la edición del primer semestre de la Revista y hasta el 15 de octubre para la edición del segundo semestre de cada año.

1. La Revista Holística recibirá los siguientes tipos de escritos para ser publicados:

- a. Artículos, que no podrán exceder de 25 páginas. Eventualmente el Comité Editorial valorará la publicación de artículos de mayor extensión.

"Artículo de investigación científica y tecnológica: Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos de investigación. La estructura generalmente utilizada tiene cuatro partes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

Artículo de reflexión: Documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

Artículo de revisión: Documento resultado de una investigación donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos cincuenta (50) referencias" Clasificación tomada del documento "Orientaciones generales de la actualización del índice de publicaciones seriadas científicas y tecnológicas colombianas", Colciencias, 2002.

- b. El Comité Editorial podrá aceptar otro tipo de artículos como artículo corto, reporte de caso, ponencias, resúmenes de contribuciones, traducción, reseñas bibliográficas y entrevistas, los cuales no deberán superar las 15 páginas (ver la Clasificación de Colciencias <http://201.234.78.173:8084/publindex/docs/informacionCompleta.pdf> Pág. 8).

2. Recepción de escritos

- a. Los artículos remitidos deben ser inéditos y no haber sido enviados a ninguna otra publicación.
- b. Deben entregarse en formato electrónico y ser enviados por correo electrónico a la dirección de la revista: holistica.juridica@usbmed.edu.co en formato Word (Versión 97 y ss.) y con todo el material necesario para su evaluación y publicación.
- c. El texto debe venir acompañado de un resumen de la hoja de vida de quien o quienes lo escribieron (no más de 3 pág.).
- d. El escrito debe contener un resumen en español e inglés que no supere las 150 palabras.
- e. Se recomienda que en el cuerpo del escrito se indiquen los fines del estudio o la investigación, los procedimientos básicos utilizados, los resultados más destacados y las

¹Vigentes a partir de la presente edición

conclusiones principales del artículo. Si el escrito sometido a consideración es de aquellos de la Categoría 1.a *supra* se deberá indicar en un pie de página el proyecto de investigación a la cual pertenece e indicar la entidad financiadora.

- f. Se deben presentar e identificar entre 3 y 6 palabras clave en español y en inglés.
- g. El texto debe tener márgenes de 3 centímetros a cada lado.

3. Evaluación de Escritos

- a. Por tratarse de una publicación con arbitraje, el Comité Editorial designará evaluadores o pares académicos para determinar la publicación del artículo y decidirá lo pertinente. Con fundamento en el concepto de los evaluadores y en criterios de rigor científico, sobre su publicación se informará oportunamente al autor si dicho artículo fuere aceptado. El Comité tiene la facultad para: aceptar el artículo, solicitar modificaciones o rechazarlo para su publicación.
- b. El Comité Editorial otorgará prelación a la publicación de artículos que se caractericen por consistir en resultados de investigación con un fuerte referente teórico; ser producto de reflexiones teóricas; o constituir revisiones críticas sobre el estado de la cuestión objeto de estudio.
- c. Los autores que envíen los artículos a la revista HOLÍSTICA JURIDICA, se acogen a las indicaciones de publicación, y normatividad que en derechos de autor rigen en el país. Los autores deberán anexar el formato de autorización, firmarla y hacerla llegar por medio electrónico en formato PDF.

4. Formas de Escritura

- a. Divisiones
 - 1. TÍTULO
 - 1.1 Primer Subtítulo
 - a. *Primer apartado del subtítulo*

- b. Notas a pie de página y citas

Las notas deben ir siempre a pie de página, solo servirán para comentar, complementar o profundizar información importante en relación al texto. No deben ser notas bibliográficas, a no ser que se trate de citas de periódicos, revistas o sentencias judiciales (como por ejemplo de la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc).

Ejemplo:

¹Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C - 358 de 1997. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Las citas textuales de más de cuatro líneas o que deban destacarse se escribirán en párrafo a parte, sangría a la izquierda. Las demás se incluirán dentro del texto e irán entre comillas latinas.

c. Bibliografía y referencias bibliográficas

Las citas bibliográficas se harán dentro del texto e incluirán el apellido del autor o la autora, el año y el número de la(s) página(s), así:

(Provost, 2002:155-175).

Más de dos obras del(a) mismo(a) autor(a), del mismo año: (Santos, 1998a, 1998b).

Más de dos autores: Sólo podrá ser usada la abreviatura *et al* para referir a más de dos autores. (García et al, 2011: 310)

Las referencias bibliográficas deberán incluirse al final de todos los trabajos, y presentarse en estricto orden alfabético con nombre y apellidos completos. La utilización de mayúsculas sostenidas está reservada únicamente para siglas.

d. Artículos electrónicos

Apellido del autor, Nombre del autor. Fecha del documento o de su última actualización (si es diferente de la fecha de acceso). «Título del documento» Título del trabajo completo (si es aplicable). Versión o nombre de archivo (si es aplicable). Protocolo y dirección, ruta de acceso o directorio (fecha de acceso).

Ejemplo:

Mayers, David G., Neuberger, John S. & He, Jianghua. (2009, September 29). Cardiovascular Effect of Bans on Smoking in Public Places. *Journal of American College of Cardiology*. Vol. 54, No. 14, 1249 a 1255. Disponible en http://www.coppt.pt/attachments/079_200910_jacc.pdf (Última visita Marzo 20 de 2012).

e. Tablas y Figuras

Estas deberán estar tituladas de modo directo o entre paréntesis. Debe presentarse independientemente en el texto y estar numerado consecutivamente (figura 1, mapa 1, cuadro 1, tabla 1). Deberá incluir la referencia a la fuente y el título. El material deberá presentarse en formato TIF a una resolución mínima de 300ppi y no en Word. En caso de ser necesaria alguna autorización para la publicación del material, el(a) autor(a) deberá indicarlo y anexar dicha autorización.

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

Mayores Informes

holística.juridica@usbmed.edu.co

santiago.medina@usbmed.edu.co

Editor Revista Holística Jurídica

Tel: +57(4) 5145600 ext. 4411

Universidad de San Buenaventura seccional Medellín

Bello (Campus Universitario) Calle 45 61 - 40

Medellín (San Benito) Cr 56c 51 - 90

www.usbmed.edu.co

RULES FOR AUTHORS

The *Holística Jurídica* Review is a publication that is published in the months of June and December by the Faculty of Law of the University of San Buenaventura Medellín. The Review is aimed at the dissemination of legal knowledge and publications catering to promote debate on the fields of law in a broad sense, including Transdisciplinary Approach as legal sociology and philosophy of law, among others. The magazine is aimed at legal professionals, but we try to develop a production with a focus from inter and trans-disciplinary occur where research results relating to the legal field. From this year the call will be opened. That is, contributions will be received until May 15 to issue the first half of the magazine and until 15 October for the second half of each year.

1. *Holística Jurídica* Review will receive the following types of papers for publication:
 - a. Articles, which may not exceed 25 pages. Eventually the Editorial Committee will assess the publication of articles of greater length.

"Article of scientific and technological research: A document that presents, in detail, the original results of research projects. Generally used structure has four parts: introduction, methodology, results and conclusions.

Reflection paper: Document that presents research results from an analytical, interpretative or critical, on a specific topic, using original sources.

Article of revision: the result of a research paper which analyzes, systematized and integrated research findings published or unpublished, on a field of science or technology, in order to account for the progress and development trends. It is characterized by a careful review of the literature of at least fifty (50) references. This document Classification taken came from "Index update serials Colombian science and technology", Colciencias, 2002.

b. The Editorial Committee may accept other items as short article, case report, reports, summaries of contributions, translation, book reviews and interviews, which should not exceed 15 pages (see <http://201.234.78.173:8084/publindex/docs/informacionCompleta.pdf> p. 8).

2. Reception of papers

- a. The submitted articles should be original and not have been previously submitted to any other publication.

- b. Must be submitted in electronic format and sent by email to the address of the journal: holistica.juridica@usbmed.edu.co in Word and with all necessary materials for evaluation and publication.

- c. The text must be accompanied by an abstract of the CV of the author or persons who wrote the paper (no more than 3 pag.).

- d. The article must contain a summary in Spanish and English not exceeding 150 words.

- e. It is recommended that in the body of the letter include the purpose of the study or investigation, the methodology used, the most important results and the main conclusions of the article. If the paper is submitted to be considerate as of category 1 above the paper shall be indicated in a footnote the research project to which it belongs and indicate the institution that paid a subvention for that.

- f. The write should present and identify 3 to 6 key words in Spanish and English.

- g. The text should have margins of 3 cm on each side.

3. Writing Assessment

a. As publication based on a blind peer review proceedings, the Editorial Board or academic peer reviewers will determine the publication. Based on the concept of peer reviewers and scientific criteria about the publication, the author will be informed promptly if that article would be accepted. The Committee is authorized to: accept the article, request modifications or reject it for publication.

b. The Editorial Board will grant priority to the publication of articles that are characterized by the form of research results with a strong theoretical reference, be the product of theoretical reflections, or provide critical reviews on the status of the issue under study.

c. Authors submitting articles to the journal HOLISTIC LEGAL, are welcome indications of publication, and regulations that govern copyright in the country. Authors must attach the authorization form, sign it and make it available through mail in PDF format

4. Writing's Forms

a. Divisions

1. TITLE

1.1 First Subtitle

a. First paragraph Subtitle

b. Footnotes and citations page

The notes should be as footnotes and only serve to comment, compliment or deepen important information concerning the text. There should be book notes, unless quotations from newspapers, magazines or judgments (such as the Constitutional Court of Colombia, the Supreme Court of Justice, the Court of Human Rights, etc.).

Example:

Constitutional Court of the Republic of Colombia. Case C - 358, 1997. Magistrate Eduardo Cifuentes Muñoz.

Quotations of more than four lines or to be highlighted in a separate paragraph is partly left indent. The others will be included within the text and go in quotes Latino.

c. Bibliography and references

Citations are referenced within the text and include the author's name or the author, year and number (s) page (s) as well:

(Provost, 2002:155-175).

More than two works of same author, of the same year:

(Santos, 1998a, 1998b).

More than two authors: can only be used by et al to refer to more than two authors:

(Garcia et al, 2011: 310)

The references and bibliography should be included at the end of every job, and submitted in strict alphabetical order with full name. Using all caps is reserved only for acronyms.

d. Electronics resources

Author's surname, author's name. Document date or last update (if different from the date accessed). "Document Title" Title of complete work (if applicable). Version or file name (if applicable). Protocol and address, path or directory (access date).

Example:

Mayers, David G., Neuberger, John S. & He, Jianghua. (2009, September 29). Cardiovascular Effect of Bans on Smoking in Public Places. Journal of American College of Cardiology. Vol 54, No. 14, 1249 to 1255. Available http://www.coppt.pt/attachments/079_200910_jacc.pdf (last visited Mar. 20, 2012).

e. Tables and Figures

These shall be entitled to directly or brackets. Due independently in the text and be numbered consecutively (Figure 1, Map 1, Table 1, Table 1). Should include reference to the source and title. The material must be submitted in TIF format at a minimum resolution of 300ppi, not Word. Should service be required authorization for the publication of the material, (a) author (s) should indicate this and attach the authorization.

The responsibility about the opinions and content of the article will be entirely the author (s) (s).The Universidad of San Buenaventura Medellín and the Faculty of Law, will not share the responsibility or will have solidarity with the opinions expressed in the articles published.
For more information contact the Editor.

holistica.juridica@usbmed.edu.co
santiago.medina@usbmed.edu.co
Editor Revista Holística Jurídica
Tel: +57(4) 5145600 ext. 4411
Universidad de San Buenaventura seccional Medellín
Bello (Campus Universitario) Calle 45 61 - 40
Medellín (San Benito) Cr 56c 51 - 90
www.usbmed.edu.co

Colaboradores en el Arbitraje de Artículos en este Número

- Alexandra Sandoval
- Franklyn Fajardo Sandoval
- Nicolás Espinosa Menéndez
- Annelen Micus
- Judy Viviana Caldas
- Alfonso Insuasty
- Diana María Montealegre
- Geovana Vallejo
- Universidad de los Andes
- Universidad del Cauca
- Universidad de Arizona
- Bucerius Law School
- Universidad ICESI – Cali
- Universidad de San Buenaventura, Medellín
- Universidad Nacional de Colombia, Bogotá
- Universidad de San Buenaventura, Medellín

FORMULARIO DE SUSCRIPCIÓN (Subscription form)

1. Nombre: _____
(First name)

2. Apellido: _____
(Last name)

3. Nombre de la institución: _____
(Name of the institution)

4. Dirección: _____ Ciudad: _____ País: _____
(Address) (City) (Country)

Código del área: _____ Tel: _____ Fax: _____
(Zip code) (Telephone number) (Fax number)

Correo electrónico: _____
(E-mail address)

5. Costos de suscripción, dos números al año (incluye costo del correo): Subscription dues: two issues for year, includes postcosts.

América Latina	US\$50
Norteamérica, Europa y otros	US\$90
Colombia	\$ 60.000
Suscripción de apoyo	\$ 100.000
USB alumnos	\$ 40.000

6. Pagos (Payments), mayores informes:

comentarios y electrónicos: (For further information, please contact)
Facultad de Derecho
PBX 514 56 00 ext 4411. Sus opiniones, sugerencias puede enviarlas a los correos holistica.juridica@usbmed.edu.co, santiago.medina@usbmed.edu.co, ó al apartado aéreo 5222. Medellín, Colombia. Calle 45 No. 61-40, Salento, Bello.

Editorial Bonaventuriana

REVISTA HOLÍSTICA JURÍDICA

Universidad de San Buenaventura
Unidad de Publicaciones seccional Medellín
Campus Universitario, Calle 45 61-40 Bello, Antioquia
Tipografías: Bookman Old Style,
Materiales, Propal Beige 75 gramos, Propalcote 240
Colombia
2011

	Página
Editorial <i>Santiago Medina</i>	9
Aportes a la Justicia desde la Universidad: Estándares nacionales e internacionales en la prestación de los servicios legales gratuitos. <i>Viviana Bohorquez Monsalve</i> Artículo de Investigación	19
El principio de la división de trabajo en equipo en la actividad sanitaria: La división de trabajo horizontal y vertical <i>Geovana Andrea Vallejo Jiménez</i> Artículo de Investigación	37
Perspectivas de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la orientación sexual y la identidad de género: Un análisis del Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. <i>Ana Lucía Aguirre Garabito</i> Artículo de Investigación	51
Apuntes para una aproximación al Concepto de Desobediencia Civil en John Rawls y Henry D. Thoreau <i>Ana María Restrepo B.</i> Artículo de Reflexión	69
La apertura del Derecho a las Ciencias Sociales. Aproximación metodológica para abordar las características de la formación jurídica en Colombia. <i>Nicolás Espinosa M.</i> Artículo de Reflexión	89
Mediación penal y Justicia Restaurativa: reflexiones para la necesaria elaboración de una futura normativa integral. <i>Miguel Ángel Iglesias Río</i> Artículo de Reflexión	121
Reseña <i>Juan Camilo Portela García</i> García Villegas, Mauricio et al (2008) <i>Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado</i>. Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund, Bogotá.	155