

vis iuris



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

Universidad Sergio Arboleda

Seccional Santa Marta

Sede Centro

Escuela de Derecho

Calle 18 No. 14a-18

Teléfono: 434 6444 Ext. 122

www.usergioarboleda.edu.co

vis iuris

ISSN: 2389-8364

Publicación del Grupo de Investigación

Joaquín Aarón Manjarrés

Escuela de Derecho

Universidad Sergio Arboleda

Santa Marta

Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda

A esta revista se le aplicó

Patente de Invención No. 29069

Diseño e Impresión

CALIDAD GRÁFICA S. A.

www.calidadgrafica.com.co

Barranquilla, Colombia

vis iuris

**El derecho sin la fuerza es la impotencia.
La fuerza sin el derecho es la barbarie.**



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

RODRIGO NOGUERA CALDERÓN

RECTOR

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

ALFREDO MÉNDEZ ALZAMORA

RECTOR SECCIONAL

SANTA MARTA

CAMILO NOGUERA ABELLO

SECRETARIO GENERAL

SECCIONAL SANTA MARTA

GUSTAVO MANRIQUE GÓMEZ

DECANO ESCUELA DE DERECHO

SECCIONAL SANTA MARTA

EDIMER LATORRE IGLESIAS

DIRECTOR/EDITOR DE LA REVISTA

COMITÉ EDITORIAL

MISAEI TIRADO ACERO
ÁLVARO LASTRA
JORGE JIMÉNEZ LEUBE
JORGE LUIS RESTREPO PIMIENTA
CARLOS JULIO AGUDELO GÓMEZ
JOSÉ ARIEL PARRA
EDIMER LATORRE IGLESIAS

COMITÉ CIENTÍFICO

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
JAIME RODRÍGUEZ ARANA
GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES
NICOLÁS POLO
JORGE JIMÉNEZ LEUBE
MISAEI TIRADO ACERO

La revista ***VIS IURIS***, es una publicación semestral del Grupo de Investigación Joaquín Aarón Manjarrés de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, seccional Santa Marta. En ella, el lector encontrará la actualidad del Derecho en el ámbito global, la convergencia interdisciplinaria, desde la filosofía, axiología, sociología y las tendencias y perspectivas de lo jurídico y lo socio-jurídico en los escenarios contemporáneos. Es objetivo de la revista divulgar artículos, textos, capítulos resumidos de libros, avances de investigaciones científicas y de resultados finales de investigaciones jurídicas y socio-jurídicas. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la revista ni a la Institución Universitaria.

Contenido/content/conteúdo

Editorial/Editorial/Editorial	7
Una visión sociológica sobre la violencia doméstica: el combate contra la violencia de género	
<i>A sociological view on domestic violence: the fight against gender violence</i>	
<i>Uma visão sociológica sobre a violência doméstica: o combate à violência de gênero.....</i>	9
Fabiana Maria Simões Silva Vilar Alves	
La explotación sexual frente al Derecho Penal	
<i>Sexual exploitation against the Criminal Law</i>	
<i>A exploração sexual contra Direito Penal</i>	27
José Fernando González	
El fenómeno terrorista y su lógica de indefinición	
<i>The terrorist phenomenon and its logic of uncertainty</i>	
<i>O fenómeno terrorista e sua lógica de indefinição</i>	45
Juan Francisco Mendoza Perdomo	
¿Cuáles son los límites de participación del Estado en la lucha contra la explotación sexual y la trata de personas?	
<i>What are the limits of State participation in the fight against sexual exploitation and human trafficking?</i>	
<i>Quais são os limites da participação do Estado no combate da exploração sexual e o tráfico de pessoas</i>	59
Márcio Gheller	
Tráfico humano	
<i>Human trafficking</i>	
<i>Tráfico humano</i>	71
Nereide Jorge Pereira Espíndola	

Retos de los ordenamientos jurídicos nacionales hacia la implementación del Enfoque por Ecosistemas

Challenges of national legal systems towards the implementation of the Ecosystem Approach

Os desafios do sistema jurídico nacional até a implementação da aproximação do ecossistema

89

Yamilka Caraballo Díaz, César A. Ipenza Peralta

Prospectiva del derecho administrativo en la era de la glocalización: el fin de la soberanía y el auge del *soft law*

Prospective of the administrative law in the era of glocalization: the end of sovereignty and the rise of soft law

Perspectiva do direito administrativo na era da globalização:

O fim da soberania e o auge do soft law

115

Ever Luis Feria Tovar

Participación ciudadana y democracia experimentalista: El control social a la gestión pública a 23 años de la promulgación de la Constitución Política de Colombia

Experimentalist citizen participation and democracy: The social control of public administration and 23 years after the promulgation of the Constitution of Colombia

Participação dos cidadãos e a democracia experimentalista: O controle social à gestão pública a 23 anos da promulgação da Constituição Política da Colômbia

135

Eduin Tamayo Guisao

Comprensión jurídico-procesal de la seguridad social en salud

Legal and procedural understanding of the social security in health

Entendimento jurídico-processual da seguridade social na saúde

163

Jorge Luis Restrepo Pimienta, Evelia María Molina Imitola

Normas de Publicación/Posting standards/Regras de publicação.....

181

Editorial

Hay cuatro cosas que los seres humanos deberíamos realizar en este mundo: vivir, aprender, amar y dejar un legado. Son muy pocas personas las que pueden preciarse de lograr con sus acciones la materialización de estos principios básicos, en especial el deóntico que implica los legados que le dejamos a los otros. El editorial de este número dos de la revista *Vis Iuris* quiere rendir un homenaje a su creador: el doctor Juan Alberto Polo Figueroa, quien durante más de 15 años de servicio logró construir y edificar una educación para abogados centrada en valores propios de la filosofía humanística en la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta.

Juan Alberto Polo Figueroa es doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre de Bogotá; especialista en Administración Pública (Administración y Planificación del Desarrollo) de la Escuela Superior de Administración Pública de Bogotá; se desempeñó como magistrado del Consejo de Estado, siendo integrante de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en donde estuvo a cargo del conocimiento y decisión de controversias acerca de la constitucionalidad y legalidad de los actos jurídicos de la Administración Pública, en todos sus niveles. Así mismo, ha ejercido como magistrado del Tribunal Administrativo del Magdalena, encargado del conocimiento y decisión de litigios acerca de la legalidad de la actividad de la Administración Pública (actos, hechos, operaciones y contratos, etc.). Como jurista es miembro del Colegio de Abogados Penalistas de Cundinamarca; miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y miembro de la Asociación de exmagistrados de las Altas Cortes. Ha sido condecorado por los Servicios Distinguidos, de la Policía Nacional; ha recibido la medalla “José Ignacio de Márquez” al Mérito Judicial como Mejor Magistrado del país en 1994; la Orden “Cruz de Bastidas” del Concejo y Alcaldía Mayor de Santa Marta, en 1996; la Orden “Cruz Tayrona” de la Gobernación del Magdalena en 1997, la medalla “Carlos Holguín Mallarino” de la Policía Nacional y condecorado con la máxima distinción “Rodrigo Noguera Laborde” que otorga la Universidad Sergio Arboleda.

Es de anotar que el doctor Polo fue el que pensó esta revista, alimentó sus páginas con su gestión académica permanente, y ante todo, lideró el proceso para que se hiciera realidad, todo ello enmarcado en su característico tesón, liderazgo visionario y sobre todo su espíritu humanista. El retiro voluntario y por la “puerta grande” del doctor Polo deja una honda tristeza en la universidad y un espacio abierto en esta revista que siempre, pero siempre, será suya.

La revista *Vis Iuris* que usted tiene en sus manos amable lector, es el legado del doctor Polo a la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta. Gracias doctor, por cumplirle a la humanidad.

Este segundo número contiene más participación internacional, ya que nos acompañan en esta ocasión articulistas científicos de Brasil y Argentina; así mismo los temas abordados siguen inmersos en el análisis de tendencias globales con impacto local. Por ende, se asumen las controversias científicas sobre el tema de la violencia doméstica, el tráfico humano, la incidencia de lo global en las transformaciones del derecho, y en especial de la participación ciudadana. De igual forma se abordan temas ecológicos y de la salud. Esperamos que la revista esté a la altura de las dinámicas académicas heredadas de su creador.

Finalmente, una frase que caracterizó al doctor Juan Alberto Polo Figueroa, como máxima de vida, que ejemplifica su apostolado humanístico y desde hoy se convierte en un propósito constante de esta revista por materializar su contenido axiológico, en pos de la ciencia de lo jurídico con pertinencia y calidad: ***per aspera ad astra***.

Edimer Leonardo Latorre Iglesias

Director y editor de la Revista *Vis Iuris*

Uma visão sociológica sobre a violência doméstica: o combate à violência de gênero

*Una visión sociológica sobre la violencia doméstica:
el combate contra la violencia de género*

A sociological view on domestic violence: the fight against gender

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade apresentar uma breve explicação sobre a violência contra a mulher e sua subordinação ao homem, sob uma perspectiva sociológica (já que, essa discriminação e tratamento inferior dado à mulher nada mais é do que uma verdadeira construção histórico-cultural); bem como demonstrar como é realizado seu enfrentamento no Brasil, levando em consideração orientações de cunho mundial.

PALAVRAS-CHAVE

Violência doméstica, Violência contra a mulher, Empoderamento, Formas de discriminação.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo presentar una breve explicación sobre la violencia contra la mujer y su subordinación a los hombres, bajo una perspectiva sociológica (ya que la discriminación y el trato de inferioridad de la mujer no es más que una verdadera construcción histórica y cultural), y demostrar cómo se manifiestan las formas de discriminación en Brasil, teniendo en cuenta las directrices de carácter mundial.

Palabras clave

Violencia doméstica, Violencia contra la mujer, Empoderamiento, Formas de discriminación.

ABSTRACT

This study aims to present a brief explanation on violence against women and their subordination to men, under a sociological perspective (since this discrimination and inferior treatment of women is nothing more than a true historical and cultural construction); and demonstrate how it is done your face in Brazil, taking into consideration guidelines of global nature.

KEYWORDS

Domestic violence, Violence against women, Empowerment, Forms of discrimination.

FABIANA MARIA SIMÕES SILVA VILAR ALVES

Advogada. Professora de prática cível na Faculdade de Direito de Garanhuns. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da FDG. Doutoranda em direito civil pela Universidade de Buenos Aires. fabianavilar08@hotmail.com

Recibido: Marzo 17 de 2014 • Aceptado: Mayo 13 de 2014

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade precípua fazer uma análise da violência contra a mulher, a qual se desdobra em sexual, física e emocional, sob uma perspectiva sociológica, chegando, após ferrenha luta da mulheres, à forma como a violência de gênero é combatida no Brasil, ressaltando que se trata de assunto discutido mundialmente, e que se dá, principalmente, em razão da persistente discriminação contra a mulher desde os primórdios.

A violência contra a mulher e sua subordinação ao homem se deu através de uma construção cultural, uma vez que, desde os primórdios a mulheres eram excluídas, possuíam o “dever” da procriação e não exerciam, em campo algum, nenhum papel relevante para si e para a sociedade. Essa afirmação se confirma nos casamentos que eram celebrados em Roma, onde o marido exercia poder ilimitado sobre a mulher e era realizado sem nenhuma afeição.

Em razão dessa violência sofrida constantemente pelas mulheres, houve a necessidade de se garantir e efetivar os direitos mais inerentes a esse gênero, qual seja, a vida plena, sem violência e com medidas permissivas para punição de supostos agressores, porém, foi uma longa caminhada até se chegar a elaboração de uma lei, no Brasil, que visasse coibir a violência contra a mulher.

A nível mundial essa proteção e enfrenta-

mento à violência de gênero se deu com a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher, a qual foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 1979 e que, apesar de não conter pontos específicos sobre a violência contra a mulher, fez com que o Comitê da ONU sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, exarasse recomendação referente a essa violência de gênero, foi um dos primeiros documentos que tratou da mulher, o qual foi fruto de uma reivindicação ferrenha dessa classe.

Criou-se, também, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher, de 1994, documento de cunho mundial e que afirma que a violência contra a mulher constitui uma forma de desrespeito e violação aos denominados direitos humanos.

Assim, a violência contra a mulher é toda aquela realizada comissiva ou omissivamente e que cause qualquer tipo de dano, morte, sofrimento físico, psicológico, sexual à mulher, podendo ser tanto no âmbito público quanto no privado (Convenção de Belém do Pará). Porém, insta salientar que, mesmo com essa norma de cunho mundial, o Brasil ainda permaneceu inerte e omissivo durante muitos anos, só vindo a coibir a violência doméstica com advento da Lei Maria da Penha, a qual, mesmo sendo criada para prevenir a violência de gênero ainda demonstra pouca eficácia.

O presente estudo tem como finalidade apresentar uma breve explanação sobre a violência contra a mulher sob uma perspectiva sociológica, bem como demonstrar como é realizado seu enfrentamento no Brasil, levando em consideração orientações de cunho mundial. Para a compreensão do trabalho será apresentada a situação atual da mulher no cenário social e quais os motivos que levam as mulheres a se submeterem e sofrerem violência doméstica, seja ela verbal, física ou sexual, a luta contra a violência de gênero, e, por fim o desdobramento da segurança concedida à mulher após uma “luta” cultural para seu reconhecimento como verdadeiro sujeito de direito, como forma de minimizar essa problemática que, de ser tão recorrente, passou a ser combatida mundialmente.

1. Entendendo a história do Brasil

A História do Brasil sempre esteve propensa à violência de forma muito forte. Essa prática, que começa com a escravização dos povos indígenas e africanos, é o resultado do efeito perverso das desigualdades sociais com as quais fomos colonizados. Suas origens estão firmemente enraizadas na formação patriarcal, sexista, homofóbica, intolerante e escravista-socialista, da sociedade brasileira, herdeira da colônia portuguesa.

No Brasil de hoje todo tipo de violência encontra-se proibida e é objeto de punição, exceto para preservar a própria vida. No entanto, na prática, essas limitações não são obedecidas.

Em todas as camadas sociais as pessoas estão expostas a diversos tipos de violência: urbana, no campo, o *bullying* nas escolas, os assédios morais. Isso significa que o enfrentamento à violência está além da punição, exige articulação e mobilização de ações conjuntas, efetivas para se trabalhar a prevenção, denúncia, assistência e proteção. É muito mais um trabalho de conscientização, mudança de comportamento e mentalidade, por estar enraizada em nossa dinâmica de reprodução e produção de valores.

Ao longo da nossa história o uso da violência tem sido praticado pelos ditadores, chefes de Estado moderno, maridos e religiosos. Legitimada muitas vezes pela ideologia religiosa, a violência doméstica, que ocorre no espaço sagrado dos lares, deixa de ser vista por adquirir uma caráter dual: divino e terreno, onde se afirma que as mulheres devem ser submissas aos seus maridos, levando o conceito de submissão aos raios do conceito de subserviência, subalternidade e perda da dignidade humana.

Nos dias de hoje, com o advento da Lei Maria da Penha, que criminaliza a violência doméstica, começa a delinear-se uma esperança, pois por séculos fomos massificados com conceitos que diziam que em briga de marido e mulher não se mete a colher, e assim assistíamos passivamente mulheres violentadas em todos os seus direitos. Não há muito tempo, cerca de vinte anos, as mulheres brasileiras não tinham direito a terem seus próprios CPFs, utilizando o do seu marido e,

quando do casamento, se obrigavam a retirar naturalmente o sobrenome do pai e colocar o do marido, caracterizando simbolicamente que estava mudando de “dono”.

Nos crimes passionais havia uma dupla moralidade de julgamento: um para o homem, que podia utilizar o conceito de “legítima defesa da honra” e para o mesmo crime as mulheres que eram condenadas por descontrole emocional.

Casos clássicos foram o de Doca Street, que assassinou sua companheira Ângela Diniz, por ciúmes, antes permanecendo com ela em cárcere privado, chagando a ser absolvido “por legítima defesa da honra” e de Dorinha Duval, atriz da globo, casada com companheiro bem mais novo que a humilhava chamando-a de velha e fazendo comentários pejorativos sobre seu corpo e idade, comparando-a a suas amantes mais novas e agredindo-a fisicamente. Não mais agüentando, ela o assassina: por ciúmes e extrema violência física e mental. Foi condenada a trinta anos de prisão. Crimes semelhantes, nos anos 70, resultados diferentes, por se tratar da dupla moralidade existente, construção histórica e cultural da inferioridade da mulher.

Surge, assim, a necessidade de combate a esse tipo de violência, havendo, então, lutas para o enfrentamento à violência de gênero.

2. Da luta contra violência de gênero

Uma vez o filósofo Grego Aristóteles afirmou

que onde há luta há também vitória. Se for pensado contextualmente verificar-se-á que as mulheres, no Brasil especificamente, têm conquistado espaços cada vez maiores dentro do mercado moderno de trabalho e se empoderado em sua própria defesa contra a opressão do patriarcalismo secular, que a violenta historicamente. Mas no âmbito da luta pela igualdade de gênero estamos longe de uma vitória definitiva.

O Brasil hoje não mais é apontado pela Sociedade Mundial como o país que mais sofre violência doméstica, mas ainda temos muito que conquistar neste terreno específico.

Focando o Estado Pernambuco, verifica-se que em 2010 tivemos 245 mulheres mortas vitimizadas pela violência de seus companheiros. Desta forma far-se-á uma análise das mudanças acontecidas, após a criação da Lei Maria da Penha, um grande avanço no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, por focar a violência de gênero, antes criminalizada de forma genérica.

A Lei não nasceu da questão pontual de Maria da Penha, mas da soma de tantas lutas e de tantas mulheres que perderam suas vidas, suas identidades e dignidade.

A violência doméstica contra as mulheres é caracterizada por qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral ou patrimonial, no âmbito público

ou privado (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Perpassa desde a humilhação, morte, tráfico de mulheres e ameaça indireta. Muito “democrática” atinge todas as camadas sociais, faixas etárias e escolaridade.

É um crime sem locus territorial ou social e tem suas raízes na cultura machista, oriunda da nossa cultura patriarcal de dominação, onde o homem além de provedor era o dono da vida e da morte das mulheres sob a sua “proteção”. Relaciona-se de forma complexa com a opressão e exploração de raça, etnia, geração, classe social, orientação sexual e está presente praticamente em todas as culturas.

A prática dessa violência está disseminada em nossa sociedade e se legitima em traços culturais de nosso país inerentes a desigualdade social e na cultura da impunidade. Quando se diz que existe a cultura da impunidade estamos salientando que a sociedade e o aparelho do Estado estão de diferentes maneiras contaminados por ela, se o Estado radicou por séculos essa prática social é o mesmo responsável pelo elo, na sua erradicação.

Nesse sentido, é necessário compreender a violência de gênero sob uma perspectiva sociológica, já que, essa discriminação e tratamento inferior dado à mulher nada mais é do que uma verdadeira construção histórico-cultural.

2.1. O círculo vicioso da violência

Na observação diária se constata que dificilmente o homem demonstra sua agressividade em um único ato de espancamento. As agressões aparecem em um primeiro momento com insultos e ameaças. Muitas das vezes essas agressões são recíprocas, só depois o homem agride fisicamente a mulher, com socos, pontapés, com objetos.

Geralmente à fase de agressão segue-se a reconciliação: o companheiro pede perdão, promete mudar o comportamento ou finge que nada aconteceu. Nessa fase as mulheres sentem-se influenciadas a não tomar a decisão de romper com o ciclo de violência. Em inúmeros casos a mulher resolve não mais denunciar o companheiro e em outros deseja retirar a queixa, mas em geral, com o tempo as agressões recomeçam. É um círculo previsível.

Apesar da criação da Lei Maria da Penha, da criação de Delegacias especializadas para as mulheres e das secretarias da Mulher, mas da metade das mulheres agredidas não têm coragem de solicitar a ajuda. Se calam por medo, por dependência financeira ou por vergonha.

Em muitos casos a própria família das mulheres não tem conhecimento ou, quando tem, tende a ficar do lado do agressor, como se as mesmas fossem culpadas pelas agressões sofridas; elas temem apanhar de novo ou serem assassinadas, preocupam-se com a segurança de filhas e filhos.

Quando resolvem denunciar recorrem primeiro a outra mulher, uma amiga ou familiar. A ida a delegacia só ocorre quando a gravidade da situação não mais pode ser contornada: como fraturas, ameaças aos filhos, cortes profundos ou tentativa de feminicídio.

Quando a mulher decide denunciar, a acolhida na delegacia é essencial para a conclusão do processo. Após esse passo, e, se sentirem que precisam sair dos locais de residência, devem procurar as secretarias da mulher, para que providenciem seu abrigo junto com os filhos menores, em casas abrigadas, onde começará o processo de reinserção no mercado de trabalho e de todo o processo de fortalecimento familiar.

Atingindo todas as classes sociais não ocorre da mesma maneira para todas. As mulheres negras, por carregarem uma herança cultural de violação de todos os direitos, originários da escravidão, sofrem mais discriminação.

As mulheres indígenas, marcadas pela exploração sexual e étnica ainda sofrem com a violação de seus direitos. Segundo o relatório da ONU em 2010, uma em cada três índias são estupradas durante a vida.

As mulheres lésbicas sofrem a discriminação em todos os espaços de poder, o que chamamos de lesbofobia e que na nossa sociedade nega diretos, na forma de intolerância social a orientação sexual apresentada.

As mulheres idosas são vítimas da violência

geracional, quando aumenta a sua vulnerabilidade, é bastante e elevado o número de violência doméstica contra as mulheres idosas e regra geral ficam impunes, pois são oriundos de filhos, filhas, netos ou cuidadores e, portanto, dificilmente denunciadas por elas.

Mulheres com deficiência são mais expostas à violência doméstica e têm menor chance de conseguir a proteção por sua própria limitação.

No Brasil a violência contra a mulher é a face mais dura e cruel das desigualdades. Está entre os países com maior número de feminicídio e reconhecidamente tem um elevado índice de ocorrências de ameaças e agressões contra as suas cidadãs, com cerca de 2 milhões de casos de violência doméstica, familiar e sexista, por ano.

É a maior causa de morte e deficiência entre mulheres de 16 a 44 anos, muito mais que o câncer ou acidente de trânsito: www.ipas.org.br.

Corroborando com a magnitude desses fatos a pesquisa da Sociedade Mundial de Vitimologia, realizada em 54 países e junto a 138 mulheres, que aponta para o Brasil como o país que mais sofre com a violência doméstica.

Conforme pesquisa pela fundação Perseu Abramo, em 2001 43 % das mulheres pesquisadas assumiram ter sofrido violência doméstica e 84 % dos homens pesquisados

assumiram já terem agredido fisicamente a mulher, companheira ou namorada. Essa pesquisa também revelou o chocante dado que a cada 15 segundos uma mulher é agredida no país, ou seja, a cada dois minutos, oito mulheres são violentamente agredidas no Brasil.

Em 2010 a mesma Fundação, em parceria com o Serviço Social do Comércio (SESC), revela uma redução dessa estatística: a cada 24 segundos uma mulher é espancada, ou seja a cada 2 minutos, cinco mulheres são espancadas.

Somente em 2010, depois do advento da Lei Maria da Penha, a violência caiu pra 34 %*, sendo um mecanismo de relevância para ordenamento jurídico brasileiro, responsável, juntos com os órgãos de defesa à mulher, pelo combate à violência de gênero.

3. Uma visão sociológica sobre a violência doméstica: a contextualização da mulher no cenário social e jurídico

A mulher sempre foi discriminada por sua condição frágil, e essa discriminação trouxe algumas consequências de cunho social, como por exemplo, a subordinação da mulher ao homem. Essa discriminação se deu através de uma construção verdadeiramente histórica e cultural, onde a mulher precisa ser subordinada as determinações de seu

marido e, até biblicamente, diz-se que o homem é o cabeça da casa, devendo, então, a mulher a ele se submeter.

Sem dúvidas a mulher sempre exerceu limitadamente sua liberdade, uma vez que ficava confinada na obrigatoriedade de cuidar do lar, enquanto o homem podia viver livremente, eram dois mundo completamente distintos, pois de um lado havia um mundo de domínio que era do homem e do outro, um mundo submisso, esse pertencia as mulheres.

A história da submissão da mulher se dava no seio familiar, pois, quando enquanto solteira, devia obediência a seus pais e irmãos mais velhos, e quando casavam essa obediência era transferida para seu marido. Havia casos em que o homem, em caso de morte, deixava escolhido o próximo marido da sua mulher, em outros, havendo o falecimento do marido, a mulher também estava condenada à morte, com intuito de servi-lo até em outro plano (Silva, 2008).

Pode-se dizer que diante desse cenário nasceu a violência doméstica, obviamente que, se a mulher era criada para obedecer o homem, tudo que este fazia era correto, inclusive usar de violência contra sua própria mulher, podendo aquela ser sexual, psicológica, emocional, etc.

Para Bassanezi (2006, p. 8): *“Muito se escreveu sobre a dificuldade de se construir a*

* Das Lutas à Lei, 2011-Secretaria da Mulher de Pernambuco.

história das mulheres, mascaradas que eram pela fala dos homens e ausentes que estavam do cenário histórico”.

A fala da autora traduz a trajetória da mulher para conseguir erguer-se e ser dona do próprio eu, da sua vida, para exercê-la com liberdade e autonomia.

Silva (2008) afirma que:

À mulher não era permitido estudar e aprender a ler. Nas escolas, administradas pela igreja, somente lhes eram ensinadas técnicas manuais e domésticas. Esta ignorância lhe era imposta de forma a mantê-la subjugada desprovido-a de conhecimentos que lhe permitissem pensar em igualdade de direitos. Era educada para sentir-se feliz como «mero objeto» porquanto só conhecia obrigações.

Era assim que a mulher costumava ser tratada, um verdadeiro objeto nas mãos da sociedade, da igreja e dos maridos, onde suas obrigações se reduziam às domésticas, dando margem a uma exclusão intensa no âmbito social, histórico e emocional.

Na legislação brasileira a mulher foi ganhando força com o advento da Constituição Federal de 1924, quando se previu a possibilidade da mulher estudar temas diversos das permitidas outrora, porém, somente no século XX foi que a mulher passou a poder estudar em salas mistas, onde tinham homens e mulheres.

Aos homens era dado o poder de castigo às mulheres e filhos e estas, em contrapartida, não podiam praticar atos sem consentimento marital, tinha que se calar diante do abuso de autoridade que o homem exercia sobre ela, só passando a ter maior autonomia no ano de 1890, quando houve a implantação do regime republicano no Brasil em que o poder patriarcal foi mantido, todavia, com menos rigor e de forma mais suave (Silva, 2008).

No Código Civil Brasileiro de 1916 houve proteção a alguns princípios considerados conservadores e que mantinham o homem superior em relação à mulher, como por exemplo em caso de divergência de opiniões entre pai e mãe, era estabelecido que o desejo do pai prevalecesse.

Assim determinava o artigo 186 CCB/1916 (Código Civil Brasileiro de 1916): “Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo o casal separado, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos”. Legalmente, a prevalência de um sobre o outro era permitido, assim, pode-se dizer que, juridicamente, não era respeitado o princípio da igualdade. Mas esse artigo é um exemplo das muitas arbitrariedades que eram previstas no CCB/1916.

Todavia, com o advento do Estatuto da Mulher, em 62, o CCB/1916, sofreu modificações relevantes, assim afirma Silva que:

Trinta anos após, com o advento da Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) nosso Código Civil sofreu significativas mudanças. O artigo 393 que retirava da mulher o pátrio poder, em relação aos filhos do leito anterior, quando contraísse novas núpcias, teve sua redação alterada proclamando que a mulher não mais perderia os direitos do pátrio poder quando contraísse novas núpcias. O artigo 380 que dava o exercício do pátrio poder ao marido e somente na falta deste à mulher, concedeu o exercício do pátrio poder a ambos os pais, prevalecendo a vontade do homem no caso de discordância do casal, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência (2008).

Sem dúvida alguma essa foi um dos grandes avanços pertinentes à mulher, uma vez que foi a partir de então que ela ganhou autonomia, podendo exercer livremente seu “poder” sobre seus filhos, dando possibilidade do rompimento conjugal sem perda do poder o poder familiar e resguardando o direito de recorrer ao Judiciário em caso de divergência de opiniões.

Essa inserção da mulher no contexto familiar e, conseqüentemente, social e jurídico, permitiu seu reconhecimento não sou como mãe, porém, deu margem para que pudesse ter um redirecionamento em sua vida como um todo.

Aos poucos, diante de toda a dificuldade enfrentada por mulheres, foi-se superando o estigma de que mulher era um sexo frágil,

que sua missão era cuidar apenas da família e se submeter, completamente, ao homem.

Nascem então os movimentos feministas pelo reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, seja no âmbito familiar, laboral, enfim, indubitavelmente, o cenário mundial vê-se atento a essa questão.

A luta incessante pelo reconhecimento e busca de espaço social, histórico, fez com que juridicamente as mulheres ganhassem proteção especial, todavia, não foi fácil e esse reconhecimento.

Mas, mesmo diante de toda essa luta das mulheres em verem seus direitos acolhidos e assegurados, em possuírem os mesmo direitos e deveres do homem e emergirem de uma situação de discriminação e de condição social diferenciada, por ser mulher, não expurgou da sociedade a violência de gênero, que viola os direitos humanos e requer uma atenção especial, assunto que será tratado em ponto específico do estudo.

O ganho imensurável que a mulher teve não se pode contabilizar, pois políticas públicas a inserem cada vez mais no convívio social, as oportunidades de emprego são quase que equivalentes para homens e mulher e por conseqüência os salários também.

Hodiernamente, a mulher é equiparada ao homem, assim, afirma a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.**

A norma constitucional, de observância obrigatória e que atinge a todos indistintamente, reforça a ideia de que a mulher precisa ser tratada de forma igualitária, porém, insta ressaltar que pontos específicos em relação àquela precisam ser observados por toda ordem jurídica, de cunho constitucional ou infraconstitucional brasileiro e internacional, como forma de garantir e assegurar os direitos mais inerentes ao indivíduo, os direitos humanos.

A Violência contra a mulher não consegue ser entendida sem que se leve em conta a questão intrínseca de gênero. A nossa construção social, política e cultural do que é ser homem ou ser mulher, dentro dos conceitos de feminilidade e masculinidade, faz parte do nosso conceito de desigualdade e consequentemente de opressão.

É, portanto, uma questão relacional e societal e requer mudanças culturais. A Lei Maria da Penha pode ser vista como uma Lei predominantemente educativa, sua aplicabilidade, além de punitiva, busca o reconhecimento para os fenômenos étnicos, geracionais, de

camadas sociais que são contributivos para a exacerbção da cultura de violência.

Joan Scott (1994) escreve que o gênero é designado socialmente para definir as relações entre sexos e direciona o saber sobre a diferença sexual.

História é tanto objeto da atenção analítica quanto um método de análise. Vista em conjunto desses dois ângulos, ela oferece um modo de compreensão. Vista em conjunto desses dois ângulos, ela oferece um modo de contribuição ao processo através do qual gênero é produzido.

A História nem sempre pode ser vista como um documento fidelíssimo à realidade. Oferece muito mais uma forma de compreensão do que se entende em uma determinada época ou local, sendo, desta forma, a questão do gênero foi uma produção social imposta sobre um corpo assexuado.

Segundo Saffioti (*O poder do macho*, 1987), a violência de gênero é tudo que tira os direitos humanos numa perspectiva de manutenção das desigualdades hierárquica existentes para haver a obediência, subalternidade de um sexo a outro. Trata-se de formas de dominação permanente e acontece em todas as classes sociais, etnia e raças.

Simone de Beauvoir (*O segundo sexo*, 1994) estudando a mulher e seu papel social, aponta a subalternidade da mesma como uma perspectiva em que o papel feminino é

destituído de identidade cultural, classificado como algo meramente biológico e natural. Ela recusa essa idéia social de naturalidade e aponta a desigualdade dos sexos como uma construção social dos sexos, atribuindo espaços de poder para homens e mulheres, nos quais a mulher sempre ocupa os menores espaços de empoderamento, valorização e recheia-se de subalternidade.

Essa violência, portanto, é entendida no processo de relações desiguais de gênero como forma de reprodução do controle do corpo feminino em uma sociedade sexista, tornando-se a expressão máxima da violação dos direitos humanos das mulheres.

Destaca-se, assim, o fenômeno como um enfrentamento de problemas mais amplos como: saúde, educação, assistência social, segurança pública, cultura, justiça entre outros; no sentido de dar conta da complexidade da violência e garantir a integralidade da atenção àquelas que vivenciam tal situação. Processo multifacetado, de raízes históricas e culturais, obriga ao Estado, para tentar erradicá-lo, uma abordagem intersetorial e multidimensional.

Por sua complexidade exige um trabalho de costura e identificação de aspectos estruturais e conjunturais da realidade.

O enfrentamento da violência contra as mulheres tem início com o movimento feminista, inicialmente propondo a transformação das relações desiguais de poder entre os

gêneros, exigindo o direito de serem donas de suas vidas e de seus corpos. Foi uma luta contra a injustiça social.

Mas, efetivamente, é a partir da revolução francesa, final do século XVIII, que a presença da mulher em espaços públicos se torna mais fortalecida.

Neste momento destaca-se a figura de Olympe Gouges, feminista e revolucionária, escritora e jornalista que reivindicou direitos políticos e civis, para o seu sexo. Após escrever A Declaração dos Direitos das Mulheres e da Cidadã, foi condenada a morte. Hoje nos estarrece que seu crime, punido com a morte, foi apenas ter nascido mulher e lutar por igualdade de gênero.

Nos últimos séculos as mulheres lutaram por seus direitos, em todo o mundo. Nessa construção houve grandes momentos e também períodos de descontinuidade e retrocesso.

Essa luta pode ser dividida em dois grandes momentos: da Revolução Francesa (1789) até a Segunda Guerra Mundial (1939) onde se buscou o conhecimento, direitos políticos e inserção no mercado de trabalho, centrada no comportamento masculino, inibidor do avanço social das mulheres.

O Segundo momento se instala por volta de 1960 e se prolonga até nossos dias e é pautado pelo direito mais íntimo, que é deliberar sobre a sua sexualidade, seu corpo e sua vida reprodutiva. Nesse momento o Estado

começa a ouvir a castração e violência acontecidas no espaço doméstico é, também, é nesse momento que se decide acompanhar cada política pública voltada às mulheres com grandes slogan feministas, como por exemplo: “O MEU CORPO ME PERTENCE E O PRIVADO É POLÍTICO”.

Em 1980, o Brasil, liderado pelos movimentos feministas, formula políticas públicas para as mulheres em favor da igualdade de gênero, criando conselhos de direito e oportunizando o processo de mudança no Brasil.

Ainda na década de 80 o feminismo voltou-se para a ONU e centrou-se nas conferências públicas e nos planos visando a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Em 1975 é realizada pela ONU a primeira conferência mundial para as mulheres e em 1979 a assembléia das Nações Unidas adota a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminações, sobre as mulheres.

No Brasil, no que diz respeito ao enfrentamento da violência contra a mulher, a Lei 11.340/2006-LEI MARIA DA PENHA, foi a resposta mais objetiva às demandas feministas, por segurança. É o reconhecimento pelo Estado de que o problema que afeta a mulher é sexista não é de natureza privada, que não diz respeito às relações afetivas.

Todavia é matéria de interesse e responsabi-

lidade de uma sociedade e, portanto, objeto de intervenção direta do ESTADO*.

4. Eixos estruturantes da política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres

O combate a violência contra as mulheres compreende a eficácia no cumprimento da Lei. Com ações punitivas estabelecendo o cumprimento das normas penais que garantam a responsabilização dos agressores. No âmbito da política nacional a criação de Varas Especializadas de Violência doméstica e familiar contra a mulher. Na garantia dos Direitos Humanos das mulheres a política deverá garantir a recomendação prevista nos tratados Internacionais, especialmente as contidas no tratado de Belém do Pará. Nesse eixo a garantia do empoderamento da mulher deve ser fortalecido, junto com o acesso à justiça e o resgate das mesmas, como sujeitos de direito.

No eixo assistência deve garantir o atendimento humanizado e qualificado às vítimas de violência doméstica, por meio de formação continuada aos agentes públicos, da criação de casas abrigo, centros de referência, serviços de responsabilização, ressocialização do agressor, Defensoria e Juizados de Violência Doméstica, fortalecimento de rede de atendimento. Para a eficiência e eficácia é fundamental o monitoramento das ações de enfrentamento à violência.

* Das lutas à Lei. Uma contribuição das mulheres a erradicação da violência-2011-Secretaria da Mulher do Estado de Pernambuco.

1) Prevenção: ações educativas que interfiram nos padrões sexistas;
2) Assistência: fortalecimento da rede de atendimento e capacitação de agentes públicos;
3) Enfrentamento e combate: ações punitivas e cumprimento da Lei Maria da Penha;
4) Acesso e garantia de direitos: cumprimento da legislação nacional internacional e iniciativas para empoderamento das mulheres.

5. Coceituando a rede de atendimento

Os governos Federal, Estadual e Municipal possuem o papel que deve ser desempenhado na prevenção e combate à Violência Doméstica, todavia ainda existe uma desarticulação entre os entes. A rede surge como uma forma de unir esses poderes, evitando a fragmentação dos serviços. O Conceito de rede refere-se a atuação articulada: serviços governamentais, instituições e comunidade, melhorando a condição do atendimento.

Centros de Referência de Atendimento à Mulher;
Núcleos de atendimento à Mulher;
Casas Abrigo;
Casas de acolhimento provisório;
Delegacias Especializada de Atendimento à Mulher;
Delegacias Comuns;
Polícias Civil e Militar;
Instituto Médico Legal;
Defensoria da Mulher;
Juizados de Violência doméstica;
Central de atendimento à mulher- disque 180;
Ouvidoria da Mulher da Secretaria de Políticas Públicas para a Mulher;
Serviço de saúde voltado ao atendimento aos casos de violência doméstica e sexual;
Postos de atendimento Humanizado nos aeroportos;
Núcleo da mulher da casa do imigrante.

Existe uma rota crítica, que a mulher em situação de violência percorre.

São várias portas de entrada, no âmbito do governo a Rede de Atendimento à Mulher em situação de Violência e composta pelos seguintes serviços:

6. Garantia e aplicabilidade da Lei Maria da Penha: em busca da igualdade

Difundir a Lei e os instrumentos de proteção aos direitos das mulheres, junto com a ampliação dos serviços especializados de atendimento à mulher vítima de violência doméstica, são formas de garantir à cidadã o acesso à justiça, com segurança.

Devendo esta segurança abranger os direitos sexuais, enfrentamento a exploração sexual e o tráfico de mulheres, garantia da autonomia das mulheres em situação de violência e ampliação dos seus direitos.

A Lei Maria da Penha foi, indubitavelmente, o marco inicial, do Brasil, para o combate ferrenho à violência de gênero.

No Brasil, quando são instituídas as políticas públicas para as mulheres, buscando a igualdade entre gêneros são também trabalhadas através do empoderamento, a profissionalização e cidadania dessas mulheres. Essas políticas têm a finalidade de reparação de desigualdades que vieram, ao longo do tempo e através de um processo histórico cultural, negar direitos.

São aspectos culturais profundos, que criaram um grande hiato entre os direitos de homens e mulheres. São ações de uma complexidade tão grande e focadas na idéia que os grupos sociais, por possuírem necessidades diferenciadas, exigem políticas específicas.

No Estado de Pernambuco, especificamente, as mulheres constituem a maioria da população. São diferenciadas por etnia, classe social, geracional, educacional e há pelo menos ha 450 anos foram legalmente privadas de exercerem a maioria de seus direitos políticos, econômico e civis, em relação aos homens, entretanto, são culturalmente responsáveis por todas as tarefas da vida reprodutiva.

Pernambuco, como Estado modelo de implantação de políticas públicas para as mulheres, no Brasil, conta hoje sua rede com 145 organismos decorrentes da visão governamental, que em 2007 criou, no aparelho do Estado, a Secretaria da Mulher do Estado de Pernambuco, momento fundamental de mudança de comportamento social; inaugurando, assim, ações de promoção e reparação dos direito das mulheres, em diversas áreas. Hoje essa iniciativa afirma a política de entender a democracia como regime político determinado a incluir no desenvolvimento setores anteriormente excluídos.

Passados sete anos, o Estado, através dos organismos de políticas publicas para as mulheres, espalhados em todas as suas regiões,

tem contribuído de forma impar para a construção de um novo tempo, tendo a Secretaria da Mulher do Estado de Pernambuco, em 2012 recebido da ONU o prêmio de promoção de inclusão de gênero no serviço público.

Na atualidade as mulheres brasileiras já têm a chance de ter uma realidade diferenciada no mercado de trabalho, quando identifica-se que mais de 70 % da população feminina são provedoras de seus lares. Comparativamente há dez anos, hoje as mulheres ocupam cargos de destaque, são titulares de crédito urbano e rural e são maioria nas instituições universitárias. No Estado de Pernambuco, no mundo do trabalho produtivo remunerado, as mulheres têm se colocado diante de seus grandes desafios: garantir acesso a todos os postos de trabalho, independente da natureza da atividade, equiparar a sua remuneração e se qualificar profissionalmente.

Apesar de todas essas conquistas sabe-se que ainda se tem muito a construir no campo da igualdade de gênero.

Para isso os organismos de políticas públicas para as mulheres, ao serem criados estabelecem uma rede que produz críticas, autocríticas, mas principalmente cria valores para mudar as relações patriarcais e a visão machista, que historicamente determinam as relações desequilibradas de poder entre homens e mulheres (Cristina Buarque-Anuário da Secretaria da Mulher de Pernambuco-2012).

A missão dos organismos de políticas para as mulheres é promover os direitos das mulheres, no ESTADO e a busca é pela redução da desigualdade de gênero, promoção das políticas públicas e articulação com outros atores organizados.

Tendo como função precípua o enfrentamento à violência doméstica, preocupa-se em trabalhar, na sua estrutura funcional, com a produção do conhecimento, como forma preventiva e promoção dos direitos das mulheres, nas áreas de trabalho e renda, saúde, educação, cultura, lazer e justiça, como forma de empoderamento e reparação.

Em 2012 houve um significativo avanço nas relações entre os órgãos que trabalham com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) em Pernambuco, coordenado pela Secretaria da Mulher do Estado, que aglutina a Secretaria de Defesa Social, com as delegacias da Mulher (DPMUL), a Polícia Militar, com o pacto pela vida, no seu recorte de gênero, o Tribunal de Justiça, com varas especializadas em violência doméstica, as 145 Secretarias e Coordenadorias da Mulher, Departamento de Homicídios e proteção à pessoa, Secretaria Estadual de Saúde, Secretaria de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos, Defensoria Pública e Ministério Público.

Promovendo ainda campanhas educativas e preventivas, a rede de atendimento à mulher do Estado de Pernambuco, se configura como a mais estruturada do Brasil, tendo re-

duzido em 34 % a violência doméstica letal nos últimos seis anos.

Contando com uma rede de acolhimento, através dos Centros de Referências de Atendimento à Mulher (CRAM) e rede de abrigo para as mulheres com risco eminente de morte e seus filhos menores, tem oferecido o apoio necessário para aquelas que querem romper com esses ciclos de violência.

Oferecendo mais de 130 programas e campanhas de prevenção, reparação, empoderamento e conhecimento de direitos, a rede de organismos municipais para políticas para as mulheres, juntamente com a Secretaria da Mulher do Estado de Pernambuco é referência na busca da mudança da cultura patriarcal, sexista e machista para uma cultura igualitária de gênero.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como finalidade fazer uma análise da evolução social e jurídica da mulher, levando em consideração a violência que esta sofreu e sofre ao longo de tanto tempo. Assim como, trouxe a tona um dos instrumentos de combate, no Brasil, da violência de gênero, que é a Lei Maria da Penha, intitulada assim em razão da violência doméstica sofrida por Maria da Penha e culminou na evolução legislativa quanto à violência de gênero.

Insta salientar que o combate a violência de

gênero, algo discutido e vivenciado ao longo de muitos e muitos anos, não se deu de forma rápida, houve um longo caminho percorrido, inclusive manifestações de cunho internacional que cobraram do Brasil o enfrentamento a esse tipo de violência. Somente em 2006 publicou-se a Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha busca enfrentar a violência de forma mais impositiva, trazendo a possibilidade de uma punição mais severa para àqueles que cometem a violência de gênero. É o que tem acontecido, por exemplo, no estado de Pernambuco-Brasil, onde tem se garantido sua eficácia bem como sua aplicabilidade.

Porém, sabe-se que muito há que se fazer para conseguir uma aplicabilidade plena e uma eficácia realmente que abranja todo o território nacional, pois pesquisas têm demonstrado que mesmo com o advento da lei de combate à violência de gênero os feminicídios ainda ocorrem com muita frequência em todo o território nacional, o que faz-se acreditar que é necessários mais políticas públicas que ajudem na prevenção da violência doméstica, o que permitirá, realmente, uma eficácia ilimitada.

O enfrentamento à violência contra a mulher insere o combate a exploração sexual, tráfico de mulheres, garantia da autonomia das mulheres em situação de violência e ampliação dos seus direitos, premissas que devem ser protegidas e garantidas pelo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

Bassanezi, C. (2006). *História das Mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto. 8ª ed. Disponível em: http://books.google.com.br/books?hl=pt_PT&lr=&id=8KgRI5ZvX8wC&oi=fnd&pg=PA7&dq=historia+da+mulher&ots=Nr1OSEZJTN&sig=Dyu8w4Fb9nPxiBrL53BlJ9Um6U#v=onepage&q=historia%20da%20mulher&f=false

Beauvior, S. *O segundo sexo*. São Paulo: Ed. Difusão Européia de Livros. Tradução de Sergio Milliet.

Bobbio, N. (1992). *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 19ª Reimpressão.

Bonavides, P. (1997). *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Ed. Malheiros.

Buarque, C. (2012). Anuário da Secretaria da Mulher de Pernambuco.

Código Civil Brasileiro de 1996.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará". Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>

Da Silva, R. (2008). *Evolução histórica da mulher na legislação civil*. <http://ditizio.ecn.br/adv/txt/ehlc.pdf>. Acessado em 17 de setembro de 2013.

- Lenza, P. (2011). *Direito Constitucional Esquemático*. 15ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva.
- Lenza, P. (2012). *Direito Constitucional Esquemático*. 16ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva.
- Piovesan, F. (2004). *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>
- Piovesan, F. (2013). *Pela Implementação da Lei Maria da Penha: A luta das mulheres pelo direito a uma vida sem violência*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/pela-plena-implementacao-da-lei-maria-da-penha-a-luta-das-mulheres-pelo-direito-a-uma-vida-sem-violencia-por-flavia-piovesan/>
- Saffioti, S. (1987). Bongiovani Iara Heleith. *O Poder do Macho*. Ed. Moderna.
- Scott, J. (1994). Deconstruir igualdad -versus - diferencia: uso de la teoría posestructuralista para el feminismo. *Revista Feminaria*, (13), Buenos Aires.
- Silva, J. A. da (2007). *Ação Popular Constitucional: Doutrina e Processo*. 2ª Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Ed. Malheiros.
- Tavares, A. R. (2008). *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva.
- Tirado, M. (2013). *Comercio Sexual*. Segunda edición. Bogotá: ILAE.
- Wald, A. (2009). *Direito Civil, Direito de Família*. Ed. 17ª. São Paulo: Ed. Saraiva.
- www.ipas.org.br. Acessado em 23 de setembro de 2013.

La explotación sexual frente al Derecho Penal

Sexual exploitation against the Criminal Law

A exploração sexual contra Direito Penal

RESUMO

O presente artigo tenta fazer uma análise crítica sobre o trabalho sexual e sua exploração por parte de terceiros. A abordagem desses problemas são realizados desde a perspectiva do direito penal. Na América Latina, especialmente em. Tendo em vista suas características e as limitações às que deve estar submetido quando é utilizado como um instrumento de exploração sexual.

PALAVRAS-CHAVES

Exploração sexual, Tráfico e comércio de pessoas, Repressão penal.

RESUMEN

El presente artículo intenta hacer un análisis crítico sobre el trabajo sexual y su explotación por parte de terceros. El abordaje de esta problemática se lleva a cabo desde la perspectiva del Derecho Penal –en América Latina, especialmente en Brasil– teniendo en cuenta sus características y las limitaciones a las que debe estar sometido cuando es utilizado como un instrumento de control de la explotación sexual.

PALABRAS CLAVE

Explotación sexual, Tráfico y comercio de personas, Trata de personas, Represión penal.

ABSTRACT

This article tries to make a critical analysis of sex work and exploitation by third parties. Addressing this issue it is conducted from the perspective of criminal law –in Latin America, especially in Brazil, considering its characteristics and limitations that must be subjected when used as an instrument of control sexual exploitation.

KEYWORDS

Sexual exploitation, Trafficking and trade in people trafficking, Criminal repression.

JOSÉ FERNANDO GONZÁLEZ

Brasileño. Miembro jubilado del Ministerio Público del Rio Grande do Sul. Abogado criminalista. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Pelotas, RS, BR. Actualmente es candidato a doctor de la Universidad de Buenos Aires, en el área de Derecho Penal. jfg.adv@terra.com.br

Recibido: Febrero 4 de 2014 • Aceptado: Abril 22 de 2014

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la prostitución será evaluado desde el estigma social a que está subordinado a partir de la difusión de los dogmas del catolicismo y sus consecuencias en el campo del Derecho, y muy especialmente en el Derecho Penal. Además, será examinada una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, que ha reconocido el derecho a la indemnización por despido injusto de una trabajadora sexual en este país, lo que representa un precedente importante en la defensa de la dignidad humana en el área de estudio.

En el ámbito de la explotación sexual, específicamente, se hará hincapié en el papel del Derecho Penal como un instrumento de represión de las prácticas que preocupan en gran medida a las organizaciones internacionales, en particular la explotación sexual de niños y el tráfico y comercio de personas. Para entender/demostrar hasta qué punto los tratados y convenciones influyen en los Estados miembros para que adopten una legislación penal cada vez más rigurosa, el estudio se referirá a los dispositivos penales de otros países como Colombia y Argentina.

En resumen, analizando los hechos y los datos, no quedan dudas de que la explotación sexual y el comercio de personas son realidades muy preocupantes, que exigen la adopción de medidas restrictivas urgentes. La cuestión que se impone es descubrir cuál debe ser precisamente la función del Dere-

cho Penal como instrumento de represión de estas conductas.

1. Prostitución. Trabajo sexual

Muchos son los aspectos que se pueden investigar en la prostitución: desde el punto de vista de la exclusión social a que están sometidos aquellos involucrados en ese oficio, hasta las consecuencias económicas derivadas de su práctica, según la perspectiva de lucro; desde su origen milenario hasta los tiempos modernos, teniendo en cuenta las múltiples caras que ha ostentado* frente a la moral dominante. Ciertamente es que el comercio del cuerpo sigue retando sociólogos y juristas, sobre todo considerando sus “características” actuales. En países como Brasil, marcados por grandes diferencias de oportunidades e ingresos, es sabido que será en las comunidades más pobres donde la prostitución va a conseguir sus “trabajadores”, seducidos por la expectativa de obtener ganancias fácilmente a través de la venta del cuerpo. Mujeres predominantemente jóvenes y hermosas son llevadas a adherir a lo que se suele llamar “la más antigua de las profesiones”, en una relación peculiar de comercio, que encuentra mercado por el hecho de ser el sexo la más grande fuente de placer del ser humano.

* Paulo Roberto Ceccarelli. Psicólogo y psicoanalista a quien nos vamos a referir en otras oportunidades de este trabajo, enseña que determinadas formas de prostitución ya fueron vinculadas a divinidades, como en las primeras civilizaciones de Mesopotamia y del Egipto, y que en la antigua civilización griega la prostitución era una forma de ganarse la vida como cualquier otra, además de ser una práctica controlada por el Estado.

La prostitución es la relación carnal íntima que ocurre mediante recompensa, en general a través del pago en dinero, sin que haya un vínculo de afecto entre las partes. A propósito, la ausencia de afecto parece ser considerada una especie de “principio” entre los actores del “comercio”, tal como es retratado en la película *Mujer bonita*, de Garry Marshall, con Richard Gere y Julia Roberts. En esa película un millonario, Edward, contrata los servicios de una prostituta, Vivian, quien deberá servirle durante una semana, y la relación entre ellos termina por pasar al campo afectivo. Al darse cuenta de que Vivian está enamorada, Kit, que también es prostituta, hace duras críticas a la compañera, reprochándola por no haber respetado la “regla fundamental”, al besar a su cliente en la boca, lo que le ha permitido enrollar de una forma no profesional.

Ciertos rasgos de esa actividad, y las reglas de mercado a que es sometida, permiten considerarla un trabajo; esto, porque –como enseña el profesor Misael Tirado Acero (2011, p. 253)– “los actores pactan una tarifa y las condiciones sobre las cuales estará mediada la relación, rompiendo los patrones tradicionalmente concebidos en las relaciones íntimas”. Sin embargo, aunque se podría considerar el ajuste entre trabajador sexual y cliente una relación de negocio, similar a la que se produce entre consumidor y productor, comprador y vendedor (Tirado, p. 256), es imprescindible poner atención a su singularidad, ya que el mismo derecho a la libre disposición del cuerpo –puesto como justifi-

cativa para la no criminalización del trabajador sexual–, puede ser invocado en cualquier momento, de manera unilateral, para retractarse sobre lo que va a pactar con el cliente.

Como representante del Ministerio Público en Brasil, tuvimos acceso hace unos años a un proceso en donde la víctima, una prostituta, después de ajustar la prestación del servicio, desistió luego de ver desnudo al cliente, alegando –según su testimonio en el proceso penal– haber encontrado marcas de lesiones en el miembro de su pareja. En aquel momento, la mujer fue forzada a realizar el acto sexual, lo que acabó por producirle lesiones de pequeña gravedad. Acusado de estupro, el “cliente” alegó el ejercicio de un derecho, ya que la relación había sido contratada regularmente, donde se entendía el rechazo como siendo parte de un “juego de seducción” utilizado por la mujer para excitarlo, de acuerdo con lo que ha declarado en juicio.

Los tribunales de Brasil entienden, en casos como el referido en el párrafo anterior, que la persona prostituida puede en cualquier momento retractarse sobre la relación “contratada”, tal cual se ve en el juicio que se transcribe a continuación:

Estupro. Caracterização ainda que a vítima seja dada a vida licenciosa. Fato que não lhe retira o direito de dispor do próprio corpo. Delito cujo bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher. Inteligência do art. 213 do CP. O bem jurídico que o

art. 213 do CP protege é a liberdade sexual da mulher, é o direito de dispor do corpo, a tutela do direito de eleição sexual de que goza a sociedade. É direito seu que não desaparece mesmo quando se dá à vida licenciosa, pois, nesse caso, ainda que mercadejando com o corpo, ela conserva a faculdade de aceitar ou recusar o homem que a solicita (Mirabete, 2007, p. 1781).

1.1. Prostitución y Derecho

La posición del Derecho frente al trabajo sexual varía de un país a otro, como enseña el profesor Misael Tirado Acero (p. 258):

A nivel internacional, el Derecho mantiene diferentes posiciones frente al fenómeno, siendo posible distinguir cuatro modelos principales: el prohibicionista, el abolicionista, el reglamentario y el laboral, al ser común en estos modelos la persecución al delito de la prostitución forzada.

La prostitución está prohibida en muchos países, por lo que son descritos como prohibicionistas; es lo que sucede, por ejemplo, en gran parte del territorio de los Estados Unidos; otros, como Alemania, son clasificados como reglamentarios, adoptando una orientación opuesta y ofreciendo carácter oficial a la actividad de los profesionales del sexo, con la evidente finalidad de poder controlarla. Suecia cambió su legislación en 1999 y pasó a criminalizar tan solo la conduc-

ta del “consumidor”; trató así, en última instancia, de enfrentar el fenómeno como una mera violencia contra la persona prostituida. Los datos disponibles dan cuenta de que el modelo sueco ha reducido en dos tercios la prostitución en las calles de Estocolmo, así como prácticamente ha extinguido la trata de personas con fines de prostitución en aquel país (Santis, 2013).

En América Latina predomina el modelo abolicionista, que consiste en la autorización en cuanto actividad individual, prohibiéndose, sin embargo, el estímulo o la explotación de la misma actividad por parte de terceros, tal cual ocurre en líneas generales en Brasil, Colombia y Argentina. Se sabe que se puede regular administrativamente la prostitución en las ciudades, estableciendo zonas o distritos con ella “compatibles” o delimitando el horario de funcionamiento y las características de los establecimientos destinados a su práctica*, pero seguramente es el Derecho Penal, como se va a examinar a continuación, el principal instrumento de que se socorren los Estados para su regulación.

En el contexto del modelo laboral merece destacarse la Sentencia T-629 de 2010 proferida por la Corte Constitucional de Colombia,

* Sirve como ejemplo el Decreto Distrital 188 de 2002 - Bogotá, referido en la Sentencia T-629 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia, p. 19, que dispone “sobre localización y funcionamiento de establecimientos dedicados al trabajo sexual. Incluyó específicas condiciones relacionadas con la salubridad, saneamiento, bienestar social, de seguridad medioambientales, de reglamentación hotelera, arquitectónica y urbanística”.

al analizar el pedido de tutela* presentado por Lais, una trabajadora sexual de Bogotá, contra el Disco Bar “Pandemo”, de propiedad del señor Zoto, donde desempeñaba su actividad laboral y del cual fue despedida injustamente (sin derechos) al quedar embarazada. La demanda fue juzgada improcedente en primer y segundo grado, pero la Corte Constitucional, en un importante precedente, ha reformado esas decisiones, para reconocer los derechos laborales de la actora.

Aun sobre el modelo laboral, es interesante añadir que está en curso en la Câmara dos Deputados, en Brasil, una comisión parlamentaria de investigación, cuyo objetivo es averiguar el tráfico y el comercio de personas (tema que será abordado en la Sección 3 de este estudio). Aunque el informe final fue previsto solamente para los últimos meses de 2013, esta Comisión viene promoviendo muchos debates y audiencias públicas para abordar el tema de la legalización del trabajo sexual en Brasil (<http://www2.camara.leg.br>).

1.2. Prostitución y sociedad

En la esfera social es innegable la discriminación a que están sometidos los profesionales del sexo. Paulo Roberto Ceccarelli (2008) argumenta que *“com a reforma religiosa do século XVI, o puritanismo passou a con-*

trolar os costumes e ditar a moral”, y desde entonces la prostitución, considerada como atentatoria a los valores fundamentales de la familia, fue lanzada a la clandestinidad. Cabe destacar una vez más, el magisterio del profesor Tirado Acero, al referir que en la ciudad de Bogotá se ha buscado la reglamentación, “lo que no necesariamente ha dado lugar a procesos de normalización dentro de la sociedad, una vez que lleva consigo fenómenos de exclusión social y estigmatización en torno de esta actividad económica” (Tirado, p. 249).

De todos modos, debemos añadir que la discriminación social recae de forma más aguda sobre los profesionales del sexo que trabajan expuestos, lo que no parece suceder con la llamada prostitución “de lujo”, que se mueve de forma velada en las altas esferas del poder político y económico. Acerca de la hipocresía social frente a la prostitución, cabe destacar la canción “Geni e o Zeppelin”, compuesta por uno de los más prestigiosos autores brasileños, Francisco (Chico) Buarque de Holanda**. En este poema se relata que en una cierta ciudad vivía Geni, una prostituta, a quien la sociedad local despreciaba, hasta el punto de cantarle en coro: *“Joga pedra na Geni! Joga pedra na Geni! Ela é feita pra apanhar! Ela é boa de cuspir! Ela dá pra qualquer um! Maldita Geni!”*. Sin embargo, un día llegó al pueblo un enorme zepelín, con el propósito de destruirlo todo, pero su comandante, al ver a Geni, se dispuso a salvar la ciudad

* La acción del empleado contra el empleador postulando el pago de sus derechos laborales que le han sido negados es conocido en Brasil como *“Reclamatória Trabalhista”* [Tutela Laboral].

** Probablemente inspirado en Guy de Maupassant, en el cuento “Bola de Sebo”.

a cambio de una noche con ella. Mas Geni sintió repulsión por el extranjero y se negó a acostarse con él, al que la ciudad empezó a repetir: *“Vai com ele, vai Geni! Vai com ele, vai Geni! Você pode nos salvar! Você vai nos redimir! Você dá pra qualquer um! Bendita Geni!”*. Así que, resignada, aunque le costara muchísimo hacerlo, Geni accede a los deseos del invasor. Pero tan pronto el día siguiente amaneció y el zepelín partió, la ciudad volvió a entonar el refrán anterior.

La verdad es que tampoco las profundas transformaciones –de contenido marcadamente liberal– por las cuales está pasando la sociedad de nuestro tiempo, incluso en lo que concierne a la sexualidad, han sido suficientes para superar la desaprobación al comercio del cuerpo. Ciertos códigos de conducta, atrapados a una moral universalista, mantienen una visión estigmatizante en relación con los que practican sexo a cambio de un pago, una vez que entienden que no se puede hacer por dinero lo que solamente tendría lugar por afecto, aunque esta afectación sea cada vez más superficial. En este contexto, cabe poner de relieve la enseñanza del profesor Misael Tirado Acero:

Estos códigos unificadores ponen de manifiesto las disidencias del mundo moderno en donde, a pesar de una propagación de la sexualidad públicamente aceptada, existen códigos que liberan las vacilaciones de lo deseable y aceptable frente a la censura y estigma de otro tipo de conductas sexuales del mundo contemporáneo (2011, p. 132).

Cierto es que de la discriminación resulta una fuerza de coerción, que puede quedar solamente en el ámbito social o alcanzar una condición de ilegalidad, tal como se extrae de la lección de Misael Tirado Acero, Wilmar Collazos y Carlos Martín Carbonell Higuera, al decir que “Los métodos de coerción van desde hacer el ridículo y recibir desaprobación pública, hasta ir a la cárcel” (2013, p. 102). Por otra parte, al ser innegable que los trabajadores sexuales operan bajo el “auspicio” de un público consumidor, a punto de permitir que la relación entre ellos se examine desde el marco de la economía de mercado, la discriminación se convierte en algo poco comprensible, ya que los consumidores pertenecen al mismo cuerpo social. Es decir,

vivimos en una sociedad de consumidores y, una vez que el trabajo y el consumo son solamente dos etapas de un mismo proceso impuesto al hombre por la necesidad de sobrevivir, esto es sólo otra manera de decir que vivimos en una sociedad de trabajadores (Arendt, 2011, p. 156).

2. Explotación del trabajo sexual

En el contexto de un modelo abolicionista, en que tanto el trabajo sexual y la práctica de su consumo son “indiferentes” al Estado, al menos bajo el punto de vista penal, la actividad represiva converge por entero para la lucha contra los comportamientos que, de una forma u otra, implican en especies de explotación, que pueden gravitar desde la simple práctica proxeneta, hasta la formación de or-

ganizaciones criminales de alta complejidad, a punto de tener –lo que no es raro actualmente– características de transnacionalidad. De todos modos, estudiar la explotación sexual es hoy una tarea imposible, si no se tiene en cuenta la inmensidad de ofertas disponibles en el mercado, tanto en el aspecto cuantitativo como cualitativo, ya que al clásico modelo de la prostitución callejera, se han añadido “innovaciones” traídas por nuevas tecnologías como por ejemplo Internet. Por otra parte, en una evidencia mucho más grave, la actividad exploratoria ha extendido sus tentáculos sobre la sexualidad de los niños y de los adolescentes, así como ha caminado para la trata de personas, lo que implica, en la mayoría de los casos, reducir seres humanos a condiciones de esclavitud en pleno siglo XXI.

2.1. Tratados y convenciones

Desde finales del siglo XIX, organizaciones internacionales relacionadas con los derechos humanos han estado más atentas a la práctica del comercio sexual, impulsadas por señales evidentes de recrudescimiento de la explotación de personas prostituidas, como enseña Pablo Ceccarelli (2008):

Os primeiros movimentos internacionais contra a exploração sexual de mulheres e adolescentes começaram no final do século XIX. Em 1921 a Liga das Nações designou um comitê para tratar o problema do tráfico de mulheres e crianças; em 1946 a ONU adotou uma convenção a fim de erradicar a prostituição.

Al examinar los textos de los tratados y convenciones, se observa que el Derecho Penal se eleva invariablemente a la condición de primer instrumento de control recomendado por los Estados miembros, a fin de poner freno a la explotación del trabajo sexual. Es lo que sucede, por ejemplo, en el texto del “Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena”, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 317, del 2 de diciembre de 1949, entrada en vigor el 25 de julio de 1951. En los cuatro primeros artículos de este ajuste los países signatarios se comprometen a castigar a los que inducen a alguien a ejercer la prostitución o le corrompen con objetivo de prostituirle, o aun, a los que explotan la prostitución, aunque eso ocurra con el consentimiento de la persona prostituida. El artículo 4º, por su parte, dice textualmente que tales prácticas deben ser consideradas actos delictuosos en el ámbito del Derecho interno de los Estados miembros. En el mismo sentido, otros ajustes internacionales se han seguido desde entonces, tales como, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Resolución 34/180, del 18 de diciembre 1979), y el Protocolo de 2000, de la Asamblea General, con el fin de prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y de niños.

2.2. Explotación sexual en el Derecho Penal brasileño

Desde hace mucho tiempo el Derecho Penal

brasileño trata con mucho rigor las conductas de violación a la libertad sexual, especialmente el estupro*, que desde 1990 se ha considerado un crimen hediondo (Ley nº 8.072/1990), y en esta condición pasó a ser sometido a mayor severidad en lo que respecta al cumplimiento de la pena. En agosto de 2009, con la entrada en vigor de la Ley nº 12.015/2009, la legislación brasileña se ha vuelto aun más exigente, creando un capítulo especial sobre los “crímenes sexuales contra los vulnerables”.

Concretamente, en lo que dice respeto a la explotación sexual, objeto del presente estudio, en la legislación brasileña están previstas penas (entre 2 y 5 años de prisión) para quien induzca, atraiga o facilite la prostitución o la explotación sexual de alguien, o para quien impida o dificulte la salida de alguien (Art. 228). Y la legislación de Brasil va más allá, estableciendo sanciones idénticas (entre 2 y 5 años de prisión) para los que mantuvieren un lugar destinado a la explotación sexual. El dispositivo cuenta con la siguiente redacción:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

* Acceder carnalmente a una persona, mediante constreñimiento alcanzado por el uso de la fuerza o de intimidación. Actualmente la ley brasileña denomina estupro (Art. 213) no solo la práctica forzada del acto sexual propiamente dicho, sino toda y cualquier práctica libidinosa que a ella se asemeje.

La norma en vigor, a pesar de haber reemplazado la expresión anterior (casa de prostitución) por otra similar (establecimiento en el que ocurra la explotación sexual), parece no haber modificado en nada la prohibición. El legislador brasileño, aunque sin criminalizar el meretricio, impone a sus practicantes el desabrigo de las calles, y por ello sufre una severa crítica de distinguidos juristas:

A exploração da prostituição, repetindo, é um dos comportamentos mais degradantes e moralmente censuráveis que a civilização, ao longo de toda a sua história, não conseguiu eliminar, a despeito de falsos moralismos de nossos legisladores, na medida em que a prostituição, em si, não constitui crime. Com a criminalização da manutenção de casa de prostituição (agora estabelecimento em que ocorra exploração sexual), paradoxalmente, o legislador penal proíbe a exploração de uma atividade que é permitida, e, confundindo moral com direito, “condena” a prostituição a realizar-se nas ruas, nos guetos, clandestinamente (Bittencourt, 2013, pp. 159-160).

La ley brasileña también contempla penas entre 1 y 4 años de prisión para quien practique el rufianismo, así considerado el “*Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça*” (Art. 230). Es fácil entender, que para

que se dé el tipo penal, no es necesario que el agente influya en el libre albedrío, incentivando o restringiendo la víctima; basta, para la configuración del delito, tan solo con que el agente participe en los beneficios o que sobreviva a través de ellos. También en este punto la crítica doctrinal:

Na realidade, não deixa de ser também figura ultrapassada, pois o mundo moderno, inclusive em outros países, tem buscado a legalização da prostituição e, conseqüentemente, do empresário do setor. O rufianismo pode ser uma forma de proteção à pessoa que pretenda se prostituir (conduta não criminosa). Logo, ingressa nesse contexto o moralismo, por vezes exagerado, de proibir qualquer forma de agenciamento ou condução empresarial da atividade. A sociedade olvida o desatino de manter a prostituta nas ruas, sem proteção e vítima de violência, disseminando doenças, dentre outros problemas, em lugar de lhe permitir o abrigo em estabelecimentos próprios, fiscalizados pelo Estado, agenciados por empresários, com garantia tanto ao profissional do sexo quanto à clientela (Nucci, 2009, p. 85).

Parece no haber duda de que la ley penal brasileña va mucho más allá de otras legislaciones de América Latina. Así, por ejemplo, “mantener establecimiento donde ocurra la explotación sexual”, o mera “participación en los lucros de la prostitución”, son figuras que no encuentran correspondencia

en Colombia o Argentina*. Creemos que la ley brasileña incurre en evidente exceso, al considerar delito (con pena entre 2 y 5 años de reclusión) el solo hecho de que alguien “mantenga establecimiento donde ocurra la explotación sexual”, cuidando aun de añadir que la conducta será típica, independientemente de la intención de lucro o de mediación. Igualmente hay innegable exceso en la incriminación, a título de rufianismo, por el solo hecho de que alguien participe en los beneficios obtenidos por el trabajador sexual, considerando irrelevante el consentimiento de este y la existencia de un posible ajuste entre las partes.

La penalización de comportamientos, sin embargo, no puede considerarse una solución a todos los problemas. En este sentido, vale la pena recordar la sabia lección de David de Paiva Costa Tangerino, al afirmar que *“o pensamento punitivo é um verdadeiro buraco negro que, em razão de sua gravidade extraordinária, atrai para o seu centro e ali desintegra qualquer luz que se pretenda lançar sobre o fenômeno criminal”* (2011, p. 231). El Código Penal de Brasil, teniendo en cuenta el carácter prohibicionista de los dos dispositivos en cuestión, se opone a la razón y al libre albedrío, ofendiendo, en nuestra opinión, el principio de intervención mínima.

* El Código Penal de Colombia prevé, en sus artículos 213 y 214, pena para quien induzca o constriña a alguien a prostituirse, en cuanto la ley argentina, por su parte, en sus artículos 126 y 127, considera crimen tan solo si hubiere vicio del consentimiento, violencia, abuso, amenaza o cualquier otra forma de intimidación o coerción.

2.3. Sentencia T-629 de 2010 (Colombia) y Derecho Penal

La decisión de la Corte Constitucional de Colombia, anteriormente mencionada en este trabajo, representa un marco importante en la preservación de los derechos fundamentales, en especial porque examina la dignidad de la persona humana sin la sombra de los prejuicios y de la hipocresía. Así, aunque admita que la prostitución constituye una llaga social, no niega su existencia milenaria, y menos aún muestra indiferencia a las condiciones socioeconómicas que normalmente le sirven de inspiración. Pero la pregunta que se hace es si, frente al Derecho Penal vigente, sería posible una decisión similar en Brasil.

Consta expresamente del precedente colombiano, que el señor Zoto admitió en su respuesta, ser de su propiedad la Discoteca “Pandemo”, así como tratarse de un lugar destinado a la práctica de la prostitución; argumentó solamente, que la señora Lais frecuentaba el establecimiento en la condición de trabajadora sexual autónoma, sin horario establecido o vínculo de subordinación. Sin embargo, frente al Código Penal brasileño, el comportamiento confesado por el señor Zoto configuraría delito, castigado con prisión de 2 a 5 años, lo que creemos que implicaría inexorablemente un cambio radical en el curso de la discusión, transfigurándola de su enfoque original (Derecho Laboral) y sirviendo como obstáculo a la protección de los derechos fundamentales, tal como ocurrió en el juicio.

Nos parece que, infelizmente, la Sentencia 629/10 no encontrará correspondiente similar en Brasil, al menos en cuanto estén en vigor los anticuados dispositivos penales (artículos 229 y 230). Hemos consignado, anteriormente (Sección 1), que la legalización del trabajo sexual está en discusión en la Câmara dos Deputados, de Brasil; sin embargo, tal debate pierde la razón, si no hubiere la regulación de la actividad de los intermediarios comerciantes, mantenedores de establecimientos destinados a la práctica de esta actividad. En este caso, los legisladores tendrán que revocar los dispositivos penales en cuestión, so pena de llegarse a una situación inusitada en que una actividad, aunque lícita, impondrá a sus trabajadores la limitación de solo poder practicarla de forma autónoma.

2.4. Explotación sexual de niños y adolescentes

En lo que concierne a la explotación sexual, nada puede ser más grave –ni más repugnante– que el involucramiento de niños y adolescentes; sin embargo, ello es noticia frecuente. Se sabe que hay un universo de “consumidores”, procedentes sobre todo de Europa, que desafortunadamente calientan el mercado y contribuyen para que se recluten cada vez más y más niños para vender sus cuerpos. Esto ocurre especialmente en países y/o regiones donde hay una acentuada desigualdad social, siendo frecuente en las calles y plazas de las grandes y medianas ciudades brasileñas, e incluso en establecimientos comerciales, a pesar del rigor de la

ley penal, como veremos. En 2006, la Policía Rodoviária Federal, en reportaje ampliamente difundido por los medios de comunicación, estimó en 1.200 los lugares de prostitución infantil en las carreteras de Brasil, destacando el papel de los intermediarios, a menudo personas de la propia familia de los niños, incluso algunos casos puntuales intermediados por la propia madre. Merece la pena poner atención a lo que dice Paulo Ceccarelli (2008):

Realidade ainda mais triste é a prostituição infantil que assola a sociedade brasileira. Presente nas camadas mais pobres dos grandes centros urbanos, sobretudo nas capitais do norte e nordeste do Brasil, assim como em regiões isoladas do país marcadas por atividades extrativas, supõe-se que o número de meninas envolvidas nessa atividade chegue aos 500 mil.

No es reciente la preocupación de los organismos internacionales con la explotación sexual de los jóvenes, alcanzados por el comercio del cuerpo aún en la minoridad. Prueba de ello es el Congreso Mundial sobre la Explotación Sexual de Niños y Adolescentes, realizado en Estocolmo, en 1998, cuya finalidad ha sido, entre otras, incumbir los Estados miembros de “Divulgar, como materias delictivas, criminales, la explotación sexual y comercial de los niños, así como otras formas de explotación sexual, condenando y castigando todos los delincuentes involucrados”. Debido a la gravedad del problema y frente a la presión internacional para la rea-

lización de tratados en donde el país figura como signatario, la ley penal brasileña ha re-
crudecido el combate a la explotación sexual de niños y adolescentes, culminando con la reforma de 2009, cuando entró en vigor el actual Art. 218-B, que recomienda pena entre 4 y 10 años de prisión, tanto para quien induzca o atraiga a la prostitución a persona menor de dieciocho años, así como para la que mantuviere relaciones sexuales (consumidor) en esta circunstancia. De nuevo, a modo de comparación, cabe señalar que la legislación brasileña es, en este punto, mucho más suave que la colombiana, en donde las penas varían entre diez y veinticinco años de prisión en estos casos*.

3. Trata de personas

El primer instrumento internacional (global) sobre la trata de personas es originario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo, posteriormente complementada por el Protocolo específico. En este documento los Estados miembros se comprometieron a definir los delitos y a cooperar entre sí en la investigación y en los procesos relativos al tráfico, prestando asistencia a las víctimas. Sin embargo, desde su entrada en vigor, el comer-

* El Código Penal colombiano, en los artículos 217 a 219-B, prevé penas rigurosas en relación a conductas ligadas a explotación sexual de persona menor de dieciocho años, tipificando desde el estímulo a la prostitución propiamente dicho hasta la práctica de lo que denomina “turismo sexual envolviendo menores”, cosa cada vez más frecuente en países de América Latina.

cio de personas aumentó cualitativamente y cuantitativamente, lo que no sorprende, teniendo en cuenta las cifras publicadas por las Naciones Unidas, diciendo que circulan “por lo menos 32 mil millones de dólares al año”. No siendo eso suficiente, el informe publicado por UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*) en diciembre de 2012, nombrando a 132 países, estima que un tercio de las víctimas de la trata de personas detectada oficialmente en el mundo entre 2007 y 2010 son niños (<http://www.onu.org.br>). Esta realidad dramática fue traída a la discusión en la Asamblea General de la ONU, el 17 de mayo de 2013, en Nueva York, oportunidad en donde las 85 naciones presentes, convergieron con el fin de concentrar esfuerzos para una acción coordinada contra lo que llamaron “la esclavitud moderna”. En esa ocasión, el director ejecutivo de UNODC, Yury Fedotov, dijo en su discurso: “Estamos frente a una delincuencia del siglo XXI: adaptable, cínica, sofisticada, que existe en países desarrollados y en desarrollo” (Fedotov, 2013). Verdad es que la trata de personas ha alcanzado proporciones alarmantes y desafía las autoridades: en 2005, un Informe de la Organización Internacional del Trabajo ha estimado en 2,5 millones el número de personas víctimas de la trata en todo el mundo, de las cuales el 43 % corresponde a la explotación sexual y un 25 % para la explotación sexual y económica (Sakamoto, 2013).

De acuerdo con la definición de las Naciones Unidas, la trata de personas puede ser entendida como el proceso mediante el cual estas

son “reclutadas” en su comunidad y explotadas por los traficantes que las engañan y/o usan alguna forma de coerción para atraerlas y controlarlas. El Protocolo para Prevenir, Suprimir y Punir el Tráfico de Personas, en Especial Mujeres y Niños, complementado por la Convención de Palermo, define la trata de personas en los siguientes términos:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*.

La regla es que el tráfico humano, especialmente aquel cuyo propósito sea la explotación sexual, reclute sus víctimas, en su mayoría mujeres, entre la población joven (15-21 años) de las comunidades pobres, en donde el sueño de emigrar en busca de mejores condiciones de vida y trabajo es frecuente. Engañadas por falsas promesas, atraídas por la expectativa de trabajos bien pagados y, otras veces, el aprendizaje de len-

* Artículo 3. Definiciones, numeral “a”.

guas extranjeras, hace que las presas solo se den cuenta de la acción de los criminales, cuando ya están sometidas a un régimen de verdadera esclavitud, lejos de sus familias y, a menudo, lejos de sus países de origen. De acuerdo con el informe de UNODC, como se mencionó anteriormente, existen importantes variaciones regionales, que deben ser consideradas para el estudio adecuado de la trata de personas: así, por ejemplo, mientras en África y Asia predominan los casos de explotación del trabajo forzado, en las Américas la explotación sexual se destaca entre los propósitos más frecuentes y, también, como ya hemos referido, alcanzando un gran número de niños.

3.1. Trata de personas y represión penal

Aun teniendo en cuenta el informe de UNODC, en este documento se reconoce que hay muchas lagunas sobre la verdadera magnitud de la trata de personas, ya sea en cuanto al conocimiento de las técnicas adoptadas por las organizaciones que se dedican a esta práctica criminal, sea por las dificultades para obtener datos más amplios sobre los infractores, las víctimas y los flujos migratorios. Aun así, los números conocidos son alarmantes y la Agencia estima que existen millones de víctimas. Por otro lado, el informe también advierte sobre los bajos índices de condenación de los responsables, ya que el 16 % de los países estudiados no registraron ni una sola condena entre 2007 y 2010, mientras que en América del Sur este porcentaje (de países que no han registrado

condenas) excede el 20 %. Por otra parte, incluso entre los países que han sido considerados más exitosos, el número de condenas no ha superado cincuenta casos por año, demostrando que la represión penal encuentra obstáculo tanto en la oscuridad que envuelve el delito, cuanto en la complejidad y en la lentitud del proceso.

Un estudio realizado en Perú, sobre procesos criminales por la trata de personas, ha concluido, de forma no alentadora (Cavassa, 2011), que en los casos investigados la identidad de las víctimas no ha sido debidamente preservada; además, en ninguno de los casos, las víctimas han tenido acceso a servicios de protección. La no preservación de las víctimas aumenta el daño y multiplica el riesgo de represalias; y la no protección, a su vez, trae serias y graves implicaciones con respecto a la realización de las pruebas en casos futuros, visto que el estado de vulnerabilidad se difunde entre las personas involucradas. En los comentarios finales de este trabajo, sus autores adjetivarán el tráfico de personas como siendo un delito “subterráneo”, teniendo en cuenta su escasa evidencia y la dificultad de coleccionar pruebas en el proceso penal:

Decimos que es subterráneo porque independientemente de que los espacios de transacción (que permiten la comercialización de la víctima) sean informales y, por lo tanto, medianamente aceptados en una población poco formal como la latinoamericana. Hay adicionalmente una pesada

carga cultural de relativa aceptación con respecto a las situaciones de dominación de unos seres humanos por otros.

Otro importante estudio ha investigado un significativo número de mujeres dominicanas que se prostituían en Argentina (Organización Internacional para las Migraciones, 2003). Se sospechaba que estas mujeres podrían ser víctimas de la trata de personas, pero el resultado final fue que habían ingresado al país en la condición de turistas, con documentación legal y debidamente presentada a las autoridades de inmigración. Se ha concluido, entonces, que en tales circunstancias no habría tráfico, a pesar de que la permanencia de estas extranjeras podría tornarse ilegal en poco tiempo dada la naturaleza de la visa (turismo), pero eso por sí solo no sería suficiente para caracterizar frente al concepto de los tratados y convenciones, la condición de víctima de tráfico.

Del precedente argentino se extrae que emigrar voluntariamente, aunque con intención de burlar el visado permanente en un determinado país y no obstante con el único propósito de practicar la prostitución, no configura por sí mismo la trata de personas, conducta que requiere la participación de múltiples actores y en que, de una u otra manera, la víctima deberá estar sometida a vicio del consentimiento. Es de destacar, sin embargo, que este mismo estudio ha reconocido, en el informe final (p. 82), la comprobada acción de “coyotes” con quienes las inmigrantes habían contraído grandes deudas, así como de

otros agentes de coacción interrelacionados, tales como “el reclutador, sus emisarios, sus compañeras de pensión, el dueño de la pensión, los dueños/administradores de los bordelés y los casos en que las mujeres fueron encerradas”, pero que, aun así, no se habría caracterizado la trata de personas, porque las extranjeras se prostituyen del mismo modo como lo hacen las argentinas, de manera que la lógica del negocio prevalece sobre la lógica de la nacionalidad.

Es importante tener en cuenta, que la trata de personas se efectúa, invariablemente, con la reducción de la víctima a una condición análoga a la esclavitud, pues de una forma u otra es llevada a hacer lo que no quiere, o es impedida de abandonar esa actividad, a la cual es sometida por las circunstancias que sirven a la finalidad económica que mueve la acción de los criminales.

Desconocemos la legislación penal de cualquier país democrático que no considere delito la reducción de alguien a la condición de esclavo, aunque la forma de definición del tipo penal pueda dar lugar a diferentes interpretaciones en cuanto a comportamientos específicos*. Así que, sin pretender cuestionar la incidencia del Art. 140 de la ley pe-

* En Brasil, el Art. 149 del Código Penal (pena de 2 a 8 años de prisión) especifica lo que se considera reducción a la condición de esclavo: someter a trabajos forzados o a jornada exhaustiva, o a la condición degradante de trabajo; o restringir de cualquier modo la locomoción en razón de deuda contraída con el jefe o su representante. En el derecho argentino, el Art. 140 del diploma, aunque previendo pena más severa (4 a 15 años), es genérico en lo que toca a constricción, utilizando tan solo la expresión *bajo cualquier modalidad*.

nal argentina en el caso concreto, frente al código brasileño, el caso de las mujeres dominicanas configuraría, al menos en teoría, una reducción a la condición de esclavitud, teniendo en cuenta que la deuda contraída con los “coyotes” fue el factor determinante de su prostitución.

De este modo, tal como ocurre con respecto a la explotación sexual (Sección 2 de este trabajo), es evidente el endurecimiento de la legislación penal en los países de América Latina también con relación a la trata de personas, y la pena impuesta es invariablemente grave. Esto se debe al hecho de que, como hemos visto antes, los tratados y convenciones obligan a los Estados miembros a adoptar políticas para frenar la trata de personas y la explotación sexual, y la criminalización de conductas o la elevación de las penas, aparece como la primera alternativa en este sentido.

En Brasil, tanto el tráfico interno y el internacional (con el propósito específico de prostitución) están tipificados en el Código Penal desde 2005, que ha sido modificado por la legislación en 2009 (Ley nº 12.015). Vale destacar, sin embargo, que el bien jurídico protegido por la criminalización de la conducta de tráfico de seres humanos, es la libertad en sus más diversas formas (“la libertad sexual, la libertad de ir y venir, la libertad laboral”) (Salgado, 2007, pp. 3/5), no pudiendo la ley penal quedar restringida a reprimir tan solo uno de ellos.

CONSIDERACIONES FINALES

De todo lo que hemos visto en este breve estudio, algunas conclusiones parecen inevitables en lo que concierne al ejercicio de la prostitución y la explotación sexual que de ella puede advenir, empezando por la reflexión que se impone a partir de la Sentencia T-629 de 2010, de la Corte Constitucional de Colombia. Siendo el trabajo sexual una realidad, y ante un modelo abolicionista, en que esta práctica no constituye ningún acto ilegal, el reconocimiento de derechos a aquellos que se dedican a esta actividad, debe ser visto como un deber, con respecto sobre todo, a la propia dignidad de la persona humana. Por otra parte, la razonabilidad recomienda avanzar hacia la regulación por parte del gobierno, no solo por cuestiones tributarias o laborales, sino también porque la omisión estatal condena a la clandestinidad una legión de personas, exponiéndolas, ahí sí, a la explotación practicada por “empresarios” sin escrúpulos.

Por otra parte, la explotación sexual es una actividad que mueve millones de dólares cada año en el mundo, extendiendo sus tentáculos sobre todo en países de América Latina, donde niñas –cada vez más jóvenes– son capturadas y “consumidas” por un mercado cada vez más generalizado. El principal problema está en el hecho de que los “turistas sexuales” extranjeros, provenientes principalmente de Europa y Norteamérica, encontrados hoy por hoy a “simple vista” en muchas playas del nordeste brasileño, a me-

nudo están mediados por redes que vician el consentimiento de las personas a ellas sometidas, que en gran parte son menores de edad e incluso niños.

Igualmente grave es la trata de personas con fines de explotación sexual, sea en el ámbito interno de los países, sea en el plano internacional. Criminales, cada vez más estructurados y organizados, suelen atraer las víctimas con falsas promesas de una vida mejor en otro país o región, de matrimonios “convenientes”, fama o viajes; y cuando esas víctimas se dan cuenta del engaño ya son vulnerables y sometidas a explotación, también bajo múltiples formas de constrictión, desde el cautiverio convencional, hasta el uso de familiares –a menudo los hijos– como rehenes.

Se sabe que en tales casos la vulnerabilidad de las víctimas termina obstaculizando el desempeño del Estado (tanto en la represión, cuanto en la protección), especialmente en el contexto internacional, en el que la víctima se encuentra, en gran parte de los casos, en situación de ilegalidad frente a las leyes de inmigración. Por lo tanto, el debilitamiento de las víctimas termina sirviendo como una herramienta para que los delincuentes las sometan a situaciones extremas. En el momento en que se llevó a cabo este estudio, la prensa brasileña informó la detención, en el interior de Rio Grande do Sul, de una mujer que seducía adolescentes bajo la promesa de altos salarios para trabajar en

la construcción de la central hidroeléctrica de Belo Monte; llegando al interior del estado de Pará, sin embargo, lugar difícil de acceder, las víctimas eran obligadas, por otros miembros de la organización criminal, a prostituirse con los trabajadores de la usina, permaneciendo encerradas por la noche, incluso sin acceso a la electricidad (Jornal Zero Hora, 2013, p. 34).

En varios puntos de este estudio hemos destacado que los tratados y convenciones suelen hacer referencia explícita a la ley penal, imponiendo a los Estados miembros el compromiso de tipificar conductas, con el fin de enfrentar la explotación sexual y la trata de personas. Pero hay que poner atención en el hecho de que la actividad de la ley penal es esencialmente represiva, y por más que se reconozca el carácter pedagógico de las penas en esta área, su eficacia en cuanto instrumento modificador de la conducta es bastante limitada. Los problemas encontrados al analizar los casos ocurridos en Perú, mencionados en el presente trabajo, no desentonan, seguramente, de lo que se podrá verificar en otros países de Latinoamérica: procesos prolongados, extrema dificultad en la producción de pruebas, víctimas no preservadas, etc. Hay que tener en cuenta que el Derecho Penal debe ser adoptado como la *ultima ratio*, lo que obliga a buscar socorro en otras políticas, especialmente en lo que respecta a la educación y la lucha contra la pobreza, evitando la expansión indiscriminada de tipos penales, en una práctica que

podría llamarse de “criminalización de la política social”*.

No obstante, al menos en Brasil hay una importante tendencia legislativa hacia la ampliación del ámbito penal, tal vez porque el Estado descuide de las políticas de prevención. La trata de personas, por ejemplo, tiene su práctica facilitada por la exclusión social, pero también por ignorancia y por falta de una política de Estado, cuyo propósito sea prevenir el público vulnerable sobre las actividades de los delincuentes.

Pero para demostrar lo común que es entre nosotros recurrir al Derecho Penal como una solución para todos los males, vale la pena recordar que la Comisión Parlamentaria de Investigación –(CPI) de la Trata de Personas en Brasil– corriendo en la Câmara dos Deputados, ya mencionada en este estudio (Secciones 1.1 y 2.3), aunque con un informe, ya da señales de que irá a sugerir la tipificación de nuevas conductas y el agravamiento de las penas.

REFERENCIAS

Arendt, H. (2010). *A Condição Humana*, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

Bittencourt, C. R. (2013). *Tratado de direito Penal*. Parte Especial 4, 5ª edição. São Paulo: Saraiva.

Cavassa, R. (2011). El proceso penal peruano en el delito de trata de personas - 14 casos en Lima y Loreto. ONG Capital Humano y Social Alternativo (CHS Alternativo). ISBN 978-612-45580-6-1, Lima.

Ceccarelli, P. R. (dez 2008). Prostituição - Corpo como Mercadoria, *Revista Mente e Cérebro-Sexo*, 4 (edição especial), Ed. Duetto.

Fedotov, Y. *Boletim UNODC*. Disponible en <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/05/17-general-assembly-reviews-efforts-to-combat-human-trafficking.html>, accedido el 20/8/2013, 19 horas.

Mirabete, J. F. (2007). *Código Penal Interpretado*, 6ª Ed. São Paulo: Atlas.

Nucci, G. de S. (2009). Crimes Contra a Dignidade Sexual. Comentários à Lei 12.015, São Paulo, *Revista dos Tribunais*.

Sakamoto, L. O tráfico de seres humanos hoje. Disponible en http://www2.uol.com.br/historiaviva/artigos/o_trafico_de_serres_humanos_hoje.htm, accedido en 21/8/2013, 12 horas.

Salgado, D. de R. (Jan 2007). O Bem Jurídico Tutelado pela Criminalização do Tráfico Internacional de Seres Humanos. Brasília. *Boletim dos Procuradores da República* (72), 3/5.

Santis, M. *Woman's Justice Center – La solución de Suecia para la prostitución: ¿por qué nadie intentó esto antes?* Disponible en

* Alejandro Aponte. Coordinador Nacional del Proyecto “Lucha contra la trata de Personas en Colombia”. Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, Bogotá, Colombia.

<http://pt.scribd.com/doc/87822699/A-Solucao-Da-Suecia-Para-a-Prostituicao-e-Sexo-e-Mercado>, accedido en 13/08/2013, 22 horas.

Tangerino, D. de P. C. (2011). *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editores.

Tirado Acero, M. (2010). *Comercio sexual. Una mirada desde la sociología jurídica*. Lima, Bogotá: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, IIDS. Fundación FEFSA.

Tirado Acero, M. (2011). Implicações do Trabalho Sexual como Atividade Legalmente Reconhecida. Um acercamento ao trabalho sexual desde suas dimensões sociológicas e

econômicas. *Revista Prolegômenos*, XIV(27), 247/263. Bogotá, D.C. Colômbia. ISSN: 0121-182X.

Tirado Acero, M. (2011). El debate entre prostitución y trabajo sexual. Una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública, *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 6(1), 127/148. Bogotá, Colombia.

Tirado Acero, M., Collazos, W. P., Carbonell Higuera, C. M. (2013). La investigación jurídica y sociojurídica. Precisiones y claves. Universidad Militar Nueva Granada.

El fenómeno terrorista y su lógica de indefinición

The terrorist phenomenon and its logic of uncertainty

O fenómeno terrorista e sua lógica de indefinição

RESUMO

Desde a primeira definição legal do crime de terrorismo na Colômbia que teve lugar no código penal de 1980. Esse conceito participou de uma primeira ambiguidade da linguagem normativa, onde, em palavras do legislador penal foram descobertas as propriedades de uma situação de fato de periculosidade. Essa ambiguidade semântica originou um tipo de carência de limites de preços precisos na determinação desta forma especial normativa. Portanto, envolve a interpretação jurídica, uma abertura expansionista do direito penal. Tendo em vista esta decantação. Corresponde ao legislador, na sua área de competência. Derramando clareza e segurança nesses aspectos sobre as ações que regularmente constituem em um tipo penal.

PALAVRAS-CHAVES

O terrorismo, A política criminal, Segurança jurídica, Incerteza jurídica.

RESUMEN

Desde la primera definición legal del delito de terrorismo en Colombia –que tuvo lugar en el Código Penal de 1980– dicho concepto asistió a una primera vaguedad del lenguaje normativo, donde, en palabras del legislador penal, se describieron las propiedades de un supuesto fáctico de peligrosidad. Esta vaguedad semántica ha generado una especie de carencia de límites precisos en la determinación de esta especial forma normativa por lo que, en consecuencia, implica en la interpretación jurídica una apertura expansionista del Derecho Penal. Atendiendo a esta decantación, corresponde al legislador, en su ámbito de competencia, arrojar la claridad y certeza necesarias sobre las acciones que normativamente se instituyen en un tipo penal.

PALABRAS CLAVE

Terrorismo, Política criminal, Seguridad jurídica, Indeterminación jurídica.

ABSTRACT

Since the first legal definition of the crime of terrorism in Colombia –which took place in the Penal Code of 1980–, the concept attended a first vagueness of normative language, where, in the words of criminal legislature, the properties of a factual assumption were described dangerousness. This semantic vagueness has created a kind of lack of precise boundaries in determining this particular standard form so consequently the legal interpretation implies an expansionary opening of criminal law. In response to this decantation, for the legislature in its field of competence, shed the necessary clarity and certainty about the actions that are normatively instituted a criminal offense.

KEYWORDS

Terrorism, Crime policy, Legal certainty, Legal uncertainty.

JUAN FRANCISCO MENDOZA PERDOMO

Abogado, Doctorante en Derecho. Docente Universidad Santo Tomás y Universidad Católica de Colombia.
juanframendoza@gmail.com

Recibido: Febrero 24 de 2014 • Aceptado: Marzo 31 de 2014

INTRODUCCIÓN

Los sistemas sociales (Luhmann, 1998) en sus diferentes procesos han pretendido alcanzar seguridad para sus ciudadanos, a partir de un conocimiento claro y fundado de las consecuencias de sus contactos en la práctica social. Uno de tales sistemas sociales es el jurídico, que mediante su propia complejidad y su entorno ha pretendido, en cada uno de sus subsistemas, conseguir la garantía de exactitud de los efectos de las relaciones que los individuos generalizan constantemente.

Esa garantía de exactitud toma, para el sistema del Derecho, el nombre de seguridad jurídica (Pérez Luño, 1991), que, definida abstractamente, dice de un principio de certidumbre, en favor de los ciudadanos, destinatarios de las normas jurídicas, quienes esperan que los efectos jurídicos de sus contactos fácticos, encuentren claridad y sedimento en las reglas de Derecho.

Al interior del sistema jurídico, el subsistema jurídico-penal ha ocupado su atención en el derrotero de la seguridad jurídica, buscando precisar la definición, el contenido y el alcance de categorías propias, como el delito y la sanción penal, que fácticamente, el primero, y contrafácticamente, el segundo, se realizan en el mundo. En este propósito, el Derecho Penal se ha servido del clásico principio de legalidad (Ferrajoli, 2005, pp. 33 y ss.), procurando una estabilidad conceptual, a partir del primer momento de intervención estatal, esto es, la confección de la ley, en el llamado

momento legislativo (Fernández, 2002, pp. 216 y ss.).

De tan variada actividad en el momento legislativo, la construcción de las leyes es quizás el rol de mayor relevancia, por el deber asumido por el legislador de elaborar normas que concreten la pretendida seguridad jurídica.

Los tiempos actuales han ofrecido un reto al legislador para que muchas de las expectativas sociales de conducta de los ciudadanos lleguen a una concreción general, estable y abstracta, propia de las reglas de Derecho.

Dentro de este reto, un fenómeno de violencia sucesiva (González-Cussac, 2006, p. 71), con extensión al interior del sistema social de los Estados, como en el ámbito global, es el terrorismo; fenómeno que ha sido recepcionado por los legisladores de los Estados, como por la comunidad internacional, mediante normas de cobertura que propenden definirlo, y a través de normas de enjuiciamiento que intentan realizar el valor de justicia de las naciones para combatirlo.

En uno y otro caso, estas normas integran un sistema conceptual que utiliza una lógica dualista: terrorismo/antiterrorismo, que acusa una interesante deficiencia. Una deficiencia que se explica en la indefinición de la expresión terrorismo, la cual, sucedáneamente, se responde en el concepto de antiterror, como consecuencia y elemento de ese binomio lógico.

Este artículo producto de una investigación científica, intentará explicar las razones de la indefinición que se acusa a esa lógica del prohibicionismo, en materia del terrorismo, y su respuesta institucional, concentrando este interés en el trabajo conceptual del momento legislativo.

1. EL FENÓMENO DEL TERRORISMO Y LA POLÍTICA CRIMINAL

Un fenómeno fáctico como el terrorismo, originado en el dato de la realidad, puede revestir muchas y disímiles definiciones desde los diferentes sistemas y subsistemas de una sociedad, o de un mundo global, si se quiere.

Como fenómeno de la realidad, resistirá apuestas de definición por la política, la economía, la historia, la antropología, la psicología, la sociología o el Derecho.

No obstante, ese dato fáctico del fenómeno del terror, cuando resulta lesivo de los valores e intereses del sistema social, sea por los daños directos que cause a estos, como por la situación de peligro que comprometa su funcionalidad, es asumido, en concreto, por la política criminal, que lo somete a un proceso de construcción conceptual, pasando por el tamiz de la política penal, para terminar estabilizado y generalizado en la norma jurídico-penal.

Un proceso institucional de construcción conceptual como el descrito, bajo el panorama de una política pública, como lo es la política criminal, inescindiblemente está vin-

culado a la observación de los procesos sociales en los que se realizan los fenómenos nocivos, como al reconocimiento de los valores e intereses relevantes para la sociedad que se estiman lesionados.

Necesariamente, la observación de los procesos sociales y los valores relevantes está dotada, principalmente, del insumo descriptivo de la sociología que, como disciplina social, narra el proceso social con el lenguaje propio de su complejidad.

Es posible señalar que aun cuando otras disciplinas del saber informan al proceso de la política criminal, especialmente si se relacionan en forma directa con el dato fáctico, la sociología se constituye en el sector de mejor ofrecimiento valorativo de la realidad.

Pero tal afirmación, no puede elevar a la sociología al rango de disciplina justificadora y legitimadora de los conceptos de delito y pena, pues necesariamente deberá servirse de otros saberes interdisciplinarios, como que solo brinda una interpretación de los datos de la realidad que afectan a la sociedad (Elbert, 1995, p. 201).

Este papel de la sociología explica la relación necesaria, pero limitada, entre la política criminal y la dogmática penal, en la medida en que aquella suministra al Derecho Penal, sirviéndose de saberes como la sociología, el dato fáctico y el dato axiológico, una orientación hacia la prevención del delito; pero, a su turno, la dogmática penal sitúa unos límites a la política criminal, como barrera de

contención al ejercicio del poder punitivo del Estado*.

Uno de estos límites es el principio de legalidad, que, inspirado en el de seguridad jurídica, pretende ser pauta irrenunciable, en el momento legislativo, como en el momento judicial, en los que el sistema penal desarrolla la más severa intervención de los derechos ciudadanos.

Es el escenario legislativo, en el que la garantía de legalidad adquiere destacada importancia, por cuanto en él, antes que habilitarse formalmente el ejercicio del poder punitivo, se agota la función limitadora del Derecho Penal, como verdadera actividad reductora (Zaffaroni, 2000, p. 414).

Con esto, el fenómeno del terrorismo, como dato de la realidad, suministrado por la política criminal al Derecho Penal, termina en esa decantación configurándose normativamente en un tipo penal al que el legislador, en su ámbito de competencia, debe dotar de la claridad y certeza necesarias, que permitan seleccionar, racional y limitadamente, las acciones que se conminan con pena (Fernández, 2002, p. 320).

Antes de observar cuáles han sido los datos de realidad y axiológicos, de los que se ha

servido el legislador para la configuración normativa del terrorismo, y que han propiciado el margen de indefinición conceptual, resulta necesario detenernos en la pauta de deber dirigida al legislador para la correcta elaboración de la ley penal, la que directamente ha inobservado cuando define la lógica dialéctica terrorismo/antiterrorismo.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Dando por descontada la prevalencia de la *dignidad humana*, otro principio, como es el de *legalidad*, constituye el máximo fundamento del Derecho Penal, y por ende el criterio orientador de la interpretación de las normas jurídicas, cuando estas hacen al objeto de protección en materia penal, por estar ínsitas en ellas los valores que pretende tutelar el Estado mediante las medidas más enérgicas de control.

En la ciencia jurídica el principio de legalidad se define como el concepto estructural de la sujeción de las gestiones administrativas del Estado a la ley, siendo esta una relación de vinculación normativa del servidor público al cuerpo normativo regulador de las actividades. Es en el caso del Derecho Administrativo, en donde la legalidad adquiere mayor rai-gambre sujecional, por cuanto los sistemas constitucionales han entendido que el ámbito funcional de los servidores públicos debe estar enmarcado en la legalidad.

Pero a más de ser un referente de sujeción, la legalidad se revela como la manifestación de los estados de derecho que constitucio-

* Se parte de una relación situacional entre política criminal y dogmática penal, que bien se define como una relación entorno-sistema, Cfr. Manuel Salvador Grosso García, *El concepto del delito en el nuevo código penal*. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1ª ed., 2003, pp. 321 a 327.

nalmente rigen el ejercicio del poder público, a través del acatamiento de reglas de derecho objetivo, proferidas por los representantes de la colectividad.

En la práctica judicial la legalidad supone la más férrea sujeción del juez a la ley, sin comprender al operador judicial como un llano aplicador del derecho objetivo al margen de ejercicios hermenéuticos que le permitan interpretar la finalidad de los enunciados jurídicos.

A esa legalidad, referida como el superior principio en materia penal, interesa destacar la “estricta legalidad”, que a contrario de la mera legalidad, en el planteo de Ferrajoli, define un principio cognoscitivo del Derecho Penal, dirigido al creador de la norma para que en su labor otorgue el sentido gramatical que el texto enseñe (Ferrajoli, 2005, pp. 375 y ss.). Ello en forma sustancial es lo que propone la pretendida teoría de la legislación, en su ocupación por la formulación de la ley*.

* La teoría de la legislación, a través de la utilización de un método “legislativo” en el que las categorías del “ser” y “deber ser” se encuentran en una relación de correspondencia recíproca, busca, trascendiendo las habituales metodologías jurídicas, invertir el método de la subsunción (correspondencia entre tipo legal y supuesto fáctico), para obtener una comunicación, mediante interpenetración entre la idea de derecho (deber ser y principios) y las situaciones fácticas (ser), en las cuales recíprocamente existe una apertura para la construcción de las normas jurídicas. Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 54-58. Como función de esa actividad legislativa expresa Manuel Atienza, que la racionalidad busca la precisión de la ley, en orden a obtener una fluida comunicación entre la autoridad que dicta el derecho y sus destinatarios. Cfr. Manuel Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 28-29.

Con ello, se perfila la legalidad como *garantía* de interpretación y aplicación de la norma penal, cuando quiera que el juez estará subordinado al estricto contenido de la ley, sin espacios para completar los textos errados o vacíos mediante interpretaciones desfavorables al destinatario del derecho (Fernández, 1999, p. 130).

En desarrollo de las funciones de garantía radicadas en la estricta legalidad surgen los objetivos, dirigidos al legislador, de construir las leyes incriminadoras asegurando la *verdad* y *taxatividad* de la descripción de las normas penales, entre las que se incluyen las prohibitivas y las permisivas.

La garantía de *certeza jurídica* como dimensión subjetiva del principio de seguridad jurídica consistirá: en la previsión para el ciudadano de lo mandado, lo prohibido y lo permitido; y en función de ese conocimiento, de la organización de sus propias acciones (Pérez, 2000, p. 484). En materia sancionatoria se cumple la certeza cuando el legislador elabora tipos penales ciertos, claros y precisos en la descripción de los supuestos fácticos. En la medida en que el hecho antecedente de la sanción se indique con claridad sin aperturas a la incertidumbre, el ciudadano sabrá a qué atenerse, o dicho de otra manera, conocerá el curso de su acción u omisión frente a las sanciones penales. Esta previsión de conocimiento es la que caracteriza a la garantía de la ley penal *cierta*, conceptuada por un sector de la doctrina como la garantía de determinación de la ley (Mir Puig, 2002, p. 78), y

por otra como la taxatividad (Jakobs, 1997, p. 89).

3. EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD Y LA CERTEZA JURÍDICA

La *taxatividad*, inicialmente fundada en la certeza jurídica, hace a una garantía del principio de legalidad, y se convierte en un ideal de precisión de los enunciados prescriptivos, permisivos y descriptivos que comprende la regulación penal de cada Estado. Con ello, estimamos que el derrotero en el marco de la legalidad será la *taxatividad* como mejor expresión del axioma garantista del *nullum crimen sine lege certa*.

La taxatividad en términos de teoría jurídica se define como la exigencia de que los textos en que se vierten las normas sancionatorias describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas (Ferrerres, 2002, p. 21).

Es el notable arraigo del término de taxatividad, el que prefiere su utilización en materia penal, toda vez que refiere a la determinación de los tipos penales, como paradigma de descripción sancionatoria en el ámbito del Derecho sancionatorio estatal.

No obstante su relación funcional y su carácter técnico en la ciencia jurídica, la *taxatividad* y la *reserva de ley*, son principios con fundamentos y direcciones distintas en la disciplina jurídico-penal. Este es un enunciado jurídico, que utilizando las palabras de

Atienza corresponde a un “principio directriz” que como norma programática define qué enunciado jurídico es el que debe depositar el contenido y concepto del delito y de la pena*.

Consecuencia de esta directiva es la denominada por Ferrajoli mera legalidad, a través de la cual se establece el ámbito de competencia en la elaboración de la ley penal como una regla de distribución del poder público que atribuye al representante de los ciudadanos la elaboración de la ley sancionatoria mediante los procedimientos deliberativo y contradictorio**. Sobre este principio, Beccaria afirmó que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir punitivamente en el legislador, que representa a toda la sociedad regida por el contrato social” (Beccaria, 1994, p. 6).

Lo anterior explica el fundamento de la reserva de ley en el principio democrático, a contrario de la taxatividad que explica su justificación en los principios de certeza jurídica e imparcialidad, siendo este último una forma de igualdad en la aplicación de la ley.

De este modo, la taxatividad corresponderá, como principio, a un mandato de determinación, a través del cual la ley deberá definir de modo irrestricto las figuras delictivas, de

* También denominado por el mismo autor principio programático como norma dirigida a guiar el ejercicio normativo de los poderes públicos. Cfr. Atienza, Manuel, *Las piezas del derecho*, Teoría de los enunciados jurídicos, Barcelona, Ariel, 1996, p. 4.

** Que prescribe al juez solo concebir como delito lo que está llamado al legislador definir en el texto legal. Cfr. *Derecho y razón*, p. 378.

forma que solo quepan en el marco de la ley las conductas que se consideran punibles, y que dichas conductas se expresen en términos precisos, claros e inequívocos.

Esta exigencia de determinación de los textos de las normas sancionatorias se haya implícita en el principio de reserva de ley*, y de contera la taxatividad misma contribuye a incrementar en la labor legislativa el rigor de precisión en la elaboración de las reglas de Derecho. De hecho el ideal de claridad resulta consustancial a la función reguladora del Derecho, por manera que si el sistema jurídico pretende reglamentar las expectativas sociales de comportamiento deberá dirigirse a los destinatarios de dichas expectativas mediante un lenguaje caracterizado por la claridad.

No obstante la determinación como mandato, es indefectible afrontar un importante margen de indeterminación de las normas sancionatorias, ya advertido por la dogmática penal (Zaffaroni, p. 110), y la teoría jurídica (Alchourrón & Bulygin, 1975), cuando se repara en el carácter parcialmente indeterminado del Derecho.

Esta *indeterminación* como problema explica el papel de guía de comportamiento de los principios jurídicos, cuando se reportan por los operadores judiciales dificultades en la aplicación de las reglas de derecho positivo.

Seguramente en materias como el Derecho Administrativo o el Derecho Privado la utilización práctica de los principios directivos en la solución de la indeterminación de las formulaciones normativas resulte de irreparable rendimiento en la solución de los casos, pero en Derecho Penal la existencia y usanza de los principios, concebidos bajo la nominación de *normas rectoras*, merece especial atención, cuando quiera que la exigencia de precisión se traduce en el control mínimo del contenido de las normas prohibitivas o permisivas del Derecho Penal, constituyéndose en un marco fundamental para su significación, que se materializa en su interrelación y aplicación (Fernández, 1991, p. 95).

No obstante el derrotero de taxatividad, debe reconocerse la posibilidad de redacción de textos jurídicos con un importante margen de indeterminación, lo que abre una necesaria intervención interpretativa del dispensador de justicia, ante la reprochable interpretación exegética del texto normativo, a la manera en que el pensamiento ilustrado pretendía que los cuerpos normativos fueran tan precisos en su redacción que redujeran la labor judicial a una llana aplicación mecánica de la ley por parte del juez.

Una *apertura* de esta característica, es desde luego, generadora de costos importantes para la seguridad jurídica, los cuales solo pueden ser reducidos pero no suprimidos.

Así, el principio de legalidad, a través de la taxatividad, será, entonces, el sedimento de la libertad del ciudadano, pues solo las nor-

* La correspondencia entre taxatividad y reserva de ley es advertida por Silva Sánchez. Cfr. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 257.

mas con claros límites del lenguaje normativo permitirán a los destinatarios del Derecho elegir, con conocimiento de la ley, si se siguen o no las prohibiciones penales.

Más adelante observaremos si la taxatividad es alcanzada en el lenguaje normativo del terrorismo, si existe algún margen de indeterminación, o se evidencia una problemática indefinición, más allá de lo normativo.

4. LA INDEFINICIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO

Pese al derrotero de taxatividad, o determinación exhaustiva del concepto legal de terrorismo, el legislador jurídico-penal desde la primera definición legal de este delito*

* Art. 187. Terrorismo. Modificado por el Decreto 2266 de 1991, Art. 4. El que provoque o mantenga en estado de zozobra a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que ocasionen con este hecho.

Si el estado de zozobra o de terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales. Otro tanto hizo el legislador extraordinario en Colombia mediante el Decreto 180 de 1988, con el cual exacerbó la omnipresencia normativa del terrorismo en el sistema penal. Esto por medio de la creación de un capítulo I destinado a los delitos de terrorismo entre estos: terrorismo, auxilio a las actividades terroristas, omisión de informes sobre actividades terroristas, exigencia o solicitud de cuotas para terrorismo, instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas, instigación al terrorismo, incendio, destrucción o daño de nave, aeronave o medio de transporte por acto terrorista, disparo de arma de fuego y empleo de explosivos contra vehículos, tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o sustancias tóxicas, empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo

—Código Penal de 1980—, asistió a una primera *vaguedad* del lenguaje normativo, representada en las palabras utilizadas por el legislador penal que describió las propiedades de un supuesto fáctico de peligrosidad, vertido en un enunciado jurídico, lo que ha generado una especie de carencia de límites precisos de esta especial forma normativa.

Estos “espacios de penumbra”, propios de la vaguedad, identifican un grupo de casos en los que los límites del lenguaje normativo no resultan claramente observables y, en consecuencia, la imprecisión cobra una graduación interpretativa que se revelaría, cuantitativamente en casos a los que no pueda aplicarse el Derecho, como afirmara Nino (1999, p. 264).

En el ámbito jurídico penal la vaguedad se encuentra reflejada en el concepto, contenido y alcance de algunos elementos del tipo legal, particularmente en los conocidos *elementos descriptivos* del tipo, a través de los cuales se describen objetos del mundo real, que como conceptos pueden ser tomados del lenguaje cotidiano por poseer una referencia a la realidad cognoscible**:

de las fuerzas militares o de Policía Nacional, corrupción de alimentos y medicinas, instrucción y entrenamiento, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, administración de recursos, intercepción de correspondencia oficial, y utilización ilegal de uniformes e insignias.

** Como un paradigma del conocimiento de esta clase de objetos descritos por la norma penal se plantea la fórmula de la “valoración paralela en la esfera del profano” que fuera propuesta por Mezger siguiendo a Binding, Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich (2003). *Tratado de derecho penal*, p. 316.

Otro tanto hace a la vaguedad de algunos *elementos normativos* del tipo, que como conceptos dotados de contenido normativo, no resultan de fácil aprehensión para el destinatario de la norma, o se prestan a diferentes, y no convergentes, interpretaciones, por lo que debe acudir a la idea de derecho que pueda concurrir en el ámbito de conocimiento de un ciudadano común.

Destacado es el caso de las actuales técnicas de tipificación en los delitos de peligro, abstracto, como el de terrorismo, en los cuales se utilizan elementos descriptivos que corresponden a alocuciones abiertas del lenguaje, que aun cuando explican expresiones semánticas, pertenecientes al lenguaje común, generan en la interpretación jurídica una apertura expansionista del Derecho Penal.

Es el caso de expresiones como “estado de zozobra o terror en la población”, o “actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”, que al romper invitan a sustituir la palabra del legislador con la introducción de términos valorativos, que constituyan la puerta abierta a prácticas sustancialistas, en las cuales los excesivos juicios de valor dotan de una manida discrecionalidad al operador jurídico para delimitar las fronteras del concepto y contenido del delito, ingresando con ello a la contracara de la estricta legalidad, esto es, a decidir, por boca

del juez, qué debe comprender el concepto de delito y qué debe proteger el Derecho Penal.

No es fácil para el legislador alcanzar la precisión del lenguaje en los textos normativos, pero lo cierto es que resulta particularmente forzoso obtener una comprensión amplia del *dato axiológico* que pretende regular la abstracción del enunciado jurídico, sobre todo en lo que hace a las posibles excepciones en la aplicación de la ley en esos casos dudosos que no pueden ser subsumidos.

5. EL DATO DE LA SOCIOLOGÍA EN LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS DEL TERRORISMO

Si las voces utilizadas por el legislador en el texto de la ley, están informadas de valor axiológico, tomado de la información empírica de cada sociedad, en su propio contexto, resulta lógico afirmar que las acciones que se estiman punibles, se correspondan con una hipótesis de la realidad; es decir, que la norma penal, en efecto lleva al lenguaje normativo fenómenos, como comportamientos de la realidad.

De tal manera, que el terrorismo constituye un fenómeno más de la realidad, que ha sido dotado de conceptos propios de la sociología, que en su función epistemológica, ha conseguido un concepto legitimador, partiendo del contexto de sociedad y las características del fenómeno fáctico.

El decaimiento de la modernidad, y la con-

secuente introducción del movimiento de la posmodernidad, provocaron un cambio de paradigma en la sociología, generando una opinión catastrófica (Grosso, 2001, p. 39) y negativa en muchos de los ámbitos de la sociedad*.

Esta sociología se ha apropiado de conceptos como globalización, emancipación, individualidad, levedad, unificación de espacio/tiempo, flexibilidad y riesgo, que le han servido para caracterizar y definir los procesos sociales de nuestra actualidad, así como los fenómenos que al interior de estos se desarrollan.

Un nuevo concepto que en forma reductiva ha imbricado a la sociedad y sus fenómenos es el de “sociedad de riesgo global”, acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck (2002), y mediante el cual se pretende no solo fundamentar y legitimar, sino reconceptualizar los sistemas sociales y los riesgos que les amenazan.

A tal imbricación no escapan las categorías del sistema jurídico, menos aun la del sub-sistema del Derecho Penal. Ello es demos-

trativo, mediante la asunción de conceptos como seguridad, riesgo, responsabilidad o culpabilidad, respecto de los cuales se ha querido ocupar la sociología, al paso que se aceptan los aportes de esta por la dogmática penal actual (AAVV, 2009, pp. 23-58). La significación de ciertos bienes jurídicos, como intereses que a los que el Derecho Penal dispensa protección; el contenido de ciertas figuras delictivas, y muchas palabras del lenguaje normativo, han sido influenciados en su formación, como en su interpretación por la ciencia social.

Esto debe resultar entendible si se piensa que la política criminal, como política pública, debe utilizar a la sociología como una de las varias disciplinas, que le son útiles en esa verificación del contexto de la realidad, necesaria para llevar muchos conflictos sociales al Derecho. Sin embargo, debe advertirse que en algunos campos del Derecho Penal se presenta una suerte de sustitución conceptual de conceptos de Derecho Penal por los de la sociología o, si se quiere, una especie de dotación conceptual de esta disciplina social al lenguaje jurídico-penal, que ha generado las contradicciones propias de la insuficiencia que producen los conceptos difusos (Grasso, 2006, pp. 33-34).

Ello es demostrable cuando el concepto de seguridad, bien jurídico contra el que atenta el terrorismo, se define a partir de la analogía del significado de la persona del terrorista, como: moradores, como extraños ubicuos en el tiempo/espacio, generador de un

* “La principal técnica de poder es ahora la huida, el escurrimiento, la elisión, la capacidad de evitar, el rechazo concreto de cualquier confinamiento territorial y de sus engorrosos corolarios de construcción y mantenimiento de un orden, en la responsabilidad por sus consecuencias y de la necesidad de afrontar sus costos”, con estas palabras define claramente la llamada “modernidad líquida” el sociólogo polaco Zygmunt Bauman a la sociedad actual. Cfr. Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2009, p. 17. Otros sociólogos han definido esta nueva época, como “constelación postnacional”, “modernidad reflexiva”, o “segunda modernidad”.

“miedo ambiente”, el que genera una política del miedo cotidiano (Bauman, 2009, pp. 101, 102, 115). Al tiempo, cuando se quiere definir los que afectan la seguridad, se utilizan los conceptos de riesgo y de peligro, los que se pretenden homologar, sin proporciones, al concepto de delito; así lo hace Beck, cuando afirma: “Los nuevos peligros están eliminando los cimientos convencionales de seguridad” (Beck, 2002, p. 37).

A este reflejo analógico se ha conducido también el concepto de “terrorismo”, como fenómeno fáctico que lesiona la seguridad pública, y respecto del cual —señalan las políticas públicas— deben adoptarse medidas antiterroristas.

Las medidas antiterroristas, desde luego, utilizan también la lógica del lenguaje de la analogía, cuando se expresa que debe prevalecer la seguridad sobre la libertad, que para conseguir libertad se requiere seguridad y que la sociedad como un cuerpo supremo, e imagen simbólica de la comunidad, debe ser “purificada de toda sustancia extraña e indigerible, con todos los puntos de acceso, cuidadosamente vigilados, controlados y protegidos...” (Bauman, pp. 194-195).

Es esta lógica contrafáctica la que se ha permitido definir el terrorismo, utilizando la significación de la respuesta estatal como modelo de definición. Así, la dinámica de interacción entre la acción terrorista y la reacción estatal es la que resulta más útil para

comprender la configuración del terrorismo (Cancio, 2010, p. 68).

Aparecen en esta configuración conceptos como el de miedo, que al recoger la significación de la zozobra y el terror, como afectación de la seguridad de la población, es apropiado por la sociología y los medios de comunicación, cuando se encargan desde sus ópticas de determinar la gravedad y prominencia del riesgo en que devienen los miedos. Es allí en donde la sociología define las emociones provocadas por el miedo, que hacen descuidar los cálculos de probabilidad de riesgo, y los ciudadanos terminan por ser objeto de este impacto (Sunstein, 2009, p. 127). El miedo será un elemento desagregado de la definición legal de terrorismo, que terminará encontrando significación empírica por la sociología.

A su paso, el concepto de “culpabilidad”, inmanente al Derecho Penal, en su configuración ha sido erosionado en su contenido y alcance, al señalarse la pérdida de eficacia en el caso del terrorismo. Afirma Pawlik que un concepto como el de culpabilidad, tan caro a la dogmática jurídico-penal, parece carecer de relevancia en la determinación de responsabilidad del delito de terrorismo (Pawlik, 2010, pp. 160 y ss.), lo que ha sido un terreno allanado para el momento judicial.

Queda entonces claro que la indefinición, con el proceso dialéctico terrorismo/antiterrorismo, sufre una incertidumbre conceptual (González, 2002, p. 19) que habilita al legislador y al juzgador, en sus diferentes

momentos funcionales, para conceptualizar y dar contenido a las categorías positivas del Derecho Penal, así como para fijar sus alcances.

Si ese proceso de *interacción* define la heurística con que se administra el fenómeno terrorista, las medidas legislativas y policiales adoptadas para contrarrestarlo serán explicativas de una forma de principio de precaución, en donde la definición jurídico-penal de terrorismo se vale de la misma base empírica de la heurística. Se trata, entonces, de un sistema argumental cerrado en donde el Derecho estará preso de la comprensión contrafáctica.

Tal problemática solo se explica por el quehacer de la sociología, cuando en la búsqueda de establecer conceptos que le son extraños a su carácter “relativo y transitorio”, se vale de medios, de suyo, inestables como discutibles, como la intuición, la literatura o los sentimientos de los investigadores, que a la postre pueden ser generadores de una auténtica anarquía epistemológica*.

A contrario, el fenómeno terrorista y su enfrentamiento, pueden ser tratados con ajuste al Estado de derecho, y sin afectar los conceptos, propios del Derecho Penal, los cuales, como reclama Pawlik, deben ser llamados por su nombre (p. 179). Desde luego será posible, en ese Estado de derecho,

alcanzar conceptos jurídicos estables, que permitan definir con certeza lo que deben entender los individuos del sistema jurídico, por delito de terrorismo. Al efecto, la sociología debe suministrar el dato de realidad sin que el mismo se subrogue en el contenido y concepto de las categorías del Derecho Penal.

REFERENCIAS

AAVV (2009). *Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Bogotá: Ibáñez.

Alchourrón, C. & Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

Atienza, M. (1996). *Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

Atienza, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.

Bauman, Z. (2009). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Beccaria, C. (1994). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.

Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI.

Cancio Meliá, M. (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editorial Reus.

* Con una crítica vehemente desde la criminología, Cfr. Carlos Alberto Elbert, *Manual básico de criminología*, p. 201.

- Carrasquilla, J. F. (1999). *Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. Segunda edición. Bogotá: Leyer.
- Carrasquilla, J. F. (2002). *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico-penal*. Bogotá: Edicons Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Elbert, C. A. (1995). *Manual básico de criminología*. Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Séptima edición. Madrid: Trotta.
- Ferrerres Comella, V. (2002). *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*. Madrid: Civitas.
- González Calleja, E. (2002). *Políticas del miedo: un balance del terrorismo en Europa*. Barcelona: Biblioteca Nueva.
- González Cussac, J. L. (2006). El derecho penal frente al terrorismo. En J. L. Gómez Colomer & J. L. González Cussac (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Grosso García, M. S. (2001). *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Bogotá: Ibáñez.
- Grosso García, M. S. (2003). *El concepto del delito en el nuevo código penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*. Primera edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Grosso García, M. S. (2006). ¿Qué es y qué puede ser el “derecho penal del enemigo”? Una aproximación crítica al concepto. En M. Cancio Meliá & C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*. Vol. 2 (pp. 33-34). Buenos Aires: Montevideo.
- Jesckeck, H. H. (2003). *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Editorial Comares.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, parte general*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona-México: Anthropos, Universidad Iberoamericana.
- Mir Puig, S. (2002). *Derecho penal, parte general*. Quinta edición. Barcelona.
- Nino, C. S. (1999). *Introducción al análisis del derecho*. Novena edición. Barcelona: Ariel.
- Pawlik, M. (2010). *La libertad institucionalizada*. Madrid: Marcial Pons.

Pérez Luño, A. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.

Pérez Luño, A. E. (2000). Seguridad jurídica. En E. Garzón Valdes, F. Laporta, *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta.

Sánchez, S. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.

Sunstein, C. (2009). *Leyes del miedo*. Madrid: Katz.

Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Quais os limites da participação do Estado no combate da exploração sexual e no tráfico de pessoas

¿Cuáles son los límites de participación del Estado en la lucha contra la explotación sexual y la trata de personas?

What are the limits of State participation in the fight against sexual exploitation and human trafficking?

RESUMO

Neste artigo algumas considerações críticas à luz da legislação e alguns pensadores sobre a necessidade ou não do Estado, para combater expressões da sexualidade, está discutindo seus limites e quando ele começa a necessidade de força da lei penal, em caso de tráfico e crimes de exploração sexual.

PALAVRAS-CHAVE

A exploração sexual, O tráfico, A liberdade sexual, Conduta criminosa.

RESUMEN

En el presente trabajo se hacen algunas consideraciones críticas a la luz de la legislación y de algunos pensadores, acerca de la necesidad, o no, del Estado, de combatir las expresiones de sexualidad, discutiendo sus límites, así como cuando empieza la necesidad de la fuerza del derecho penal, en el caso de la trata de personas y crímenes con explotación sexual.

PALABRAS CLAVE

Explotación sexual, Tráfico de personas, Libertad sexual, Conductas punibles.

ABSTRACT

In this paper some critical considerations in the light of the legislation and some thinkers about the necessity or not the state, to combat expressions of sexuality, is discussing its limits and when it starts the need for force of criminal law, in case of trafficking and sexual exploitation crimes.

KEYWORDS

Sexual exploitation, Trafficking, Sexual freedom, Criminal conduct.

MÁRCIO GHELLER

Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Derecho Previdenciário Brasileño. Reside en Curitiba (PR), Brasil. marciogheller@hotmail.com

Recibido: Enero 24 de 2014 • Aceptado: Marzo 6 de 2014

INTRODUÇÃO

A liberdade sexual diz respeito à possibilidade dos indivíduos em expressar seu potencial sexual.

Maria Helena Vilela*.

Durante milhares de anos o conhecimento sobre sexo** e sexualidade♦ não foi explorado suficientemente, em parte pelo *tabu* que o tema sexo representava (no sentido de comportamento inaceitável ou proibido em uma determinada sociedade se não fossem seguidas determinadas regras, que transformavam o sexo em algo perigoso, imundo ou impuro) em parte por ter sido *apropriado* pelas ordens religiosas, como mecanismo de controle social, ou ainda, para assegurar a linhagem das famílias, tribos ou clãs, pelo apelo que o grupo sanguíneo♦♦ exerce, no

* Enfermeira-obstetra, psicodramatista em Saúde Pública e em Sexualidade Humana pelo Centro de Estudos de Sexualidade Instituto H. Ellis. Diretora executiva do Instituto Kaplan.

** Conceitualmente o sexo está relacionado diretamente ao ato sexual e à satisfação da necessidade biológica de obter prazer sexual, necessidade essa que todo ser humano, seja normal ou com necessidades educacionais especiais, traz consigo desde que nasce, enquanto que sexualidade inclui o sexo, a afetividade, o carinho, o prazer, o amor ou o sentimento mútuo de bem querer, os gestos, a comunicação, o toque e a intimidade. Inclui, também, os valores e as normas morais que cada cultura elabora sobre o comportamento sexual (Machado, 1995).

♦ Segundo Foucault (1984), o termo sexualidade surgiu tardiamente, no início do século XIX. p. 09.

♦♦ O princípio de sangue, do *jus sanguinis* como recepcionado pelo direito, mantém-se como forma principal de transmissão da nacionalidade, e foi construído principalmente em consequência das grandes emigrações europeias dos séculos XIX e XX, para dar um abrigo legal aos filhos dos emigrantes nascidos fora do território determinada nação. Ainda hoje é adotado na maioria dos países europeus, o que tem sofrido críticas crescentes, pois privilegia filhos de europeus nascidos no exterior em detrimento de filhos de imigrantes não-europeus nascidos na Europa. O Brasil adota o critério do *jus soli* mitigado por critérios do *jus sanguinis*, chegando a doutrina a afirmar que o país adota um sistema misto ou híbrido.

tocante à transmissão de bens e direitos e manutenção do poder político.

1. A SEXUALIDADE E SEU APRISIONAMENTO HISTÓRICO

O conceito do comportamento e das relações sexuais tem evoluído, a partir do século XIII, quando nasce o Estado e a categoria política. Antes era a Igreja que regulava o sexo através do matrimônio.

O Estado herda seus traços essenciais da Igreja, a qual ele suplanta como sociedade global. Até a Revolução Francesa, a religião exerce sua ação sob formas sempre renovadas: o movimento conciliar, a reforma, as guerras de religião, as seitas protestantes, tudo isto contribuiu, de um modo ou de outro, para o novo mundo político. A religião havia dado nascimento ao político, o político, por sua vez, deu nascimento ao econômico. A era moderna testemunhou a emergência de um novo modo de considerar os fenômenos humanos, inclusive quanto a conduta e comportamento sexual, e da delimitação de um domínio separado, que evocamos corretamente pelas palavras econômica, econômico (Dumont, 2000, pp. 28-75).

Na nova ordem, econômica, a circulação de bens, serviços e recursos financeiros, a geração de riqueza, passa a ser agregada no comportamento sexual, provocando um rompimento moral, fato que assistimos, gradativamente, nas últimas décadas.

2. A LIVRE MANIFESTAÇÃO DA SEXUALIDADE VERSUS A EXPLORAÇÃO SEXUAL

Porém, a liberação sexual traz também efeitos colaterais. O sexo passa a ser um negócio lucrativo*, atraindo o crime organizado, que exige resposta e cooperação das nações, além das Nações Unidas**, com ações para combater a exploração sexual mediante o tráfico de pessoas e o tráfico ilícito de imigrantes.

Contudo, as ações para combater a exploração do sexo, o tráfico de pessoas e de imigrantes, não podem neutralizar as conquistas já consolidadas na liberação ou liberdade sexual, no direito de locomoção dos indivíduos entre as nações, ou seja, não podem restringir o direito a liberdade do indivíduo.

A liberdade é o direito de uma pessoa agir segundo sua vontade. Com a necessária capacidade de raciocinar e de valorizar de forma inteligente o mundo que nos rodeia para compreender as alternativas de escolha. As-

sim, liberdade pressupõe conhecimento e poder de tomada de decisão –autonomia.

O conhecimento sobre sexualidade e a autonomia de ambos os sexos desencadearam uma série de movimentos sociais –feministas, *hippies*, *gays*, *lésbicas*...– que levaram à conquista da liberdade sexual. Hoje, o indivíduo tem o direito de manifestar o seu desejo sexual. Cada pessoa tem o poder sobre si mesmo e a responsabilidade sobre seus atos.

Nesta perspectiva, qual é o papel do Estado? E o papel do direito?

A propósito da interferência do Estado nas vidas das pessoas (Habermas, 2010, pp. 103-134) questiona se podemos saber o que é potencialmente bom para os outros?

Alguns pontos entre livre manifestação da sexualidade, os limites da licitude na esfera das liberdades individuais, ao lado da exploração sexual, que por vezes tem conexão com o tráfico de pessoas, cujo limite se ocupa o regramento penal.

3. AS CONDUTAS SEXUAIS LICITAS E AS PENALIZAVEIS

Sexo, casamento, reprodução. O velho tripe que suportou, por muito tempo, o conceito de família. Após a descoberta científica da inseminação artificial e seus métodos *in vitro*, não é mais *conditio sine qua non* o ato sexual para a procriação. O sexo passa a ser aceito como fonte de prazer (Dias, 2011). Por

* A professora Jéssica Ferracioli, em programa Saber Direito para a *TV Justiça* brasileira, tratando sobre tráfico de pessoas afirma que doze milhões de pessoas são vítimas anuais do crime organizado transnacional relacionado ao tráfico de pessoas em todo o mundo, mercado que movimenta trinta e dois bilhões de dólares anuais. Recuperado de <http://www.tvjustica.jus.br/index/ver-detalle-programa/idPrograma/212891/youtubeid/546xNPkARaw> em 28 de outubro de 2013.

** A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, é o principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional. Ela foi aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, data em que foi colocada à disposição dos Estados-membros para assinatura, e entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2003. Recuperado de <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>, em 28 de outubro de 2013.

vezes, como fonte de renda*. O conceito se expande. Além da sexualidade heterossexual, Foucault (1984) descreve como “sexualidades periféricas” todas as demais formas de sexualidade.

Assim, a conduta sexual não será sempre, em sua intensidade ou em suas formas, relacionada com o sistema de interdições, o que não quer dizer que não haja uma preocupação moral forte. Pergunta-se Foucault: de que maneira, porque e sob que forma a atividade sexual foi constituída como campo moral? Porque este cuidado ético tão insistente apesar de variável em suas formas e em sua intensidade? Porque esta *problematização*?

Procuramos, frente a ordem jurídica brasileira, apresentar quais as condutas são juridicamente aceitáveis, e quais as outras que recebem a negativa pela norma**, sempre

sublinhando que a disciplina jurídica da satisfação da *libido* ou *apetite sexual* reclama, como condição precípua, a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais.

A prostituição no Brasil é uma atividade profissional* reconhecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego que não possui restrições legais enquanto praticada por adultos. Logo, seu exercício é lícito. Mas a exploração sexual** por terceiros, como atividade econômica, é proibida, bem como sua prática com menores. Contudo quando praticada mediante constrangimento, violência, fraude ou assédio, mesmo entre maiores, é penalizada*. O emprego da violência qualifica o tipo penal.

Oportuno esclarecer que ao lado da legaliza-

* Portugal. Jorge Fiel. “Há no nosso país uma indústria do sexo, que envolve cerca de 60 mil pessoas (mais ou menos tantos quantos os profissionais de saúde), cujos diferentes setores - que vão desde a prostituição até à rede de 150 sex shops, passando pelos/as strippers, atores e atrizes de filmes pornô, trabalhadores de linhas eróticas, etc. - vivem na penumbra, entre uma legalidade disfarçada e uma clandestinidade consentida”. Recuperado em 18 de outubro de 2013, de http://www.jn.pt/Opinio/default.aspx?content_id=3011899&opinio=Jorge%20Fiel.

** Há no mundo três sistemas legais sobre prostituição. O *abolicionismo*, o *regulamentarismo* e o *proibicionismo*. A maioria dos países, como o Brasil, adota o *abolicionismo*. Por esta visão, a prostituta é uma vítima e só exerce a atividade por coação de um terceiro, o “explorador” ou “agenciador”, que receberia parte dos lucros obtidos pelo profissional do sexo (como se todos os padrões não recebessem). Por isso, a legislação abolicionista pune o dono ou gerente de casa de prostituição e não a prostituta. Nesse sistema, quem está na ilegalidade é o empresário, ou patrão, e não há qualquer proibição em relação a alguém negociar sexo e fantasia sexual. A corrupção fica facilitada neste caso. O Brasil adota esse sistema desde 1942 (Silva, M.B., 2013). Recuperado de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5233, em 18 de outubro de 2013.

* O governo brasileiro classifica as atividades profissionais, atribuindo-lhes um código, chamado CBO -Classificação Brasileira de Ocupações. Na posição 5198-05 encontramos a atividade de profissional do sexo, que inclui garota de programa, garoto de programa, meretriz, mesalina, michê, mulher da vida, prostituta, trabalhador do sexo. Ocorre que como esta atividade ainda é bastante estigmatizada no país, embora lícita, não tem adesão popular. Descrição da atividade é de profissionais que buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão. Dados recuperados 19 de outubro de 2013, de <http://www.mteco.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>

** A exploração sexual é o meio pelo qual o indivíduo obtém lucro financeiro por conta da prostituição de outra pessoa, seja em troca de favores sexuais, incentivo à prostituição, turismo sexual, ou rufianismo. As mulheres e adolescentes vítimas do tráfico internacional são levadas para a Espanha (destino mais frequente com 32 rotas), Holanda (11 rotas), Venezuela (10 rotas), Itália, Portugal, Paraguai, Suíça, Estados Unidos, Alemanha e Suriname. Dados recuperados 19 de outubro de 2013, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_58/artigos/Art_Monica.htm.

♦ Vide anexo ao final do trabalho.

ção da profissão, uma dura realidade que o Estado não consegue erradicar ou combater eficazmente, a solução encontrada foi resgatar tais indivíduos e deixar de considerá-los como delinquentes. A preocupação deve ser dirigida a questões de saúde pública e combate a doenças sexualmente transmissíveis (no Brasil conhecidas como DST) cujo custo financeiro relacionado ao tratamento é custeado pelo Estado.

O incesto (Lima, 2013)* do latim *incestu* (impuro, impudico) que é definido como a conjunção carnal entre parentes por consanguinidade ou afinidade, que se acham, em grau, interditados, ou proibidos, para as justas núpcias, sob o ponto de vista jurídico, não é uma conduta típica no Brasil, desde que não praticado contra vulneráveis ou com uso de fraude e violência. Hungria (1977) cita que os códigos italiano, suíço, alemão, polonês, norueguês e chileno o incriminam, enquanto o brasileiro se limita a exasperar especialmente a pena quando tais tipos são praticados por quem deveria proteger a vítima.

4. EXPLORAÇÃO SEXUAL E TRÁFICO DE PESSOAS

Para inibir a atividade de exploração sexual o legislador brasileiro definiu treze tipos penais relacionados a crimes contra a dignidade sexual (estupro, violação sexual mediante

fraude, assédio sexual, estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, favorecimento da prostituição** ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, mediação para servir a lascívia de outrem, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, casa de prostituição, rufianismo, tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual e tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual) cujas penas variam, conforme o tipo, de um a quinze anos de detenção. Cumpre notar, para logo, (Hungria, 1977) em relação à violência que a lei, em certos casos, a *presume*, ou *finge* seu emprego em se tratando de vulnerável.

A grande dificuldade em regar o exato termo entre o que é liberdade de expressão sexual e a utilização indevida dos serviços sexuais passa por questões sociológicas. Se de um lado não existe óbice na prostituição como meio de sobrevivência, de outro existem indivíduos em especial situação de exposição ao risco, em que a vítima não tem a opção de

** A expressão prostituição deve ser entendida como sinônimo de trabalho sexual. Pedofilia, *paedophilia erótica* ou pedosexualidade é a perversão sexual, na qual a atração sexual de um indivíduo adulto ou adolescente está dirigida primariamente para crianças pré-púberes, sem características secundárias definidas. Pederastia designa o relacionamento erótico entre um homem e um menino com características secundárias definidas. Por extensão de sentido, o termo é modernamente utilizado para designar, além da prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem, também qualquer relação homossexual masculina. E favores sexuais as relações consentidas decorrentes de contrato de trabalho, doméstico ou urbano. Notas de aulas e recuperado em 19 de outubro de 2013 de <http://www.dicionarioinformal.com.br/pederastia/>.

* Lima, A.C. Por que o incesto não é crime no Brasil? Recuperado em 21 de outubro de 2013, de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4574.

escolha ou é atraída e se rende a promessa de auferir, fama e ganhos financeiros. O alvo predileto das redes de prostituição internacional são as mulheres e as crianças, especialmente das áreas arrasadas por conflitos armados (exemplos Timor Leste, região dos Balcãs, lagos africanos) e as regiões geográficas em que as populações são muito empobrecidas.

Nestes locais, onde existe uma *assimetria endêmica* em relação às nações mais abastadas, com a proliferação da pobreza geral, a erosão de oportunidades e dos costumes, a globalização econômica insere as profissionais do sexo, as que prestam serviços domésticos e as operarias em geral na rota do turismo sexual.

Também algumas nações são alvo de rotas do turismo sexual. Por exemplo o Brasil, com suas praias nordestinas exuberantes, a propagando das festas de carnaval no Rio de Janeiro e idealização feita em prosa e verso sobre a mulher brasileira contribui na *reificação* de gênero como mercadoria aos traficantes.

O turismo sexual e a pornografia infantil tornaram-se indústrias mundiais, facilitadas por tecnologias como a Internet, que ampliam enormemente as alternativas dos “consumidores” e possibilitam transações imediatas e não-detectáveis. O tráfico é também motivado pela demanda mundial de mão-de-obra barata, vulnerável e ilegal.

Evidentemente as pessoas não são obrigadas a prestarem favores sexuais ou se prostituírem em outros países ou regiões. Mas a esperança em uma vida melhor, a luxúria que impera em muitos ideários femininos (e masculinos) tornam a mulher presa fácil, aliado ao fato de que muitas vezes as vítimas gostam da atividade e até mesmo se sentem amparadas pelo explorador. Hungria (1977), citando Ada Von Potenstein, esclarece que não seria tão difícil refrear o tráfico se a vítima não se entregasse, quase sempre, de boa vontade.

E ainda não podemos subestimar a habilidade e o poder de convencimento do crime organizado. Com a promessa de uma vida melhor, com anúncios de falsos empregos ou possibilidade de estudo no exterior, promessas de casamento e estabilidade econômico-financeira em outro país, as vítimas normalmente com baixa escolaridade, com dificuldade de comunicação em outros idiomas, sem o conhecimento do risco, subestimando as consequências de tais “oportunidades”, aceitam o risco inicial sem perceber que se colocam em situações reais de abuso.

Quando tal ocorre, as redes criminosas organizadas, aproveitando-se das mesmas regras que garantem a liberdade individual, contando com a eventual corrupção de autoridades alfandegárias que acatam documentos falsos ou falsificados, inserem estes indivíduos em seus negócios, de escravos sexuais, casamentos forçados, adoções ilegais, tráfico ilícito de trabalhadores imigrantes, exploração da mendicância.

Como se trata de organizações, evidentemente as mesmas conseguem operacionalizar o recrutamento, com alto grau de convencimento; a transferência ou traslado da vítima com transporte a pé, de barco, automóvel ou avião, onde deve ser feita a retirada do alvo do local onde a mesma é conhecida para reduzir a possibilidade de ser socorrida; e finalmente o acolhimento ou alojamento no destino, onde normalmente percebe-se a prática da violência em caso de renúncia aos comandos da organização, de maneira imediata (contra a vítima) ou mediata (com ameaças contra filhos ou demais familiares).

Neste caso, o que diferencia o lícito do ilícito é sempre o consentimento da vítima, em que se irá perquirir sobre a existência de violência, de fraude, de engano e até de eventual rapto. Com diz Hungria (p. 107), o *dissenso* da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca *resistência*.

Preparada a abordagem das causas de descumprimento da liberdade e dignidade sexual, sua relação com a atitude comercial ilícita do tráfico de pessoas, passemos as medidas de controle*.

5. É NECESSÁRIA A PARTICIPAÇÃO ESTATAL?

Embora saibamos que a participação do Estado no regramento de assuntos como sexualidade e sexo sejam, *prima facie*, dispensáveis, além do que foi regrado pelo direito penal, permanecemos vinculados a necessidade do regramento, no sentido da frase de Horkheimer, quando descreve a teoria crítica em seu conjunto: “Ela sabe que Deus não existe, mas continua a acreditar nele”. (Habermas, 2010, p. 151). Ou seja, em última análise buscamos soluções em regras públicas.

As causas do tráfico humano (RTP, 2005) são complexas e, muitas vezes, reforçam umas às outras. Quando se considera o tráfico de pessoas como um mercado mundial, as vítimas representam a oferta e os empregadores abusivos ou exploradores do sexo (também conhecidos como compradores de sexo) representam a procura**.

Do lado da procura, entre os fatores que motivam o tráfico de pessoas estão a indús-

* O tráfico ilícito de pessoas, parece ser um mercado então em ascensão, com o que não concordamos. Talvez tal percepção seja dada pela facilidade de comunicação trazida atualmente pela internet, além da globalização, do crescimento da economia informal, a feminilização da imigração, o crescimento da indústria do sexo e o turismo sexual como estratégias de desenvolvimento e da visualização do fenômeno da criminalidade organizada. Mas é fato que desde a antiguidade clássica, Grécia e Roma utilizavam-se do tráfico de seres humanos para fim de exploração de mão de obra laboral. Depois houve o tráfico negreiro transatlântico oriundo da África para as Américas. Posteriormente o tráfico de escravos brancos, trazidas da Polônia, Hungria, Galícia e Rússia, aproveitando os fluxos migratórios, para serem exploradas sexualmente nas Américas, o que levou a Inglaterra a criminalizar pela primeira vez tais condutas em 1885 – *Criminal Law Amendment Act*. (Hungria, 1997).

** A maior parte das pessoas que migram de países em desenvolvimento em busca de trabalho são mulheres. Paralelamente às razões de ordem econômica e pobreza, as mulheres enfrentam o problema da discriminação e da violência que as forçam a fugir de seus países. Muitas acreditam estar migrando em busca de emprego e melhores condições de vida, mas a grande maioria é explorada por redes internacionais de tráfico para a prostituição forçada. Como a grande maioria vive na ilegalidade, quase não há dados sobre essas mulheres e elas acabam sofrendo dupla discriminação ao se verem impedidas de denunciarem sua situação. Recuperado em 21 de outubro de 2013, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_58/artigos/Art_Monica.htm.

tria do sexo e a crescente demanda de mão-de-obra passível de exploração. O turismo sexual e a pornografia infantil tornaram-se indústrias mundiais, facilitadas por tecnologias como a Internet, que ampliam enormemente as alternativas dos “consumidores” e possibilitam transações imediatas e não-detectáveis. O tráfico é também motivado pela demanda mundial de mão-de-obra barata, vulnerável e ilegal.

Segundo o relatório extraído do Departamento de Estado americano, as estratégias eficazes no combate ao tráfico devem ter em mira tanto o lado da oferta –os traficantes– como o lado da procura –os proprietários e, no caso do tráfico para a exploração sexual, os compradores de sexo. Programas que alertem as comunidades contra os perigos do tráfico, melhorem e ampliem as oportunidades educacionais e econômicas dos grupos vulneráveis, promovam acesso equânime à educação, eduquem as pessoas a respeito de seus direitos legais, e criem melhores e mais amplas oportunidades de vida são eficazes; identificar e interditar as rotas do tráfico por meio de melhor coleta de dados; esclarecer as definições jurídicas do que constitui tráfico e coordenar as responsabilidades das autoridades encarregadas do cumprimento da lei; e proporcionar treinamento aos quadros de pessoal na identificação e orientação das vítimas do tráfico para que estas possam obter assistência apropriada. Do lado da procura, aqueles que exploram pessoas traficadas devem ser identificados e processados. Os empregadores de mão-de-obra forçada e

os exploradores das vítimas traficadas para exploração sexual devem ter seus nomes divulgados. Neste particular o relatório pesquisado sugere a exposição dos traficantes, que obviamente somente poderá ser feito após final condenação criminal, garantindo-se o devido processo legal, sob pena de execração pública, tao odiosa quando o tráfico em si.

De fato, ao observarmos espaço fronteiriço entre a liberdade sexual e o mínimo ético descrito os tipos penais, nos detemos na percepção de novos paradigmas, que vem a cunhar um novo conceito para família, sinaliza para a *afetividade* como elemento nuclear da família, inclusive, no caso brasileiro, com as situações regradas pela Lei Maria da Penha, que define família como relação íntima de afeto, onde expressamente é afirmado que família independe da orientação sexual de seus membros.

Forçosamente, vemos um avanço de interpretação das realidades sociais, em que somente com a mudança de foco dos elementos formadores da família, ou seja, o legislador regrado a mudança do conceito civil de família, de um núcleo econômico e de reprodução, com representatividade política e religiosa para um núcleo afetivo de convivência como elemento estruturante e fundante da família é que serão assentadores os novos valores de comportamentos sociais válidos e aceitáveis, não mais fundadas no *pater familias* e na indissolubilidade do casamento, mas na cumplicidade, afeto e solidariedade

mutua. E a transformação só ocorre com a presença do Estado e do Direito.

Segundo Kant (2005, p. 15), as pessoas não se uniram em um Estado por meio de sua vontade geral meramente por prudência ou amor à vida, mas para instituir um sistema de propriedade correto. Ao referir-se a pessoa humana, declarava que o ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio para a consecução de quaisquer fins arbitrários, visto que ele não tem preço, mas uma *dignidade* (Kant, 2002. pp. 58-59).

Desta forma, quando afirmamos a dignidade da pessoa humana, a garantia do princípio da igualdade, o direito de locomoção, o direito à vida e à liberdade, significa que a Constituição consagra uma sociedade plural, reconhece e protege o direito das pessoas viverem seus diferentes projetos de vida, inclusive sua sexualidade e dignidade sexual.

Então dignidade e dignidade sexual estão vinculadas, e é importante que se faça o comentário porque aprende-se a dignidade no seio da família, dá-se os primeiros passos no desenvolvimento da sexualidade na família, e creio que uma família bem definida, harmônica, certamente minimiza o risco da necessidade de prestação de sexo profissional ou comercial, ficando a eventual vítima mais afastada das mãos dos traficantes.

6. CONCLUSÕES

A destradicionalização dos mundos da vida

constitui um aspecto importante para a modernização social; ela pode ser entendida como uma adaptação cognitiva das condições de vida objetivas, que são incessantemente revolucionadas em consequência dos avanços científicos e técnicos (Habermas, 2010, p. 37).

Em relação a conduta sexual, é certo afirmar que no conceito de *campo jurídico* do esquema de Bourdieu (1986), onde existe uma constante interação entre o sistema jurídico, oscilando entre a ordem/desordem, com troca de energia (entropia) para consolidar o lícito/ilícito devem ser utilizados os valores predominantes no grupo, e redefinir novas condutas sexuais aceitáveis.

Importantes avanços foram conquistados do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos das mulheres com a adoção da *CEDAW*, da *Plataforma de Ação de Pequim* e, finalmente, do *Protocolo da Convenção de Palermo* para a repressão do tráfico de pessoas, em especial o de mulheres.

Os avanços obtidos permitem afirmar que as vítimas do tráfico já não podem mais ser consideradas como criminosas e cúmplices do tráfico, mas sim como pessoas que sofreram sérias violações em seus direitos humanos fundamentais. Para tanto se torna irrelevante que a mulher tenha consentido em exercer a prostituição fora de seu país.

Mas, em especial a questão da participação do Estado na exploração sexual e no tráfico

de pessoas, parece fundamental assegurar as manifestações da liberdade sexual de um lado, garantir a penalização de condutas dos crimes contra a dignidade sexual (vide anexo), bem como, mesmo nos casos em que haja bens jurídicos protegidos (vida e liberdade), os destinatários deste benefício de proteção precisam ter a chance de dizer “não” ou alternativamente serem resgatados pelo seu Estado nacional*.

Quanto à ação penal, nos tipos relacionados com crimes sexuais, que afetam profundamente o valor social da vítima, e a honrabilidade de suas famílias, muitas vezes é preferível o *silencio ao strepitus iudicii* em torno deles. Em certos casos a ação penal é pública, quando a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo ou quando o crime for cometido com abuso do poder familiar ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (Hungria, 1977). Conclui-se que a ação penal pode ser pública incondicionada ou condicionada a representação conforme o tipo penal a que se refira**.

Finalizo com uma alocação, que ao que

* O Brasil aprovou, através da Resolução do Senado Nacional n. 231 de 29/5/03, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, Decretos N° 5.015 e 5.017, de 12/03/2004. Anteriormente, também participou da Convenção para Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, regulado internamente pelo Decreto nº 46.981, de 08/10/1959. Em relação ao Mercosul, vide Decreto nº 3.468, de 17/05/2000, que trata de assistência jurídica mútua.

** Como exemplos vide artigos 100 e 225 do código penal brasileiro (Decreto-Lei 2.848/40) sobre a disponibilidade da ação penal.

tudo indica foi cunhada pelo general romano *Pompeu*, no ano 70 a. C., que submeteu seus soldados a uma navegação perigosa pelo mar, enfrentando piratas e com risco de vida, com o objetivo de transportar comida aos compatriotas do outro lado do oceano, embora outros a atribuam ao poeta, intelectual e humanista italiano Francesco Petrarca (1304/1374), e que foi imortalizada pelo poeta português Fernando Pessoa (1888/1935):

Navegar é preciso... Viver, não é preciso!!!

REFERÊNCIAS

Dias, M. B. (2011). *Diversidade sexual e direito homo afetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Dumont, L. (2000). *Homo aequalis*. Tradução José Leonardo Nascimento. Bauru: Editora EDUSC.

Foucault, M. (1984). *História da sexualidade*. Rio de Janeiro: Graal.

Foucault, M. (2012). *História da sexualidade*. Volume II, O uso dos Prazeres (13ª. ed.). Tradução Maria Tereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal.

Habermas, J. (2010). *O Futuro da Natureza Humana*. 2ª. ed. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Editora wmfmartinsfontes.

Hungria, N. & Fragoso, H. C. (1977). *Comentários ao código penal*. 5ª. Ed. São Paulo: Forense.

Jesus, D. E. de (1991). *Código penal anotado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva.

Kant, I. (2002). *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret.

Kant, I. (2005). *Liberdade e Natureza*. Tradução de Lourdes Borges e José Heck (org.). Florianópolis: Editora UFSC.

Machado, J. C. F. (1995). *Sexo com liberdade*. São Paulo: Editora Vozes.

Tirado, M. (2013). *Comercio Sexual*. 2ª ed. Bogotá: ILAE.

Anexo: Limites do direito penal brasileiro

O código penal brasileiro reserva três capítulos relacionados aos **crimes contra a dignidade sexual**: Recuperado em 19 de outubro de 2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

a) Os crimes contra a **liberdade sexual**, no capítulo I, com as seguintes condutas:

a.1) **o estupro** (Art. 213. *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*);

a.2) **a violação sexual mediante fraude** (Art. 215. *Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*);

a.3) **o assédio sexual** (Art. 216-A. *Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*).

b) Os **crimes sexuais contra vulnerável**, no capítulo II:

b.1) **estupro de vulnerável** (Art. 217-A. *Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos*);

b.2) **corrupção de menores** (Art. 218. *Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem*);

b.3) **satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente** (Art. 218-A. *Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem*);

b.4) **favorecimento da prostituição* ou outra forma de exploração sexual de vulnerável** (Art. 218-B. *Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone*).

c) **O lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual**, no capítulo V:

c.1) **mediação para servir a lascívia de outrem** (Art. 227 - *Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem*);

c.2) **favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual** (Art. 228. *Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone*);

c.3) **casa de prostituição** (Art. 229. *Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente*);

c.4) **rufianismo** (Art. 230 - *Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça*);

c.5) **tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual** (Art. 231. *Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro*);

c.6) **tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual** (Art. 231-A. *Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual*).

* A expressão prostituição deve ser entendida como sinônimo de trabalho sexual. Pedofilia, *paedophilia erótica* ou pedosexualidade é a perversão sexual, na qual a atração sexual de um indivíduo adulto ou adolescente está dirigida primariamente para crianças pré-púberes, sem características secundárias definidas. Pederastia designa o relacionamento erótico entre um homem e um menino com características secundárias definidas. Por extensão de sentido, o termo é modernamente utilizado para designar, além da prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem, também qualquer relação homossexual masculina. E favores sexuais as relações consentidas decorrentes de contrato de trabalho, doméstico ou urbano. Notas de aulas e recuperado em 19 de outubro de 2013 de <http://www.dicionarioinformal.com.br/pederastia/>

Tráfico humano

Tráfico humano
Human trafficking

RESUMO

A pesquisa trata das questões relativas ao tráfico internacional de pessoas, o qual tem sido uma preocupação mundial com relação a sua repressão e prevenção. O fato é que o fenômeno se apresenta com considerável aumento gradativo, resultado de contradições políticas e sociais que foram acentuadas pela globalização e o avanço tecnológico, bem como pelas lacunas deixadas na fiscalização e pela corrupção fronteiriça dos Estados-Nações. Assim, tanto o tráfico humano para fins de exploração sexual como para a prática do trabalho escravo vem sofrendo um agravamento, tendo como principal causa a desigualdade social e cultural dos povos.

PALAVRAS-CHAVE

Pessoas, Tráfico internacional, Exploração sexual, Trabalho escravo.

RESUMEN

La investigación se ocupa de cuestiones relativas a la trata internacional de personas, lo que ha sido motivo de preocupación en todo el mundo acerca de su enjuiciamiento y la prevención. El hecho es que el fenómeno se presenta, con un considerable aumento gradual como resultado, de las contradicciones políticas y sociales que fueron acentuadas por la globalización y los avances tecnológicos, así como las lagunas existentes, en la aplicación y la frontera corrupción de los Estados-nación. Así, tanto la trata de personas, con fines de explotación sexual y de la práctica del trabajo esclavo, ha sufrido un aumento con la principal causa la desigualdad social y cultural de los pueblos.

PALABRAS CLAVE

Las personas, Tráfico internacional, Explotación sexual, Trabajo forzado.

ABSTRACT

The research deals with issues relating to international trafficking in persons, which has been a worldwide concern about his prosecution and prevention. The fact is that the phenomenon presents with considerable increase gradually as a result of political and social contradictions that were accentuated by globalization and technological advances, as well as the gaps left in enforcement and border corruption of nation states. Thus, both human trafficking for sexual exploitation and to the practice of slave labor has suffered an aggravation, with the main causes social and cultural inequality of peoples.

KEYWORDS

People, International trafficking, Sexual exploitation, Forced labor.

NEREIDE JORGE PEREIRA ESPÍNDOLA

Possui graduação em Pedagogia pelo Centro Universitário do Triângulo (1996). Possui Pós-graduação em Redes de Computadores pela Universidade Federal de Uberlândia (2002). Possui graduação em DIREITO pela Universidade de Uberaba (2010). Possui Pós-graduação em Direito de Empresa pela Universidade Federal de Uberlândia 2012-2013. Atualmente é professora, advogada e conciliadora do TJMG. nereidejorge@hotmail.com

Recibido: Febrero 18 de 2014 • Aceptado: Abril 21 de 2014

INTRODUÇÃO

A pesquisa visa abordar a problemática do tráfico internacional de pessoas e suas implicações relativas à preocupação da comunidade mundial. Sendo que a principal função dos Estados é garantir a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, certos princípios elencados tanto na Constituição Federal quanto nos instrumentos internacionais devem ser observados e explanados na pesquisa.

Uma vez que a segurança e a liberdade dos indivíduos sempre foram questões de grande preocupação das comunidades internacionais, bem como da comunidade jurídica brasileira. Sendo assim, se faz relevante a abordagem da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, os quais consistem nos primeiros princípios a serem violados com a prática do tráfico internacional de pessoas. No âmbito da legislação brasileira destaca-se a aplicação dos comandos do Código Penal brasileiro no combate a tal ilícito penal.

O objetivo específico da pesquisa é abordar o tráfico internacional de pessoas sua incidência e a legislação pertinente à repressão do mesmo, tanto em nível nacional quanto internacional.

Os objetivos específicos consistem em discurrir a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana; analisar os instrumentos relativos à proteção aos direitos humanos;

ressaltar a importância dos instrumentos internacionais de proteção e prevenção ao tráfico de pessoas; demonstrar a repressão ao tráfico internacional de seres humanos na legislação brasileira; tecer considerações a respeito do tráfico internacional para a exploração sexual e para o trabalho escravo; observar as dificuldades na detecção do crime de tráfico de pessoas, entre outras questões relevantes.

A metodologia a ser utilizada na pesquisa funda-se na pesquisa bibliográfica, cujas fontes consultadas tiveram por objetivo estudar e investigar previamente questões relevantes a respeito do tráfico internacional de pessoas. Sendo assim, o teve por base o amplo leque de fontes disponível em periódicos, em artigos da internet, na legislação pátria, entre outros que trazem informações e reflexões sobre o assunto. Foi realizado um levantamento dos materiais disponíveis, os quais foram fichados um a um após uma leitura cuidadosa dos mesmos a fim de compor um conjunto de informações selecionadas e classificadas de acordo com as exigências que o tema requer que ficaram pré-definidas e nortearam o estudo.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O próprio Estado Democrático de Direito garante a dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, no Brasil, esse princípio foi inserido pelo legislador constituinte logo no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988

recebendo, desta forma, a condição de cláusula pétrea. Assim dispõe o mencionado dispositivo: “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”. Esse dispositivo é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, portanto, deve ser considerado como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino a respeito do referido princípio explicam que:

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado Brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana (Vicente, 2010, p. 90).

Por tanto, qualquer prática que atente contra a dignidade da pessoa humana é condenável. Alexandre de Moraes afirma que:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável

que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (Moraes, 2003, p. 128).

Ingo Wolfgang Sarlet lembra que a dignidade da pessoa humana “é decorrente da própria condição humana. (...) é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade” (Sarlet, 2006, pp. 64-65).

Maria Helena Diniz defende que o princípio da dignidade da pessoa humana consiste na base da comunidade familiar promovendo seu pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, em especial da criança e do adolescente, e faz críticas a juristas que, diante do novo conceito de família, comenta a crise, a desagregação e o desprestígio. Observa ainda que não há dúvidas de que a família passa por grandes modificações, porém, como organismo natural, ela não se extingue e como organismo jurídico vem se transformando em uma nova organização (Diniz, 2005, p. 198).

Assim, a dignidade da pessoa humana está inserida nos direitos e garantias fundamentais, sendo, portanto, inerente à personalidade humana. A dignidade é uma valoração moral da pessoa, cuja pretensão consiste no respeito por parte das demais pessoas.

Nos dizeres de Thomas Fleiner: “Os ataques contra a dignidade humana não se limitam à utilização de técnicas sutis e sofisticadas (...)” (Fleiner, 2003, p. 11).

Vale observar que a dignidade da pessoa humana é o alicerce para todos os direitos que a Constituição Federal assegura ao indivíduo, seja aqueles relativos à liberdade, os políticos, os do trabalho e os sociais, que fazem parte de todas as constituições democráticas.

Ressalte-se que o autor desenvolve a fórmula de dignidade a partir do conceito de Düring, com base na concepção Kantiana, a qual considera que a dignidade é atingida quando o indivíduo for rebaixado a objeto, tratado como coisa, desconsiderado como sujeito de direitos. Alerta também para o fato de que alguns países também inseriram no texto constitucional o princípio da dignidade, entre os quais: Alemanha, Espanha, Grécia, Irlanda, Portugal, Itália, Bélgica, Paraguai, Cuba, Venezuela, Peru, Bolívia, Chile, Guatemala e Rússia (Sarlet, 2006, p. 65).

Para Immanuel Kant:

(...) a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. (...) a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade (Kant, 2004, p. 52).

Atualmente as legislações conseguiram grandes avanços em termos de direitos humanos. No Brasil o direito interno incorporou o conteúdo de vários instrumentos internacionais existentes, além de ser signatário desses instrumentos. Entretanto, alguns desses avanços ainda aguardam por ser materializados na prática. Sem dúvida que a dignidade no trato com o ser humano é um direito inerente a todos os indivíduos, mas nos presídios isso nem sempre ocorre e os problemas estão aí, se tornam cada vez maiores. Existem ideias a respeito do que possa ser feito para transformar a situação, mas nada é colocado em prática de maneira efetiva.

Lauro Cesar Mazetto Ferreira considera que: “a dignidade da pessoa, fundamento de nosso sistema jurídico, é o ponto-chave do reconhecimento e proteção dos direitos humanos. É o fim último que garante um patamar de direitos que seja capaz de preservar seu objetivo fundamental” (Ferreira, 2007, p. 195).

2. OS DIREITOS HUMANOS

É imprescindível a concretização dos Documentos Internacionais que elevam os direitos fundamentais do homem, para fazer valer os princípios e regras de valor universal, uma vez que o ser humano é o único que pode dar conteúdo moral aos seus atos, bem como é o único que pode exercer eticamente suas ações.

A Declaração Americana dos Direitos e De-

veres do Homem, aprovada no ano de 1948, historicamente, foi o acordo internacional pioneiro que versou a respeito dos direitos humanos, pois antecedeu à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi promulgada seis meses depois.

Já em seu Preâmbulo a mencionada Declaração afirma que:

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros. (...) o cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.

Essa abrangência em relação a tais direitos traz a ideia de que os direitos humanos são universais, não importando a nacionalidade do indivíduo, apenas considerando requisitos mínimos para que a pessoa seja titular de direitos, evocando, para tanto, a aplicação do princípio dignidade humana.

Porém, os costumes de cada cultura é que forma a fonte dos direitos humanos. Tendo em sua fundamentação as limitações advindas de valores culturais próprios. Então, pode-se afirmar que o ser humano é produto do meio. Conforme observa Flávia Piovesan:

Neste prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Neste sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeite as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral (Piovesan, 2002, pp. 192-193).

Seja qual for o tipo de crença ou convicção, a vida é considerada para todos os povos como um valor ético e, na convivência obrigatória com outros seres humanos, cada um deve respeito à dignidade do outro.

Foram os atos desumanos praticados especialmente contra aos judeus que deram origem à constitucionalização da dignidade da pessoa humana, positivando-a na maioria das constituições ocidentais e na Declaração Universal das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. Portanto, de acordo com Flávia Piovesan, pode-se observar que foi a experiência nazista que gerou a necessidade da preservação da dignidade da pessoa humana (Piovesan, 2005, p. 48).

A mencionada autora ainda afirma que “a Declaração Universal de 1948, ao apresentar a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo dos direitos”. E ainda, que a titularidade de direitos tem como

único requisito a condição humana, considerando-se que todo ser humano tem uma dignidade a ele inerente, não estando esta na dependência de qualquer outro critério, senão o de ser humano. “O valor da dignidade humana projeta-se, portanto, por todo o sistema de proteção” (Piovesan, 2005, p. 43).

Sendo assim, o efetivo reconhecimento da dignidade da pessoa humana é uma das grandes conquistas do homem na cultura moderna. Cabendo ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é a própria expressão da consciência da humanidade sobre a dignidade da pessoa humana.

O ser humano, por sua própria natureza, prima por uma vida com dignidade com a presença da ética em todas as sociedades humanas.

3. DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO

Dentre os vários instrumentos internacionais que existem na seara dos direitos humanos, destacam-se alguns deles.

3.1. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (10-04-1948)

Aprovada no ano de 1948, historicamente, foi o acordo internacional pioneiro que versou a respeito dos direitos humanos, pois antecedeu à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi promulgada seis meses depois.

Já em seu Preâmbulo a mencionada Declaração afirma que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)”. Nos seus artigos I e II reafirma esses direitos:

Artigo I - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

Artigo II - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra.

Equiparando-se à Declaração anteriormente citada configura-se um documento de princípios, o qual deve ser observado em sua íntegra. Foi instituída como forma de reiterar e fortalecer o disposto na Declaração Universal.

3.2. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (10-12-1948)

Esta Declaração inovou em relação a ter aliado o rol dos direitos civis e políticos aos direitos sociais, econômicos e culturais, dando uma conotação e linguagem renovada aos direitos humanos. Deixou claro também que a igualdade e a liberdade são direitos indissociáveis.

Os artigos 1 e 2 dessa Declaração Universal diz respeito aos direitos mais fundamentais do homem:

Artigo 1. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São do-

tados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2. I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Assim, a Declaração consolida a natureza indivisível dos direitos que nela estão previstos, bem como ressalta seu caráter universal. Orienta também que devem ser observados os direitos, independentemente, da diversidade cultural, política, econômica e religiosa das sociedades. Enfim, primou-se pela reconstrução do valor dos direitos humanos como referencial ético da ordem internacional, o que veio constituir a fundamentação de todos os documentos posteriores relativos aos direitos humanos.

3.3. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (22-11-1969)

Esta Convenção é conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, local onde aconteceu o encontro. Foi proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, e na mesma estão inseridos: o direito à liberdade pessoal, a proteção da honra e da dignidade e a igualdade perante a lei.

Os itens 1 e 2 do seu artigo 1º impõem o respeito aos diretos:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Nessa Convenção conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, os direitos humanos estão implicitamente consolidados.

4. O TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a qual foi implementada no sistema jurídico brasileiro através do Decreto nº 5.015/2004, significou importante avanço no combate ao crime organizado. Posteriormente, o Decreto nº 5.017/2004, por sua vez, internalizou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial

Mulheres e Crianças, em seu artigo 3, alínea “a” determina que:

Artigo 3. Definições.

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

O mencionado Protocolo Adicional definiu certas obrigações a serem observadas pelos países signatários e, entre outras exigências, determinou a criação de uma estrutura normativa e de políticas públicas com relação à prevenção e repressão ao tráfico internacional de seres humanos.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 veio inovar quanto aos crimes contra a dignidade sexual, o lenocínio e o tráfico de pessoa com finalidade de prostituição ou qualquer es-

pécie de exploração sexual, contudo, trouxe consideráveis alterações.

Nesse sentido, o Código Penal brasileiro também sofreu alterações com a edição da Lei nº 12.015/2009 que modificou o seu artigo 231 do mencionado Diploma, o qual dispõe a respeito do tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (...).

Vale observar que o artigo 227, § 4º da Constituição Federal e o artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, assim determinam os citados Diplomas, respectivamente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimenta-

ção, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:

Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude: (Incluído pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

Os mencionados dispositivos são os principais tipos penais para reprimir o tráfico internacional de pessoas e de crianças. Mas tem-se ainda a modalidade de escravidão no tráfico internacional de pessoas, cuja conduta é criminalizada no âmbito do artigo 149 do Código Penal, onde:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a

trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

(...)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

I - contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

Também com o intuito de prevenir e evitar o tráfico internacional de pessoas foi editado o Decreto nº 5.948/2006, o qual aprovou “a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP”. Dispondo em seu artigo 3º a respeito dos princípios e diretrizes quando determinam que:

Art. 3º São princípios norteadores da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas:

- I - respeito à dignidade da pessoa humana;
- II - não-discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro status;
- III - proteção e assistência integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em processos judiciais;
- IV - promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos;
- V - respeito a tratados e convenções internacionais de direitos humanos;
- VI - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; e
- VII - transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas.

Parágrafo único. A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas observará os princípios da proteção integral da criança e do adolescente.

Sendo assim, é possível perceber que o Decreto acima citado implica em inúmeras “políticas públicas voltadas ao combate do tráfico internacional de pessoas, com diretrizes específicas assentadas no seguinte tripé: prevenção; repressão/reponsabilização e; assistência/proteção às vítimas” (Schulze, 2013).

O tráfico de pessoas, normalmente, é pro-

movido com dois objetivos: a exploração sexual ou o trabalho escravo. Motivo pelo qual, de uma forma geral, as vítimas são pessoas com pouca instrução e de fácil manipulação que, diante de propostas convidativas relativas ao exercício de determinada atividade em outro país, diversa da que realmente irá exercer, cedem aos apelos intencionais dos traficantes. A situação é agravada nas regiões mais carentes, onde não raras vezes, os próprios pais incentivam seus filhos a aceitarem propostas de empregos que mascaram a exploração sexual da vítima. Assim, crianças são aliciadas para a prática de futebol no exterior; para ser modelo em agências renomadas, entre outras formas de aliciamento.

4.1. O tráfico internacional para a exploração sexual

O problema do tráfico internacional de pessoas com a finalidade de exploração sexual é antigo, no entanto, atualmente assumiu uma nova roupagem com formas modernas de escravidão, a qual se estendeu por toda a história, mas que, no mundo democrático acreditava-se extinto. Porém, devido à inércia do Poder Público, essa espécie de tráfico se desenvolveu livremente por muito tempo, e com isso, aperfeiçoou suas técnicas e procedimentos que foram consideravelmente auxiliados pelo avanço tecnológico.

A jurisprudência pátria assim se manifesta com relação ao tráfico humano:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL (ART. 231 DO CP). PRESCRIÇÃO. INCORRÊNCIA. AJUDA FINANCEIRA E DIRECIONAMENTO AO LOCAL DE PROSTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVAS. CONCURSO FORMAL AFASTADO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há falar em prescrição quando entre a data do recebimento da denúncia e a de publicação da sentença transcorreu 01(um) ano, 11 (onze) meses e 02 (dois) dias, considerado o período de suspensão do processo, nos termos do art. 366 do CPP, com a novel redação da Lei 9271/96. 2. Com o fito de preservar a dignidade da pessoa e de coibir condutas que perpetuem a exploração sexual, tipifica o art.231 do CP as condutas de promover ou facilitar a saída de pessoas do Brasil ao Exterior, destinadas à prostituição. 3. Comprovada a ajuda financeira da apelante, assim como o direcionamento ao local onde a vítima se dedicaria à prostituição, evidencia-se a configuração da conduta “facilitar” do tipo penal em comento. 4. As declarações da vítima neste tipo de delito possuem valor probante fundamental, vez que são fonte direta de informação de como os fatos ocorreram. 5. Presente o tráfico de pessoas, ainda que a vítima houvesse consentido com a exploração sexual, sua vontade seria irrelevante para afastar a conduta delitativa. 6. O conjunto probatório é firme no sentido de que a ré contribuiu diretamente para o tráfico da vítima à cidade de Bilbao. To-

davia, inexistem quaisquer elementos a demonstrar que, além da vítima mencionada na denúncia, a apelante teria auxiliado outras mulheres. Deve, portanto, ser afastado o concurso formal e, por conseguinte, a pena definitiva passa a ser de 03 (três) anos e 01 (um) mês de reclusão. 7. Consoante preceituado no artigo 59, IV, do Código Penal e presentes, no caso concreto, os requisitos do artigo 44 do mesmo diploma legal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas e aplicadas pelo juízo da execução penal. 8. Apelação da defesa parcialmente provida. (TRF 5ª Região, ACR 200183000075120, Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro, Terceira Turma, j. 15/03/2012, DJE 20/03/2012, p. 119).

Exclusivamente no que se refere ao crime de tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, a pena se diferencia da previsão anterior, pois atualmente a pena de multa somente é aplicada quando identificada a conduta contida no artigo 231, § 3º do Código Penal, onde: “Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa”. Ainda que não se possa pensar em crime de exploração sexual sem o intuito de vantagem econômica.

Também foram inclusas várias condutas que anteriormente não tinham previsão, tais como as que constam no § 1º do artigo 231 do Código Penal, onde: “§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou com-

prar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la”.

Sendo que nestas três últimas situações o agente precisa ter conhecimento da condição de pessoa traficada.

Conforme explica Cristiane de Paula:

Uma pessoa pode viajar por vontade própria para outro local em seu próprio país ou no exterior e posteriormente cair no estado de servidão involuntária. O que constitui tráfico não é a movimentação dessa pessoa para o novo local, mas a força, a fraude e a coação a que essa pessoa é submetida para realizar um serviço para o patrão ou permanecer a seu serviço. Tais elementos definem o tráfico no uso moderno do termo. A pessoa que cai na armadilha do serviço forçado depois de haver migrado, de início voluntariamente, ou de haver aceito um emprego igualmente de sua própria vontade, ainda assim, é considerada vítima do tráfico (Dassie Leite, 2007).

Com relação ao crime de tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, este com previsão no caput do artigo 231-A, teve a redução da pena com a nova Lei, a qual passou de três a oito anos para dois a seis anos. Assim, de acordo com o princípio da retroatividade da Lei mais benéfica inerente ao direito penal, todos que praticaram o crime de tráfico interno de pessoas, ainda que

se encontrem cumprindo penas, receberão os benefícios por essa nova previsão reducionista.

Jaqueline Leite, coordenadora Geral do CHAME – Centro Humanitário de Apoio à Mulher – ONG, citada por Cristiane de Paula, em seu artigo intitulado “o outro lado do turismo”, ressalta o fato de que “o fenômeno do turismo sexual não é uma característica do Brasil ou de países do terceiro mundo, mas do sistema de dominação patriarcal que ainda rege grande parte do mundo” (Dassie Leite, 2007).

Esclarece ainda a autora acima citada que, não há dúvidas de que a maior parte de exploração consiste numa relação que ocorre entre países do “primeiro” e “terceiro” mundo e, além de não haver qualquer respeito aos direitos humanos, até pelo fato de acreditar que nos países subdesenvolvidos há permissão para qualquer tipo de exploração sem limites e leis que possam punir tais práticas.

Jaqueline Leite também afirma que:

(...) turismo sexual é uma indústria extremamente rentável e, ao mesmo tempo, sem escrúpulos quanto ao respeito à mulher e à dignidade humana. É destacada a posição do governo brasileiro, que a partir da década de 70 passou a investir muito na estrutura política do país e veiculou uma série de propagandas e vinhetas feitas com o objetivo de insinuar a sensua-

lidade e beleza da mulher brasileira. A estratégia foi considerada um forte componente para o turismo, mas visava indireta e disfarçadamente o lucrativo turismo sexual (Dassie Leite, 2007).

Não há dúvidas de que o tipo penal brasileiro, que sanciona a exploração sexual possui, sempre, a intenção de lucro. Motivo pelo qual, essa espécie de crime foi identificada pela ONU como uma das modalidades criminosa mais lucrativa no mundo, ficando atrás somente do tráfico de drogas e de armas.

4.2. O Tráfico internacional para o trabalho escravo

A pobreza é o principal fator para os inúmeros casos de vítimas traficadas para fins de trabalho escravizado, pois a abordagem das com pessoas humildes é muito fácil, em geral, estas possuem instrução precária, e se apresentam bastantes vulneráveis às propostas de emprego mais irreais, sendo facilmente ludibriadas e levadas para verdadeiros covis nos quais são exploradas, maltratadas e usadas. Independentemente de o tráfico abastecer a mão de obra nacional ou internacional, pois a esperança de uma melhora de vida faz com que a pessoa se torne uma vítima em potencial.

Nesse sentido, Felipe Pinheiro Mendes resalta que:

Um importante ponto levantado pela Secretaria Nacional de Justiça é o referente a um suposto “papel social” desempenhado

pelos migrantes ilegais. Conforme tal estudo, a ausência de direitos trabalhistas que resguardem a pessoa traficada permite a asseveração das atividades desempenhadas e redução, se não retenção, dos salários, como também evita que os trabalhadores venham a se associarem aos sindicatos, inibindo possíveis oposições aos empregadores e facilitando a sujeição às condições impostas por estes, acarretando, assim, o aumento da produção com uma redução nos custos (Mendes, 2012).

Por outro lado, no que se refere ao tráfico internacional, é possível observar que os frutos do trabalho de uma pessoa traficada contribuem com os impostos do país estrangeiro no qual se encontra, sem que a mesma tenha qualquer direito às garantias sociais oferecidas por estes países.

Joana Azevedo da Costa faz importante associação entre a imigração ilegal e o tráfico de pessoas afirmando que inicialmente se dá a imigração ilegal e:

Assim sendo, ao investigar casos de tráfico de pessoas, pode ser por vezes necessário recorrer às medidas instituídas para o combate à imigração ilegal. É imprescindível, no entanto, que os profissionais que investigam os casos de auxílio à imigração ilegal (re)conheçam o crime do tráfico de pessoas, sob pena de se correr o risco de tratar um caso de tráfico como se fosse um caso de auxílio à imigração ilegal o que pode acarretar graves consequências para a vítima (Costa, 2011).

Vale citar a reportagem do Jornal Correio Braziliense com relação a uma quadrilha de tráfico de pessoas que foi desarticulada pela Polícia Federal no mês de maio desse ano:

Uma quadrilha de tráfico internacional de pessoas foi desarticulada nesta quarta-feira (15/5) pela Operação Liberdade da Polícia Federal (PF). O grupo era formado por estrangeiros e trazia pessoas de Bangladesh para fins de trabalho escravo no Distrito Federal. De acordo com informações da PF, os componentes da quadrilha também eram bengalis e aliciavam conterrâneos com falsas promessas de salários altos. Eles cobravam até US\$ 10 mil pela imigração ilegal. As vítimas entravam no Brasil por rotas ilegais via Peru, Guiana Inglesa e Bolívia. Os agentes da polícia ainda fazem buscas nas residências dos investigados e nos alojamentos dos estrangeiros (Correio Braziliense, 2013).

Os artigos 206 e 207 do Código Penal são os únicos dispositivos nos quais se destaca uma preocupação do legislador com a prática do tráfico. Contudo, o artigo 206 está limitado aos casos onde há fraude, ou seja, o crime disposto nesse artigo não alcança o objetivo da Política Nacional adotada no Brasil, já que, de acordo com a mesma o tráfico de pessoas ocorre mesmo havendo a anuência da vítima, mas se esta concorda e não resta configurada a aliciação, não é possível sustentar a consumação do crime de aliciamento com a finalidade de emigração, previsto no citado artigo 206, demonstrando não ser tal dispositivo abrangente o suficiente para coibir a prática do tráfico.

Conforme as afirmações de alguns doutrinadores, entre eles, Julio Fabbrini Mirabete citado por Felipe Pinheiro Mendes, a palavra “trabalhadores”, da forma como se encontra nos artigos 206 e 207, fez com que a doutrina a interpretação da doutrina se dê no sentido de que “apenas o recrutamento ou aliciamento de um número plural de trabalhadores (mínimo 3) poderá caracterizar a consumação desses crimes, o que restringe ainda mais o âmbito de proteção das vítimas do tráfico” (Mirabete apud Mendes, 2013).

Rogério Greco ressalta que os tipos penais previstos nos artigos 206 e 207 do Código Penal brasileiro somente alcançam “o mero aliciamento e recrutamento, com o intuito de proteger tão somente a organização do trabalho, o interesse do Estado em manter seus trabalhadores em território nacional e em suas próprias regiões” (Greco, 2009, p. 312). Assim dispõem os artigos citados pelo autor:

Aliciamento para o fim de emigração

Art. 206 - Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.

Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim

de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:

Pena - detenção de um a três anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Felipe Pinheiro Mendes chama atenção para o fato de que nesse contexto:

Falta, portanto, o caráter protetor do trabalhador como ser humano, como alguém que ao ser aliciado, mediante os meios expostos no art. 2º da política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas, passa a ter cerceado seus direitos fundamentais. Com efeito, é preciso que se puna de forma mais severa os que praticam tal ato inegavelmente antijurídico, e que, por uma omissão legislativa permanece atípico. Nesse sentido, enquanto não se promove uma reforma legal, resta buscar a punição pela prática de crimes conexos ao tráfico, como os previstos nos artigos 148 (sequestro e cárcere privado) e 149 (redução a condição análoga a de escravo) do CPB (Mendes, 2012).

Assim, a criação de um dispositivo legal que promova punição eficiente para o tráfico de pessoas, com previsão de, pelo menos, dos mais prováveis meios para sua execução, assim como, as suas finalidades é de suma importância para a eficácia no combate a essa espécie de crime. Portanto, afirma Felipe Pinheiro Mendes que “a aplicação de um texto semelhante ao da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas seria o ideal para que se constituísse a tipicidade do tráfico, atribuindo a este, definitivamente, o caráter de crime” (Mendes, 2013).

5. A DIFICULDADE NA DETECÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS

Devido ao crime de tráfico ser bastante organizado a investigação e a comprovação do mesmo apresentam grandes dificuldades.

Quanto ao processo criminal que se refere ao crime de tráfico internacional de seres humanos, vale observar que o mesmo consiste nas dificuldades quanto à obtenção de provas, considerando-se que a rede criminosa normalmente é organizada e mantém diversos contatos com outros países, motivo pelo qual requer uma atuação articulada dos agentes.

Existem vários aspectos que dificultam a atuação contra essa espécie de crime, destacando Clenio Jair Schulze que:

(...) a execução de mandados de prisão em vários lugares do mundo, com variação de

fuso-horário, além da diversidade de legislação nos Estados de origem e de destino da vítima. (...) importantes meios de prova: a interceptação telefônica; a filmagem do embarque da vítima – geralmente acompanhada do agente ativo do crime; o auxílio direto entre os representantes dos órgãos de combate, nos termos fixados na Convenção de Palermo, dispensando o uso de cartas rogatórias (Schulze, 2013).

Joana Azevedo da Costa afirma que entre as dificuldades se encontra:

A complexidade do local do crime que frequentemente se distribui por diferentes espaços; A dificuldade em obter o depoimento das vítimas que na maior parte das vezes é inconsistente e confuso, dada a sua condição física e psicológica diminuída; O fato da prova testemunhal ser muito difícil de lograr devido ao forte receio em depor contra os traficantes de índole reconhecidamente perigosa. E finalmente a natureza do crime altamente organizado, muitas vezes com agentes do crime infiltrados nas próprias forças policiais, funcionários dos serviços de estrangeiros e fronteiras e restantes operadores forenses (Costa, 2011).

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que o combate ao tráfico internacional de pessoas deve envolver não somente os entes públicos, mas sim toda a sociedade civil, a fim de implementar a prevenção e a repressão aos crimes.

O tráfico de seres humanos encontra-se inegavelmente à miséria e exploração dos países considerados de terceiro mundo.

As pessoas de baixo poder aquisitivo são presas fáceis do tráfico, pois estas estão sempre buscando condições de vida mais dignas. Várias pessoas saem do país de origem de forma espontânea ou sob a influência dos aliciadores, que fazem promessas falsas, de uma realidade que não existe, deparando-se logo com a desilusão de serem submetidas a trabalhos forçados, na maioria das vezes em condições subumanas, arriscados, além de terem a liberdade cerceada ficando totalmente à mercê da exploração econômica dos empresários inescrupulosos.

Então, o tráfico de seres humanos não está restrito apenas à exploração sexual comercial, pois o trabalho escravo também é uma forte tendência para o destino das pessoas traficadas.

A questão do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual recai especialmente sobre as mulheres, devido até mesmo a uma questão cultural. Então, as principais causas que facilitam o tráfico de pessoas são os fatores econômico-social e cultural.

Entretanto, apesar da dificuldade das comunidades mundiais em detectar a verdadeira causa do tráfico, bem como em admitir pontos relevantes que ferem princípios morais, vários avanços tiveram importantes conquistas.

tas no que se refere à proteção internacional dos direitos humanos das mulheres com inúmeros procedimentos eficientes de combate ao tráfico de pessoas.

Somente nas últimas décadas é que a questão do tráfico internacional de pessoas passou a merecer especial atenção das comunidades nacionais e internacionais.

Vale observar que todo tipo de ilegalidades, entre as quais se encontram a atividade do narcotráfico, da lavagem de dinheiro, do jogo do bicho, os materiais de contrabandos, o tráfico humano, entre outros são condutas recriminadas mundialmente cujo foco das autoridades de todas as nações está voltado para promover a eliminação das mesmas.

A criminalidade é um produto da sociedade, portanto, sua eliminação tem fundamentação nas bases dessa mesma sociedade. Então, o tráfico de pessoas está enraizado a questões sócio-culturais nas quais se insere a realidade política e social.

REFERÊNCIAS

Baganha, I. (2008). *Tráfico de Mulheres em Portugal para fins de exploração sexual*. Coleção estudos do Género, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, Lisboa.

Brasil. Legislação. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 08 jun 2013.

Correio Braziliense. *PF desarticula quadrilha de tráfico internacional para trabalho escravo*. (15/05/2013). Disponível em <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2013/05/15/interna_cidades-df,366076/pf-desarticula-quadrilha-de-trafico-internacional-para-trabalho-escravo.shtml>. Acesso em 14 jun 2013.

Costa, J. Azevedo da. (2011). *Tráfico de Seres Humanos*. (2011). Disponível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/joanacosta_traficosereshumanos.pdf> Acesso em 15 jun, 2013.

Dassie Leite, A. P. (2007). O grupo terapêutico fonoaudiológico como possibilidade de intervenção junto a crianças disfonias: análise de um processo. Campinas.

Diniz, M. H. (2005). *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 20. ed. São Paulo: Saraiva.

Ferreira, L. C. M. (2007). *Seguridade Social e Direitos Humanos*. São Paulo: LTr.

Fleiner, T. (2003). *O que são Direitos Humanos?* (Trad.) de Andressa Cunha Curry. São Paulo: Max Limonad.

Greco, R. (2009). *Curso de Direito Penal*. v. 3. Rio de Janeiro: Impetus.

Kant, I. (2004). *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. (Trad.) Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret.

- Mendes, F. P. (2012). O tráfico de pessoas e a exploração da força de trabalho. *Jus Navigandi*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/23236>>. Acesso em 10 jun 2013.
- Moraes, A. de. (2003). *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2 ed. São Paulo: Atlas.
- Piovesan, F. (2002). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad.
- Piovesan, F. (2005). Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, 94(833), 41-55. São Paulo, março.
- Santos, B., Gomes, C., Duarte, M., Baganha, M., Sarlet, I. W. (2006). *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Schulze, C. J. (2013). O princípio da dignidade e o tráfico internacional de seres humanos. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23456/o-principio-da-dignidade-e-o-trafico-internacional-de-seres-humanos>>. Acesso em 05 jun.
- Smith, A. do Socorro Pantoja de Oliveira. A definição do crime de tráfico de pessoas para exploração sexual após a promulgação da Lei nº 12.015/09. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23922>>. Acesso em 10 jun 2013.
- Tirado Acero, M. (2010). *Comercio sexual. Una mirada desde la sociología jurídica*. IIDS-FEFSa Lima-Bogotá.
- Tirado Acero, M. Implicações do trabalho sexual como atividade legalmente reconhecida: Um acercamento ao trabalho sexual desde suas dimensões sociológicas e econômicas. *Prolegómenos Derechos y Valores*, XIV(27). Universidad Militar Nueva Granada. Disponível em: http://www.umng.edu.co/documents/63968/71198/tnn_15.+articulo+15+rev+27.pdf
- Vicente, P., Alexandrino, M. (2010). *Direito Constitucional Descomplicado*. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método.

Retos de los ordenamientos jurídicos nacionales hacia la implementación del Enfoque por Ecosistemas

Challenges of national legal systems towards the implementation of the Ecosystem Approach

Os desafios do sistema jurídico nacional até a implementação da aproximação do ecossistema

RESUMO

No artigo propomos uma revisão sobre os desafios que impõem o enfoque de controle pelos ecossistemas para organizações jurídicas nacionais, fazendo-se notar que este corresponde com uma revisão integral e sistemática do desenvolvimento. Portanto, existem varios modelos que obedecem a este enfoque, entre os quais se encontram, o controle integrado de aguas e áreas costeras. Isto pode facilitar a abordagem dos problemas que afetam aos territorios marinho costeiros tendo em vista os impactos negativos, cuja as causas devem ser controladas desde as gerências altas das bacias hidrográficas, ou seja com uma visão mais complexa e integrada dos problemas das suas causas e consequências.

PALAVRAS-CHAVES

Ecosistemas marinho-costeiros, Enfoque pelos ecossistemas, Productos e serviços ambientais, Sustentabilidade, Política de desenvolvimento, Principios do EE.

RESUMEN

En el artículo se hace una revisión sobre los retos que imponen el enfoque de manejo por ecosistemas para los ordenamientos jurídicos nacionales, haciendo notar que este corresponde con una visión integral y sistemática del desarrollo, así mismo existen varios modelos que obedecen a este enfoque, entre los cuales se encuentra, el manejo integrado de aguas y áreas costeras y el manejo integrado de zonas costeras.

Esto puede facilitar el abordaje de las problemáticas que afectan a los territorios marino-costeros teniendo en cuenta los impactos negativos, cuyas causas deben ser manejadas desde las partes altas de las cuencas hidrográficas, es decir, con una visión más compleja e integradora de los problemas, sus causas y consecuencias.

PALABRAS CLAVE

Ecosistemas marino-costeros, Enfoque por Ecosistemas, Bienes y servicios ambientales, Sostenibilidad, Políticas de desarrollo, Principios del EE.

ABSTRACT

This article reviews the challenges posed by the ecosystem management approach issued by the national law, noting that this corresponds to a comprehensive and systematic approach to development; also there are several models which follow this approach, including which is, integrated water management and integrated coastal areas and coastal zone management. This can facilitate addressing the problems affecting marine and coastal areas taking into account the negative impacts; the causes must be managed from the upper reaches of the watershed, that is, with a more complex and integrated view of problems, its causes and consequences.

KEYWORDS

Coastal marine ecosystems Ecosystem Approach, EGS, Sustainability, Development policies, Principles of EE.

YAMILKA CARABALLO DÍAZ

Centro de Desarrollo Local y Comunitario. Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. Cuba. Universidad de Buenos Aires. yamicadi@cedel.cu

CÉSAR A. IPENZA PERALTA

Especialista en temas ambientales del Perú. Centro Peruano de Estudios Sociales –CEPES. cipenza@yahoo.es

Recibido: Marzo 27 de 2014 • Aceptado: Mayo 5 de 2014

INTRODUCCIÓN

La gobernanza de espacios marino-costeros es especialmente compleja dada las características particulares de estos territorios. En tal sentido uno de los aspectos que determinan esta complejidad es el hecho de que la zona costera constituye un espacio de interfase entre la atmósfera, la tierra y el mar (Cincin-Saint y Knecht, 1998). Por tanto, en ella confluyen procesos naturales propios de intercambios de energía y materia, cuyas causas y dinámicas provienen tanto de los espacios marinos como de los terrestres.

Ejemplo de ello en el caso de las zonas tropicales, es que los procesos de filtración de las aguas terrestres proporcionan la calidad para el desarrollo de los arrecifes coralinos, los que forman ecosistemas de muy alta productividad y servicios que garantizan, junto con los bosques costeros y los pastos marinos, el reclutamiento de especies marinas y costeras, que constituyen la tasa de reemplazo de las poblaciones marinas. Por otra parte, los bosques costeros evitan la penetración de la cuña de intrusión salina, proporcionando una estabilidad en toda la zona costera que posibilita la alta diversidad de paisajes (MEA, 2005).

Dada esta interacción entre la tierra y el mar es que se plantea que “El funcionamiento de una cuenca o un área marino-costera, como todo sistema complejo, debe ser comprendido atendiendo de forma integral a todas sus partes, componentes y procesos, tanto

naturales como construidos” (Brito, 2010). Un dato interesante en este sentido es que en América Latina el 86 % de las aguas residuales llega sin tratar a ríos y océanos y en el Caribe la cifra aumenta al 80-90 % (PNUMA, 2010). Siendo así, la contaminación es una de las amenazas de los ecosistemas marino-costeros cuyo origen, en muchos casos, tiene lugar en la parte alta de las cuencas hidrográficas, lo que indica que una gestión efectiva de esta problemática en la zona costera debe necesariamente tener en cuenta el entramado de usuarios e instituciones de la cuenca tributaria en cuestión.

Además, estas zonas funcionan de un modo cualitativamente diferente al funcionamiento natural, como consecuencia del impacto que la sociedad le ocasiona en su interacción práctica, es decir, por la forma en que se asimilan por los ecosistemas costeros las transformaciones humanas y a su vez se revierten los resultados de esto sobre el hombre (Miranda, 2003). Por eso se plantea que los problemas constituyen el origen de la mayor parte de los conflictos en la zona costera y suelen ser de dos tipos, los que afectan a los recursos y los específicos relacionados con su gestión y administración (Barragán, 2005).

De ahí que se considere que

la participación local en la gestión de los recursos naturales se asocia con el establecimiento de sistemas de gobernanza y arreglos institucionales que favorecen el uso sostenido de los recursos, al mismo

tiempo que aseguran los medios de vida de poblaciones en zonas rurales (Pacheco *et al.*, 2008).

Se considera la gobernanza como “los mecanismos relacionales mediante los cuales los actores articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones y median en los desacuerdos y conflictos” (Salvador, 2010).

Por otra parte, el manejo tradicional de los recursos marinos y costeros se ha caracterizado por un enfoque sectorial, por ejemplo, los recursos pesqueros se han manejado de forma separada al desarrollo de la explotación de petróleo y gas (Cincin-Saint & Knecht, 1998), aunque ambos recursos coexistan en un territorio determinado. Además, se plantea que “lo más complejo, para lograr la compatibilización y coordinación de intervenciones en las cuencas y zonas marino-costeras, es que hay cientos de decisiones y acciones, que proceden de actores e instituciones que juegan roles muy diferentes (Brito, 2010). Por esta razón, representa un gran desafío para la gobernanza de las zonas marino-costeras la adopción e implementación de los principios del Enfoque de Manejo por Ecosistemas, como es el caso del enfoque de Manejo Integrado de Aguas y Áreas Costeras, de modo que se propicie una visión integradora en la gestión de recursos hídricos y costas, así como de otros recursos naturales y el desarrollo económico social en sentido general (PNUMA, 2010).

Lo anterior se corresponde con el plantea-

miento de que el manejo de la gestión pública de este tipo de espacios debe reorientarse con un enfoque más complejo pues

el territorio es mucho más que mero soporte físico o contenedor de actividades. Es el espacio donde se producen relaciones sociales y económicas. Por tanto, debe ser entendido como recursos, como patrimonio, como paisaje cultural, como expresión de la memoria colectiva, como bien público, como espacio de solidaridad y como legado.

Por eso resulta de particular importancia revisar los modelos tradicionales de gobierno, pues “ya no se trata sólo de reducir la distancia, sino de cambiar la forma de relación entre gobierno y ciudadano”. Así es que se considera que

de los enfoques tradicionales centrados en la ordenación del territorio y en la preeminencia de las políticas sectoriales, se debe transitar ahora hacia visiones más integradas o sistémicas. Las decisiones se deben tomar de forma más participada y las políticas deben ser más respetuosas con los contextos específicos y con la identidad, la cultura y la memoria colectiva de los diferentes lugares (Castillo *et al.*, 2010).

De modo que un modelo de gobernanza de la zona costera debe concebirse no solo su complejidad como espacios físico-geográficos y características específicas de los procesos naturales que en estos ocurre, sino tam-

bién, y de forma muy particular, teniendo en cuenta las necesidades y realidades de los procesos económicos y sociales que en estos se desarrollan. En tal sentido, resulta de particular importancia analizar los retos de los ordenamientos jurídicos nacionales hacia la implementación del Enfoque por Ecosistemas, en tanto principios que pueden posibilitar la gestión de los ecosistemas costeros considerando las particularidades de los procesos naturales, económicos y sociales que en estos se desarrollan. Es por ello que el presente artículo se centra en comentar dichos retos, específicamente en lo relacionado con la participación de las comunidades indígenas y locales en la adopción de decisiones relacionadas con el uso de los recursos naturales, la institucionalidad ambiental y la valoración económica de bienes y servicios ambientales.

1. DE LA TUTELA JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE HACIA LA TUTELA JURÍDICA DE LA SOSTENIBILIDAD DEL DESARROLLO

Se considera que la evolución del Derecho ambiental ha estado marcada por tres hitos fundamentales que cronológicamente se manifiestan en la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano*, la Decla-

ración de Río sobre Medio Ambiente** y Desarrollo, y la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible*. En los tres, de una u otra forma se hace notar la necesidad de equilibrio en la relación hombre-naturaleza en el diseño de las políticas de desarrollo teniendo en cuenta la interdependencia que existe entre la sociedad y el escenario geográfico-espacial en que esta se sustenta.

Un ejemplo de la evolución del concepto en Acuerdos Ambientales Multilaterales lo constituye la extensión del alcance de aplicación de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, conocida como Convención Ramsar, cuyo objetivo inicial estaba dirigido a la conservación y uso racional de los humedales como hábitat de las especies acuáticas, pero que en la actualidad reconoce la importancia de este ecosistema en la conservación global y el ciclo hidrológico, por sus funciones ecológicas, los valores que representan para el patrimonio cultural y usos tradicionales, así como para la diversidad biológica en general (García y Rey, 2005).

* En su Principio 4 establece que: "Al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y la fauna silvestres" y el Principio 13 establece que: "A fin de lograr una más racional ordenación de recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación del desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población".

** En tal sentido es importante hacer notar que el Principio 4 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo establece que: "A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante de la protección del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada" y en su Principio 7 establece que: "Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra".

* Se pronuncia por "la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, desarrollo social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible".

También el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD) adoptado en Nairobi el año de 1992, el cual es uno de los dos instrumentos ambientales internacionales, legalmente vinculantes, abiertos para la firma de la comunidad internacional en la Cumbre de Río, el 5 de junio de 1992 (Ipenza, 2010), constituye un elemento clave de este tránsito hacia el Desarrollo Sostenible. En tal sentido, la Decisión Sexta de la Quinta Conferencia de las Partes, efectuada en Nairobi, Kenya, en mayo del año 2000, aprobó el Enfoque por Ecosistemas (EE)* concibiéndolo a este como “una Estrategia para el manejo de la tierra, el agua y los recursos vivos, que promueve la conservación y uso sostenible en forma equitativa, basada en la aplicación de los métodos científicos pertinentes” (CBD, 2000).

El EE introduce cambios en la concepción sobre el ordenamiento y gestión de los recursos naturales en el sentido de evolucionar de espacios individuales a ecosistemas, de pequeñas a mayores escalas espaciales, de

mediano a largo plazo, de hombre independiente del ecosistema a hombre como parte del ecosistema, de manejo divorciado de la ciencia a manejo adaptativo, de manejo por uso de recurso a manejo en función de la capacidad del ecosistema para producir bienes y servicios ambientales (Lubchenko, 1994; Sherman and Duda, 1999).

El EE busca un balance entre la conservación de la diversidad biológica, su uso sostenible y las necesidades asociadas al desarrollo humano cuyas alternativas dependen de los bienes y servicios ambientales que brindan un determinado sistema natural. Es una estrategia para la gestión integrada de los recursos de tierras, hídricos y vivos que promueve la conservación y la utilización sostenible en forma equitativa. Por ello se ha reconocido que uno de los mayores retos de la comunidad internacional, los Estados y las comunidades locales es “mantener los servicios ecosistémicos necesarios y conciliar el uso de la tierra y los recursos hídricos con otros usos” (PNUMA, 2007).

En correspondencia con ello se han promovido diversos modelos de gestión de recursos naturales que obedecen a un EE, tales como: Manejo Integrado de Recursos Hídricos, Manejo Integrado Costero, Manejo Integrado de Cuencas Hidrográficas, Manejo Integrado de Aguas y Áreas Costeras y Manejo Sostenible de Tierra. También se considera que la gestión de Áreas Naturales Protegidas constituye un ejemplo de EE, en ese sentido el EE contribuye de manera significativa al logro

* El Convenio de Diversidad Biológica ha abordado el Enfoque por Ecosistemas en varias Decisiones. Por ejemplo, en la Decisión Primera de la Cuarta Conferencia de las Partes “Informe y recomendaciones de la tercera reunión del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico (OSACTT), e instrucciones de la Conferencia de las Partes al Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico”, en el apartado B) se precisa que la Conferencia de las partes solicita al OSACTT elabore principios y otras orientaciones acerca del enfoque por ecosistemas como resultado de lo cual se adoptan los Principios del Enfoque por Ecosistemas mediante la Decisión Sexta de la Quinta Conferencia de las Partes. Posteriormente, se da seguimiento a la incorporación de estos principios en las estrategias y legislación nacional, mediante la Decisión Decimosegunda de la Sexta Conferencia de las Partes, la Decisión Decimoprimera de la Séptima Conferencia de las Partes y la Decisión Séptima de la Novena Conferencia de las Partes.

de los objetivos del Plan de Trabajo de Áreas Protegidas del CBD y a reducir la pérdida de biodiversidad, especialmente para los corredores de conservación o corredores biológicos.

Los 12 principios que lo conforman son complementarios y están relacionados entre sí. Es el sistema de principios completo, más que cada uno de los principios visto de manera aislada, lo que conforma y le da valor agregado al EE, aunque no siempre resulta posible constatar la aplicación de todos estos en una realidad determinada.

Se plantea que estos principios incluyen aspectos ecológicos, sociales y económicos y el enfoque pone énfasis en gobernanza y equidad social. Las ventajas de contar con un marco común, como el que plantea el EE, tienen que ver con la posibilidad de articular los múltiples y dispersos esquemas de gestión integrada de los recursos naturales; coordinar y promover sinergias entre los diferentes convenios, estrategias y planes de acción sectoriales; fortalecer el desarrollo y validación en la práctica de métodos de manejo integrado; así como dotar a los gestores de una herramienta integral y adaptable al contexto para la implementación a diferentes escalas de las políticas y estrategias nacionales sobre recursos naturales (Guerrero, 2004). Estos deben ser considerados desde las primeras etapas de elaboración de políticas y de planificación en todos los niveles que tienen relación con los recursos naturales o que in-

cidan en ellos y que pueden ser útiles en las estrategias de reducción de la pobreza y en políticas y planificación a diferentes niveles y especialmente de forma intersectorial (CBD OSACTT, 2007).

El EE implica el entendimiento de procesos ecológicos y socioculturales de modo que mediante su aplicación se puede promover el desarrollo sostenible, en tanto ofrece una visión integral orientada hacia el suministro continuo de bienes y servicios ambientales mediante el mantenimiento de procesos ecológicos esenciales y la participación activa de los sectores involucrados en su gestión (Waltner-Toews and Kay, 2005).

Se plantea que “los ecosistemas aportan servicios ambientales que además de críticos son valiosos para las poblaciones, en lo local, nacional, regional y global; y se ubican entre los mayores contribuyentes al bienestar humano” (PNUMA, 2010). En tal sentido, el Convenio sobre la Diversidad Biológica considera que los servicios que brindan los ecosistemas se clasifican en cuatro grupos:

- Servicios de aprovisionamiento, o suministro de bienes que benefician directamente a las personas y suelen tener un claro valor monetario, como la leña de los bosques, las plantas medicinales y los peces de los mares, ríos y lagos;
- Servicios reguladores, son la gama de funciones vitales desempeñadas por los ecosistemas a las que en raras ocasiones se les asigna un valor monetario en los

mercados convencionales. Entre ellos se cuentan la regulación del clima mediante el almacenamiento de carbono y el control de las precipitaciones locales, la eliminación de contaminantes por medio del filtrado del aire y las aguas, y la protección frente a los desastres, como el deslizamiento de tierras y las tormentas costeras;

- Servicios culturales, que no ofrecen beneficios materiales directos pero contribuyen a satisfacer ciertas necesidades y deseos más amplios de la sociedad y, por lo tanto, inciden en la predisposición de las personas a costear los gastos de la conservación. Entre otros, cabe mencionar el valor espiritual que se da a ciertos ecosistemas, como las arboledas sagradas, y la belleza estética de los paisajes o las formaciones costeras que atraen a los turistas; y
- Servicios de apoyo, que no benefician directamente a las personas pero son esenciales para el funcionamiento de los ecosistemas y, por ende, responsables indirectos de los demás servicios. Entre ellos se cuentan la formación de suelos y los procesos de crecimiento de las plantas.

No se trata de un enfoque de “no tocar” los recursos naturales, sino más bien de ordenar su uso previendo que el cambio de los ecosistemas debido a las actividades humanas es inevitable pero que dicho cambio no debe rebasar su límite de resiliencia, porque a la

vez genera “consecuencias directas, indirectas, positivas y negativas, sobre el bienestar humano en aspectos, como por ejemplo el acceso a vivienda, agua potable, condiciones óptimas de salud, infraestructura o mitigación del efecto de desastres naturales” (PNUMA, 2010).

Por tanto, las alternativas de desarrollo posible para un entorno social determinado están estrechamente vinculadas con la capacidad de los ecosistemas de continuar prestando los bienes y servicios ambientales suficientes para sustentar el modelo de desarrollo en cuestión. Este análisis resulta más complejo porque los esfuerzos deben estar dirigidos a garantizar el principio de sostenibilidad generacional, es decir, no solo en beneficio de las generaciones presentes, sino también de las generaciones futuras.

De modo que el tránsito hacia la sostenibilidad requiere que en el diseño y ejecución de procesos de desarrollo, en particular cuando de desarrollo local se trata, se cumplan con principios básicos, tales como el enfoque integral y sistémico del desarrollo, es decir, teniendo en cuenta su dimensión económico-productiva, institucional, socio-cultural y ambiental, así como el fortalecimiento de la institucionalidad y el fomento de la participación autogestionaria (Guzón *et al.*, 2011). Este tipo de procesos debe tener en cuenta en su diseño e implementación los principios del EE como elemento clave de la dimensión ambiental del desarrollo.

Se considera que a pesar de que el EE ha

sido adoptado hace varios años por la CDB y de la existencia de guías operacionales y propuestas de implementación práctica, aún se requiere demostrar, en diversos escenarios de gestión territorial, su eficacia como estrategia de conservación y desarrollo sostenible. En este sentido, es necesario generar mayores capacidades técnicas y políticas para su aplicación efectiva (Andrade *et al.*, 2011).

Así es que a pesar de que a nivel internacional se ha reconocido la necesidad de lograr una gestión más integrada de “lo ambiental” lo cierto es que las medidas adoptadas hasta el momento no resultan suficientes, pues “cerca del 60 % de los ecosistemas del mundo están degradados o son utilizados en formas insostenibles” (PNUMA, 2010). Es decir, nos encontramos ante problemáticas que el derecho ambiental no ha podido frenar o prevenir, incluso, pudiera ser que no fuera suficiente para prevenirlas o ponerles freno en el tiempo razonable o necesario para detener o evitar la degradación de los ecosistemas.

Asimismo, frente a todo ello han surgido nuevas propuestas como la del *derecho de la sostenibilidad*, que tiene tres partes: I) los aspectos sociales e institucionales: la gobernanza, cómo nos regulamos, cómo establecemos mecanismos de inclusión, cómo evitamos la marginación social; II) el derecho económico: cómo generamos y distribuimos

la riqueza; y III) el derecho ambiental: cómo nos comportamos con el medio ambiente. Estos tres órdenes de derecho se encuentran en cualquier Estado y tienen un fundamento soberano, es decir, forman parte del Derecho del Estado y tienden a resolver problemas locales o de grupo en sentido clásico. La cuestión es que todos estos órdenes jurídicos están abordando situaciones para las que ya no es suficiente el fundamento soberano para resolver un problema de grupo, sino que se ve implicada la especie como sustrato social, como fundamento legitimador de ese derecho, ya que lo que tienden a resolver son problemas de carácter global, a hacer reales los Objetivos del Milenio; esto es, lo que sería el nuevo derecho de la sostenibilidad. El derecho de la sostenibilidad es un derecho pensado en términos de especie y en términos de resolver problemas globales. Trae parte de la estructura clásica de los órdenes jurídico, social, económico y ambiental, que son propios de los Estados soberanos, pero desborda ese ámbito. Es una rama de derecho emergente en transformación, que ha arrastrado tras de sí al derecho ambiental, las cuestiones sociales y económicas, en la búsqueda de una sociedad global. En consecuencia, lo ambiental forma parte de un todo más grande (Real, 2008).

No obstante, se plantea que “las mayores dificultades no están en lograr consensos en los niveles internacionales o globales sino que, en las áreas del Estado Nacional es donde falta la voluntad para avanzar hacia nuevos compromisos y para concretar

en decisiones políticas los pactos firmados” (Méndez, 2007). Esto se relaciona con el reconocimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del Derecho internacional hacia lo interno de los marcos legales nacionales, así como con la capacidad de ejecución y cumplimiento de las regulaciones nacionales.

De modo que, sin negar la necesidad de regulación en relación a determinadas esferas específicas de protección ambiental, lo cierto es que se impone la necesidad de lograr que no sean los temas ambientales otro sector dentro de la sociedad, sino que se visualicen e incorporen enfoques más sistémicos que propicien la integración de lo ambiental dentro de las políticas de desarrollo de los países, tanto a escala nacional como territorial y local. Una vía de hacerlo pudiera ser la incorporación efectiva del EE y los principios que lo integran en las políticas públicas y sus respectivos instrumentos operacionales. En función de ello resulta atinado evaluar los retos y desafíos de los ordenamientos jurídicos nacionales para propiciar el tránsito hacia el desarrollo sostenible.

2. EVOLUCIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA REGIÓN DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

El derecho ambiental, o lo ambiental como objeto de tutela jurídica por el derecho, no se limita a la relación del hombre con el hombre, sino que incluye el tema de la relación

del hombre con el entorno, de modo que cambia la situación de un sistema binario a uno triangular, de ahí que se considere que los instrumentos tradicionales del Derecho no siempre resulten suficientes para dar respuesta a la complejidad que implica la tutela jurídica del medio ambiente (Real, 2008).

Lo anterior ha determinado que el campo del derecho ambiental conformado a partir de las tradicionales instituciones jurídicas que obedecen a una concepción represiva del Derecho, ya sea por la vía administrativa, civil o penal, se direcciona hacia una concepción preventiva que ha tenido como instrumento más representativo la Evaluación de Impacto Ambiental, aunque ello no implica la exclusión de los instrumentos de comando y control, sino más la complementariedad entre unos y otros.

Esta misma concepción de complementariedad es la que se manifiesta en relación a otros aspectos que el Derecho debe estar regulando en su acometido de protección ambiental, tales como las técnicas de mercado y la internacionalización de costos y la participación ciudadana en la adopción de decisiones relacionadas con temas ambientales.

Se reconoce que “la brecha entre el trabajo analítico y normativo y el nivel operacional es cada vez mayor. El principal foco de atención y de acción se está alejando del desarrollo de normas y políticas para centrarse en su aplicación en todos los países” (PNUMA, 2007). Es por ello que en el III Programa de

Montevideo* se reconoce la problemática relacionada con la aplicación y cumplimiento del derecho ambiental en tanto identifica como primer objetivo estratégico el siguiente: lograr una aplicación, cumplimiento y vigilancia efectivos del derecho ambiental.

Debido a esta situación el debate en torno a la eficiencia y la eficacia de la legislación ambiental, en tanto instrumento de la política y la gestión ambiental, ha ocupado múltiples escenarios en la región de América Latina y el Caribe. En tal sentido, se considera como figura cúspide sobre este debate al Dr. Raúl Brañes Ballesteros, quien plantea que “existe una percepción generalizada en orden a que la legislación ambiental –en todas partes del mundo– tiene un bajo nivel de aplicación cuyo análisis a los efectos metodológicos se distingue entre eficiencia y eficacia” (Brañes, 1994). A estos efectos, el mismo autor considera que “la eficiencia se refiere al grado de idoneidad de una norma jurídica para alcanzar los objetivos que se tuvieron en cuenta al momento de su expedición y la eficacia al grado de acatamiento de una norma jurídica por sus destinatarios” (Brañes, 1994 y 2006).

Este mismo autor plantea que

* Los Programas para la Revisión y Examen Periódico del Derecho Ambiental, conocidos como Programas de Montevideo, guían el actuar del programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente en materia de Derecho Ambiental. El Programa de Montevideo I fue aprobado en el año 1981; Montevideo II, en 1993; Montevideo III, en 2001, y Montevideo IV, en 2009, y estará en vigor para el decenio 2010-2020. <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/2%20DERECHO%20Y%20GOBERNANZA/2%20Andrea%20PNUMA%20y%20el%20derecho%20amb.pdf>

la eficacia y la eficiencia de la legislación ambiental son como las dos caras de una misma medalla, pero distinguir una y otra es importante para fines de análisis porque permite identificar con mayor precisión las razones que están detrás de la falta de aplicación, que muchas veces son su propia falta de idoneidad (Brañes, 2000).

También plantea que

existe una percepción generalizada en orden a que la legislación ambiental tiene un bajo nivel de aplicación... es importante precisar que los factores de ineficiencia de la legislación ambiental están presentes en los sistemas jurídicos de la región... y contribuyen a crear un cuadro de ineficacia de la legislación ambiental, sin embargo, la ineficacia de la legislación ambiental no se explica solo por razones de ineficiencia. Si así fuera –precisa este autor– todo el problema se reduciría a mejorar técnicamente dicha legislación (Brañes, 2006).

En este mismo artículo, Brañes enuncia como factores que influyen en la ineficiencia de la legislación ambiental tanto la falta de desarrollo de la legislación como el enfoque equivocado que asume para el tratamiento de los asuntos ambientales lo que se manifiesta en la falta de presencia de la idea del desarrollo sostenible en el sistema jurídico en general y en particular en la legislación económica; la carencia de instrumentos apropiados para su aplicación, particularmente en lo relacionado con los instrumentos de naturaleza

preventiva; la falta de consideración de las cuestiones sociales y naturales involucradas en los asuntos ambientales y la heterogeneidad material y estructural de la legislación ambiental (Brañes, 2006).

En relación a la eficacia, identifica como factores esenciales los siguientes: la insuficiente valoración social de la legislación ambiental por sus destinatarios, lo que muchas veces incluye el desconocimiento de esta; y las deficiencias que presentan las instituciones encargadas de aplicar administrativa y judicialmente la legislación ambiental (Brañes, 2006).

Siguiendo a Brañes Ballesteros, otros autores han planteado que

los problemas de aplicación de la ley se derivan, en muchos casos, del hecho de que las normas jurídicas están formuladas desconociendo los fenómenos o las situaciones que se pretenden regular o los aspectos científicos, tecnológicos, sociales o económicos que están involucrados en una problemática determinada (Cancino, 2006).

Plantea otro autor que

no es la dispersión, entendida como profusión de normas dictadas por diferentes órganos de gobierno, el talón de Aquiles del derecho ambiental; es la falta de una mayor y profunda elaboración teórica de esta ciencia, que nos permita dictar nor-

mas jurídicas eficaces y eficientes, es la falta de voluntad política de los gobiernos para dictar las normas y luego ejecutar las acciones que aseguren su cumplimiento (Caraballo, 2002).

Por último, sostiene este autor que

la eficacia de la norma de Derecho Ambiental, está relacionada con su capacidad de ser reflejo de la doctrina y la práctica jurídica vinculadas a la conservación de la diversidad biológica... ser eficaz depende de una adecuada percepción del ambiente, esto es, de que opere sobre la base de que el ambiente constituye un acoplamiento de subsistemas ecológicos funcionalmente interdependientes, constituidos a su turno, por factores dinámicamente interrelacionados (Caraballo, 2002).

Este mismo autor considera que

la actitud de la población frente a la norma es el resultado de la costumbre, del grado de instrucción, de los intereses económicos y sociales, las necesidades materiales y espirituales de dicha población... que serán los que determinen que una norma jurídica sea eficiente.

Por otra parte, otro autor plantea que “existe una inflación normativa, que obedece más a respuestas ante situaciones coyunturales, que a un desarrollo coherente y ordenado de las políticas ambientales que se han formulado” (Mora, 2002). Ahora bien, importante

es precisar que la eficiencia de la legislación no debe evaluarse de forma aislada en una norma jurídica o en un precepto de una disposición jurídica determinada, sino de forma integrada en el conjunto de disposiciones jurídicas que como sistema conforman un ordenamiento jurídico.

No obstante, en el proceso de construcción del acto normativo, debe tenerse en cuenta lo que plantea Rey Santos (2006)* en el sentido de que “es un espejismo pensar que una nueva ley resolverá problemas que en realidad están determinados por la realidad material –modelos económicos, desarrollos tecnológicos, patrones de producción– que dificultan o incluso neutralizan la aplicación de la ley”. Por esta razón, refiere Rey Santos, que “aplicar una ley no se basa por supuesto en dictar más leyes que le complementen aunque esto puede ser necesario, es un fenómeno más amplio, que demanda de voluntad política y recursos materiales, financieros y humanos”, pues de lo contrario lo que se genera en muchos casos, según precisa este mismo autor, “es el dictado de una norma tan o más insuficiente que la preexistente e igualmente condenada a su incumplimiento”.

Así, pues, se ha planteado además que

la existencia formalmente determinada de la norma jurídica... contiene la posibilidad

* Comunicación personal con el autor: Rey S., O. Director de Medio Ambiente. Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. La Habana, 2006.

de contradicción entre la norma jurídica y la realidad. La propia eficacia de la norma jurídica depende en gran medida de la exactitud con que se reflejan en ella las necesidades y las leyes objetivas del desarrollo social (Zhidkov *et al.*, 1980).

En todo caso, esa realidad material es la base inexcusable sobre la cual debe diseñarse el contenido de la disposición jurídica según sea el objetivo que pretende lograrse con tal regulación, pues, como plantea otro autor, es un error la

idea altamente generalizada de que el Derecho es solo una larga fila de normas jurídicas dictadas caprichosamente... y que pueden resultar eficaces y válidas aunque nada tengan que ver con la existencia material de la sociedad a la que supuestamente están dirigidas (Fernández, 2004).

Así es que la disposición jurídica tiene que descansar en la sociedad, ser reflejo de los intereses sociales y condiciones materiales que le dan origen, es decir, debe ser expresión de los intereses comunes derivados del régimen material de producción existente en cada época. Y, por tanto, debe establecer regulaciones cumplibles en un contexto determinado que no se traduzcan en regulaciones inviables, más catálogo de aspiraciones y principios que auténticos textos legales (Rey, 2011). En esta misma línea de pensamiento, plantea otro autor que no basta con dictar normas exigentes para cumplir los objetivos de protección que nos animan, pues por más

que se establezcan determinados requisitos en la legislación, no van a poder ser cumplidos si el sistema productivo existente no puede lograrlo.

Otro autor consultado plantea que “la eficacia no es una condición de validez de la norma, es decir, de su existencia como tal norma: una norma es válida, aunque no se aplique porque no la acepten sus destinatarios o porque los jueces no velen por su observancia... La eficacia de las normas depende del grado de aceptación social y del grado de coacción protectora; si faltan al mismo tiempo ambas condiciones..., la norma sufrirá una absoluta ineficacia, convirtiéndose en norma en desuso (Soriano, 2000).

En ocasiones sucede que existen en el ordenamiento jurídico normas válidas, en tanto han sido promulgadas por los órganos y procedimientos competentes, si no han sido expresa o presuntamente derogadas por otra norma, ni entran en contradicción con una de carácter superior jerárquica o de preferente aplicación en el ordenamiento jurídico, pero su absoluta falta de aplicación conlleva a su ineficacia, caso en el cual se considera que “una norma en desuso no existe como tal norma” (Soriano, 2000). El “desuso” de la norma puede estar dado por su obsolescencia –es decir, la variación de las condiciones y aspectos que regula aunque en determinado momento si se ajustaba a tales condiciones, o porque nunca reconoció adecuadamente en el texto de la ley las realidades del fenó-

meno o proceso objeto de regulación jurídica.

Se plantea que

la eficiencia de una norma jurídica implica el logro del objeto, propósito o fin de una norma jurídica o de una ley. Esta noción es distinta de la de eficacia. Una ley puede ser eficaz, ser obedecida por los sujetos de la misma, sin que su objeto haya sido alcanzado (Esquivel, 1972).

David G. Víctor plantea que “en la mayoría de los estudios, en particular los realizados por abogados, se equipara la ‘efectividad’ con el ‘cumplimiento’, pero ese enfoque rara vez es atinado”. Considera este autor que “la ‘efectividad’ es una medida del impacto de la ley en el comportamiento; las leyes más efectivas producen mayores efectos en la conducta infractora; las menos efectivas, ninguno”. Siendo así –en criterio de este autor que distingue entre “efectividad” y “cumplimiento”–, evaluar la “efectividad” de las leyes implica no solo tener en cuenta sus repercusiones en el comportamiento, sino también su costo social, mientras que el “cumplimiento” se refiere simplemente a la “observancia de la ley” (CCA, 1999).

En tal sentido, otro autor consultado aborda esta problemática desde la perspectiva de la realización del derecho, y al respecto plantea que esta incluye en términos generales “tanto la aplicación estatal u oficial de las normativas jurídicas, como el cumplimiento

espontáneo de las mismas por parte de los depositarios de dichas normas” (Fernández, 2004). Esto, teniendo en cuenta que en algunos casos la aplicación estatal no se limita a la ejecución coactiva de la norma ante la comprobación de una conducta infractora, por ejemplo, sino que el cumplimiento voluntario de la norma requiere de la intervención estatal, como es el caso de la tramitación de una Licencia Ambiental.

No obstante, hace notar que el derecho se realiza “sobre todo, cuando sus fines son cumplidos, cuando sus objetivos ordenadores de la conducta social quedan satisfechos porque los depositarios de esas normas, con su conducta natural se ajustan a las mismas, acomodan sus actos a las prescripciones del Derecho” (Fernández, 2004). Este sería el caso en que se constate la efectividad de la legislación ambiental, ya sea por la evolución de la calidad del medioambiente y los efectos en la salud de las personas o porque el uso de los ecosistemas no afecta su capacidad para continuar prestando bienes y servicios ambientales. No obstante, en tal sentido es importante hacer notar que la realización del derecho en este supuesto implica necesariamente que la formulación de la disposición jurídica –y las vías, procedimientos e instrumentos previstos por esta– se corresponda realmente con los objetivos que se pretenden alcanzar con su diseño, pues de lo contrario estaríamos ante un caso de aplicación de la legislación, incluso de forma voluntaria, pero que no permite obtener los objetivos deseados, debido a las deficiencias de diseño de la legislación en cuestión.

Más allá o con independencia de si la legislación que se diseña es adecuada para obtener los objetivos políticos previstos, lo cierto es que se reconoce en sentido general que “la capacidad de gestión de las instituciones ambientales en la región se ve limitada... por la debilidad política para hacerlas cumplir” (PNUMA, 2010).

Se identifican como retos en cuanto a la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental los siguientes: mejorar la distribución de competencias a nivel gubernamental, fortalecer y consolidar los mecanismos de participación ciudadana, mejorar la transparencia ambiental, exigir mayor consistencia de las políticas ambientales y económicas, articular y consolidar la educación legal-ambiental y los avances en el conocimiento científico y de las posibilidades tecnológicas (PNUMA, 2007).

Esta complejidad se incrementa cuando estamos hablando de ordenamientos jurídicos que deben regular procesos de desarrollo que en su diseño y aplicación tengan en cuenta el EE como alternativa que puede posibilitar el tránsito hacia la sostenibilidad. Siendo este un reto que se agrega a las ya conocidas dificultades relacionadas con la aplicación y cumplimiento del derecho ambiental que se ha venido produciendo hasta el momento. De ahí que resulte oportuno abordar los retos que el EE representa para los ordenamientos jurídicos nacionales de los países de la región.

3. EL ENFOQUE POR ECOSISTEMAS COMO RETO PARA LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES

La aplicación del EE, visto desde su concepción general como desde sus principios de forma individualizada, implica necesariamente y, en mayor o menor medida, el apoyo o respaldo en políticas, legislación y sus respectivos instrumentos operacionales como vías de implementación del marco político y legal. Por eso se plantea, refiriéndose en este caso a las cuencas hidrográficas –como un importante ecosistema en torno al cual, bajo diversas modalidades, se ha promovido el EE–, que “es necesario articular mejor el desarrollo de políticas y de legislación, las herramientas económicas y el desarrollo de infraestructura, con la gestión de las cuencas y los ecosistemas aportantes” (Guerrero *et al.*, 2007).

En tal sentido, es importante hacer notar que la referencia a política y legislación no se refiere únicamente a lo ambiental, sino más bien las políticas del país con implicación en el desarrollo. Este enfoque se corresponde con la necesidad de que lo ambiental pase de ser un sector a estar incorporando en las políticas de desarrollo, pues se considera que “la productividad de los ecosistemas depende de las políticas que se apliquen, incluidas las relativas a inversiones, comercio, subsidios, impuestos y regulación” (MEA, 2005).

Es importante tener en cuenta que

para lograr el desarrollo sostenible es fundamental integrar las preocupaciones ecológicas en las políticas de desarrollo pues los problemas ambientales y de desarrollo están vinculados por procesos sociales y ambientales que atraviesan fronteras temáticas, institucionales y geográficas, que exigen un enfoque sistemático, sostenido, integrado y coherente en el que participen diferentes administraciones a distintas escalas (PNUMA, 2007).

En tal sentido, se considera que “la gestión de recursos comunes y sistemas complejos puede requerir un enfoque flexible con un conjunto amplio de herramientas de gobiernos a distintos niveles” (Dietz *et al.*, 2003). De ahí que se identifique como un reto para el Manejo Integrado de Aguas y Áreas Costeras en los países de la región, en tanto modalidad del EE, el fortalecimiento y desarrollo de los instrumentos ambientales para que en su implementación contribuyan de forma efectiva al desarrollo sostenible (PNUMA ALC, 2011).

Se considera que los principios del EE que mayor relación guardan con el marco político y legal son los siguientes:

- Un primer bloque de principios cuya aplicación implica prever formas de participación de las comunidades indígenas y locales en la adopción de decisiones, de modo que estas no vengán a ser un nivel inferior de consulta sino más bien un actor importante del proceso que puede estar aportando al análisis en cuestión

toda vez que es parte de este, argumentos con los que guardan relación el **Principio 1**: La elección de los objetivos de la gestión de los recursos de tierras, hídricos y vivos debe quedar en manos de la sociedad; el **Principio 11**: En el enfoque ecosistémico deberían tenerse en cuenta todas las formas de información pertinente, incluidos los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades científicas, indígenas y locales, y el **Principio 12**: En el enfoque ecosistémico deben intervenir todos los sectores de la sociedad y las disciplinas científicas pertinentes.

- Otro principio cuya aplicación requiere de la adecuación o diseño de marcos institucionales que permitan la adopción de decisiones lo más cercano posible a donde se da la relación entre los recursos naturales y las comunidades indígenas y locales, se trata del **Principio 2**: La gestión de los recursos naturales debe estar descentralizada al nivel apropiado más bajo.
- Otro principio que se refiere a la necesidad de prever la valoración económica de bienes y servicios ambientales, así se pueden planificar los diferentes mecanismos económicos e incentivos como herramientas que también pueden contribuir a la conservación de los ecosistemas, a cuyo efecto se necesita que los ordenamientos jurídicos nacionales hagan las adecuaciones correspondientes. Se trata del **Principio 4**: Dados los posibles beneficios derivados de su gestión, es necesario comprender y gestionar el

ecosistema en un contexto económico. Este tipo de programa de gestión de ecosistemas debería: I) disminuir las distorsiones del mercado que repercuten negativamente en la diversidad biológica; II) orientar los incentivos para promover la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; y III) procurar, en la medida de lo posible, incorporar los costos y los beneficios en el ecosistema de que se trate.

Siendo así, los mayores retos que encuentran los autores para la incorporación del EE en la región se identifican en relación al marco institucional y los procesos de descentralización que están ocurriendo en varios países, la participación ciudadana como herramienta clave del proceso de adopción de decisiones y la internalización de los costos mediante una adecuada valoración económica de bienes y servicios ambientales que prestan los ecosistemas y el diseño de incentivos que promuevan la conservación de estos bienes y servicios.

3.1. Marco institucional flexible

Un **marco institucional** que en su diseño no excluya los intereses sectoriales sino que en su funcionamiento contribuya a la integración y operación coordinada en función de objetivos comunes que requieren ser abordados de forma sistémica. Así es que algunos de los asuntos de manejo son comunes para las cuencas hidrográficas y las zonas costeras de modo que requieren de enfoques integrados para su gestión. Siendo así, de lo que se

trata es de “hacer prevalecer el enfoque ecosistémico sobre el enfoque sectorial” (CIT-MA, 2009).

Por ello, se considera que un aspecto clave en la implementación de los enfoques integrados en la gestión de cuencas hidrográficas y zonas marino-costeras es la coordinación intersectorial entre autoridades y niveles con competencias para la dirección de estos ecosistemas. En relación con este tema, se identifica como un avance en la región de América Latina y el Caribe la existencia de algunas experiencias positivas de coordinación intersectorial en diferentes niveles para la gestión integrada de zonas costeras y cuencas hidrográficas. No obstante, al respecto también se identifica el reto de favorecer el fortalecimiento de estos mecanismos de coordinación intersectorial con una visión integral de la gestión de los ecosistemas (PNUMA ALC, 2011).

Otro aspecto relacionado con un marco institucional que pudiera favorecer la adopción del EE es la descentralización hacia lo local* en el sentido de que se propicie el “diseño y puesta en funcionamiento efectivo de mecanismos de gobernanza participativos y descentralizados, que logren una gestión ecosistémica justa y equitativa, así como una efectiva gestión del conocimiento desde todas sus fuentes” (Andrade *et al.*, 2011).

En tal sentido, se plantea que

una descentralización eficaz requiere una delegación adecuada de la autoridad, lo cual implica que los interesados directos gocen tanto de la oportunidad de asumir la responsabilidad como de la capacidad para aplicar las medidas apropiadas, y es necesario que esté apoyada por marcos normativos y legislativos que lo faciliten (Andrade *et al.*, 2011).

Se considera que “es más probable que las medidas destinadas a conservar los recursos naturales tengan éxito si se otorga a las comunidades locales la propiedad de los mismos, y si ellas participan en el reparto de beneficios y están involucradas en las decisiones”. Del mismo modo que es muchísimo más probable que las comunidades locales conserven los recursos naturales si ellas tienen una influencia real sobre las decisiones en cuanto al uso de los mismos –y si a la postre logran un reparto más equitativo de los beneficios (MEA, 2005).

Importante es tener en cuenta que “una mayor participación de las comunidades indígenas en la toma de decisiones también puede brindar acceso al conocimiento tradicional con respecto al funcionamiento de los sistemas naturales para ayudar a diseñar formas más eficientes de protegerlos” (MEA, 2005).

Al respecto se considera que “se deben aumentar más las oportunidades de las poblaciones locales para incorporar nuevas tecnologías y usos del suelo alternativos y sostenibles, incluyendo actividades no agrícolas generadoras de ingresos que puedan atenuar

* Esto corresponde con el Principio 2 del EE que establece que “la gestión de los recursos naturales debe estar descentralizada al nivel apropiado más bajo”.

las presiones sobre el ambiente” (PNUMA, 2010).

En cuanto al marco legal e institucional para el Manejo Integrado de las Zonas Costeras bajo la concepción de EE de Manejo Integrado de Aguas y Áreas Costeras, se identifica como aspectos que significan avances en la región el hecho de que todos los países han adoptado los Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente y cuentan con autoridad ambiental con competencias para la gestión de los ecosistemas marino-costeros, sin embargo, en algunos mínimos casos resulta poco claro. No obstante, se identifica como retos en este sentido el diseño y establecimiento de mecanismos legales o plataformas que faciliten la coordinación entre instituciones, sectores y niveles de gobierno y crear o fortalecer las estructuras institucionales de los países para la gestión de los ecosistemas costero-marinos (PNUMA ALC, 2011).

3.2. Participación ciudadana en la toma de decisiones

Importante es hacer notar que la *participación ciudadana* en relación a temas relacionados con lo ambiental ha sido objeto de análisis en el marco de diferentes Acuerdos Ambientales Multilaterales. En tal sentido es importante resaltar el Principio 10* de la De-

claración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo que se pronuncia por la adopción de medidas que permitan el acceso a la información ambiental y a la justicia para dirimir conflictos ambientales, ya sea por la vía administrativa, civil o penal, y a la participación en la adopción de decisiones ambientales, como tres derechos denominados “procedurales” que garantizan el ejercicio del derecho a un medio ambiente sano.

Ahora bien, en tanto en el Enfoque por Ecosistemas coloca a la gente y el uso de los recursos naturales en el punto de partida de la toma de decisiones, el derecho debe prever mecanismos de participación adecuados en los procesos de gestión pública y adopción de decisiones, del mismo modo que deben preverse mecanismos adecuados para la gestión o la solución de los conflictos sobre uso de recursos naturales que pueden generarse como parte del propio proceso de definición de prioridades de usos y, visto a más largo plazo, de decisiones relacionadas con el desarrollo. Por tanto, la participación que se requiere para promover el EE no se limita a la consulta pública asociada al Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental de un Proyecto de obra o actividad, aunque puede incluirla.

* El Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo establece lo siguiente: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el

medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

Este es un elemento importante en tanto se advierte que en muchos casos la participación ciudadana no pasa de ser un mero requisito a cumplir por el actor económico (público o privado) antes del emprendimiento de una actividad con impactos ambientales, generando entre la población reacciones adversas que muchas veces generan conflictos sociales que llegan a comprometer las bases de la sociedad (PNUMA, 2010).

Por ello es tan importante fortalecer y consolidar los mecanismos de participación ciudadana en tanto representan “uno de los elementos cruciales para hacer funcionar el aparato del sistema ambiental, así como para el logro de normas ambientales eficientes y efectivas, que es en suma lo que debería esperarse como corolario de dicho proceso” (PNUMA, 2010). En tal sentido se hace notar además que “es fundamental honrar los principios del enfoque ecosistémico referidos a la participación de los actores locales en la toma de decisiones” (Guerrero *et al.*, 2007).

No obstante, consideramos que la participación ciudadana es un tema medular no solo en cuanto a las problemáticas ambientales, sino más bien y por sobre todas las cosas para el desarrollo de los países en tanto algunos autores plantean que “la fuerza principal de una nación no reside en las reservas de petróleo, hierro, uranio, carbón, agua, esto es, el capital natural de un país, sino en su capital social, en el sentido de la capacidad de

crear que poseen los individuos que pueblan un determinado territorio” (Fung, 2000).

Así es que se plantea que

los proyectos de desarrollo local deben concebirse como un proceso participativo y escenario de aprendizaje en el que se manifieste una real participación de los actores involucrados y de la población beneficiaria en los espacios de toma de decisiones, para ello se requiere del reconocimiento y la conciliación de la diversidad de actores, intereses y roles (Guzón *et al.*, 2011).

Es por ello que los modelos de manejo integrado de determinados ecosistemas que en su diseño y aplicación observan principios del EE –como es el caso del Manejo Integrado de las Zonas Costeras, el Manejo Integrado de las Cuencas Hidrográficas, la Gestión Integrada de Recursos Hídricos y el Manejo Sostenible de Tierra– se pronuncian por la participación de los ciudadanos en el diseño y conducción de este tipo de procesos.

En tal sentido es importante hacer notar que se plantea que

es deseable que los sectores más sensibles y responsables con el compromiso ambiental evolucionen de una posición ‘ambientalista’ hacia la consideración de la multidimensionalidad del desarrollo y de las decisiones que lo hacen posible, rompiendo el estigma de la parcialidad – que a veces sobredimensiona los objetivos

ambientales sin tomar en cuenta legítimas aspiraciones de uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en acciones de desarrollo socioeconómico (PNUMA ALC, 2010).

3.3. Internalización de costos ambientales

Se considera que este es un tema absolutamente importante en tanto “es improbable que la protección de los servicios de la naturaleza se convierta en una prioridad mientras los que los usan los sigan percibiendo como servicios gratuitos e inagotables” (MEA, 2005). Por tanto, se requiere que las políticas, la legislación y la adopción de decisiones tengan en cuenta los costos naturales como parte de las decisiones de tipo económico, pues solo de esta forma se estaría transitando el camino hacia la sostenibilidad.

Para ello resulta importante “reconocer como activos los bienes y servicios que proporciona la combinación de ecosistemas” (Smith *et al.*, 2007) de modo que en el análisis asociado a la adopción de decisiones se evalúe bajo un criterio de costo-efectividad no solo el proyecto de obra o actividad en cuestión, sino también y por sobre todas las cosas lo que implica en relación a la capacidad del ecosistema de continuar prestando bienes y servicios ambientales. Por ejemplo, hay que tener en cuenta qué implicaciones económicas genera la afectación al bosque de manglar y a los bienes y servicios que este presta, tales como reducción de la vulnerabilidad costera y atenuación del oleaje, pro-

ducción primaria de nutrientes para la cadena trófica de especies marinas de la zona del litoral, además de productos no madereros como mieles y fibras (Guzmán *et al.*, 2006).

Ahora bien, la valoración económica de los bienes y servicios ambientales que prestan los ecosistemas constituye un elemento clave no solo para una adecuada adopción de decisiones, sino también para el diseño de incentivos económicos que promuevan o apoyen su conservación. Por consiguiente, se plantea que

es relevante la continuación en los esfuerzos de desarrollo e implementación de incentivos económicos que apoyen la conservación y el uso sostenible de los ecosistemas, y que consideren los aspectos sociales y culturales de quienes habitan los territorios (PNUMA, 2010).

En este orden de ideas, es importante tener en cuenta también que el Cuarto Programa para la Elaboración y el Examen Periódicos del Derecho Ambiental se pronuncia por la promoción del cumplimiento voluntario y los incentivos económicos. En tal sentido, define dentro sus estrategias para aumentar la eficacia del derecho ambiental la de “identificar y promover enfoques, instrumentos y mecanismos innovadores que potencien la eficacia del Derecho Ambiental”, dentro de los cuales se encuentran el etiquetado ecológico, la certificación, las tasas por contaminación y los impuestos sobre los recursos naturales, por citar ejemplos (PNUMA, 2009).

En cuanto al marco legal e institucional para el Manejo Integrado de las Zonas Costeras bajo la concepción de EE de Manejo Integrado de Aguas y Áreas Costeras, se identifica como aspectos que significan avances en la región el hecho de que algunos países tienen incentivos para el cumplimiento voluntario de estándares ambientales y que existen experiencias de establecimiento de regulaciones legales y su aplicación sobre la valoración de los servicios ambientales, lo que hicieron notar los participantes de países como Costa Rica, República Dominicana y México. No obstante, se identifican retos en cuanto a este tema, entre los cuales se encuentran la necesidad de fortalecer el establecimiento y la aplicación de instrumentos de autogestión para el cumplimiento ambiental y de desarrollar o fortalecer el marco legal para la valoración de los servicios ambientales (PNUMA ALC, 2011).

CONCLUSIÓN

Se reconoce a nivel internacional y en las políticas públicas de los países la necesidad de propiciar la aplicación del Enfoque por Ecosistemas y sus principios como vía para disminuir las brechas entre lo ambiental y lo económico, así como el importante rol que desempeña el ser humano en estos procesos. No obstante, en la práctica de las instituciones públicas, sus herramientas de gestión y experiencias de funcionamiento no se manifiestan de forma generalizada resultados palpables y medibles en este sentido que requiere llevar a una reflexión e inclusión mucho más efectivas.

Continúa siendo un reto para la región el diseño de marcos institucionales suficientemente flexibles para posibilitar la coordinación intersectorial en diferentes niveles de los gobiernos de modo que no se excluyan las competencias, sino que operativamente se fortalezcan las actuaciones en las esferas o problemáticas de interés común de actuación.

Al mismo tiempo también constituye un reto que se garantice la participación de los ciudadanos de forma activa no solo en los temas de interés ambiental y asociados a los procesos específicos de toma de decisiones que conciernen a lo ambiental, sino más bien de forma autogestionaria en los procesos de desarrollo.

También es un reto la valoración de los servicios de los ecosistemas –incluyendo el desarrollo y aplicación de los marcos normativos adecuados– de modo que se potencie la aplicación de incentivos y otros instrumentos económicos que promuevan la aplicación y cumplimiento de la legislación que, sin excluir el rol de instrumentos tradicionales de comando y control, estén más dirigidos a internalizar los costos ambientales.

Por último, un reto con énfasis particular es la potenciación de políticas públicas que promuevan el desarrollo local, así como el rol que corresponde jugar a las comunidades indígenas y locales en la definición de las líneas de desarrollo prioritarias de acuerdo a los usos posibles de los recursos naturales,

teniendo en cuenta la conexión entre el modelo de desarrollo a adoptar y la capacidad de los ecosistemas para continuar prestando bienes y servicios ambientales.

REFERENCIAS

Libros

Andrade, A., Arguedas, S., Vides, R. (2011). *Guía para la aplicación y monitoreo del Enfoque Ecosistémico*, CEM-UICN, UNESCO-Programa MAB, CI-Colombia, ELAP-UCI, FCBC.

Brañes B., R. (1994). *Manual de derecho ambiental mexicano*. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental. México: Fondo de Cultura Económica.

Brañes B., R. (2000). *El Acceso a la justicia ambiental en América Latina*. Asociación Latinoamericana de Derecho Ambiental. México.

Brañes, B., R. (2006). Los mecanismos para la aplicación del Derecho para el desarrollo sostenible en América Latina en la Fundación del Derecho Ambiental en América Latina. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. PNUMA.

Brito, G., L. (2010). Instituciones nacionales para la gestión integrada de aguas y áreas costeras. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Memorias del Curso Regional Manejo Integrado de Aguas y Áreas Costeras en América Latina y el Ca-

ribe: Teoría y Práctica. Panamá, del 10 al 20 de agosto.

Fernández B., J. (2004). *Teoría del Estado y el derecho. Teoría del derecho*. Segunda parte. La Habana: Editorial Félix Varela.

Cancino, M., A. (2006). Gestión ambiental y aplicación de la ley en México en la fundación del derecho ambiental en América Latina. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. PNUMA.

Castillo, B., Federico, A., Quesada L., J. E., Ramallo L., F. E. (2010). Monografías de gobiernos locales. Gobierno y democracia local: La experiencia andaluza y andina. Unión Iberoamericana de Municipalistas. Granada.

Cincin-Saint, B. & Knecht, R. W. (1998). *Integrated coastal and ocean management: concepts and practices*. Washington DC.

Dietz, T., Ostrom, E. & Stern, P. C. (2003). The Struggle to Govern the Commons. En *Science*, 302(5652), 1907-1912 en Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Perspectivas del Medio Ambiente Mundial. GEO 4. Medio Ambiente para el Desarrollo. PNUMA.

Fung, T. (2000). *La ciencia política en el tránsito al siglo XXI*. La Habana, Cuba: Editorial Félix Varela.

García, F., J. M. & Rey S., O. (2005). *Foros de negociación e instrumentos jurídicos interna-*

cionales sobre medio ambiente y desarrollo sostenible. La Habana: Publicaciones Acuatico.

GEO Cuba (2009). *Evaluación del medio ambiente cubano*. La Habana: CITMA.

Guerrero, F., E. (2007). El enfoque ecosistémico aplicado a la gestión del agua. Una perspectiva desde América Latina. En Á. Andrade Pérez (Ed.), *Aplicación del Enfoque Ecosistémico en Latinoamérica*. Bogotá, Colombia: CEM - UICN.

Guzmán J., M. & Menéndez L., M. (2006). *El ecosistema de manglar en Cuba*. La Habana: Editorial Academia.

Guzón C., A. & Colectivo de Autores (2011). *Cataurito de herramientas para el desarrollo Local*. La Habana: Editorial Caminos.

Ipenza P., C. A. (2010). *El convenio sobre la diversidad biológica en el Perú - Análisis de su aplicación y avances en el Perú*. Lima, Perú: MINAM.

Lubchenco, J. (1994). The Scientific Basis of Ecosystem Management: Framing the Context, Language and Goals. In *Ecosystem-Based Management: Markers for Assessing Progress*. UNEP-GPA, 2006.

Millennium Ecosystem Assessment (2005). *Ecosystems and Human Well-Being: Biodiversity Synthesis*. Washington, D.C.: World Resources Institute.

Miranda Vera, C.E. (2003). "La zona costera como totalidad ambiental. Primera aproximación". *Revista de Investigaciones Marinas*, 24(1), 66. En B. Y. Monzón. Tesis en Opción del Grado Científico de Doctor en Ciencias en la Universidad de La Habana, 2011.

Mora P., C. (2002). *Avances jurídicos y su aplicación en Colombia en De Río a Johannesburgo: Perspectivas del Derecho Ambiental en Latinoamérica*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. PNUMA-LAC.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (2011). Resumen del estado de los recursos de tierras y aguas del mundo para la alimentación y la agricultura. ¿Cómo gestionar los sistemas en peligro? FAO.

Pacheco, P. y otros (2008). The role informal institution in the use of forest resources in latin american. CIFOR. *Forest governance programme*, (15).

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente –PNUMA (2007). *Perspectivas del medio ambiente Mundial*. Geo 4. Medio ambiente para el desarrollo. Dinamarca: Pnuma.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente –PNUMA (2009). Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Perspectivas del Medio Ambiente: América Latina y el Caribe*.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2002). *Serie de Documentos Legislativos sobre Derecho Ambiental*. No. 3, (1995). En M. L. Caraballo, Tesis en Opción del Grado Científico de Doctor en Ciencias en la Universidad de La Habana.

Rey S., O. (2011). Los retos en la implementación del derecho ambiental en Cuba. En *Retos y tendencias del derecho ambiental contemporáneo*. Organización Nacional de Bufetes Colectivos. La Habana.

Salvador C., M. (2010). "Modelos constitucionales de gobiernos locales y gobernabilidad democrática". En B. Castillo, A. Federico, J. E. Quesada, F. E. Ramallo, Monografías de gobiernos locales. Gobierno y democracia local: la experiencia andaluza y andina. Unión Iberoamericana de Municipalistas. Granada.

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2010). *Perspectiva Mundial sobre la Diversidad Biológica 3*. Montreal.

Smith, M., de Groot, D., Perrot-Maitre, D. & Bergkamp, G. (2007). *Pago: Establecer pagos por servicios de cuencas*. Suiza: IUCN, Gland.

Soriano R. (2000). Los caracteres y las categorías de las normas jurídicas. En J. Fernández & H. L. Pérez. *Selección de lecturas de teoría del Estado y el derecho*. La Habana: Editorial Félix Varela.

Zhidkov, O., Chirkin, V., Yudin, Y. (1980). *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el derecho*. Editorial Progreso. Moscú.

Internet

Barragán Muñoz, J. M. (2005). *La gestión de áreas litorales en España y Latinoamérica*. Cadiz: Universidad de Cadiz.

Convenio de Diversidad Biológica (CBD) (2000). Decisión Sexta de la Quinta Conferencia de las Partes "Enfoque por Ecosistemas". <http://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7148> Visitado en fecha 26 de agosto de 2013.

David, G. V. (1999). Lecciones de la investigación sobre aplicación y cumplimiento de la legislación internacional en materia de medio ambiente en indicadores de la aplicación efectiva de la legislación ambiental. *Memooria de un diálogo en América del Norte*. Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA). http://www.cec.org/Storage/42/3396_indic-sp.pdf Visitado en fecha 13 de agosto de 2013.

Esquivel, J. (1972). Nota Bibliográfica: Foundations of Jurisprudence by Jerome Hall. Crítica: *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 6(16/17), 139-142, Jan.-May. <http://www.jstor.org/stable/40154248> Visitado en fecha 26 de agosto de 2013.

Guerrero, E. (2004). Enfoque ecosistémico y corredores: Dos conceptos que promueven una gestión integral de la biodiversidad. En M. Cracco & E. Guerrero (edi.), *Aplicación del Enfoque Ecosistémico a la Gestión de Corredores en América del Sur*. Memorias del Taller Regional, 3 al 5 de junio de 2004. UICN. Quito, Ecuador. <http://data.iucn.org/dbtw->

wpd/edocs/2004-058.pdf Visitado en fecha 31 de julio de 2013.

Informe del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico acerca de la labor realizada en su Duodécima Reunión. UNEP/CBD/COP/9/2. CBD, 2007. <http://www.cbd.int/doc/meetings/sbstta/sbstta-12/official/sbstta-12-cop-09-02-es.pdf> Visitado en fecha 31 de julio de 2013.

Méndez, F. L. (2007). Globalización y medio ambiente. *Revista INAFOCAM*, 1(1), 23-4, enero. República Dominicana. <http://eprints.ucm.es/7555/1/mendez.pdf> Visitado en fecha 31 de julio de 2013.

Principios de manejo integrado de aguas y áreas costeras. Proyecto "Construcción de capacidades en el Manejo Integrado de Agua y Áreas Costeras (MIAAC) en América Latina y el Caribe (2010-2012)". Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. <http://www.pnuma.org/agua-miaac/> Visitado en fecha 31 de julio de 2013.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2009). UNEP/GC.25/11/Add.2. Cuarto Programa para la Elaboración y el Examen Periódicos del Derecho Ambiental (Programa de Montevideo IV). www.unep.org/gc/gcss-x/download.asp?ID=943 Visitado en fecha 26 de agosto de 2013.

Sherman, K. & Duda, A. M. (1999). An Ecosystem Approach to Global Assessment and Management of Coastal Waters. *Marine Ecology Progress Series*, 190, 271-287 www.int-res.com/journals/meps Visitado en fecha 31 de julio de 2013.

com/journals/meps Visitado en fecha 31 de julio de 2013.

United Nations Environment Programme. Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-based Activities. Ecosystem-based management: Markers for assessing progress. UNEP/GPA. The Hague, 2006. http://www.unep.org/pdf/GPA/Ecosystem_based_Management_Markers_for_Assessing_Progress.pdf Visitado en fecha 26 de agosto de 2013.

Waltner-Toews, D. & Kay, J. (2005). The evolution of an ecosystem approach: the diamond schematic and an adaptive methodology for ecosystem sustainability and health. *Ecology and Society*, 10(1),38 (on line): <http://www.ecologyandsociety.org/vol10> Visitado en fecha 31 de julio de 2013.

Otras fuentes bibliográficas

Real, F., G. El derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Memorias del Quinto Programa Regional de Derecho y Políticas Ambientales. Asunción, Paraguay, del 20 al 30 de mayo de 2008.

Memorias del Segundo Programa Regional de Capacitación en Gobernanza Ambiental de las Zonas Costero-Marinas. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Cartagena, Colombia, del 8 al 18 de noviembre de 2011.

Prospectiva del Derecho Administrativo en la era de la glocalización: el fin de la soberanía y el auge del *soft law*

Prospective of the administrative law in the era of glocalization: the end of sovereignty and the rise of soft law

Perspectiva do direito administrativo na era da globalização: O fim da soberania e o auge do soft law

RESUMO

O presente artigo de reflexão analisa duas categorias próprias da metodologia hermenêutica: as perspectivas e dinâmica do direito administrativo no marco das transformações do estado, gerado pela dualidade global-local. Na análise perspectiva destaca-se nas novas dimensões que necessariamente cria o fim do estado moderno e do conceito tradicional de soberania. Caracterizando o auge do *soft law* e novas formas de governanças.

PALAVRAS-CHAVES

Glocalização, Glo-cal, Estado social do direito, Tendências do direito administrativo, *Soft law*.

RESUMEN

El presente artículo de reflexión analiza dos categorías propias de la metodología hermenéutica: la prospectiva y dinámica cambiante del Derecho Administrativo en el marco de las transformaciones del Estado, generado por la dualidad global-local. En el análisis prospectivo se enfatiza en las nuevas redimensiones que obligatoriamente crea el fin del Estado moderno y de la concepción tradicional de la soberanía, caracterizando el auge del derecho suave y las nuevas formas de gobernanza.

PALABRAS CLAVE

Globalización, Glo-cal, Estado Social del Derecho, Tendencias del Derecho Administrativo, *Soft law*.

ABSTRACT

The reflection paper analyzes own categories of hermeneutics methodology prospective and changing dynamics of administrative law in the context of State transformations generated by the overall nonlocal duality. In the prospective analysis is emphasized in the new resizing it necessarily creates the order of the modern state and the traditional concept of sovereignty, characterizing the rise of *soft law* and new forms of governance.

KEYWORDS

Globalization, Glo-cal, social Rule of Law, Trends in Administrative Law, *Soft law*.

EVER LUIS FERIA TOVAR

Abogado egresado de la Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Constitucional de UNISINÚ y especialista en Gerencia de Hacienda Pública de la Universidad CECAR. De igual forma, es candidato a Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Actualmente se desempeña como notario segundo de Sincelejo. Este proyecto de investigación fue acompañado por la dirección temática y metodológica de Edimer Leonardo Latorre Iglesias, doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. notariosegundodesincelejo@hotmail.com

Recibido: Enero 30 de 2014 • Aceptado: Febrero 26 de 2014

INTRODUCCIÓN

El Derecho administrativo del siglo veintiuno, el Derecho administrativo de la segunda modernidad, requiere una nueva piel, nuevas técnicas, nuevos instrumentos. Los administrativistas debemos ayudar a confeccionarla, no tratar de seguir enfundándolo en la vieja piel, una piel en muchos aspectos inservible, demasiado rígida y poco flexible (Puigpelat, 2004, pp. 245-246).

El dibujante Alex Raymond bosquejó en 1934 con el *comic Flash Gordon* (traducido al español como *Roldan El Temerario*), una sociedad intergaláctica, gobernada por una confederación planetaria que funciona como un solo mundo, con un solo ejército y con un objetivo fundamental: el consenso y la búsqueda de armonía que de él se desprenden. Este panorama utópico, propio de la ciencia ficción, se materializa cada vez más frente a las realidades actuales del mundo contemporáneo.

De ahí la abundancia de conceptos en el ámbito de las Ciencias Sociales que pretenden describir la interacción, velocidad y cambio constante que vivenciamos en nuestra realidad cotidiana: modernidad líquida (Bauman, 2010) que intenta explicar cómo los lazos y las convenciones sociales tradicionales se difuminan en la medida en que las fuerzas racionalizantes de la modernidad se apropian y colonizan los intersticios subjetivos de la vida social; sociedad postindustrial (Toffler, 2006)

que tiende a precisar la característica de la vida actual, un mundo que deja de lado las chimeneas humeantes propias de la era *fordista* y da paso a la nueva era: el *toyotismo*, con un sistema basado en la hiperespecialización y la inversión de la pirámide organizacional, donde la clave es el cliente y el cambio para adaptarse a sus necesidades; era conceptual (Pink, 2008) que propone como base de la productividad la imperativa construcción de nuevas y claras formas de empatar socialmente a través de la cocreación y la inteligencia colectiva. Se podrían citar otras denominaciones: era de las turbulencias (Greenspan, 2007), cibersociedad (Ohmae, 2008), sociedad postcapitalista (Drucker, 2002), o simplemente el mundo globalizado e hiperconectado (Castells, 2009).

En este sentido y a partir de la destacada abundancia conceptual que pretende aprehender las realidades veloces del mundo actual postmoderno, el *comic* con el que crecimos se puede estar convirtiendo en una profecía que se realiza, la interacción de los países por mediaciones altamente tecnologizadas se asemeja a la interacción de los planetas; hoy por hoy, posiblemente vivenciamos una sociedad transplanetaria, dado que estamos inmersos en un proceso imparable de globalización, que implica que lo local queda atrapado y subsumido en las fuertes e inmodificables tendencias globales.

De ahí que presenciemos cómo lo sagrado y profano de las sociedades antiguas, con su cortejo enmohecido de creencias, se di-

suelve frente a nosotros (Marx, 1989), proceso que se resume en la famosa frase de Marshall Bergman (2011): “Todo lo sólido se desvanece en el aire”. Vemos cómo cambian las formas tradicionales de la familia, de la propiedad, del tiempo y del espacio, y obviamente las transformaciones e hibridaciones que obligatoriamente asume el Estado y sus modelos de la gestión de lo público. El efecto de esta hiperconectividad salta a la vista: se revalúan los valores, se derrocan las tradiciones, se redefinen las instituciones y, particularmente, se rehace el Derecho.

El Derecho históricamente está en dinámica, en cambio, no es estático, obedece a una acción humana y a una modalidad de acción social, es decir, el Derecho es un hecho social y debe estar acorde con los cambios en los cuales él se desenvuelve. A este respecto, ya señalaba en su momento Ferrari (2006):

Estudiar el Derecho como modalidad de acción social significa indagar sobre las acciones humanas que en él se inspira, comprender su sentido y verificar si, y hasta qué punto, este es socialmente comparado, describirlas en su curso temporal, identificar sus efectos concretos y reconducir tales investigaciones a una visión teórica de conjunto que dé cuenta de la posición que en un ámbito de relaciones sociales recubre el derecho, visto tanto en su conjunto como en sus partes (p. 18).

Pero este Derecho que cambia, debe dar respuesta a los desafíos que implican las

fuerzas particulares del fenómeno global, especialmente a la dicotomía conflictiva y en ocasiones excluyente de la relación global-local, tal y como la plantea Robertson (2003). Esta disyuntiva exige una relación que implica pensar globalmente y actuar de manera local, o posiblemente, como lo plantea Bauman (2010), tenemos problemas globales que se materializan y exigen soluciones localmente.

La relación glocal hace que particularmente se redefinan tres grandes conceptos: el concepto de soberanía con sus tradicionales limitaciones geoespaciales, el concepto de Estado con su modelo de agenciar lo público, y especialmente el concepto de Derecho Administrativo, en la actual coyuntura, altamente vinculado al de gobernanza que implica un paso del *hard law* (derecho fuerte) al *soft law* (derecho blando) (Martel, 2012).

Si cambia la concepción tradicional del Estado y de agenciar lo público, debe cambiar el universo deóntico de lo jurídico, tal y como lo planteó en su momento el connotado analista Restrepo Medina (2002):

El Estado contemporáneo se enfrenta a un conjunto de desafíos que han puesto en tela de juicio las estructuras administrativas, la toma de decisiones de políticas establecidas y la forma de pensar acerca de la administración pública y del servicio civil, de lo cual se deriva un replanteamiento del papel que le compete cumplir y, por lo tanto, del régimen jurídico correlativo,

máxime si se tiene en cuenta que los problemas que enfrentan los gobiernos no se reducen a la definición de medios operativos para su solución (p. 131).

Este cambio que da paso a un Estado regulador hace que el Derecho Administrativo se transforme, se ajuste y de una manera u otra enfrente tensiones entre el paso de un paradigma al otro. El histórico enfrentamiento entre lo público y lo privado (Arendt, 2005), la colonización del Derecho privado en la esfera del Derecho público (huida del Derecho Administrativo al derecho privado), la imposición de un Derecho internacional evitando las legitimaciones democráticas y especialmente la forma como se produce, crea y recrean los mecanismos de participación ciudadana, así como los procesos de despublificación o *ius-privatización* y la obligatoria necesidad de superar las disfunciones del modelo burocrático weberiano con los riesgos que presuponen las mentiras propias de un universo tecnocrático y racionalizador son las antinomias dialécticas actuales que asume el campo de tensiones que evidencia el Derecho Administrativo en el ámbito de lo glo-cal.

En el contexto praxeológico de estas tensiones se inscribe la pregunta problema que orienta este trabajo: ¿cuáles son las tendencias glo-cales que inciden en el reconfiguramiento del Derecho Administrativo en la contemporaneidad? Esto implica responder tres subpreguntas claves:

- i) ¿Cuáles son las transformaciones del concepto de soberanía y de Estado que presenciamos en la actual coyuntura histórica?
- ii) ¿Qué reorganización y ajuste exige la tendencia del *soft law* a los Estados actuales?
- iii) ¿Cuáles son los retos del Derecho Administrativo en el fluctuar de lo glo-cal y en la redefinición de lo público?

Las respuestas a estas inquietudes se inscriben en un análisis teórico que asume dos vertientes. La primera de ellas defiende lo público como esfera autónoma que debe frenar los principios propios de un capitalismo inclemente y devorador que centrifuga lo público y lo cosifica a la esfera de lo privado y privatizador (Arendt, 2005; Ritzer, 2007; Piketty, 2014; Salden, 2013). La segunda vertiente defiende lo privado como una lógica racionalizante perfecta que debe eliminar lo público y sus defectos (Samuelson, 2004; Bell, 2004; Beck, 2008; Hayeck, 2008). Obviamente, se examinarán los desafíos del Derecho Administrativo como un Derecho que debe frenar el paso gigantesco y devorador no ya de la globalización, sino de la grobarización (Ritzer, 2007), que examina el lado oscuro de la globalización y lo categoriza como un proceso de licuefacción de lo público y su desaparición en lo global. Este artículo reflexivo propende por entender la forma como el Derecho Administrativo es el último baluarte que puede frenar la fuerza avasallante del capitalismo contemporáneo (Piketty, 2014).

En este contexto teórico, diversos autores han trabajado sobre las diferentes formas y cambios que evidencia el Derecho Administrativo en el marco de la globalización. Uno de los autores que señala las diferentes evoluciones del Derecho en torno a los cambios del Estado es Juan Cruz Alli (2004), que ubica el nacimiento del Derecho Administrativo en la muerte del Estado absolutista y el afianzamiento de un Estado Social de derecho. Dicho de otra manera, el Derecho Administrativo surge en el núcleo básico de la Modernidad y del proyecto ilustrado, donde la clave es la idea de legalidad, de legitimidad, de equilibrio de poderes y de formación de ciudadanía, elementos que en la sociedad tecnocrática global pueden estar asumiendo nuevas formas y modalidades.

En este sentido, en su trabajo clásico sobre globalización, Estado y derecho, Mir Puigpelat (2004) analiza las transformaciones recientes del Derecho Administrativo, haciendo énfasis en las diferentes novedades del mundo global y de cómo los estados actuales, en permanente transformación, deben hacer frente desde lo público a fenómenos globales como la legitimación de sus procedimientos (gobernanza), las migraciones y la incidencia del capital transnacional y de las corporaciones que lo representan en las reconfiguraciones jurídicas de los órdenes regionales.

El jurista europeo Mariano Baena (2005) trabaja el problema de la racionalidad tecnocrática y de la eficiencia capitalista y cómo

esta narrativa se ha erigido en una táctica para permear el Derecho público de una carga racionalizadora privativa. Este autor señala cómo el discurso del gerencialismo y la orientación a los resultados terminan siendo narraciones seductoras en Estados burocráticos y lentos para dar respuesta a las necesidades de sus colectivos, que no dejan entrever las limitaciones de la racionalidad técnica instrumental que son intrínsecas a su desarrollo.

En Colombia, es de exaltar la dedicación a la temática del doctor en Derecho Manuel Alberto Medina (2002), quien es creador de una línea de investigación sobre las tendencias del Derecho Administrativo y sus cambios en el modelo de Estado de la era global. Particularmente receptor de las tendencias teóricas europeas, su preocupación gira en torno a la defensa de lo público y a la maximización necesaria de la eficacia del Estado.

Sus premisas interpretativas propician un debate sobre los diferentes retos que debe enfrentar el Estado en la reorganización y adaptación de la gerencia de lo público a las exigencias del contexto local. De igual forma, un tema especial y relevante en las apreciaciones de este pensador es el llamado a revisar las diferentes implicaciones de la paulatina huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho privado.

En esta misma línea se inscribe el aporte de Suárez Tamayo (2010), que examina un análisis de caso (los servicios públicos) que ubican

de manera ejemplar los problemas e implicaciones de la huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho privado. El enfrentamiento de estas dos lógicas –y la promoción para que la lógica privada se perciba como de mayor validez y eficacia– impide analizar los efectos de la concepción jurídica de lo privado en la gestión de lo público. Una de sus preguntas sigue vigente: ¿cuáles son los límites y controles frente a la huida del Derecho Administrativo para Estados precarios como el colombiano?

Brewer-Carias (2014) señala el deber ser del Estado frente a los peligros concomitantes del regreso de los Estados totalitarios, señalando que el Derecho Administrativo es propio de Estados Sociales de Derecho y que el proceso de constitucionalización que ha evidenciado es un síntoma de cómo se ha ido construyendo una jurisprudencia significativa frente a la temática. Es bastante sugestiva su afirmación de que:

Por ello, podemos responder a la pregunta sobre hacia dónde va el derecho público... afirmando que el mismo, en definitiva, va hacia donde vaya el Estado; y las nuevas tendencias del derecho administrativo serán las que resulten o se deriven de regular a la Administración de ese Estado; lo cual no deriva por supuesto de los solos enunciados constitucionales que a veces a lo único que nos conducen es a considerar el deber ser, es decir, lo que quisiéramos que fuera la tendencia del derecho admi-

nistrativo, por supuesto, si el Estado fuera realmente, siempre, un Estado democrático (p.10).

Para realizar el abordaje y revalidar la pregunta de hacia dónde va el Derecho Administrativo –o, dicho de otra forma, ¿cuáles son las nuevas exigencias del ámbito global?–, este trabajo empleó metodologías propias de la hermenéutica jurídica, paradigma que se inscribe en el marco epistemológico del análisis hipotético deductivo, ya que se plantea la observación sistemática de un fenómeno, la construcción de una hipótesis explicativa del mismo, la sistematización de unas consecuencias o premisas derivadas y su verificación en el plano de la evidencia empírica.

Este marco epistemológico implicó el uso de la hermenéutica jurídica como método de comprensión y aprehensión de los fenómenos estudiados de una forma descriptiva. No se puede olvidar que la hermenéutica pretende comprender los fenómenos sociales tal y como lo afirma Packer (2010):

Nosotros, en tantos agentes sociales, siempre encontramos significado en un procedimiento, no al abstraer a partir de él una estructura lógica, sino al comprender a qué propósitos e intereses humanos sirve esa acción. La hermenéutica se ocupa del significado, como una sensibilidad que puede estar presente o ausente en un proceder o en un recuento de esa acción (p. 12).

La búsqueda de significaciones en torno a la forma como se producen las diferentes transformaciones del Derecho implica caracterizar las tendencias globales que inciden en el reconfiguramiento del Derecho Administrativo en la contemporaneidad. Para ello se trabajarán tres grandes dimensiones en la estructura argumental del trabajo. En un primer momento, se persigue precisar las transformaciones del concepto de soberanía y de Estado que presenciamos en la actual coyuntura histórica. En un segundo aparte, se persigue delimitar la reorganización y ajuste de la tendencia del *soft law* a los sistemas jurídicos actuales. El trabajo finaliza con el proceso de analizar reflexivamente los retos del Derecho Administrativo en el fluctuar de lo glocal y en la redefinición de lo público.

1. NUEVAS FORMAS DE SOBERANÍA: LAS MUTACIONES DEL ESTADO-NACIÓN EN LA ERA POSTMODERNA

La firma de los tratados de Osnabruck y Munster (15 de mayo y 24 de octubre, respectivamente), en los territorios conocidos como de Westfalia, dio surgimiento al concepto (que teóricamente ya había sido planteado por Jean Bodino) del Estado-Nación. Los tratados de Westfalia materializan la idea de una integridad territorial como base del Estado y de una comunidad imaginada (en la visión de Anderson) como elemento clave de la formación de una Nación.

La Primera y especialmente la Segunda Guerra Mundial cambiarían el orden multipolar

por un orden bipolar que daría la primera estocada de muerte a la paz de Westfalia. Ello conllevaría a la necesaria implementación de una sociedad de naciones, materializada en la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Esta fungiría como elemento catalizador de las tensiones propias de las luchas territoriales. Aun en este modelo, los enfrentamientos estaban afincados en una versión colonial, donde lo importante era la anexión territorial y la dominación geoestratégica de territorios claves para un posible enfrentamiento bélico.

Con la caída del muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989, se da inicio a un orden multipolar, donde paradójicamente ya no es necesaria la conquista estratégica de territorios y donde poco a poco surge una visión transnacional que derriba fronteras y acaba sistemáticamente con las concepciones jurídicas tradicionales de soberanía y Estado. En este orden multipolar, la característica es la creación de bloques económicos o de regiones comunes económicas, para homogeneizar sus Estados y su jurisprudencia, tal y como lo hemos podido verificar al hacerle seguimiento a la creación de la Comunidad Económica Europea, con todas las implicaciones políticas, sociales y económicas que padecen sus poblaciones (crisis española, crisis griega, modelo económico de subvención *versus* modelo económico de liberalización de la economía).

Con el auge de la creación del concepto de terrorismo global, se sepulta definitivamente

te el mundo creado por Westfalia, especialmente con la caída de las Torres Gemelas en el World Trade Center en New York, el 11 de septiembre de 2001, hecho que dinamiza la génesis de la doctrina del terrorismo global, fenómeno que evidencia las nuevas formas de interacción glocal: El nacimiento de una economía altamente interconectada donde, en tiempo real, el mundo está interaccionando e intercambiando bienes y servicios a solo un *click* de distancia. En este sentido adquiere validez lo que ya señaló en su momento Suárez Tamayo (2010):

El Derecho administrativo global nace como una necesidad frente al aumento indiscriminado de organismos y regulaciones transnacionales que desbordan las capacidades normativas, de controles y responsabilidades de los Estados considerados individualmente, y de sus regímenes normativos internos. Sin lugar a dudas, la globalización lleva a una reducción de la autonomía normativa de los Estados, y al surgimiento y reconocimiento de nuevos centros de creación normativa (p. 291).

Lo que queda claro en la era actual es que, así cambien los órdenes globales y la geopolítica mundial, el concepto de soberanía y de Estado-Nación como lo conocíamos se ha difuminado, ya que sus delimitaciones conceptuales no posibilitan aprehender las realidades coyunturales actuales. En este sentido adquieren vigencia las críticas a las nuevas manifestaciones del fin de los Estados-Nación ya señalada por Hardt y Negri en su propuesta del concepto de *imperio* (2004):

En contraste con el imperialismo, el imperio no establece ningún centro de poder y no se sustenta en fronteras o barreras fijas. Es un aparato descentrado y desterritorializador de dominio que progresivamente incorpora la totalidad del terreno global dentro de sus fronteras abiertas y en permanente expansión. El imperio maneja identidades híbridas, jerarquías flexibles e intercambios plurales a través de redes de mando adaptables. Los colores nacionales distintivos del mapa imperialista del mundo se han fusionado y mezclado en el arco iris del imperio global (pp. 14-15).

Este imperio descentrado, desjerarquizado, altamente maleable y adaptable implica mutaciones en la idea tradicional de Estado. Como ya se había bosquejado, este concepto tiene sus orígenes en la visión de Maquiavelo que deslinda la política de la ética y de la moral, y la defiende como un escenario propio de la razón de Estado. Esta idea abstracta se ha ido nutriendo de otros aportes teóricos, especialmente de los argumentos que emanan de las visiones contractualistas de Estado, especialmente en la propuesta de monopolio de la violencia legítima y legal (Thomas Hobbes), y posteriormente en el de soberanía popular (Rousseau) y en el de equilibrio de poderes (Montesquieu).

Con la Revolución Francesa surge el Estado liberal, basado en un Estado Social de derecho que se estructura desde el paradigma de la Modernidad, donde los preceptos fundamentales son la materialización en la geren-

cia pública de las libertades con un previo ejercicio democrático y una participación entendida en los parámetros de la ciudadanía propia del discurso ilustrado. Pero desde el surgimiento de este modelo de gestión de lo público se hace necesario diferenciarlo de la esfera privada, tal y como ya lo había planteado Habermas (1994) señalando lo público como la esfera del bien colectivo y la función pública como la defensa legítima y legal de estos intereses:

Privat alude a la exclusión de la esfera del aparato estatal; pues público tiene que ver con el Estado formado entretanto con el absolutismo, que se objetiviza frente a la persona del dominador. *Das Publikum, the public, le public*, lo público, es, en contraposición a la 'privacidad', el 'poder público'. Los servidores del Estado son personas públicas, *öffentliche personen, public persons, personnes publiques*; tienen un oficio público, los negocios de su oficio son públicos (*public office, service publique*), y públicos se llama a los edificios y establecimientos de la autoridad. Del otro lado está la gente privada,... los hogares privados... Enfrentados a la autoridad, están los súbditos excluidos de ella; aquella –se dice– sirve al bien común, éstos persiguen su provecho privado (p. 50).

Con el modelo de Estado de bienestar direccionado a cumplir con las promesas de las libertades y la promulgación de derechos sociales, el macro-Estado o Estado nodriza (Drucker, 2002) se implementa con éxito en

Europa y en la economía norteamericana. Este modelo entra en crisis con las encadenadas recesiones económicas, haciéndolo inviable desde el punto de vista financiero. Estas coyunturas decisivas dan paso a una renovación del modelo neoliberal de Estado con sus pretensiones: minimización del Estado, recorte de la economía del bienestar y huida del Derecho Administrativo al Derecho privado.

El tercer modelo de Estado toma fuerza en la contemporaneidad, propuesta que de una u otra manera matiza las imperfecciones del modelo neoliberal que entrega todas las regulaciones a la mano invisible del mercado, es por lo tanto la propuesta de un Estado regulador de riesgos la que hace frente al modelo neoliberal de Estado. La propuesta neoliberal, como lo ha señalado Piketty (2014), permite que el capitalismo se incremente de una forma abrumadora dado los márgenes de ganancia del capital patrimonial heredado.

Por ello, el Estado regulador de riesgos es un modelo que trata de conciliar las imperfecciones de las promesas incumplidas del neoliberalismo y controlar las formaciones económicas de *trust* y de posición dominante, tal y como lo plantea nuevamente Restrepo Mercado (2007):

Tal es el estado de cosas presente, frente al cual el propósito del presente escrito es presentar la manera en que los contenidos del Derecho Administrativo clásico, que

responden a la teoría del servicio público del Estado intervencionista, se han adaptado para responder al modelo de Estado vigente, que ha pasado a ser un Estado regulador, que de prestador del servicio se ha convertido en garante de la prestación. Para tal efecto, debe considerarse que el modelo de Estado regulador tiene que resolver las tensiones que se presentan entre los intereses del mercado, propio de la prestación de los servicios ya no a cargo del Estado sino de los particulares, y los intereses de la ciudadanía, que responden a su papel activo como protagonista de su desarrollo en el Estado Social de Derecho, y por ello las respuestas dadas por el Derecho Administrativo a ese nuevo modelo de Estado en muchas ocasiones pueden resultar contradictorias (p. 5).

Por ende, los Estados actuales deben enfrentar estas dinámicas, particularmente una que ya había señalado Francis Fukuyama (2004), el problema de los Estados débiles en el marco de los órdenes geopolíticos globales. Señala este autor los límites de la acción estatal en la materialización de sus promesas y de sus obligaciones establecidas por el contrato social, pero al mismo tiempo la necesidad de lograr algo vital dentro del Derecho: la capacidad para materializar en el plano de la realidad el cumplimiento de la ley. Para este pensador el problema de lo público y de sus modelos de gestión estriba en entender las debilidades institucionales del Estado y las implicaciones, frente a otros Estados, de esta fragilidad institucional.

Por lo tanto, el planteamiento de Fukuyama replantea uno de los postulados básicos del neoliberalismo: la reducción del Estado. Hábilmente, Fukuyama sostiene que *el problema no es el tamaño, sino la fuerza del Estado para materializar el imperio de la ley*. En este sentido, son cuatro los aspectos claves que, interrelacionados sistémicamente, posibilitan una dinámica institucional efectiva en cuanto a la capacidad del Estado institucional para hacer sentir su existencia en la esfera de la vida pública y privada:

- i) Diseño y gestión de la organización (estructura flexible y racional que posibilita eficiencia y eficacia).
- ii) El diseño del sistema político (distribución y garantía de los bienes políticos y del ejercicio de la ciudadanía).
- iii) La base de la legitimación (gobernanza y mecanismos garantizados de acción política colectiva e individual).
- iv) Los factores culturales y sociales.

Considera este autor que los dos primeros factores se pueden aprender de otras realidades e innovaciones que Estados fuertes históricamente han logrado, lo que es difícil es que estas mejoras del Estado se transfieran a Estados débiles, dado que estos deberán enfrentar el problema de la gobernanza, pero especialmente el problema de los factores culturales y sociales. A pesar de lo obvio de que Colombia es un Estado débil o en vías de colapsar, se rescata de Fukuyama la necesidad de revisar la fuerza institucional que debe emanar del Estado.

En este sentido, el trabajo de los economistas Daron Acemoglu y James Robinson (2012) aborda la problemática de forma innovadora, pues asumen el problema desde otra perspectiva. Para estos autores, el fracaso o éxito de un país no radica en sus políticas económicas, en su cultura, en su geografía o en sus políticos, sino en la fuerza de sus instituciones, las cuales pueden ser inclusivas o extractivas. En su estudio global de economías comparadas plantean lo siguiente:

Cada sociedad funciona con una serie de reglas políticas y económicas creadas e impuestas por el Estado y los ciudadanos colectivamente. Las instituciones económicas dan forma a los incentivos económicos: los incentivos para recibir una educación, ahorrar e invertir, innovar y adoptar nuevas tecnologías, etcétera. Es el proceso político lo que determina bajo qué instituciones económicas se vivirá y son las instituciones políticas las que determinan cómo funciona este proceso. Por ejemplo, las instituciones políticas de una nación determinan la capacidad de los ciudadanos de controlar a los políticos e influir en su comportamiento. Esto, a su vez, determina si los políticos son agentes (aunque sea imperfectos) de los ciudadanos, o si son capaces de abusar del poder que se les confía o que han usurpado, para amasar sus propias fortunas y seguir sus objetivos personales en detrimento de los de los ciudadanos. Las instituciones políticas incluyen constituciones escritas y si la sociedad es una democracia, pero

no se limitan a ello. Incluyen el poder y la capacidad del Estado para regular y gobernar la sociedad. También es necesario considerar más ampliamente los factores que determinan cómo se reparte el poder político en la sociedad, sobre todo la capacidad de los distintos grupos de actuar colectivamente para conseguir sus objetivos o impedir que otras personas consigan los suyos. (Acemoglu; Robinson, 2012, p. 60).

Las instituciones inclusivas crean círculos virtuosos que en coyunturas críticas logran romper las cadenas del atraso y la miseria institucional. Uno de los grandes frenos es cuando el Derecho y la fuerza de cambio que este presupone son bloqueados por el poder de las élites. Cuando existe una percepción de que las normas son solo para un grupo especial de ciudadanos, esta percepción demuestra que estamos frente a un proceso de instituciones extractivas que únicamente preservan beneficios de élites y grupos de presión.

La clave frente a este problema es la mirada de lo público y la fuerza de las instituciones en la gerencia de la esfera pública. Para ello se necesita una coordinación entre la ciudadanía y las instituciones que logran movilizaciones en torno a lo político y a las visiones de sociedad. Estos círculos virtuosos inician cuando se logra llevar el Estado a todos los rincones del territorio. De lo contrario, transitaríamos lo que Robinson denomina como sociedad dual signada por zonas grises o vacíos alter-legales (2014):

Colombia tiene una tradición de solidez democrática e institucional paralela a la guerra civil y al negocio de la droga debido a la manera particular en que el Estado colombiano se formó históricamente y se relacionó con su territorio y sus ciudadanos. Las elites nacionales en Bogotá jamás se propusieron controlar o regular vastas zonas del país, y en cambio delegaron dicha tarea a las elites locales, a cambio de votos en las elecciones. Esto generó una particular articulación geográfica del Estado, de los servicios estatales y del desarrollo. Hay un centro del país donde el Estado está más presente, las leyes y normas mejor ejecutadas y en el que hay menos pobreza; y hay una gran periferia en la que ocurre todo lo contrario. Tal periferia incluye la costa Caribe, los Llanos Orientales, el litoral Pacífico y las selvas y montañas del sur. La solidez institucional de Colombia se da en el centro. Si hay que hacer algo en Bogotá por medio de la Corte Constitucional o el Banco de la República, entonces puede funcionar. Si es necesario hacerlo en la periferia, como la reforma agraria, no funcionará. Parte de la clave para entender cómo lo funcional y lo disfuncional coexisten está en entender que los dos están espacialmente diferenciados. Que lo disfuncional esté en la periferia significa que el dolor y el caos que genera se concentran a gran distancia de las elites nacionales (p. 18).

Esta sociedad dual es la que hace que el país se perciba escindido, o posibilite que se ha-

ble de dos países: una Colombia normativa y una Colombia real, o un país nacional y un país real. Estas dicotomías conflictivas alimentan la dinámica de violencia y lucha constante de nuestro país. Así mismo, nutren concepciones tradicionales que se enfrentan en el plano institucional.

La huida del Derecho Administrativo es también el repliegue del Estado y de la gestión de lo público y encubre una sistemática y radical forma de debilitar a las instituciones. Es decir, la radical colonización de lo público por las relaciones de mercado propias del modelo económico de mercado, hace que pasemos de una economía de mercado a una sociedad de mercado, signando comercialmente las relaciones entre el ciudadano (que se convierte en cliente) y el Estado (que se convierte en empresa).

Sandel ya lo había vaticinado cuando señalaba en su momento que el peor escenario era el ingreso de las relaciones de mercado en todas las dimensiones de la vida social: “La intromisión de los mercados, y del pensamiento orientado a los mercados, en aspectos de la vida tradicionalmente regidos por normas no mercantiles es uno de los hechos más significativos de nuestro tiempo” (Sandel, 2013, p. 15).

Visto así, el Derecho Administrativo que defiende lo público, y que es necesario para darle fuerza a las instituciones, fenece en la narrativa seductora de lo privado. Veamos las posibilidades que ofrece lo glocal de las

nuevas formas de gobernanza en la defensa de lo público.

2. DE LA ACCIÓN COLECTIVA CIUDADANA A LOS *STAKEHOLDERS*: EL AUGE DE LA GOBERNANZA Y EL *SOFT LAW*

Una opción que ha hecho historia es propia del modelo del desarrollo equilibrado y armónico del capitalismo Renano, se puede afirmar que es un legado que se le ha dado al Derecho Administrativo. Nos referimos al concepto de *stakeholders*, que actualmente es vital para entender las tendencias del *soft power* y del *soft law*.

Los *stakeholders* son los grupos, organizaciones u asociaciones que de una manera u otra se interrelacionan con la acción empresarial. En la propuesta del capitalismo Renano, la deuda social de las empresas capitalistas es con los *stakeholders* y el núcleo como propuesta autorreguladora de un capitalismo voraz es la integración armónica de los grupos de interés con el desarrollo capitalista.

Las empresas deben integrarse con estas, en teoría, manifestaciones de la sociedad civil, integración que implica un diálogo de intereses y una solución de problemas comunes de forma consensuada, es decir, los grupos y asociaciones lograrían el equilibrio del capitalismo generando un capitalismo con sentido social. Este conjunto de postulados se materializa en la jurisprudencia de la Comunidad Económica Europea y en la integración jurídica que se construye entre los países que la conforman.

En la construcción del Libro Blanco que es la ruta política de la Comunidad Económica Europea, se ha estructurado un Derecho desde abajo (*bottom up*), jalonando la solución política a los problemas locales, permitiendo la construcción de soluciones desde los grupos de interés (*stakeholders*), es decir, se implica a los asociados comunes que, basados en un diálogo horizontal, deliberan las posibles soluciones a problemas locales. Desde los acuerdos y consensos construidos en este tipo de ejercicios, que se denominan propios del experimentalismo democrático, es donde aparece el derecho suave o *soft law* (Latorre, 2015).

Una de las promesas permanentes de este tipo de ensayos consensuales y deliberativos entre el Estado regulador, la empresa privada y la sociedad civil es la idea de una esfera deliberativa que produce consensos y que soluciona desde los interesados, problemas de una forma innovadora. Ya planteaba Tamarit (2015) las ventajas aparentes de estas formas de participación moderna:

Frente a la cada vez mayor deslegitimación del Estado y a la fuerza de la retórica jurídica que lo acusa por ineficiente, por desbordado, por obsoleto y por incapaz de materializar las deudas pendientes y las promesas postergadas, el fin del poder crea nuevos escenarios para la acción política de los colectivos y le da fuerza a la idea de una nueva ciudadanía que puede lograr en las plataformas virtuales y en la hiperconectividad nuevos armazones

para hacer converger las ideas. Es en este marco de análisis, donde aparece la nueva utopía del capital social. Se importan conceptos foráneos como el de *stakeholders* (conocido como grupos de interés) y se apalancan en lo que surge de la acción colectiva de estos *stakeholders*, que debidamente orientada, produce un capital social, es decir, una fuerza que emana de lo social y puede generar transformaciones en lo social. Estos *stakeholders* se caracterizan por agruparse en redes, en grupos legales y especialmente en organizaciones no gubernamentales. La democracia experimentalista implica (deónticamente) una nueva gobernanza, un nuevo pacto social que se da en el marco de las sinergias del capital social, que nace a partir de una interacción deliberativa, indisoluble y que potencia interrelaciones creativas sustentadas en un aprendizaje mutuo, que se da entre actores con altos niveles de autonomía (*stakeholders*, ONG y redes organizadas en vínculos con el Estado) (pp. 106-107).

Lo que se infiere del análisis del sociólogo Tamayo Guisao (2015) es que existe una fuerte tendencia que se denomina *fragmentación y difuminación del poder en microcentros o micropoderes* que fluctúan de formas rápidas y redefinitorias propias del modelo de la modernidad líquida explicitado por Bauman, donde la indeterminación, polivalencia y multifuncionalidad dominan el centro de las relaciones de poder.

Visto así, no solo estaríamos frente al problema de la difuminación del Estado-Nación, sino que asistiríamos como espectadores de primera fila, al descentramiento del poder, tal y como ya lo había vaticinado el analista de la Revista *Foreign Policy*, Moises Naim (2013), cuando analiza cómo el poder ya no es lo que era.

Este autor señala cómo vivenciamos en nuestra cotidianidad nuevas formas de obtener el poder y nuevas formas de perderlo. Los movimientos de la primavera árabe que se dieron en torno a las dinámicas generadas a través de las redes sociales, o los cibermovimientos, los *occupy* de Wall Street, los *free-ganos* o la convergencia de la protesta social en las plataformas tecnológicas, demuestran que estamos frente a nuevas formas de obtener, preservar y transferir el poder. Naim precisa este nuevo escenario de la siguiente manera:

El poder se está degradando. En pocas palabras, el poder ya no es lo que era. En el siglo XXI, el poder es más fácil de adquirir, más difícil de utilizar y más fácil de perder. Desde las salas de juntas y las zonas de combate hasta el ciberespacio, las luchas de poder son tan intensas como lo han sido siempre, pero cada vez dan menos resultado. La ferocidad de estas batallas oculta el carácter cada vez más evanescente del poder. Por eso, ser capaces de comprender cómo está perdiendo el poder su valor —y de afrontar los difíciles retos que ello supone— es la clave para asi-

milar una de las tendencias más importantes que están transformando el mundo en el siglo XXI (2013, p. 17).

De ahí que analicemos dos directrices contradictorias que chocan entre sí. Por un lado, los escenarios sociales del mundo actual necesitan un Derecho Administrativo centrado en la fuerza de la institucionalidad. Por otra parte, sin embargo, las tendencias obligan a una reconversión del poder, del Estado y obligatoriamente aparejado, la subsunción del Derecho Administrativo y la gobernanza que lo legitima, a las lógicas deónticas de la economía de mercado.

Esta afirmación se hace en el contexto de análisis glocal, puesto que la propuesta del *soft law* que se atrinchera en la tendencia del *soft power* —y que es el epítome ideal de la gobernanza— encierra una exclusión: la elitización paulatina de los *stakeholders* que son cooptados por grupos de poder y grupos de presión con la fuerza económica necesaria para ocupar los escenarios propios de la deliberación y de la argumentación, y así posibilitar las propuestas y soluciones de los grupos de interés.

Es decir, este modelo Renano de administración del Derecho público desde la gobernanza termina atrapado por las lógicas racionales de lo privado que promocionan los *stakeholders* más poderosos, con mayor posibilidad de argumentar, con mayor probabilidad de asumir el control económico por los recursos con que cuentan y dado el poder

que se puede manejar frente a los medios masivos de comunicación. Mercado (2012) plantea las antinomias entre los modelos de lo público y de lo privado contenidos en estos dos enfoques del Derecho público y sus retóricas jurídicas:

Nos sitúa ante una nueva retórica jurídica, simbólicamente representada por la contraposición de los imaginarios del *hard law* y del *soft law*, paradigmas contrapuestos acerca de la creación de las normas jurídicas, de sus características formales, o de sus formas de aplicación y control: así, frente a un derecho creado vertical y jerárquicamente a través del monopolio de autoridad pública, una creación del derecho horizontal, participativa, consensuada y deliberativa; frente a un derecho aplicado mediante la imposición de deberes, penas o sanciones por el Estado, por el órgano administrativo o por el juez correspondiente, un modelo de aplicación del derecho basado en incentivos, en códigos voluntarios, en informaciones técnicas o basadas en los mercados, en evaluaciones comparativas y en el aprendizaje mutuo y la rendición de cuentas (2012, p. 46).

Se insiste, la narración jurídica plantea que hay una nueva gobernanza, pero lo que evidencia la tendencia es que la gobernanza solamente es para unos seleccionados, es decir personas o grupos que poseen las condiciones para deliberar, pero estas condiciones no son normativas, no están en el marco de los derechos, son condiciones que única y exclusivamente giran en torno a lo económico.

Visto así este panorama, se puede precisar que las tendencias locales encubren de una forma seductora las celdas propias del capitalismo global. El objetivo al final es el desmembramiento del Derecho Administrativo y la preeminencia del Derecho privado, el recorte del Estado y la gestión de lo público con características de lo privado.

Por ende, la prospectiva señala que existe una lucha entre el Derecho Administrativo, la defensa del interés colectivo y las realidades locales. La participación necesaria para la defensa de lo público también termina difuminándose, Boaventura de Souza y César Rodríguez Garavito lo plantean de esta manera:

Accepta la ecuación, pero bajo la condición de reemplazar la participación autodeterminada con una participación basada en un principio de selección, según el cual se escogen algunos actores, intereses y voces para que participen, mientras otros se dejan por fuera. Puede que los participantes sean independientes, pero no lo son los criterios mediante los que se seleccionan los participantes. Puede que aquellos que han sido escogidos para participar se beneficien de ello, pero siempre a costa de aquellos que quedan fuera de la participación. La ecuación está, por lo tanto, desradicalizada e instrumentalizada (2007, p. 37).

En este contexto analítico, la gobernanza y sus tan aclamados espacios participativos pueden ser mascaradas de participación ciu-

dadana que buscan legitimar a los gobiernos de turno. En ese sentido, se combatiría la idea de democracia, básica para la legitimidad institucional y el funcionamiento del Derecho Administrativo, con ideas que propenden por ser democráticas. Explicado de otra forma, una democracia de gobernanza termina siendo una antidemocracia.

Es claro e innegable que el Derecho Administrativo debe entender estas dinámicas, ajustarse y flexibilizarse, pero no puede perder la esencia que lo constituye, el apego a un estado que garantiza los derechos fundamentales, es decir el apego a la idea clásica con la que se da la génesis del derecho Administrativo: el Estado Social de Derecho. Es bien interesante señalar cómo ya el año 2002, Restrepo Medina, había explicado esta disyuntiva y sus implicaciones:

Esta complejidad, vista desde el derecho administrativo, se manifiesta en una mezcla de objetivos que van desde el puro afianzamiento del Estado de derecho y su defensa frente a amenazas de los más variados actores, pasando por la afirmación de la responsabilidad del Estado, el fortalecimiento del principio de legalidad y del respeto a los derechos ciudadanos, la introducción de elementos de participación ciudadana que superen el simple discurso, hasta el necesario replanteamiento de la capacidad reguladora del Estado y de la noción de servicio público, en un contexto de mundialización y libre competencia y la aclimatación y el acompañamiento jurídi-

co del uso de nuevas tecnologías e instrumentos de gestión que intente el diálogo entre gestión y derecho (2002, p. 133).

Nótese la parte final, el diálogo entre gestión y derecho. Diálogo implica apertura, reconocimiento y deliberación entre iguales y no lo que está sucediendo en la actualidad: no existe diálogo sino subsunción, cosificación e instrumentalización. Los retos no solo están en los ajustes que los Estados deben hacer al Derecho Administrativo, sino en la defensa del Derecho Administrativo frente a las fuerzas centrifugadoras y alienantes del capitalismo neoliberal. De ahí que el Derecho Administrativo pueda ser el inicio de las barricadas simbólicas que detengan o al menos ajusten el Derecho a su capacidad transformadora de la realidad.

CONCLUSIONES

Las pretensiones de este artículo de reflexión giran en torno a la comprensión de las tendencias del Derecho Administrativo en la manifestación de la globalización en los escenarios locales. Por ello se explican los cambios y difuminaciones de los tradicionales presupuestos teóricos del Estado-Nación, las transformaciones que aún vivencia el Estado y su intento por convertirse en un Estado regulador de riesgos.

De igual forma, se logra dibujar un mapa prospectivo de las racionalizaciones instrumentales que conlleva la tendencia del *soft law* y sus seductoras narrativas materializa-

das en el concepto de *stakeholders*, señalando cómo las lógicas capitalistas privatizadoras pueden adueñarse y cooptar estas formas de legitimar el funcionamiento del Estado. De igual forma, el artículo logra plasmar las tensiones entre lo público y lo privado, entre el Derecho Administrativo y su huida hacia el Derecho privado. En el fondo de estas tendencias mundiales, sigue vigente la lucha por un Derecho Administrativo que defienda lo público.

Frente a esta defensa, está la necesaria fuerza de las instituciones que determina el éxito o fracaso de un país. De ahí que se logre plantear la necesidad de reconfigurar el Estado, centrándose no en su tamaño, sino en su fuerza y en el carácter inclusivo que asuman sus instituciones.

Queda pendiente para el Derecho Administrativo la tarea de pensar y repensar la búsqueda de una ciudadanía participativa, instruida y particularmente capaz de tomar decisiones políticas que logren implementar políticas públicas en el marco de las esferas deliberativas propias de la ciudadanía moderna. Tarea que en Colombia aún está pendiente por hacer.

REFERENCIAS

- Acemoglu, D. & Robinson, J. (2012). *El fracaso de las naciones*. Barcelona: Deusto.
- Anderson, B. (1993). *Comunidades imaginadas*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Arendt, H. (2005). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.
- Baena del Alcazar, M. (2005). *Manual de ciencia de la administración*. España: Síntesis.
- Bauman, Z. (2010). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Beck, U. (2008). *¿Qué es la globalización? Facetas del globalismo, respuestas a la globalización*. Madrid: Paidós.
- Bell, D. (2004). *Las contradicciones culturales del capitalismo*. Madrid: Alianza.
- Bergman, M. (2011). *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Brewer-Carias, A. (2014). *Estado totalitario y nuevas tendencias del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Castells, M. (2009). *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza.
- Cruz Alli, J. (2004). *Derecho administrativo y globalización*. Madrid: Civitas.
- De Sousa Santos, B. & Rodríguez Garavito, C. (eds.) (2007). *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. Barcelona: Anthropos Editorial.
- Drucker, P. (2002). *La gerencia en la sociedad futura*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Ferrari, V. (2004). *Derecho y sociedad: elementos de sociología del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fukuyama, F. (2004). *La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona Ediciones B.
- Greenspan, A. (2007). *La era de las turbulencias: aventuras en un nuevo mundo*. Barcelona: Ediciones B.
- Greenspan, A. (2008). *La era de las turbulencias: aventuras en el nuevo mundo*. Barcelona: Ediciones B.
- Habermas, J. (1994). *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona: Ediciones G. Gilli.
- Hardt, M. & Negri, A. (2004). *Imperio*. Barcelona: Paidós.
- Hayeck, A. (2008). *Camino a la servidumbre*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Latorre Iglesias, E. L. (2015). *Litigio estructural e ingeniería jurídica*. Bogotá: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.
- Martel, F. (2012). *Cultura Mainstream*. Barcelona: Taurus.
- Marx, K. (1989). *El manifiesto del Partido Comunista*. Barcelona: Bruguera.
- Mercado Pacheco (2012). *Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del derecho*. Granada: Universidad de Granada.

- Naim, M. (2013). *El fin del poder: empresas que se hunden, militares derrotados, Papas que renuncian, y gobiernos impotentes. Cómo el poder ya no es lo que era*. Barcelona: Debate.
- Ohmae, K. (2008). *El próximo escenario global: desafíos y oportunidades en un mundo sin fronteras*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Packer, M. (2010). *La investigación hermenéutica en el estudio de la conducta humana*. En <http://www.psicologiacultural.org/Pdfs/Traducciones/La%20investigacion%20hermeneutica.pdf>
- Piketty, T. (2014). *El capitalismo en el siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Pink, D. (2008). *Una nueva mente*. Madrid: Ilustrae.
- Puigpelat, Oriol Mir (2004). *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Barcelona: Thomson Civitas.
- Restrepo Medina, M. A. (2002). La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, 4(2), 130-153. Octubre. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ritzer, G. (2007). *La globalización de la nada*. Barcelona: Popular.
- Robertson, R. (2003). *Globalización, tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad: problemas políticos de la mundialización*. Madrid: Trotta
- Robinson, J. (2014). *La realidad colombiana*. En M. T. Ronderos, *Guerras recicladas*. Bogotá: Aguilar.
- Salden, M. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado*. Madrid: Debate.
- Samuelson, P. (2004). *Economía*. México: McGraw-Hill.
- Suárez Tamayo, D. (2010). *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-tendencias del derecho administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Tamayo Guisao, E. J. (2015). *Participación ciudadana y democracia experimentalista*. Tesis de grado. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Toffler, A. & Toffler, H. (2006). *La revolución de la riqueza*. Barcelona: Debate.
- Von Hayek, F. (2011). *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza.

Participación ciudadana y democracia experimentalista: El control social a la gestión pública a 23 años de la promulgación de la Constitución Política de Colombia

*Experimentalist citizen participation and democracy:
The social control of public administration and 23 years
after the promulgation of the Constitution of Colombia*

*Participação dos cidadãos e a democracia experimentalista:
O controle social à gestão pública a 23 anos da promulgação
da Constituição Política da Colômbia*

RESUMO

Este artigo registra a linha de resultados dos artigos de pesquisa realizada no desenvolvimento do projeto de tesis da maestría do autor, que com metodologia qualitativa e quantitativa fez uma abordagem ao jeito da apropriação dos cidadãos de mecanismo de compartilhamento e o controle social, estabelecidos como princípios fundamentais da Constituição política da Colômbia de 1996. Tomado como caso de estudo do Bagre (A pesquisa conclui fazendo uma análise na democracia experimentalista e as variantes conflitantes que assume no local como uma proposta alternativa do direito horizontal, participativo, consensual e deliberativo).

PALABRAS-CHAVES

Participação dos cidadãos, Controle social, Democracia experimentalista, Governança, Stakeholders, Políticas públicas.

RESUMEN

El presente artículo se inscribe en la línea de artículo resultado de investigación realizado en el desarrollo del proyecto de tesis de Maestría del autor, que con metodologías cualitativas y cuantitativas hizo un abordaje al tema de la apropiación ciudadana de mecanismos de participación y el control social, establecidos como principios fundamentales de la Constitución Política de Colombia de 1991. Se toma como caso de estudio de El Bagre (Bajo Cauca antioqueño). La investigación concluye haciendo un análisis en la democracia experimentalista y las variantes conflictivas que esta asume en lo local como una propuesta alternativa del derecho horizontal, participativo, consensuado y deliberativo.

PALABRAS CLAVE

Participación ciudadana, Control social, Democracia experimentalista, Gobernanza, Stakeholders, Políticas públicas.

ABSTRACT

This article is part of the line item result of research conducted in developing the project master thesis of the author, with qualitative and quantitative methodologies I make an approach to the issue of public ownership of mechanisms for participation and social control, it established as fundamental principles of the Constitution of 1991. Colombia is taken as a case study Catfish (Bajo Cauca antioquia). The research concludes with a review of the experimentalist democracy and conflicting variants it assumes in the local as an alternative proposal of horizontal, participatory, deliberative and consensual right.

KEYWORDS

Citizen participation, Social control, Experimentalist democracy, Governance, Stakeholders, Public policy.

EDUIN TAMAYO GUISAO

Magíster en Desarrollo Social de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Se desempeña como profesional de la Contraloría General de la República en el área de Participación Ciudadana de la Gerencia Departamental Antioquia, donde es responsable de adelantar en los 125 municipios del departamento procesos de promoción de la participación ciudadana y el control social. Este trabajo es un resumen de su investigación sobre participación ciudadana y control social en El Bagre, Antioquia. ejtamayo@contraloria.gov.co

Recibido: Marzo 17 de 2014 • Aceptado: Mayo 7 de 2014

INTRODUCCIÓN

—¿Qué quieres saber ahora? —pregunta el guardián—. Eres insaciable. Todos se esfuerzan por llegar a la Ley —dice el hombre—; ¿cómo es posible entonces que durante tantos años nadie más que yo pretendiera entrar? El guardián comprende que el hombre está por morir, y para que sus desfallecientes sentidos perciban sus palabras, le dice junto al oído con voz atornadora: —Nadie podía pretenderlo porque esta entrada era solamente para ti. Ahora voy a cerrarla (Kafka, 1983, p. 1133).

La realidad colombiana puede ejemplificar el problema de los ríos desbocados de la fuerza directa del *demos*. Seis años después de promulgada la Constitución Política colombiana de 1991, exactamente el 6 de junio de 1997, en el departamento de Nariño, municipio de Barbacoas, el frente 29 de las Farc (con más de 200 integrantes), a las 2:50 de la madrugada, atacó con tiros de mortero la estación de policía resguardada por un total de 13 uniformados, quienes resistieron el combate hasta que se les agotó la munición a las 8 de la mañana. Los policías, superados en número y armamento, después de haber resistido lanzacohetes, 24 granadas, y más de 6.010 tiros de fúsil, se rindieron con un saldo de 4 agentes muertos, un suboficial y 3 agentes heridos.

Los policías sobrevivientes fueron obligados por la guerrilla a tenderse en el piso y justo cuando iban a ser ejecutados con tiros de

gracia, una habitante del pueblo conocida como “Kola y Pola” (cuyo nombre verdadero era Apolicenia Angulo), en aparente estado de ebriedad, se interpuso entre los policías y la guerrilla, increpando a los guerrilleros a que respetaran la vida de los uniformados. Uno de los guerrilleros le solicitó que se retirara, pero Apolicenia se resistió golpeando en la cara con una botella a una mujer guerrillera, quien sin mediar palabra la mató de una ráfaga de fusil.

Nuevamente los agentes se encontraban a punto de ser asesinados, pero el comandante del Frente decidió reconocerlos como héroes dada la resistencia que presentaron, por lo que ordenó que se desnudaran y salieran del pueblo. En su salida, pudieron observar cómo el pueblo al que habían protegido por más de cinco horas, se dio a la tarea de destruir el Comando de la Policía, robar sus pertenencias, quemar el archivo y saquear la Caja Agraria. Uno de los agentes implicados señalaba en sus declaraciones, con lágrimas en los ojos, que no entendía cómo “estaba ofreciendo su vida por un pueblo que no aceptaba la mano del Estado” (Consejo de Estado, 2013).

Si se aplica una lectura metafórica de estos hechos, se podrán encontrar varios elementos: un pueblo que busca su propio beneficio, un Estado débil incapaz de entender lo que ocurre a su alrededor y una locura que exige lo justo y por lo tanto es asesinada. Analizando la historia de Colombia, es factible argumentar que es una tradición acallar la locura

de la justicia y en ocasiones el *demos* embravecido, lucha anómicamente por instaurar y preservar el mundo de lo alterlegal. Esta historia dura y cruel se puede explicar en el contexto de un país dual, una Colombia que funciona en el centro, pero que es disfuncional en la periferia (Robinson, 2014).

En este marco de reflexión, la participación ciudadana, la gran utopía fundacional de la democracia, se encuentra inmersa en una crisis que, desde los cimientos mismos de la ética democrática, amenaza con colapsar. Ciudadanía, contrato social y empoderamiento comunitario son hoy declaraciones y enunciados difíciles de materializar.

Asistimos como observadores desconcertados al nuevo escenario global de acciones colectivas. De los movimientos sociales tradicionales damos paso a cibermovimientos y acciones colectivas fragmentarias (*Occupy* en Wall Street, *Okupas* en Europa, *Emputados* en Colombia), del concepto de Estado-nación pasamos al de mundialización y del Derecho duro pasamos al Derecho suave (*soft law*). El poder blando (*soft power*) se erige como modelo de reivindicación colectiva y de acuerdos sociales (Martel, 2011).

Evidenciamos en el nuevo escenario global cómo los fenómenos de participación ciudadana y de empoderamiento de la sociedad civil están tomados de la mano de grandes procesos de democratización a nivel global (De Souza Santos, 2005). Estos procesos pueden terminar siendo un nuevo disfraz

que asume la dominación hegemónica de los sistemas de representación política y de su ente legitimador: la democracia participativa. En este sentido, se puede precisar que:

En los últimos años las sociedades modernas han sido testigo del debilitamiento del modelo contractualista que se ha expresado en la emergencia de una lógica individualizada que restringe la intervención del Estado y que promueve la generación de contratos civiles, en un juego de competencia, que ha producido el debilitamiento del clásico modelo moderno, así como la generación de nuevas exclusiones. Las transformaciones que ha generado este proceso de debilitamiento y cambio, han sido la construcción de nuevos consensos económicos, políticos y democráticos. Ante este panorama se ha logrado erigir un nuevo mecanismo democrático para transformar la contractualidad moderna en un nuevo pacto que esté acorde con las exigencias del mundo postmoderno; ese nuevo componente del cambio social, político y económico es la democracia participativa (Guevara Salamanca, 2009, pp. 1-2).

De igual forma, las implicaciones globales se viven en los contextos locales. De ahí que en Colombia, particularmente en el municipio El Bagre, en concordancia con las tendencias globales, se observa una fragmentación de lo público y una lógica capitalista hegemónica que se apropia de los procesos de control sobre lo público.

De esta manera se identifican situaciones, actores y sujetos que en el nivel territorial propician caracterizaciones y análisis sobre problemáticas relacionadas con aspectos constitucionales y legales, que autorizan el control social, pero que en la práctica social y territorial, en el municipio, no se expresan en condiciones para iniciar, desarrollar y evaluar políticas de control social a la gestión pública. Particularmente sobre este aspecto Velásquez afirma que:

Existe hoy en algunos sectores de la población una cierta sensación de frustración con la participación ciudadana en Colombia [...] Ese desencanto se refiere no solamente al proceso mismo, sino a los resultados. Al proceso, en el sentido de que los líderes sienten que su trabajo ha servido poco pues su participación ha tenido escasa incidencia en las decisiones locales (2003, p. 259).

En este contexto, y desde lo que promulga la Constitución Política de Colombia de 1991, es posible evidenciar una contradicción entre las formas en que se ejecutan la gestión pública y los derechos de participación ciudadana para el control social. En estas se evidencian exclusiones y señalamientos de las iniciativas de control social y de los actores territoriales y municipales que los promueven.

En igual sentido, en el municipio donde se enfocó la investigación, son pocas las evidencias que permiten observar el acompañamiento de la institucionalidad pública, en

relación con la conformación acción y sostenibilidad de iniciativas de control social. En consecuencia, resulta pertinente indicar que la participación ciudadana en el control social no representa un factor estratégico para propiciar escenarios de democracia participativa en la región.

Por ende, el proceso de investigación científica diseñado concentró la atención en el ámbito de la participación ciudadana y el control social a la gestión pública en calidad de caso de estudio en el Bajo Cauca antioqueño, siendo el municipio seleccionado El Bagre.

Particularmente la población de estudio estuvo focalizada en las veedurías ciudadanas (organizaciones que propician control social a la gestión pública), en los ciudadanos que participaron en actividades de control social en las fechas del estudio y en las organizaciones e instituciones (funcionarios públicos y privados) que están directamente implicados en las actividades de control social y participación ciudadana.

En este sentido, este artículo da cuenta de los hallazgos sobre la opinión pública de la democracia y su relación con las fuertes tendencias de la democracia experimentalista en contextos locales.

ANÁLISIS SOBRE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL BAGRE: OPINIÓN PÚBLICA Y DEMOCRACIA

Hace diez años abrigábamos la esperanza de que la democracia participativa fuese

algo así como la clave que abriría todas las puertas bloqueadas por siglos de exclusión y de abandono [...] Hoy predomina el desencanto y un sentimiento vago de cansancio (Uribe, 2002, p. 191).

Tal vez, un resumen clave y actualizado de cómo podemos interpretar la realidad colombiana y sus devenires locales lo encontramos en Acemoglu y Robinson, quienes describen dos interpretaciones paradigmáticas que han tratado de explicar las manifestaciones locales de precariedad institucional. Partiendo de estos lugares comunes en los discursos académicos, se logra proponer una nueva forma de entendernos que podríamos contextualizar en la concepción teórica del neoinstitucionalismo (Acemoglu y Robinson, 2012).

La primera de estas visiones es ya tradicional, la que Robinson (2014, pp. 15-16) caracteriza como la visión conservadora, donde el devenir histórico de nuestra nación no es más que un simple producto de la “mala suerte”, dado que como país simplemente tenemos una geografía abrupta y el mal del destino denominado *ethos* violento. Esta mirada considera que circunstancias difíciles de superar, así como la mala suerte, son los demonios históricos que no hemos podido exorcizar (niega esta concepción que países con iguales dificultades y con peores conflictos no obtuvieron los mismos resultados que Colombia).

El segundo paradigma es el que se entiende

como “La lectura de la modernización radical/bloqueada” (Robinson, 2014, p. 16). Esta entrega toda la responsabilidad de nuestra historia truncada al inaccess del Estado y a la imposibilidad de una construcción de ciudadanía. En este marco analítico, se señalan como únicos culpables a los partidos políticos, quienes bloquearon la modernidad y monopolizaron el Estado, repartiendo sus riquezas, controlando elecciones y produciendo altas cuotas de violencia contra la oposición.

Paradójicamente, esta visión trata de negar la tradicional e histórica fe en la democracia que representa la institucionalidad colombiana en el contexto latinoamericano, pero sobre todo, lo radical de esta interpretación estriba en la no creencia en la democracia, ya que considera que esta es de muy baja calidad (la famosa frase, de que Colombia es una democracia que se parece a un “orangután con sacoleva”).

Ante estas dos miradas tradicionales y excluyentes, se plantea una perspectiva mucho más cercana con la realidad de un “Estado alertado” (*Foreign Policy*, 2014), la que Robinson titula como “La lectura de la sociedad dual en Colombia”. En palabras de este autor, asistimos a una dualidad entre el centro institucional del país y su periferia:

Colombia tiene una tradición de solidez democrática e institucional paralela a la guerra civil y al negocio de la droga debido a la manera particular en que el Estado

colombiano se formó históricamente y se relacionó con su territorio y sus ciudadanos. Las elites nacionales en Bogotá jamás se propusieron controlar o regular vastas zonas del país, y en cambio delegaron dicha tarea a las elites locales, a cambio de votos en las elecciones. Esto generó una particular articulación geográfica del Estado, de los servicios estatales y del desarrollo. Hay un centro del país donde el Estado está más presente, las leyes y normas mejor ejecutadas y en el que hay menos pobreza; y hay una gran periferia en la que ocurre todo lo contrario. Tal periferia incluye la costa Caribe, los Llanos Orientales, el litoral Pacífico y las selvas y montañas del sur. La solidez institucional de Colombia se da en el centro. Si hay que hacer algo en Bogotá por medio de la Corte Constitucional o el Banco de la República, entonces puede funcionar. Si es necesario hacerlo en la periferia, como la reforma agraria, no funcionará. Parte de la clave para entender cómo lo funcional y lo disfuncional coexisten está en entender que los dos están espacialmente diferenciados. Que lo disfuncional esté en la periferia significa que el dolor y el caos que genera se concentran a gran distancia de las elites nacionales (p. 18).

Dicho de otra manera, somos legales cuando es imposible escapar de la legalidad. De lo contrario no creemos en la institucionalidad, no confiamos en los políticos y no depositamos confianza en los entes de control, la política o los medios masivos de comunicación.

Los resultados de la última gran encuesta sobre confianza en las instituciones revelan de forma dramática esta dualidad y la ausencia casi total de confianza entre el ciudadano y las instituciones (Revista *Semana*, 2014).

El 77 % de los colombianos encuestados cree que la justicia no está haciendo lo correcto, el 73 % declara desconfianza en las altas Cortes y en el rol que juegan en el desarrollo del país. Existe una percepción negativa del 60 %, en la Corte Suprema de Justicia; del 57 % en la Corte Constitucional y del 75 % en el Senado y la Cámara, sobre estos dos últimos, el pueblo colombiano no confía en su trabajo ni en sus funciones. En cuanto a los entes de control, el 60 % no cree en el trabajo de la Contraloría de la República y el 60 % no confía en el trabajo de los medios de comunicación.

La muerte de la política y su pasividad se evidencia en que el 70 % de los encuestados precisó tener una imagen desfavorable de los partidos, los peor evaluados en este sentido son: Cambio Radical con un 77 %, el Centro Democrático y el Partido Verde con 72 % de imagen desfavorable, y el Partido Liberal con un 71 %.

Lo preocupante de la crisis de los partidos es una tendencia a largo plazo que está tomando fuerza: la no filiación partidista, la cual aparece con un porcentaje de 38 % de encuestados que afirman no pertenecer a ningún partido político. La paradoja colombiana entre el optimismo y el no optimismo reduce

sus diferencias: los que creen que el país va por buen camino y los que opinan lo contrario se centra en tan solo un 5 % de diferencia –ya que el 45 % afirma que el país va por un buen camino–; no podemos olvidar que Colombia sigue siendo considerado el país más feliz del mundo (Gallup, 2013).

En este punto, es pertinente anotar que el municipio en estudio representa una expresión local de lo que se ha explicado como dualidad (Robinson, 2014), es decir, un país que funciona institucionalmente en el centro, pero que es disfuncional en la periferia, una institucionalidad fuerte en las urbes más pobladas y con mayor desarrollo y una institucionalidad débil en el ámbito rural, que es distante y por lo general atrasado en necesidades básicas. De ahí que Colombia sea un clásico Estado que, como se ha mencionado anteriormente, posibilita zonas alterlegales.

La versión neoinstitucionalista plantea que las élites de poder particularmente se estructuran generando grupos *in* y grupos *out*. Los grupos *in* producen cercanía social y se integran en la defensa de sus intereses, los grupos *out* son los que están fuera del círculo de intereses de los grupos *in*, son distanciados con estrategias de cooptación institucional. Estas metodologías propias de las élites se ven dinamizadas conflictualmente por dos factores exógenos que tienden a polarizar las fuerzas en acción. El primero de ellos es la fragmentación de las élites que luchan entre sí por la cooptación institucional, de ahí que el acceso al Estado esté mediatizado por di-

versos grupos familiares que entran en alianzas (que funcionan con metodologías empresariales) para apoderarse de los recursos del Estado.

El segundo factor es el clientelismo y la corrupción asociados a la feudalización de las diversas expresiones institucionales del Estado. Es común señalar que tal institución del Estado pertenece a un personaje en particular, es decir, las instituciones tienen dueños y el acceso a los beneficios depende de la voluntad de los propietarios *de facto*, que a través de contratos y prebendas tienden a preservarse en el poder.

En correlación con los datos antes mencionados, esta dualidad y la incidencia de las élites fragmentadas, la podemos evidenciar en la información empírica que arroja el análisis de la percepción de la democracia y de la percepción de la representatividad realizado en El Bagre. Entiende esta encuesta cuantitativa que la opinión pública sobre la democracia implica una percepción, una forma de sentir la democracia, pero también una forma de cómo se interviene en la misma. En palabras de Marta Lagos (Domínguez y Shifter, 2005):

El contenido de la palabra democracia, si tomamos las palabras como productos mentales para la mayoría de los entrevistados, no es el concepto complejo empleado por los analistas, sino tan solo la suma de experiencias interactivas en una cultura determinada. El contenido de la palabra “democracia” está determinado

culturalmente; de hecho, es una percepción. Las encuestas de opinión pública miden las percepciones y las percepciones son verdad, porque la gente las cree. Una percepción como producto mental puede ser verdadera o falsa cuando se mide contra un indicador objetivo, no obstante esto no cambia el contenido de la verdad creída (p. 157).

De ahí que la encuesta se aproximó a una comprensión estadística de las percepciones asociadas con democracia, participación ciudadana y confianza en las instituciones. Para asumir un compendio holístico con mayor rigurosidad epistémica, se asociaron a las respuestas cuantitativas, las subjetividades de los actores sociales. En este sentido, se procesaron entrevistas a líderes representativos de la comunidad, los cuales se integran durante el proceso de análisis de los datos estadísticos. Todo ello posibilita confirmar el análisis central del trabajo: la crisis de representatividad, que deviene en una crisis institucional, la cual emana del proceso de conversión del ciudadano a cliente. En todo el análisis cuantitativo y cualitativo que sigue a continuación se demuestra la dualidad de la sociedad colombiana, pero especialmente las manifestaciones de esta dualidad en el plano de lo local-periférico.

En El Bagre, la confianza en las instituciones está tomada de la mano con los datos nacionales. El 46% de la muestra señala tener una percepción favorable de la Personería, el 50,7 % afirma tener una percepción favorable de la

Procuraduría, el 50,3 % plantea favorabilidad en cuanto al trabajo de la Contraloría, el 43 % ve favorable la labor de la Defensoría y el 45,7 % entiende como favorable la acción de la Fiscalía. Se concluye que hay una percepción mediana en las instituciones y en su poder efectivo de control.

Esto da la idea de que existe por lo menos una creencia mínima en el poder de las instituciones de control, creencia que luego será refutada al preguntar por los mecanismos para acceder a estas instituciones o la efectividad de la norma y su capacidad para transformar una realidad. Tal y como se infiere de la siguiente declaración de un líder encuestado:

Mire, El Bagre es uno de los municipios más violentos de Antioquia en un pueblo como este que tiene 45.000 habitantes donde en un día se matan cuatro o cinco personas. Es violento, sumamente violento y aquí hay zonas donde si a usted no lo conocen no puede ir, y si usted quiere vaya a caminar por las colinas. Ahora meses mataron un profesor el año pasado; supuestamente, hizo una llamada a la policía y le cogieron otro teléfono y el área, y le quitaron el hijo de los brazos y le pegaron un tiro. Entonces la gente tiene miedo, usted sabe que al miedo no le pusieron pantalones. Los entes de control para mí no operan.

Se verifica la dualidad en la localidad estudiada, con las respuestas a las preguntas

asociadas a la democracia como sistema. El 81,3 % de la muestra precisa que prefiere la democracia frente a cualquier otra forma de gobierno. Pero al explorar las formas de participación que posibilita la democracia, esta afirmación se diluye paulatinamente: cuando se pregunta si la democracia es un sistema de gobierno que garantiza la participación de todos en los asuntos políticos, solo el 34,7 % está totalmente de acuerdo.

A pesar de esto, el 47,7 % de los encuestados asocia la democracia con el gobierno del pueblo. El 51,3 % considera que la democracia garantiza al individuo sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. En consonancia con ello, el 46,7 % de la muestra seleccionada considera que la democracia es una forma de gobierno donde el pueblo es quien ejerce el poder político y donde sus líderes son escogidos en elecciones libres.

De igual forma, los habitantes de El Bagre consideran que la democracia es funcional, ya que el 48 % precisa que esta es el resultado de acuerdos y compromisos entre el ciudadano y el gobernante, para dar soluciones legítimas y pacíficas a las problemáticas de la sociedad. Así mismo, se cree en el papel deliberativo y autónomo que propicia la democracia, cuando el 49,3 % afirma que la democracia confiere autonomía y deliberación a los ciudadanos. Hasta aquí respuestas ideales para una abstracción ideal, que es como termina siendo percibida la democracia y sus mecanismos participativos.

La dualidad nacional-local se manifiesta con fuerza, cuando el 32 % afirma que en Colombia y en sus entes territoriales la democracia es más representativa que participativa. Esto acompañado del 34 % que evidencia un mediano interés en los temas políticos. El 31 % habla medianamente de política y el 79,3 % afirma taxativamente que nunca ha trabajado para un partido o movimiento político y que escucha a los políticos medianamente (33 %). Pero lo que preocupa de la muestra es que el 44 % de las respuestas afirmaron nunca tratar de convencer a alguien de sus ideas políticas, así como el 79,3 % explica que nunca ha tratado de ejercer liderazgo político frente a otras personas, lo que evidencia pasividad y cansancio en el sistema democrático, el cual se defiende con fuerza en las percepciones anteriores. Con respecto a esto, se nota el agotamiento de los líderes políticos para movilizar la acción colectiva. A este respecto, un entrevistado precisó lo siguiente:

Sí, el reto más importante de esto es la falta de conciencia que tiene el pueblo de que su gobernante tiene un deber moral y ético de administrar bien los recursos, de que los recursos no son regalados ni son de los políticos, que los recursos son del pueblo y se deben aplicar en las obras de mayor prioridad que amerita la población. Entonces, el gran reto que tenemos nosotros, o que tengo yo, es despertar conciencia en toda la población para que sean objetivos en evaluar el alcalde y que no dejen solas a las personas que de alguna manera

están haciendo esta labor, porque el gran beneficiado es el pueblo y esta conciencia la creamos compartiendo la información, la información de lo que realmente están haciendo los gobernantes. La invitación o reto que tenemos nosotros básicamente es crear la conciencia a través del compartimiento de la información pública que existe.

El orden en el cual los encuestados afirman defender los derechos varía en la medida en que se profundiza el análisis. La defensa de los derechos democráticos ocupa el quinto puesto con un 33,7 %. La propiedad de la tierra ocupa el cuarto puesto con un 40,3 %. El tercer puesto, con el 32,7 %, es ocupado por el derecho a un control efectivo de la explotación de los recursos naturales, en especial al oro. El segundo puesto es ocupado por el derecho a la lucha por las reivindicaciones de salario y mejores condiciones laborales (38,7 %). El primer puesto lo obtiene el derecho a la salud y a la educación que ocupa el 58,3 % (todos son los picos más altos de una serie de preguntas diversas). Entre los datos más altos procesados, los derechos democráticos están de último.

Frente a la pregunta: ¿Cómo diría usted que es la democracia en el municipio de El Bagre?. La respuesta ubica dos dimensiones: el 44,7 % considera que es una democracia con pequeños problemas y el 42,3 % que es una democracia con grandes problemas, pero al sumar los resultados inferimos que es una democracia con problemas (91 %). La

opinión pública medida cree que el principal problema de El Bagre es la delincuencia con un 32 %, la corrupción con un 28 %, el desempleo con un 22 % y la pobreza con un 15 %.

Cuando se pregunta si se cree en el progreso de El Bagre, el 67 % señala que sí y el 27 % afirma lo contrario, considera que el progreso se encuentra estancado. La idea de progreso, al igual que la percepción de democracia, se mira como una gran abstracción, pero también se cuestiona en los líderes la inacción de los políticos y de los gobernantes. En palabras de un entrevistado:

El municipio de El Bagre es uno de los más jóvenes que tiene el departamento, pero que por aquella bendición o maldición, como también lo han llamado, de tener oro, regalías y demás, debería de estar inclusive mejor en muchas situaciones de tipo social; pero cuando yo hablo de la maldición hablo de aquellas bonanzas en las que muchas familias llegaron detrás del preciado material y se dieron situaciones, ya sea por violencia o por otros ídoles. Pero también juega un papel importante la cultura minera, que vive del día a día, y no piensan en el mañana. Es así como fueron conformando barrios de manera anormal, eso hizo un cordón de pobreza muy alto que todavía lo tenemos y que hay que superarlo; que yo puedo hablar de lo que estoy haciendo en este momento donde estamos haciendo esfuerzos importantísimos en el tema de calidad de vida, de vivienda, acueducto, formalización de los

terrenos y los predios. Aquí en El Bagre casi nadie tiene escrituras, hoy estamos haciendo un ejercicio para entregar más de 5.000 escrituras y decirle a la gente venga sea dueño, venga tribute, venga haga reconocimiento para poder aplicar a programas de vivienda y mejoramientos. Tenemos de los municipios del Bajo Cauca el más alto índice de régimen subsidiado en salud, nosotros subsidiamos aquí a más del 70 % de la población con un agravante: nosotros somos 48.500 personas para el DANE, 65.000 para el SISBEN, pero atendemos más de 100.000 personas porque al ser El Bagre un centro poblado, por su aeropuerto y sus condiciones, nos llega gente del sur de Bolívar, de Nechí, de Zaragoza, de Segovia. Y somos nosotros el referente para la atención de toda esta gente, entonces yo considero que en el tema de la percepción de la corrupción hemos ganado un gran espacio por ser claros y por decirle a la gente qué estamos haciendo, qué llega y cómo se invierte. Acabamos de pasar a cuarta categoría es un esfuerzo importantísimo en un año y eso se ve reflejado en el compromiso del buen uso del recurso y en el compromiso del excedente entre el recurso que antes se recogía del orden municipal y con el esfuerzo que la gente ha hecho por pagarnos, pero porque creen y confían en lo que estamos haciendo.

Cuando se pregunta por la fuerza de la acción colectiva, las siguientes son las respuestas que evidencian una disposición total a

la participación en temas que afectan a la comunidad y en la defensa de los derechos anteriores:

- ¿Saldría usted a marchar y a protestar por defender los derechos democráticos? El 30,7 % respondió *algunas veces*.
- ¿Saldría usted a marchar y a protestar por defender la propiedad de la tierra? El 30,75 % respondió *siempre*.
- ¿Saldría usted a marchar por un control efectivo a los recursos naturales en especial al oro? El 32 % respondió *siempre*.
- ¿Saldría usted a marchar y a protestar por un aumento real del salario y luchar por unas mejores condiciones de vida? El 53 % respondió *siempre*.
- ¿Saldría usted a marchar y a protestar por la mejora de la salud y la educación? El 54 % respondió *siempre*.

Nótese que todos los picos están en el nivel de *siempre* o *casi siempre*. Pero al llegar a la parte relacionada con mecanismos e instrumentos de participación ciudadana o de acción colectiva y de participación efectiva y real, las respuestas evidencian la realidad: un desconocimiento casi absoluto de las diferentes alternativas dadas por el marco normativo y la Constitución Política de 1991.

Nuevamente la intención y la acción se disocian en el binomio de preguntas sobre participación en veedurías ciudadanas. El 50,3 % de la muestra respondió estar de acuerdo en formar parte de una veeduría, ya que así vigilaría socialmente la gestión de los recursos públicos, el 45,3 % señaló estar de acuerdo

en participar en una veeduría para ejercer control sobre la prestación de los servicios públicos. En ese mismo contexto, se hace una alabanza de las personas que denuncian; el 53 % de la muestra señala que los ciudadanos que denuncian son honestos y dignos de imitar.

Pero al llegar a los niveles de participación y al conocimiento de las leyes y mecanismos, así como al intento de medir las actitudes frente a las veedurías, las respuestas están distantes de la fe en la democracia y la percepción mediana en sus instituciones. Frente a la pregunta: ¿A cuáles de las siguientes organizaciones de participación social, comunitaria y/o política ha pertenecido o pertenece? La soledad de la participación se hace evidente: los picos más altos están en la no pertenencia a ningún tipo de organización.

El desconocimiento de los instrumentos o herramientas para solicitar información pertinente a las organizaciones públicas ocupa un porcentaje elevado, ya que la población afirma no conocer ningún modelo de participación. Esta apatía se ve reflejada en las entrevistas, particularmente en lo expresado por este ciudadano:

La veeduría ciudadana está frente a un poder económico, frente a un poder político. Los gobernantes le perdieron el temor a la justicia, se pisotean las leyes y muy poco les importan que hayan veedurías o no porque hay inmensos intereses donde existe una pared que no nos deja ver. El

problema consiste en que parece que le perdieron el respeto a las autoridades, parece que no se respeta la ley, parece que todo es un juego. Uno ve que los gobernantes juran y al ratico violan la ley. Si las autoridades de control hicieran unos avallúos serios frente a las administraciones, seguro que encontrarían muchos errores como los que encontró la Corte Constitucional cuando revisó la segunda campaña de la reelección para la Presidencia de la República, pero nos sentimos que estamos solos, que no existen los mecanismos de las autoridades de control para controlar tanta corrupción.

Esto puede ser probablemente explicado por el desconocimiento de los mecanismos, lo cual enfrenta la férrea y dogmática defensa de la democracia expresada en respuestas anteriores. El desconocimiento de los mecanismos de participación es abrumador en la muestra seleccionada. Lo que impacta a simple vista de las cifras encontradas es que luego el 66 % de los encuestados concuerden con la idea de que la normatividad y el exceso de reglamentación son los factores que impiden y obstaculizan la participación ciudadana y el control social. Este tema es absolutamente contradictorio con las respuestas anteriores de intencionalidad en la participación, dado que se desconocen los aspectos normativos de la ley. Un entrevistado afirma al respecto lo siguiente:

Se oye mal, pero la verdad hay que decirla y es que siempre hemos sentido un aisla-

miento, un rechazo por parte de la administración pública desde que se fundó la veeduría ciudadana para los recursos de impuestos y regalías oro. Acá ha sido la preocupación de nosotros como veedores que tengamos al menos en nuestra población lo básico, lo elemental, de acuerdo a esos ingresos que dejan esos recursos. Sin embargo, se hace todo lo contrario. Acá ha habido recursos para nosotros tener agua potable apta para el consumo humano las veinticuatro horas, no la tenemos. Tenemos un hospital que fue creado para 12.000 habitantes y somos más de 65.000 habitantes, y todavía los recursos de impuestos y regalías del oro no se ven reflejados en la atención en salud, en plan maestro en agua potable, alcantarillado, saneamiento básico. No entiendo cómo un presupuesto de una población de 65 o 60.000 habitantes, que sobrepasa los 26.000 millones de pesos, no tenga estos servicios básicos. Entonces sí hay plata, sí hay plata para hacer burocracia, sí hay plata para hacer politiquería. Ahí es donde no entiendo.

Podríamos entender la dinámica de precariedad democrática y ciudadanía dual que se presenta en El Bagre indagando por los niveles económicos de vida. Las respuestas dan luces de cómo, de una forma u otra, lo económico incide en la percepción de la democracia, es decir, las expectativas de la democracia chocan abruptamente contra el muro de la pobreza en los ingresos económicos y la estabilidad financiera. Esto hace

que la variable de ingresos económicos sea directamente proporcional a la variable de democracia efectiva y real, al menos en la localidad estudiada.

A este respecto, Marta Lagos señalaba taxativamente cómo existe una relación directa entre economía y “buena democracia”, así como un desarrollo positivo de los niveles de acceso del ciudadano al Estado. De igual manera, los niveles de pobreza y atraso económico inciden negativamente en el funcionamiento institucional democrático potenciando la desconfianza interpersonal e institucional, lo que a su vez, según Domínguez y Shifter (2005), crea “un orden pluralista en el cual los ciudadanos están solos ante las autoridades y un orden político constituido por individualidades, en el cual las redes de asociación y los grupos de interés capaces de influir en las autoridades no han sido un instrumento de progreso y desarrollo” (p. 161). Los encuestados consideran que la desigualdad económica que impera en El Bagre, así como la pobreza y el desempleo, impiden y obstaculizan la participación ciudadana y el control social; en esto están de acuerdo el 41,7 % de la muestra y totalmente de acuerdo el 24,3 %. La ausencia de credibilidad en las instituciones y en las entidades de control como grandes obstáculos a la participación ciudadana y el control social a la gestión pública, ocupa un 45 % en el ítem *de acuerdo* y un 29,7 % de *totalmente de acuerdo*.

Al revisar las condiciones económicas de la población, se pueden verificar los niveles de

pobreza y de necesidades básicas insatisfechas, que se tornan un elemento reiterado en casi todas las entrevistas realizadas. Tal y como lo señala un entrevistado:

La corrupción existe en todo el país y este Bagre, que yo quiero mucho, hace parte de este país. Yo no me imagino un municipio que tenga 33.000 millones de presupuesto, donde hay 45.000 habitantes y haya gente con tantas necesidades básicas insatisfechas. Uno ve en el centro calles pavimentadas, pero usted se va cinco minutos en moto y están las calles rotas, sin alcantarillado, las aguas residuales y aguas malolientes corriendo por las calles, animales sueltos; es un caos. Entonces yo me pregunto: ¿dónde está la plata que pagan las empresas mineras? Porque ellos explotan oro y saben los desembolsos que hacen o sabían por regalías y por impuestos. Ahora supongo que las regalías irán para otro lado, pero llegan los impuestos, ¿dónde está realmente el presupuesto del municipio?, ¿porque en la administración pasada, por ejemplo, se pavimentaron calles? Pero esas calles son del programa Antioquia pavimentada, entonces ¿dónde está la plata? Si mal no recuerdo, aquí en tanto tiempo con un solo alcalde se han tomado acciones colectivas, los demás se han enriquecido y han pasado como Pedro por su casa, sin gloria y con mucha pena.

Al caracterizar las condiciones económicas de los habitantes de El Bagre, la muestra encuestada precisa que es difícil el tema de

la alimentación, dado que los ingresos posibilitan una alimentación adecuada, *algunas veces* un 32 %, *casi siempre* un 27,67 % y *siempre* un 23,67 %. El tema de la educación implica que el salario *algunas veces* posibilita cumplir con los compromisos económicos que implica el proceso educativo (43 %); alcanza *algunas veces* para los gastos de vivienda (39 %) y *algunas veces* les permiten cubrir los servicios públicos (38,3 %), *nunca* les posibilita ahorrar (64,3 %). Pero la respuesta absoluta es cuando afirman que los ingresos por salario, *nunca* permiten recreación y deportes (43 %).

Esta marginalidad rural se aprecia en la mirada de los líderes comunitarios que señalan la precariedad en todos los niveles de lo público; de igual forma, permite entender el enfrentamiento entre la lógica privada y la lógica de lo público:

Veo que en nuestro municipio, que a pesar de ser un municipio que tiene grandes recursos, que tienen un gran presupuesto, que supera los cien mil millones de pesos en los cuatro años, es un municipio que no aplica bien esos recursos y cada día las necesidades siguen iguales. Vemos que es evaluado mal a nivel de desempeño municipal por planeación nacional, que en niveles de vida queda mal parado en las encuestas que hace el departamento de Antioquia, la encuesta anual de calidad de vida. Vemos que en servicios públicos hay muchas falencias, no hay agua potable, no hay continuidad, no hay gran cobertura;

vemos que no tiene parques ambientales, no tiene mataderos, no tiene plazas públicas. Entonces, viendo este gran atraso que tiene el municipio de El Bagre y viendo los grandes recursos que tiene, me veo en la obligación como ciudadano de cuestionar, preguntar, criticar objetivamente: ¿por qué estas cosas no se hacen?, ¿por qué otros políticos no aplican y ejecutan bien los recursos?

El análisis cuantitativo y cualitativo explicitado en párrafos anteriores, permite identificar un panorama donde el nivel de ingresos de la municipalidad da cuenta del precario nivel de inversión para la solución de las necesidades básicas de la población, a lo que se le deben sumar otros factores más acuciantes, tales como el dominio del territorio por actores ilegales del conflicto, las violencias propiciadas por el control de la propiedad de la tierra y la degradación de los suelos y acuíferos por la minería (legal e ilegal).

El nivel político analizado se caracteriza por presentar altos niveles de captura del Estado desde lo local (dualidad de la sociedad colombiana), por parte de los grupos de poder (narcotráfico, paramilitares y, en menor proporción, grupos guerrilleros), los cuales atentan directamente contra el desarrollo de proyectos democráticos, deteriorando con el uso de la fuerza el derecho fundamental a la participación; o, de manera más sutil y menos violenta, incidiendo con su poder económico en los estamentos de autoridades locales (civiles y militares). Este fenómeno

se orienta en la direccionalidad señalada por Hellman y Kaufmann (2001):

En las economías en transición, la corrupción ha forjado una nueva imagen: la de los llamados oligarcas que manipulan la formulación de las políticas e incluso configuran las nuevas reglas del juego para su propio beneficio. Éste es el comportamiento que denominamos captura del Estado. Si bien esta forma de corrupción a gran escala se reconoce como el problema más pernicioso y difícil de detectar en la economía política de las reformas institucionales y económicas, se han hecho pocos esfuerzos sistemáticos para distinguir sus causas y consecuencias de las de otras formas de corrupción. Tampoco ha habido intentos de medir esta clase específica de corrupción ni de comparar su incidencia en los distintos países. Por captura del Estado entendemos los intentos de las empresas para influir en la formulación de las leyes, las políticas y la reglamentación del Estado a cambio de pagos ilícitos –con carácter privado– a los funcionarios públicos (p. 31).

En cuanto a la ausencia de un rol significativo de la sociedad civil, la participación ciudadana y el buen gobierno han sido golpeados por actores estatales, paraestatales y grupos subversivos, pues su accionar se vuelve sospechoso ante los ojos de dichos actores. Es así como se presenta en los líderes una mezcla entre incredulidad frente a las políticas del Estado y su promocionada lucha contra

la corrupción, y el temor frente a la reacción de los actores violentos con respecto a la participación, especialmente al control ciudadano de la gestión pública. Uno de los entrevistados planteó lo siguiente:

Estas personalidades con un trabajo muy altruista y casi que de superhéroe, porque este no es un papel o un rol grato, este es un rol ingrato, porque a pesar de uno luchar por el pueblo lo que uno obtiene son en su mayoría enemigos y señalamiento. Vea, las herramientas en el papel son como la Ley 100, como dice el dicho popular, “el papel aguanta todo”. La Ley 100 es muy linda en el papel, el derecho de petición, la tutela es muy, muy bonita en la literatura, pero al aplicarla, cuando uno encuentra barreras como la del juez, el personero, el que le brinda, el humilde archivero o el humilde secretario de despacho que le puede brindar una información veraz eficaz contundente, cuando uno ve que todo eso es truncado, que ponen traba, que hay que pagar las fotocopias, que las copias que le entregan a uno es ilegible, que cuando se usan presupuestos y cuando se usa doble contabilidad, ahí es donde uno ve que no hay moralidad, no hay principio de transparencia en ninguno de los actores que se está vigilando y los mecanismos fallan.

En este orden de ideas, es pertinente mencionar el tema de la rendición de cuentas de los agentes del Estado, la cual por lo general está limitada en estricto modo a la tarea ru-

tinaria de presentar informes de gestión, la mayoría de ellos “maquillados”, sin la posibilidad de acceso a la información por parte de la ciudadanía, que pueda corroborar lo dicho por los administradores públicos.

Esto hace que la democracia participativa de la sociedad bagreña esté ausente de la vida política, como lo están las soluciones a los grandes problemas sociales. Como ya lo había planteado Mina Paz, la legislación sobre participación ciudadana en Colombia deja demasiados vacíos que al final terminan convirtiéndose en un freno a sus propias ambiciones:

Ese vacío ha sido aprovechado para recrudescer políticas perversas que han reducido sus grandes posibilidades a simples espejismos jurídicos de buenas intenciones. En síntesis, los mecanismos consignados en las distintas leyes tienen que ver con las posibilidades que tienen los ciudadanos de informarse sobre la acción y actuación democrática, pueden ser objeto de manipulación por parte del gobernante de turno. El país está aún inmerso en una encrucijada y enfrentar males como la guerrilla, el paramilitarismo, la corrupción, la delincuencia común, la inoperancia del aparato de justicia, el atraso tecnológico, la pobreza, el desempleo, los pésimos niveles de cobertura en la educación pública, la escasa producción agroindustrial; requiere de grandes compromisos políticos y económicos con los sectores populares. No es suficiente realizar veedurías, fisca-

lizar o aplicar algunos de los mecanismos consagrados en la ley (2005, p. 2).

Con esto, se logra la clarificación de un concepto fundamental para entender el accionar del Estado; una cosa son los problemas sociales y otra muy diferente, las situaciones socialmente problemáticas que ayudan a una aproximación sobre la comprensión de la relación que ha tenido el Estado con la región. Cuando se habla de El Bagre, generalmente se asocia a problemas de orden público (minería ilegal, narcotráfico y conflicto armado), mientras que la mayor intervención del Estado se presenta con la implementación de políticas públicas, que tienden a asegurar el bienestar de los inversionistas nacionales y extranjeros que explotan la región. Dichos actores económicos (nuevas élites) representan los grupos de presión más poderosos de la región y definitivamente es hacia ellos y sus capitales, donde se dirige toda la atención del Estado para su protección.

Las demás políticas públicas generadas por el Estado, como la disminución de la pobreza, se limitan a un papel asistencialista y generalmente terminan siendo cooptadas por los poderes políticos locales, para afianzar su poder clientelar en las poblaciones. Este poder se preserva en las relaciones económicas en el binomio de un ciudadano-cliente que, de forma alterlegal, se beneficia de las redes cooptadas por los grupos *in*.

Nos encontramos, así, frente a una nueva distorsión de la ciudadanía, que exige dere-

chos, defiende la democracia, pero se aparta de las instituciones, no participa y desconoce los marcos normativos en los cuales puede hacer valer los derechos, lo cual nos lleva a una pseudo-democracia y a una norma vacía que carece de fuerza fáctica. Este círculo anómico reproduce niveles de ciudadanía cínica, es decir, ciudadanos que nominalmente exaltan los derechos democráticos, pero con el mínimo posible de las obligaciones que estos presuponen.

Visto así, se cae en círculos cerrados de problemas que restringen el sistema. Dado que los ciudadanos no confían en las instituciones y estas, cuando son enfrentadas con sus fallas, devuelven la responsabilidad al ciudadano, le señalan que las fallas y la corrupción se dan precisamente en el marco de su inacción ciudadana y de su falta de injerencia en los asuntos políticos. Tal y como lo aseguró uno de los alcaldes entrevistados:

Hemos hecho nosotros énfasis en que la participación ciudadana y la veeduría no se pueden convertir en “persecutoria”, en perseguir al político de turno, en que el mejor ejercicio que puede hacer un veedor, aunque él tiene la potestad de hacerlo antes durante y después es hacerlo en el ejercicio. Los alcaldes nos mantenemos demasiado ocupados y muchas veces en los procesos licitatorios suceden situaciones por desconocimiento en la ejecución, pero cuando una veeduría llama la atención al contratista y le informa al alcalde a tiempo –sobre todo, no esperan que la

obra sea un fracaso, para luego ponerlo en aprietos—, creo que es el mejor ejercicio que se puede hacer, para así contrarrestar de manera franca y directa la corrupción y lograr vincular a la comunidad. Cuando mando a hacer una obra, y puedo decirlo con toda la alegría que me da, de las 84 veredas que tiene El Bagre, he ido a 60 y cada que hay una obra, yo voy detrás de la obra y le he dicho a las comunidades, a los presidentes, a las veedurías, si las obras quedan mal es porque es culpa de ustedes, porque son pasivos, porque no actúan a tiempo, que al contratista le pidan en el contrato y verifiquen si la alcaldía mando hacer allá una vía; sencillo, pidan el contrato.

Nótese que se acusa a la veeduría de “persecuraduría”, y también al mismo tiempo, de inacción y de ausencia de control. Son las dos dimensiones en las que se mueven los actores institucionales cuando se trata de señalar las falencias y la efectividad organizacional, así como el ingreso a la corrupción. Pareciese, en este marco de análisis, llegar a una especie de dialéctica negativa, donde no hay superación de la contradicción, es decir, no existe la posibilidad de la trascendencia de una situación que, basados en la desesperanza que produce el modelo, no mejora.

Para finalizar, es pertinente resaltar como paulatinamente existen otros procesos de dominación hegemónica, que en El Bagre son evidentes, es decir, la existencia de instituciones que de una manera muy particular

han venido colonizando el ámbito de lo público, pero con una visión de lo privado y privativo. Existe una tendencia fuerte donde los espacios de participación se llenan con una participación seleccionada, elitizada y llena de expertos; este proceso de expresión local es alimentado por una tendencia de corte global: la democracia experimentalista que deviene en democracia instrumentalizada (Latorre, 2015).

CONCLUSIONES

Este artículo de resultado de investigación inició señalando el caudal desbocado de los ríos propios de la acción colectiva sin sentido y amorfa. Es pertinente terminarlo haciendo un ejercicio de memoria, particularmente, de una memoria colectiva que resignifique el rol de los ciudadanos que lograron entender el beneficio de la participación y el ejercicio de los derechos y que, a pesar de tener todo en contra, tuvieron el coraje de defender lo público de los cercos y saqueos de lo privado y privativo, así como de los órdenes alterlegales, que se nutren de las debilidades del Estado colombiano y de su dualidad.

En este orden de ideas, se hace necesario visitar el caso de la muerte del médico Raúl Gómez Rendón, asesinado por los paramilitares ante su negativa de entregar el presupuesto de la salud del hospital de El Bagre. A continuación me permito citar unos fragmentos de una semblanza realizada por Ildelfonso Castilla Amell (2014), miembro del Comité de Veeduría Ciudadana para los Re-

cursos del Impuesto y Regalías Oro del Municipio de El Bagre y quien para la época del asesinato del médico Gómez se desempeñaba como personero de dicha municipalidad. Estos fragmentos se transcriben con autorización del autor.

Recordar cómo fue truncada la vida de este líder es evocar también los momentos de una tragedia estremecedora de la sociedad bagreña, pues nos llevó a experimentar sentimientos de horror y pánico colectivo por el asesinato del médico, y de angustiosa frustración, en tanto supimos de la autoría de su muerte violenta y la trama urdida por los responsables: Al médico RAÚL GÓMEZ lo asesinaron vilmente los paramilitares, para tomarse el Hospital, capturar su presupuesto y así fomentar la corrupción poniéndola al servicio de sus intereses económicos. Previamente hicieron que los concejales, ya convertidos en borregos de la causa paramilitar, lo citaran al Recinto el 31 de mayo de 2002 a enfrentar un debate sobre el manejo de la E.S.E. Hospital Nuestra Señora del Carmen en el cual fungía como Gerente. El referido debate fue tan calculado por los citantes como nefasto para la suerte del gerente, pues allí este se vio obligado a revelar lo ocurrido con los dineros producto de un empréstito obtenido por la administración anterior para cancelar deudas del Hospital, recurso este desviado hacia otras manos a través de quienes regentaban la dirección técnica, administrativa y financiera de la E.S.E., siendo beneficiarios

del latrocinio los mismos mercenarios de la organización armada.

Los criminales temieron que el Gerente aprovechara la nueva reunión pública para denunciar ante el Concejo las pretensiones extorsivas de éstos contra él, porque ya le habían fijado “cuotas de dinero” del presupuesto del Hospital y plazos para “pagarlas”, pero el Médico se resistía a satisfacer tales exigencias por la decisión estoica de proteger los recursos públicos, aun a expensas del riesgo inmerso en su actitud, pues quienes lo conocimos sabíamos que él actuaba tal como pensaba. Por eso el designio criminal no podía darse treguas, pues con la muerte de este líder se aniquilaría toda posibilidad de control social, y quizá fiscal, sobre los actos de la Administración Pública en todos los niveles del ámbito municipal. Para los homicidas no era conveniente esperar hasta el otro día, porque era necesario evitar la continuación del debate. Esto al parecer aceleró la decisión de alias “JJ” y de alias “Cuéllar” de pedir a alias “Macaco” la orden para ejecutar ese mismo día al médico RAÚL GÓMEZ, y en cuestión de horas movilizaron desde Cuturú (corregimiento de Caucasia) al sicario mejor calificado como efectivo de la organización, según lo pregonaban sus propios cabecillas. El sicario lo asesinó propinándole dos impactos de bala cuando, a las seis de la tarde, el médico se encontraba en un establecimiento público distante sólo dos cuadras del Cuartel de la Policía Nacional.

“Lo matamos porque entrenaba a los guerrilleros...” (esto mismo repitió “Macaco” en el más reciente de los juicios adelantados en su contra y en calidad de extraditado); “lo matamos porque le suministraba medicamentos a la guerrilla”; “lo matamos porque no nos quería colaborar”. En fin, de todos estos cargos tan cínicamente inventados por ellos, ya la víctima no se podía defender y sus dolientes tampoco podían hacerlo, en tanto no solo estaban sus ánimos desvanecidos por el dolor, sino también controlados por las acciones intimidantes de los escuadrones de la muerte, quienes en actitud triunfalista pregonaban haberlo ultimado en nombre de la contrainsurgencia como si fuera esa la verdadera causa por ellos defendida.

Nosotros en cambio, sin poder evadirnos y a pesar de nuestra actitud vigilante, seguimos asistiendo al espectáculo ofrecido todos los días por los actores de la corrupción en la Administración del Municipio, viendo cómo avanza airosa devorando los recursos del presupuesto, a expensas de lo cual, cada vez más los protagonistas se arraigan en el poder público y se han hecho amos de la voluntad política del pueblo elector para perpetuarse en los cargos públicos hasta satisfacer totalmente sus intereses personales, amparados por la mirada indiferente del pueblo mayoritario, porque no los eligió y la actitud resignada de las minorías de electores, sin ninguna capacidad de reacción, pues votaron alienados a cambio de un favor, ven-

dieron el voto, participan del festín de la contratación, o están recibiendo migajas del presupuesto oficial.

Estos fragmentos de la semblanza de un ciudadano y líder con coraje son el pretexto necesario para concluir y señalar los hallazgos de esta investigación, los cuales pueden ser contextualizados de la siguiente forma:

Existe un desfase entre el universo ideal, arquetípico de lo que es la democracia como sistema, que no es coherente con una práctica cotidiana que esté en concordancia con lo que implica la misma democracia. Se alaba la democracia y sus mecanismos de participación ciudadana, pero se asume una ciudadanía cínica que reniega de la misma, reclama los derechos pero no cumple con los deberes que implican el empoderamiento ciudadano y la defensa colectiva del bien público.

La conversión paulatina del discurso de cliente ciudadano, le da mayor fuerza al carácter económico y privativo propio de las fuerzas alienantes del mercado y del consumo, impregnando las relaciones entre el Estado y el cliente de las fuerzas racionalizantes y excluyentes del ámbito neoliberal. El concepto de lo público se subsume en la lógica de lo privado y se coloca en la esfera de dominio de grupos de poder elitizados que son los que pueden acceder a las ventajas de la participación.

La colonización del lenguaje por parte de las técnicas neoliberales hacen que lo interpela-

tivo, es decir, lo argumental, clave dentro de la democracia experimentalista, se diluya en la fuerza de los *stakeholders*, quienes cooptan el sistema y se adueñan de las gramáticas jurídicas, haciendo que lo público se difumine en las luchas altamente conflictivas entre lo público y lo privado.

La conversión del ciudadano en cliente implica una sutil y seductora desarticulación de la acción colectiva y del empoderamiento ciudadano, generando nuevas exclusiones, las cuales hacen que solo cierto grupo de “expertos” puedan manejar el acceso al Estado. De ahí la preservación de la dualidad de la sociedad colombiana, que hace que exista un país legal en las principales ciudades y un país alterlegal en la periferia.

Los datos esgrimidos en este trabajo permiten afianzar la idea de dualidad, de cooptación de lo público por parte de lo privado y de una ciudadanía cínica que se niega a asumir su papel protagónico en el proceso de materialización de la norma social. Para que una norma pueda ser real necesita una sociedad que lo posibilite, de ahí que la noción de los derechos sobre participación, como mascarada neoliberal, adquiere validez a la luz de la debilidad de la norma, de una norma que existe en el papel y en ciertos lugares del país, pero que debe transitar los peligros de la periferia para poder materializarse.

Finalmente, se hace un llamado a la necesidad de explorar la construcción de ciudadanías empoderadas que rescaten el coraje, es

decir, el valor para enfrentar la defensa de lo público en contra de todos los intereses que lo amenazan. Ya lo había señalado el entonces senador J. F. Kennedy, cuando hacía un llamado a la defensa de lo público y a cerrar filas en torno a la acción ciudadana, que alimentada de una fuerza axiológica podía transformar realidades:

Los problemas del coraje y la conciencia no solamente conciernen a cada mandatario de nuestro país, por más humilde o poderoso que sea o frente a quien es responsable... Conciernen igualmente a cada elector e incluso a aquellos que no votan, que no tienen interés en el gobierno y que hasta desprecian al político y su profesión. El problema del coraje y de la conciencia concierne también a todo aquel que una vez se quejó de la corrupción de aquellos que ocupan altos cargos, así como a todo aquel que exige que el diputado elegido por el cumpla con sus deseos. Porque en la democracia cada ciudadano, cualquiera sea su interés en la política, es un “mandatario”, cada uno de nosotros de alguna manera es responsable de algo, y la forma del gobierno que tenemos depende finalmente de cómo cumplimos nuestra responsabilidad... Cualquiera que sea la arena de vida para encontrar el desafío del coraje, cualquiera que sea el sacrificio para nuestra conciencia —la pérdida de amigos, de fortuna, de serenidad y aun el aprecio del prójimo—, cada uno de nosotros tiene que decidir por sí mismo que camino seguir. A través de las historias

de coraje del pasado podemos aclarar su calidad, a través de ellas podemos aprender y podemos recibir esperanza e intuición –pero no el coraje mismo–. Este cada uno tiene que buscarlo en su propia alma (Kennedy, 1956, pp. 256-257).

Los quijotes colombianos como Apolicenia y Raúl abundan en las historias perdidas de una Colombia que defiende lo público. Estos quijotes murieron resguardando lo que para muchos era una locura, su enfrentamiento contra los gigantes de lo alterlegal evidencia que detrás de estas historias están las vivencias de personas anónimas con el coraje suficiente para luchar por lo que todos consideraban perdido. Vincular los procesos de reconstrucción de la memoria del coraje es una tarea pendiente, si queremos transitar la senda del postconflicto.

REFERENCIAS

- Acemoglu, D. & Robinson, J. (2012). *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Bogotá: Deusto.
- Agencia de Prensa IPC (2011). Bajo Cauca antioqueño: radiografía de una protesta poco comprendida. Campesinos de la región reclaman mayor apoyo y presencia del Estado, sábado 12 de marzo de 2011. En: <http://prensarural.org/spip/spip.php?article5463>
- Angulo Mira, G. (1982). *Monografía de El Bagre Libros*. Medellín: Bedout.
- Arendt, H. (1993). *La condición humana*. Barcelona: Gedisa.
- Arias, B. & Vélez, R. (2010). El control social como elemento fundamental en el ejercicio de la democracia participativa. *Revista Lecciones de gobierno*, 1(1). Medellín, Colombia.
- Aristizábal, I. y otros (2004). *Sistematización de experiencias de veedurías ciudadanas y control social en la administración*. Bogotá: Universidad de la Salle.
- Ayala, C. (2001). Leer la política. *Revista Historia Crítica*, (20). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Bauman, Z. (2007). *Vida de consumo*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z. (2010). *Modernidad líquida*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bautista, J. F. (2011). *El control social y su relación con los procesos de formación de capital social y movilidad social: algunos indicios a partir de experiencias en Bogotá y Cundinamarca*. Bogotá: Ediciones Fundación Universidad.
- Benjamín, W. (2010). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. Bogotá: Desde Abajo.
- Berquist, C. (1981). *Café y conflicto en Colombia (1886-1910)*. Medellín: FAES.
- Bobbio, N. (1989). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Bobbio, N. (1996). *El filósofo y la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Briones, G. (1996). *La formulación de problemas en investigación social*. Bogotá: Editorial Suramericana.
- Busnell, D. (2014). *Colombia, una Nación a pesar de sí misma*. Bogotá: Planeta.
- Caracol Radio, Con fondos de hospitales financiaban a paramilitares colombianos, marzo 5 de 2010. En: <http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/recursos-de-los-hospitales-públicos-sirvieron-para-financiar-auc/20100305/nota/963485.aspx> <http://www.lea.org.co/DesktopModules/Articulos/DetallesArticulo.aspx?id=1595>
- Castells, M. (2009). *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza Editorial.
- Castilla Amell, I. (2014). *Semblanza de un mártir: a propósito de la muerte del doctor Raúl Gómez*. Texto inédito.
- Chomsky, N. & Herman, E. (1990). *Los guardianes de la libertad*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Tutela en contra de "Macaco", www.colectivodeabogados.org/IMGdocTutela_Macaco03, 7 abril de abril 2008
- Consejo de Estado (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Bogotá, D.C., 30 de octubre de 2013. Expediente 29735.
- Contraloría General de la República. Guía Audite 3.0 Capítulo VIII. Criterios y Procedimientos, Auditorías Articuladas, 2.2.5.1.
- Corporación Nuevo Arco Iris (2007). *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá: Intermedio Editores.
- Cortés Rodas, F. (2010). El contrato social liberal: John Locke. *Revista Co-herencia*, 7(13), julio-diciembre. Medellín: Universidad EAFIT.
- D'Adamo, O., García Beaudoux, V. & Freidenberg, F. (2007). *Medios de comunicación y opinión pública*. Madrid: McGraw-Hill.
- De Sousa Santos, B. (2004). *Democratizar la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- De Sousa Santos, B. (2005). *Reinventar la democracia: reinventar el Estado*. Buenos Aires: CLACSO.
- De Sousa Santos, B. & Rodríguez Garavito, C. (eds.) (2007). *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. Barcelona: Anthropos Editorial.
- Domínguez, J. & Shifter, M. (2005). *Construcción de gobernabilidad democrática en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Dufour, G. (2007). *Gobernabilidad y desarrollo humano*. En curso sobre gobernabilidad y construcción de escenarios prospectivos. Buenos Aires: Flacso.
- Del Corral, G. (2003). *Evaluación de la función y potencial de las fundaciones mineras y su interacción con las comunidades locales*. Santiago de Chile: CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura.
- Durkheim, É. (1998). *Educación y pedagogía*. Buenos Aires: Losada.
- Durston, J. (2001). *Capital social –parte del problema, parte de la solución–. Su papel en la persistencia y en la superación de la pobreza en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Echeverri, H. (2011). Propuesta de desarrollo para El Bagre, 2012-2015. “Diciendo y haciendo para que El Bagre siga creciendo”.
- Escobar, A. (1999). *El final del salvaje*. Bogotá: Cerec.
- Espitia Zamora, J. E. (2013). Las regalías y los descuentos tributarios en la explotación de metales preciosos. *Revista VOX POPULI*, (12), 39-50, septiembre.
- Evans, P. (2007). *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*. Bogotá: Editorial ILSA.
- Foreign Policy (2014). Recuperado en: <http://www.fp-es.org/indice-de-estados-fallidos-2014>
- Gallup (2013). *Barómetro global de felicidad y esperanza*. Washington: Win Gallup.
- Garay Salamanca, L. J. (2008). *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Transparencia por Colombia.
- Garay Salamanca, L. J., Salcedo Albarán, E. (2012). *Narcotráfico, corrupción y Estados. Cómo las redes ilícitas han reconfigurado las instituciones en Colombia, Guatemala y México*. Bogotá: Debate.
- García Villegas, M. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Centro de justicia.
- Gargarella, R. (2011). *El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina*. Tomado de http://74.125.155.132/scholar?q=cache:piZTwRjLIMJ:scholar.google.com/&hl=es&as_sdt=0
- Gobernación de Antioquia (2007). *Antioquia en cifras, información subregional y municipal*. Editorial Gobernación de Antioquia.
- González, F. (1997). *Para leer la política. Ensayos de historia política colombiana*. Dos tomos. Bogotá: CINEP.

- González Ordovas, M. J. (2003). *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Gramsci, A. (1980). *Los intelectuales y la organización de la cultura*. Buenos Aires: Ed. Nueva Visión.
- Greenspan, A. (2008). *La era de las turbulencias: aventuras en el nuevo mundo*. Barcelona: Ediciones B.
- Guevara Salamanca, J. D. (2009). La democracia participativa como instrumento de dominación de la esfera pública. Una mirada crítica a la realidad política colombiana a partir de la Constitución de 1991. Tomado (17 de mayo de 2011) de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/1578/1/80871509.pdf>
- Guillén Martínez, F. (1996). *El poder político en Colombia*. Bogotá: Planeta Editores.
- Gutiérrez, F. (2007). *Participación ciudadana y pobreza en Colombia*. Bogotá: DNP.
- Habermas, J. (1994). *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona: Ediciones G. Gilli.
- Hellman, J., Jones, G. & Kaufmann, D. (2001). *Capture al Estado, capture el día*. Estados Unidos de Norteamérica: Banco Mundial.
- Jaeger, W. (1982). *Alabanza de la Ley: los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Jager, W. (1995). *Cristianismo primitivo y paideia griega*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Jager, W. (1995). *Paideia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Jaramillo Vélez, R. (2004). *Problemática actual de la democracia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Kafka, F. (1983). *Obras completas*. Tomo IV. Buenos Aires: Visión Libros.
- Kant, E. (1989). *Respuesta a la pregunta ¿Qué es la ilustración?* Madrid: Tecnos.
- Kaufmann, D. (2000). Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica. *Revista Perspectivas*, 3(2). Chile: Universidad de Chile.
- Kennedy, J. F. (1956). *Profiles in courage*. Nueva York: Harper y Bros.
- Latorre Iglesias, E. L. (2010). La crisis de la esfera pública: privatización y alienación en el mundo moderno. *Revista Verbum*, (6). Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda.
- Latorre Iglesias, E. L. (2011). Reseña: los principios del gobierno representativo. *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores* (pp. 291-293). Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

- Latorre Iglesias, E. L. (2015). *Litigio estructural y experimentalismo jurídico*. Bogotá: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda.
- Locke, J. (1988). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza Editorial.
- Lope De Vega, F. (1999). *Fuente Ovejuna*. Madrid: Folio.
- López, C. (2007). La ruta de la expansión paramilitar y la transformación política en Antioquia 1007 a 2007. En M. Romero (Ed.), *Parapolítica, la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos* (p. 123). Ciudad: Bogotá D.C.: Intermedio Editores.
- Liotard, J. F. (2006). *La condición postmoderna*. Barcelona: Cátedra.
- Manin, B. (2006). *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Maquiavelo, N. (1999). *El príncipe*. Santa Fe de Bogotá: Panamericana Editorial.
- Martel, F. (2011). *Cultura Mainstream: cómo nacen los fenómenos de masas*. Barcelona: Taurus.
- Mejía Quintana, Ó. (2002). Dominación y exclusión en la Constitución de 1991. La constitucionalidad de la mentira. *Revista Palimpsesto*. UNAL-2.
- Mercado Pacheco (2012). *Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del derecho*. Granada: Universidad de Granada.
- Mina Paz, Á. (2005, julio). Participación ciudadana en Colombia. *Revista Aportes Andinos*, (14). Cali: Universidad del Valle.
- Mineros S.A. (2009). *Memorias de sostenibilidad*. En: <http://www.mineros.com.co/pdf/MemoriaSostenibilidad2009.pdf>
- Miralles, A. M. (2007). *Periodismo, opinión pública y agenda ciudadana*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Mitchells, R. (2008). *Los partidos políticos*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Mockus, A. (1994). Anfibios culturales, moral y productividad. *Revista Colombiana de Psicología*, (3), 125-135.
- Moncada Roa, P. y otros (2007). *Los Estados fallidos o fracasados*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Naim, M. (2013). *El fin del poder: empresas que se hunden, militares derrotados, Papas que renuncian y gobiernos impotentes. Cómo el poder ya no es lo que era*. Barcelona: Debate.
- Nun, J. (2004). *Estado y ciudadanía*. México: PNUD.
- Nussbaum, M. (2011). *Sin fines de lucro: por qué la democracia necesita las humanidades*. Buenos Aires: Katz.

- Ohmae, K. (2007). *El nuevo escenario global*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Ostrom, E. (2000). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones*. México: UNAM-CRIM. FCE.
- Parsons, T. (1982). *El sistema social*. Madrid: Alianza Editorial.
- Periódico *El Colombiano*. "Macaco" confesó otros 45 asesinatos, 11 de diciembre de 2007.
- Periódico *Portafolio*, marzo 12 de 2014.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- República de Colombia. Constitución Política de 1991. Bogotá: Legis.
- República de Colombia. Ministerio del Interior y de Justicia (2011). *Estatuto anticorrupción*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Revista *Semana* (1985). El oro con sangre entra: En El Bagre, el paro cívico ha desembocado en militarización y muertos, 01 de abril de 1985. En <http://www.semana.com/economia/articulo/el-oro-con-sangre-entra/6355-3>
- Revista *Semana* (1998). La guerra de San Lucas, 26 de octubre de 1998: en <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-guerra-de-san-lucas/37463-3>
- Revista *Semana* (2014). Por qué las instituciones están en crisis. En <http://www.semana.com/nacion/articulo/instituciones-en-crisis/409100-3>
- Rifkin, J. (2000). *La era del acceso: la revolución de la nueva economía*. Barcelona: Paidós.
- Ritzer, G. (2007). *Los tentáculos de la McDonalización*. Madrid: Editorial Popular.
- Robinson, J. (2014). La realidad colombiana. En M. T. Ronderos, *Guerras recicladas*. Bogotá: Aguilar.
- Rodríguez Zepeda, J. (2004). *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*. México: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.
- Sandel, M. (2011). *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate.
- Sandel, M. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado*. Barcelona: Debate.
- SIMCO, Sistema de Información Minero Colombiano (2014). http://www.upme.gov.co/generadorconsultas/Consulta_Series.aspx?idModulo=4&tipoSerie=116&grupo=357&Fechainicial=01/01/2004&Fechafinal=31/12/2014
- Simmel, G. (2002). *Cuestiones fundamentales de sociología*. Barcelona: Gedisa.

- Sistema de Participación Ciudadana, SIPAR (2014). Contraloría General de la República.
- Sudarsky, J. (1998). *El capital social en Colombia*. Bogotá: DANE.
- Tassin, E. (2012). La manifestación política: más allá del acierto y del fracaso. En L. Quintana & J. Vargas (2012). *Hannah Arendt: política, violencia, memoria*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Transparencia por Colombia (2013). *Informe anual*. Bogotá.
- Uribe, M. T. (2001). *Nación, soberano y ciudadano*. Medellín: Corporación Región.
- Uribe, M. T. (2002). Las promesas incumplidas de la democracia participativa. En V. M. Moncayo y otros, *El debate a la Constitución*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - ILSA.
- Velásquez, F. (2003). *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?* Bogotá: Fundación Corona.
- Zizek, S. (2011). Entrevista en el diario *El País*. *El País*, lunes 25 de abril de 2011.

Comprensión jurídico-procesal de la seguridad social en salud

Legal and procedural understanding of the social security in health
Entendimento jurídico-processual da seguridade social na saúde

RESUMO

Após a realização de um processo de pesquisa de caráter científico surge os produtos ou resultados da pesquisa, por isso no presente documento físico são mostrados as análises, desenvolvimento e conclusões sobre o sistema de seguridade social na saúde, no seu estudo e compreensão processual onde é garantizado direitos e deveres dos membros e contribuidores, sejam estes infringidos ou dentro da operatividade própria do sistema. De modo que cada método científico exige de um recorrido que permita se aproximar o objeto com o assunto da pesquisa. Esta parte precisou de uma pesquisa no qual foi necessário a abordagem hermenêutica documental. Foi adquirido uma informação detalhada sistemática em quanto às classificações ou taxonomia dos procedimentos administrativos e judiciais, ao igual que as escolas processuais que têm como objeto as exploração da natureza dos processos do sistema da saúde.

PALAVRAS-CHAVES

Processos, Procedimientos, Garantía, Saúde, Sistema, Seguridade social.

RESUMEN

Luego de realizar un proceso investigativo de carácter científico se suscitan los productos o resultados de investigación, es por ello que en el presente documento físico se mostrarán los análisis, desarrollos y conclusiones acerca del Sistema de Seguridad Social en Salud, en su estudio y entendimiento procesal y procedimental donde se garantizan derechos y deberes de los afiliados y cotizantes, sean estos vulnerados, o dentro de la operatividad propia del sistema. Es así que cada método científico requiere de un recorrido que permita acercarse al objeto con el sujeto de investigación. A este respecto, en esta investigación fue necesario el enfoque hermenéutico documental. Se obtuvo una información detallada y sistemática en cuanto a la clasificación o taxonomía de los procedimientos administrativos y judiciales, al igual que las escuelas procesales que tienen por objeto la explicación de la naturaleza de los procesos del sistema de salud.

PALABRAS CLAVE

Procesos, Procedimientos, Garantismo, Salud, Sistema, Seguridad social.

ABSTRACT

After conducting a scientific research process products or research result arise, which is why in this physical document, previews, analysis, contributions, synthesis, development and conclusions about the system of social health are displayed, in their study and understanding of procedural and procedural where rights and duties of members and contributors of this is guaranteed, whether they violated or within the actual operation of the system. So that every scientific method requires a pattern to ensure that bring the object with the research subject, in this research the documentary hermeneutical necessary, detailed and systematic information was obtained regarding the classification or taxonomy of administrative and judicial procedures as well as procedural schools aimed at explaining the nature of the processes of the health system.

KEYWORDS

Processes, Procedures, Guarantees, Health, Social Security system.

JORGE LUIS RESTREPO PIMIENTA

Abogado. Especialista en Educación, Derecho Constitucional, Derecho Laboral y Seguridad Social. Magíster en Derecho, candidato a Doctor en Derecho, par académico de COLCIENCIAS, CNA y CONACES. Investigador asociado, docente Universidad del Atlántico y Universidad Libre. jorluisrestrepo@yahoo.es

EVELIA MARÍA MOLINA IMITOLA

Abogada. Especialista en Derecho Laboral y magíster en Derecho. Funcionaria Judicial jurisdicción laboral y de la seguridad social. Docente de la Universidad del Atlántico y Universidad de la Costa, CUC. evemolm31@hotmail.com

Recibido: Marzo 10 de 2014 • Aceptado: Abril 30 de 2014

INTRODUCCIÓN

El presente producto de investigación pretende reseñar una situación o realidad específica dentro del sistema de salud de carácter jurídico-procesal para restablecer derechos y garantías vulneradas o conquistadas de estos dentro de la operatividad del sistema.

En este orden de ideas, es válido anotar que la administración de justicia o la jurisdicción está cimentada en los principios y definición del Estado Social de Derecho. Es por ello que la exclusividad, obligatoriedad, coordinación, control, manejo y dirección de los procesos judiciales y administrativos están bajo la potestad del Estado, la cual opera por medio de los funcionarios judiciales y del Ejecutivo que están investidos de jurisdicción y poseen competencia.

Con lo anterior se puede decir que la competencia es una capacidad de conocimiento y de especialidad para resolver problemas, hechos y situaciones de la cotidianidad y del tráfico legal de los hombres en sociedad organizada e instituida; es de resaltar también, en esta consecución, que toda competencia goza de jurisdicción. Dentro de la epísteme conceptual, la competencia es la especie de la jurisdicción.

El Sistema de Seguridad Social en Salud es una estructura organizada compuesta por normas, instituciones y procedimientos, donde se trazan garantías que cubren, protegen o se intenta reparar contingencias de

enfermedad y maternidad, que entre otras cosas son hechos biológicos futuros y ciertos, por medio de las prestaciones asistenciales que se materializan a partir del plan obligatorio en salud y los planes adicionales y económicos como licencia de maternidad, paternidad e incapacidad.

En materia de competencia de los procedimientos judiciales y administrativos de la seguridad social en salud, se encuentra una anomalía reflejada en la realidad social, constitucional, política y de justicia garante, dado que el conflicto de competencia –por falta de interpretación de la norma, de comprensión de la especialidad de los juzgados laborales y de la seguridad social, administrativos y las Superintendencias de Salud– llevan a afectar la salud desde sus diversas connotaciones como condición y naturaleza del ser humano, en su matiz de derecho fundamental, política pública, servicio esencial, la prestación asistencial y demás aspectos sociales relevantes.

Continuando con lo anterior, los procesos judiciales y administrativos en seguridad social en salud –desde la Carta Política de 1991, la Ley 712 de 2001, Ley 1122 de 2007 y Ley 1437 de 2011– se clasifican en procesos ordinarios, ejecutivos, acción de control, solicitudes, quejas, y la acción constitucional de tutela, que buscan desde su dimensión ontológica, axiológica y normativa hacer efectivos o restablecer los derechos vulnerados, conquistar prestaciones, reparar daños y conceder prestaciones asistenciales y económicas, aspectos que en un trasfondo se encuentran

en las garantías y derechos humanos de los asociados.

El tema de la comprensión del derecho procesal de la seguridad social en salud tiene por objeto hacer un constructo conceptual acerca de este como disciplina jurídica y la vez mostrar alternativas de solución a las diferentes controversias y conflictos del administrador, prestador con referente a los usuarios y clientes del sistema en el sentido de cumplimiento de derechos y deberes del sistema de salud.

1. METODOLOGÍA

Para mostrar los resultados investigativos a través de presente artículo científico se hizo uso de metodología de la investigación cualitativa, armonizada y direccionada por el tipo hermenéutico documental, aplicando técnicas pertinentes tales como la observación y el análisis documental con el fin de encontrar el objeto y objetivo propuesto en dicho proceso investigativo: estructurar la comprensión teórica, práctica y programática del derecho procesal a la seguridad social en un contexto de crisis, controversias y conflictos que se generan en la operatividad del sistema de salud con respecto a los derechos fundamentales.

Asimismo, se realizará un esbozo conceptual, estructural, sistémico relacionado con los modelos procesales, garantismos constitucionales, pensamiento comprensivo histórico de la seguridad social y la salud, y su diversidad clasificatoria de procedimientos en lo administrativo y judicial.

1.1 Aproximación de la seguridad social en salud. Dimensión general

La seguridad social en salud es una disciplina, conjunto de garantías, un sistema estructural compuesto por diversas instituciones, normas, procedimientos y actores sociales, los cuales se ven en contantes controversias, tensiones, choques y circunstancias de diferencias prestacionales en cuanto a lo asistencial como a lo económico. De esta manera, la comprensión del derecho procesal a la seguridad social en salud se genera dentro de un sistema complejo regulado.

Asimismo, en cuanto aproximaciones de tipo fidedigno, cabe manifestar que para efectos de determinar los orígenes de la seguridad social y cuáles son los procesos y procedimientos llevados y tramitados en ella para resolver conflictos de salud, enfermedad, maternidad y paternidad, cabe, entonces, hablar del comienzo histórico institucional de la seguridad social. A este respecto, hay que referirse al perfeccionamiento de las categorías a medida que han surgido en la sociedad para la complacencia de las necesidades sociales individuales y colectivas dentro de la fragilidad de los seres humanos.

Por eso es necesario mencionar los inicios y antecedentes de la noción auténtica de seguridad social, partiendo de una perspectiva epistemológica conceptual que indague los procedimientos actuales reglados y normados para abordar controversias en materia de prestaciones asistenciales y económicas

establecidas en el Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, se tratará de esbozar, según el tratadista Arenas Monsalve (2009, pp. 17-58), un bosquejo histórico de las instituciones que dieron formación al concepto clásico y actual de seguridad social, que describe así:

Los Collegia Romanos constituyen un antecedente de la Seguridad Social, en cuanto surgieron como asociaciones corporativas de trabajadores libres, que tenían fines religiosos y de ayuda mutua. Pero estas instituciones, fuera de las ventajas económicas, no tenían otra finalidad que el reconocimiento de auxilios funerarios y en ocasiones, de limitadas prestaciones económicas para huérfanos y viudas (Rengifo O, 1989).

Se analiza, entonces, que esta institución de la época romana desarrolla en concreto precarias actividades de seguridad social, que estaban más bien enfocadas a fines sociales o colectivos, como el pago eventual de prestaciones económicas y auxilios mortuorios. Prosigue el comentarista refiriendo:

Las Guildas surgieron en los países germánicos y anglosajones con el carácter de asociaciones de defensa y asistencia mutua, unidos a una fraternidad de combate y armas. Es especial, las guildas de mercaderes y artesanos tienen finalidades de ayuda mutua: socorren a sus miembros enfermos y en caso de muerte se encargan de educar a los hijos huérfanos; si alguien de la guilda cae en la miseria, reci-

be un apoyo económico durante su vida (1989).

Esta variante de la institución romana da un poco más de evidencias de actividad en materia de seguridad social, porque se refleja en que su objetivo principal era la asistencia social a enfermos, a huérfanos y al subsidio de personas con precariedad económica. Se refiere así a las cofradías:

Las Cofradías o hermandades fueron instituciones de ayuda mutua y religiosa que surgieron principalmente en España, tenían por finalidad ofrecer a sus miembros auxilios por enfermedad, asistencia médica y atención hospitalaria en sus propios hospitales; otorgaban también auxilios por invalidez, vejez, accidente, muerte y otros. Las cofradías formaron su organización autónoma, con régimen administrativo propio y con criterios bastante similares al mutualismo. A finales del siglo XVIII había en España cerca de veinte mil cofradías, sin embargo, fueron controladas y aun perseguidas por buscar únicamente sus privilegios y contribuir a encarecer la vida.

Según criterio del autor de este artículo, las cofradías son la primera institución que históricamente se ocupó, así sea en forma precaria, de aspectos determinantes de la seguridad social que hoy son de vital importancia en el concepto moderno de la misma. Reproduciendo textualmente palabras del mismo tratadista, se aborda el tema de los

auxilios por enfermedad, asistencia médica y atención hospitalaria en sus propios hospitales; otorgaba también auxilios por invalidez, vejez, accidente, muerte y otros. Luego aparecen las corporaciones de oficios:

Las llamadas corporaciones de oficios fueron instituciones que se crearon dentro del orden jerárquico y estamental de la edad media, organizadas por los artesanos y comerciantes, con la finalidad de proteger a sus miembros y garantizar la calidad de sus productos y servicios. Los talleres de artesanos eran jerarquizados y sujetos a rígidas normas. La importancia de las corporaciones de oficios desde el punto de vista de las prestaciones, estriba en que los artesanos de un mismo oficio organizaban cofradías con la finalidad de atender la enfermedad, la desocupación y la incapacidad. Avanzado el tiempo, las corporaciones entraron en crisis, la economía y la política sufrieron grandes transformaciones, hasta que en 1776 en Francia, el famoso Edicto de Turgot ordenó la supresión de las corporaciones e inauguró la libertad de trabajo y con ella el inicio del capitalismo (Arenas Monsalve, 2009, p. 18).

Así como las cofradías, las corporaciones de oficios desde el punto de seguridad social, trabajaron el aspecto prestacional, enfocadas especialmente en temas tan puntuales como la enfermedad, la incapacidad generada como consecuencia de la misma y el desempleo o desocupación o inactividad laboral,

hechos que aún en el desarrollo del Derecho Laboral moderno, nacional e internacional, resultan vitales para la implementación de los derechos laborales de los trabajadores.

Cabe concluir que, en esencia, los Collegia Romanos trabajaron el tema de eventuales prestaciones económicas y auxilios por muerte; las Guildas se enfocaron a la asistencia social para los enfermos, los huérfanos y a subsidiar a personas con dificultades económicas; las Cofradías se ocuparon de los auxilios por enfermedad, asistencia médica y atención hospitalaria invalidez, vejez, accidente, muerte y otros y posteriormente las Corporaciones de oficios, de la enfermedad, la incapacidad y la inactividad laboral, siendo en conjunto las instituciones antiguas que sentaron las bases de la seguridad social moderna, en la medida que son aspectos que hoy en día han desarrollado y son materia tanto de estudio como de evolución normativa y jurisprudencia a nivel mundial, por los Estados, organismos legislativos y organizaciones no gubernamentales que se ocupan de la defensa de los derechos laborales.

De este modo, en la actualidad colombiana la seguridad social en salud está compuesta por instituciones de orden de dirección, inspección y vigilancia, las cuales en muchas circunstancias hacen de juzgador para restablecer derechos fundamentales vulnerados; las segundas comportan la de administración y financiación, las cuales son objeto de controversias con los clientes o los usuarios, y por último las prestadoras, donde también

es usual encontrar casos de responsabilidad civil en salud; es allí donde va operar el derecho procesal de la seguridad social en salud.

1.2 El derecho procesal de la seguridad social en salud en la realidad colombiana

Antes de entrar en consideración frente a los antecedentes históricos de la seguridad social en salud, cabe comentar que esta ha ido evolucionando desde el asistencialismo, manifestándose de tres formas: la familiar, la pública y la privada. Ahora, en orden evolucionista, surge en el marco de procesos de previsión, los cuales estaban compuestos por el mutualismo, el ahorro y los seguros privados.

Ahora bien, para determinar tiempos demarcados frente a los orígenes y desarrollo constitucional, normativo, procedimental y conceptual de la seguridad social en salud en Colombia, según Arenas Monsalve (2009), se hace necesario mostrar las vicisitudes y transformaciones periódicas a través de las diferentes fases señaladas:

Primera fase. Se inicia con la constitución de 1886 hasta mediados de 1.950, y en donde prevé lo que se puede denominar como higienista. (MINSALUD Y DNP, 1990). En esta Segunda fase la provisión se limitaba a atender aspectos de carácter sanitario, mientras que la atención preventiva y curativa en Salud tenía que ser atendida por los propios usuarios o por algunas instituciones religiosas o de caridad. Se crea

posteriormente una forma de proteger la salud de los empleados públicos y para 1946, se crea el Instituto Colombiano de Seguros sociales, que atendía a los trabajadores del sector privado formal. La Tercera Fase arranca desde 1970 hasta 1989 caracterizado, por la creación del Sistema Nacional de Salud, bajo el esquema de subsidio a la oferta, teniendo en cuenta que los recursos del gobierno Central para la salud eran transferidos a la red instituciones públicas hospitalarias.

A partir de la Ley 100 de 1993, se crea el Sistema de Seguridad Social en Salud, tipos de servicios, grados de complejidad y niveles de atención, reglamenta la carrera administrativa del sector salud, red de hospitales públicos, el régimen de referencia y contrarreferencia. Este es un tiempo lleno de avances y conflictos económicos, sociales, culturales y políticos, dado a que la apertura económica inicia en los años noventa. Aunque existía un estatuto laboral específico del sector salud recién reglamentado por la ley en mención, se creaba a su vez la Ley 50 de 1990, la cual permitía la intermediación laboral o el fenómeno de la deslaboralización, lo cual traía consigo el sacrificio de la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios de salud por parte del Estado y los particulares, comprendido como derecho, garantía y servicio público esencial.

En este orden cronológico de acontecimientos históricos en materia de seguridad social en salud, es pertinente resaltar la génesis

a la luz de la Constitución Política de 1991, donde la seguridad social aparece como un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales que posteriormente la jurisprudencia constitucional los define como fundamentales por conexidad. Así, el nuevo modelo de Estado denominado Social de Derecho supone un cambio en la concepción de los servicios de salud considerados como de asistencia pública, para posteriormente ser un derecho irrenunciable, universal, imprescriptible, general, pluralista, diverso, complejo, prestacional y sistémico.

La Ley 100 de 1993 crea el Sistema de Seguridad Social en Salud. En el libro segundo establece dos regímenes: contributivo y subsidiado. Esta ley estipula además las prestaciones asistenciales a través del plan obligatorio de salud compuesto por el plan de atención básica, plan de atención materno-infantil, hospitalización, atención inicial de urgencias, accidentes de tránsito y catástrofes naturales y el plan adicional de salud integrado por las pólizas de salud y la medicina prepagada y en cuanto a prestaciones económicas las licencias de maternidad y la incapacidad.

Por su parte, cabe mencionar el Decreto 806 de 1998, el cual reglamenta las prestaciones asistenciales y económicas al igual que los procedimientos para adquirirlas dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, es decir, se contemplan los lineamientos de los procedimientos administrativos ante las EPS y EPSS, en cada una de sus etapas, para restablecer y conceder derechos establecidos

en los principios y el régimen de beneficios (Legis, 2009, p. 759).

En este orden de evolución jurídico-normativa el gobierno nacional expide el Decreto 1011 de 2006, donde se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Dicho decreto aborda además los procedimientos administrativos internos y externos acerca del Sistema Único de Acreditación, Sistema de Información para la Calidad y la Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad de la Atención de Salud (Delgado Bernal, 2012, pp. 566-567).

Ahora bien, en el Estado colombiano suscita, por la necesidad y realidad existente de cobertura y universalidad, la Ley 1122 de 2007, que reforma al Sistema de Seguridad Social en Salud al crearse las EPSS, se define el concepto de salud pública, se estructura el plan territorial de salud y se le dan funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud formando esto parte del derecho procesal de la seguridad social en salud; permitiendo agilizar los trámites, solicitudes y quejas ante las EPS, IPS y ESE, frente a la eficiencia, calidad y eficacia de los servicios de salud, con lo cual se busca garantizar el derecho a la salud desde su accesibilidad, cobertura, universalidad y oportunidad para toda la población (Cortés González, 2011, p. 38).

Dentro de este marco normativo, desde la historia judicial y procesal también aparece

la Ley 712 de 2001, que reforma al Código Procesal Laboral, cambia la denominación por Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, donde los jueces adquieren esta responsabilidad o competencia judicial dentro de su jurisdicción de resolver o dirimir conflictos de seguridad social en salud, a causa de las afiliaciones, trámites, cotizaciones, prestaciones de los servicios salud dentro del régimen de beneficios asistenciales y económicos (Delgado Bernal, 2012, p. 166).

Por último, en este orden jurídico normativo acerca de los antecedentes garantistas y procedimentales de la seguridad social se encuentra hoy la Ley 1438 de 2011, en la que se reforma el POS, se amplían los principios y características del Sistema de Seguridad Social en Salud, se regula la elección de directores o gerentes y la evaluación de planes de gestión, se determinan las medidas para la eficiencia y el fortalecimiento institucional de las empresas sociales del Estado, la formación del talento humano, el régimen de actuación y contratación de los trabajadores de la salud, el régimen sancionatorio, rectoría y organización institucional, salud pública, promoción y prevención, financiación y flujos de recursos (Cortés González, 2011, p. 39).

1.3 Derecho a la salud y seguridad social en salud

El Estado Social de Derecho trae consigo un conjunto de derechos sociales establecidos en la Carta Magna, uno de ellos es la segu-

ridad social en salud. En ella se contempla su caracterización y especificidades fáctico-normativas como un derecho constitucional, el cual es concebido según la Corte Constitucional:

(DERECHO A LA SALUD. Carácter prestacional/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. Carácter prestacional, 1999). Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.

Bajo estos parámetros y con una visión focalizada con respeto a las diferencias pragmáticas, epistemológicas, jurídicas y fácticas entre derecho a seguridad social en salud y derecho a la salud, los cuales suelen confundirse por el mundo de las ciencias jurídicas y asistenciales, porque en el mundo de la importancia de los derechos sustanciales enfrentados con los asuntos procesales se debe tener claridad del bagaje teórico de precisiones, que define la Corte Constitucional de la siguiente forma:

(DERECHO A LA SALUD. Presupuestos a cumplir para considerarlo fundamental/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. Presupuestos a cumplir para considerarlo fundamental) Una de las hipótesis en que los derechos a la Seguridad Social y a la salud cambian su carácter programático, e involucran el poder para exigir del Estado el derecho a la atención, es la del afiliado a una entidad de Seguridad Social. Empero, en ese caso, para que los derechos a la Seguridad Social o a la salud se consideren como derechos fundamentales, es necesario que cumplan los presupuestos destacados por la jurisprudencia de la Corte: “primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuanto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto”.

Conviene advertir que la Corte en esta sentencia describe los requisitos de los derechos a la seguridad social o a la salud para ser considerados fundamentales y los resume en que deben operar conexos con otro derecho fundamental; la asistencia pública debe prestarse ante una calamidad que ponga en peligro la vida o salud humana y que, en casos de extrema necesidad, el Estado la pueda ayunar conforme a sus posibilidades reales de protección, aspectos que el autor considera que no se atemperan con la realidad social del país, porque el acceso a la salud no es totalmente gratuito y la atención mínima esencial es prácticamente sectorizada y estratificada, de modo que quien no tiene los medios no recibe atención médica.

(DERECHO A LA SALUD. Derecho fundamental *per se*/DERECHO A LA SALUD. Rasgo de la fundamentabilidad/DERECHO A LA SALUD. Derecho fundamental autónomo en sujetos de especial protección constitucional/DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad, 1999) Del principio de universalidad en materia de salud se deriva primordialmente el entendimiento de esta Corte del derecho a la salud como un derecho fundamental, en cuanto el rasgo primordial de la fundamentabilidad de un derecho es su exigencia de universalidad, esto es, el ser un derecho predicable y reconocido para todas las personas sin excepción, en su calidad de seres humanos con dignidad. En virtud del entendimiento del derecho a la salud como un derecho constitucional con vocación de

universalidad y por tanto de fundamentabilidad, esta Corte en su jurisprudencia, ha resaltado la importancia que adquiere la protección del derecho fundamental a la salud en el marco del estado social de derecho, en cuanto afecta directamente la calidad de vida. También, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo, tal es el caso del derecho a la salud de los niños, de las personas de la tercera edad, o sujetos de especial protección constitucional por lo que no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiera tal status, al igual que por conexidad con otros derechos fundamentales. De forma progresiva, la jurisprudencia constitucional ha reconocido del derecho a la salud su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo.

En un viraje diametral de su anterior línea jurisprudencial la Corte sostiene en esta decisión que la protección del derecho fundamental a la salud en el marco del Estado Social de Derecho afecta directamente la calidad de vida, es un derecho fundamental autónomo, cuando se trata de los niños, de las personas de la tercera edad, o sujetos de especial protección constitucional, cambiando de esta forma el criterio conservador y antiproteccionista desarrollado en la jurisprudencia de 1999. Se concibe que es esta la verdadera línea teleológica que debe inspirar siempre a todos los fallos judiciales que se hayan producido y se produzcan en la materia.

1.4 Debido proceso en el derecho procesal de la seguridad social en salud

El debido proceso también es llamado principio de reserva o legalidad. A nivel internacional, lo desarrollan los artículos 7 y 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y también el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (Vallejo Cabrera, 2009, pp. 41-42).

El debido proceso es un mandato inexcusable que no puede desatender las dependencias del Estado en sus distintos niveles de jerarquía, tanto en el sector central como en el descentralizado y en todas las ramas del poder público y organismos de control respecto de las actuaciones de sus correspondientes órbitas de competencia, so pena de incurrir en flagrante violación de la preceptiva constitucional y en ostensible abuso de sus atribuciones en detrimento de los derechos fundamentales, ocasionando a la vez la nulidad de las decisiones adoptadas con infracción de los preceptos superiores (Corte Constitucional. Sentencia T-460 de 1992).

En la Constitución Política de Colombia está regulado el debido proceso en los artículos 29 y 116; y lo referente a la Seguridad Social en Salud (SSS) en el Art. 49 de la misma, como una forma de realización y eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho, que se mide por su capacidad de satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población median-

te el suministro de prestaciones concretas que tiendan a ellos y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualdad de las condiciones materiales de existencia de las personas (Restrepo Medina, 2011, p. 106).

Artículo 29. Constitución Política: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Artículo 116. Constitución Política: Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 3 de 2002.

Artículo 49. Constitución Política: Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado.

En conformidad con lo antes mencionado, se puede decir que los artículos indican que para que haya un debido proceso en las actuaciones del procesal y la SSS de acuerdo a la nueva visión del Derecho contemporáneo a partir de las controversias o conflictos que dirime esta jurisdicción, el juez competente (natural) deberá tener un conocimiento amplio y preciso del complejo normativo de la SSS, tales como la Ley 10 de 1990, Ley 100 de 1993, Decreto 806 de 1998, Ley 712 de 2001, Ley 715 de 2002, Ley 691 de 2006, Decreto 1011 de 2006, Ley 1122 de 2007, Leyes 1437 y 1438 de 2011. Y deberá desplegar bajo los mecanismos y procedimientos previamente establecidos un análisis y valoración ajustada a derecho.

Ahora bien, el hecho de que existan normas del debido proceso sobre la seguridad social en salud previamente establecidas, limitan al juez para que no pierda la directriz de valorar y juzgar los hechos sometidos a su competencia bajo otras ópticas que no sean las propias de este juicio, pues debe cumplir con la función y procedimiento respectivo, para que se constituya una verdadera garantía constitucional del debido proceso.

Bajo estos parámetros normativos y con una visión focalizada en el debido proceso en las actuaciones del derecho procesal de la seguridad social es claro que esta consiste no solo en la posibilidad de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29, el ajuste a las normas preexistentes y reglamentarias respecto a la prestación de los servicios en salud, y el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas, aunque no existan normas procesales especiales que rijan los procedimientos en materia de SSS; considerando que los conflictos que se dirimen en esta jurisdicción principalmente son inherentes al derecho a la vida y al pleno restablecimiento de las contingencias que lleguen a surgir.

1.5. El derecho procesal de la seguridad social en salud

Ahora bien, los procedimientos judiciales en seguridad social en salud tienen por objeto restablecer el orden del sistema en cuanto a

la prestación de los servicios en consonancia con las características y principios específicos (Tono Ramírez, 1997, p. 44). Estos lineamientos o preceptos dogmáticos están establecidos en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1438 de 2011, los cuales son de universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, enfoque diferencial, equidad, calidad, eficiencia, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención, continuidad (Delgado Bernal, 2012, p. 329).

Atendiendo a las consideraciones antes señaladas con respecto a la finalidad que persiguen los procedimientos jurisdiccionales en materia de la seguridad social en salud, los cuales están inspirados en sus principios, características y reglas propias señaladas en los compendios normativos acerca de las contingencias y prestaciones cubiertas o atendidas por el sistema, esto connota la autenticidad, especificidad y especialidad que tienen dichos procedimientos. Para explicar esto en el ámbito del mundo procesalista se pueden citar los aportes de Pasco Cosmopoli, citado por Silva Romero, *Enseñanza del derecho procesal del trabajo* (2011, pp. 321-325), quien, en sus cursos de solución de conflictos de la seguridad social, desarrolla las siguientes escuelas:

Escuela del Proceso Único: considera que el

Código Civil consagra derechos sustantivos y procesales, y es la columna vertebral de las sociedades latinas, razonando que todos los conflictos se pueden solucionar, aplicando el Código Civil, ya que contiene soluciones sencillas y prácticas y así entenderíamos, que por permanecer durante muchos siglos, conllevó a la dictadura del proceso civil. En el siglo XXI, aparece el debilitamiento del proceso civil, y se han especializado los procedimientos en especial el procedimiento laboral y que aplica a los conflictos que surgen de la seguridad social y de la aplicación de sus principios rectores, las consideraciones principales del proceso único.

Escuela de la Autonomía Moderada: considera que el derecho procesal es uno solo pero que se hace necesario un código específico, especializado, que contenga instituciones propias del trabajo, y aquellos vacíos que se presenten serán llenados por "remisión", al Código Civil.

Escuela Radical: considera que se tiene que hablar de solución a conflictos laborales, y la solución de los mismos se parte del criterio de igualdad de las partes y la distribución de la carga de la prueba y la solución de los conflictos laborales deben resolverse en equidad y que su trámite no tiene que ver con las instituciones auténticas.

Escuela de la Autonomía Avanzada: su sustentación central se podría resumir en los principios reales que inspiran los pro-

cedimientos laboral o el procesal laboral, que son el de veracidad o de prevalencia del fondo sobre la forma, con institutos, principio protector, o de desigualdad compensatoria y principio de criterio de conciencia en la exégesis de la prueba y equidad en la resolución.

Como se ha podido observar anteriormente, existen cuatro escuelas que pretenden explicar la especialidad y singularidades en que se pueden encasillar los procedimientos de la seguridad social en salud, pero la que mayor muestra la independencia conceptual, teórica y epistemológica a que se refiere o en que está cimentado el Sistema de Seguridad Social en Salud es la de la **autonomía avanzada**, donde se indican principios de exclusividad en la materia; ello lleva a decir, que todo el procedimiento está construido a partir de lo sustancial.

Con base en lo expuesto, cabe señalar que el derecho sustancial frente al procesal tiene una prevalencia de índole constitucional, haciendo posible una protección judicial efectiva, según Ramírez Carvajal (2010, p. 24), taxativamente manifiesta:

El derecho fundamental al debido proceso surge como un conjunto de principios que se encuentran en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, pero, a su vez, el debido proceso ha de entenderse como parte de una macro estructura que se denomina la tutela judicial efectiva; el conjunto de principios constitucionales,

lo que integran el debido proceso como columna cardinal del derecho procesal contemporáneo es lo que permite sostener que el derecho procesal supera, no abandona, su función instrumental, para elevarse a esferas en el componente del sistema de garantías y expedita de sus derechos.

Así mismo, autores como Pinilla Campos (2011), establecen un análisis de relación entre el derecho sustancial por encima del formal, la constitucionalidad del derecho procesal de la seguridad social y los fines esenciales del Estado Social de Derecho cuando expresa:

Cuando se trata de un sistema jurídico, éste debe interpretarse siempre acorde a la Carta política haciendo descender sus valores, principios y reglas a todo el resto de la normatividad y, por consiguiente en lo que respecta al derecho de la Seguridad Social y a sus correspondientes reglas de derecho procesal, la filosofía que emana de la fórmula política, es decir del Estado Social de Derecho que, como se verá, ha deslindado campos filosóficos del clásico Estado Liberal (p. 89).

En esta secuencia lógica de ideas, cabe decir que lo sustancial está ligado con la Constitución, desde múltiples ángulos o aristas de la seguridad social en salud, ya que este es un derecho constitucional, un sistema, una política pública, servicio público esencial, instrumento o una herramienta (Arenas Monsalve,

2009, p. 167). Quiere decir lo anterior que el derecho laboral nace de un origen netamente constitucional, tiene fines de política estatal y se convierte en un mecanismo para hacer efectivo, como un derecho fundamental de las personas, este servicio público de carácter esencial.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con los razonamientos expuestos en este producto investigativo, se colige que si bien existe la Constitución Política como norma de normas y se han legislado una serie de normatividades concretas en materia de seguridad social en salud, se hace necesario que prevalezca el derecho sustancial, para garantizar el acceso a una cumplida administración de justicia, que pueda dirimir las diferencias que surjan de las contingencias de enfermedad y maternidad, que son hechos biológicos futuros y ciertos y que se adecúe el procesal laboral al procesal de la seguridad social como un derecho integral e integrador, que garantice el mínimo de derechos y el debido proceso.

Si bien existe por ordenamiento legal una jurisdicción a la que se le ampliaron sus competencias en los temas de la seguridad social en salud –al igual que en la Superintendencia de Salud con sus facultades jurisdiccionales y los juzgados administrativos con la Ley 1437 de 2011– haciéndola específica, esta no ha sido suficiente para solucionar el caos que se presenta al valorar los factores de competencia de acuerdo a la naturaleza del demandan-

te y la naturaleza jurídica de la demandada, a lo complejo de los hechos y pretensiones de los temas sometidos al juzgamiento, porque muchas veces no cumplen con la finalidad de su creación, que es proferir fallos ajustados al derecho, generándose así conflictos por factores de competencia que no subsistieran si existiera una JURISDICCIÓN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL que conociera especialmente de los temas de pensiones, riesgos profesionales y salud.

REFERENCIAS

- Almansa Pastor, J. M. (1984). *Derecho a la seguridad social*. Madrid: Tecnos.
- Álvarez Pereira, C. & Dacosta Herrera, A. F. (2011). La enseñanza de la constitucionalización del derecho del trabajo y de la seguridad social. En M. Silva Romero, *Reaprender la enseñanza del derecho del trabajo y de la seguridad social*. Bogotá, D.C.: Kimpres Ltda.
- Arenas Monsalve, G. (2009). *El derecho colombiano a la seguridad social*. Bogotá: Legis.
- Bustamante Rúa, M. M. (2010). *Derecho procesal contemporáneo*. Medellín: Sello Editorial.
- Carnelutti, F. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Jurídica Europa-América.
- Cortés González, J. C. (2011). *Reforma al sistema de salud*. Bogotá: Legis.

- Delgado Bernal, C. I. (2012). *Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social*. Bogotá: Legis.
- Delgado, J. M. (1994). *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en Ciencias Sociales*. Madrid: Síntesis.
- Durand, P. (1991). La política contemporánea de la seguridad social. En M. D. Social, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad.
- Fernández Sierra, J. A. (2009). *Práctica judicial en el Sistema de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Henríquez Ureña, P. (1979). *Historia de la cultura en la América Hispánica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hernández Sampieri, R. (2007). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.
- Herrera Ramírez, F. J. (2005). *Manual de responsabilidad médica*. Bogotá: Leyer.
- Liévano Aguirre, I. (1895). *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*. Bogotá: Tercer Mundo.
- López Medina, D. E. (2004). Nuevas tendencias en la dirección de proceso. Módulo de formación. Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial.
- Mercado Jaraba, E. E. (2010). *Práctica judicial en el proceso ejecutivo laboral*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Obando Garrido, J. M. (2007). *Derecho laboral*. Bogotá D.C.: Tunvivor.
- Pabón Giraldo, L. (2010). Competencia. En D. Ramírez Carvajal, *Derecho procesal contemporáneo* (pp. 177-208). Medellín: Universidad de Medellín.
- Peña Peña, R. (2007). *Constitución comentada*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Pérez Rivera, P. H. (1997). *Sistemas nacionales de seguridad social*. Medellín.
- Pinilla Campos, E. (2011). Teoría del derecho procesal del trabajo en la Constitución Política. Conceptos esenciales para su comprensión y aplicación. En *Manual de derecho laboral* (pp. 75-130). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Quintero, B. y. (2000). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.
- Ramírez Carvajal, D. (2010). *La polarización entre el derecho sustancial y el derecho procesal*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Rengifo O., J. M. (1989). *La seguridad social en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Restrepo Medina, M. (2011). *La Constitución al alcance de todos* (pp. 117, 118). Bogotá: Nomos Impresores.

- Rodríguez Moreno, R. & Rodríguez Pineda, A. (1985). *Derecho procesal civil. Procesos de ejecución*, Tomo II. Edición IV, V. Bogotá: Temis.
- Ruiz Orjuela, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Silva Romero, M. (2011). Enseñanza del derecho procesal del trabajo. En M. Silva Romero, *Reaprender la enseñanza del derecho al trabajo y la seguridad social* (pp. 304-344). Bogotá: Kimpres Ltda.
- Soto Soto, O. (2010). El proceso jurisdiccional. En D. Ramírez Carvajal, *Derecho procesal contemporáneo* (pp. 241-312). Medellín: Universidad de Medellín.
- Tirado Díaz, N. (2007). *Sistema de Seguridad Social en Salud*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Tono Ramírez, M. T. (1997). Seguridad social en salud. En J. Blanco Restrepo, *Fundamentos de salud pública* (pp. 43-49). Medellín: Corporación para las Investigaciones Biológicas.
- Uprimny Yepes, R. *El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana en la salud pública de hoy*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Vallejo Cabrera, F. (2009). *La oralidad laboral teoría y práctica*. Medellín: Sánchez R.
- Acto Legislativo No. 3 de diciembre 19 de 2002.
- Constitución Política de 1991, Arts. 1, 2, 3, 13, 23, 29, 42, 43, 48, 49, 53, 86, 116, 228, 229.
- Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2008.
- Corte Constitucional, Sentencia T-1451 de 2000.
- Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 1992.
- Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2012.
- Decreto 806 de abril 30 de 1998.
- Decreto 1382 de julio 12 de 2000.
- Decreto 1011 de abril 03 de 2006.
- Decreto Ley 2350 de 1944.
- Decreto Ley 2158 de junio 24 de 1948 "Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social", Arts. 2, 30, 77, 100.
- Demanda en contra de ESE por fallas en el Servicio de Salud, 15563 (Consejo de Estado, 20 de febrero de 2008).

Derecho a la Salud. Carácter prestacional/
Derecho a la Seguridad Social, Sentencia SU-
819/99 (Corte Constitucional, 20 de octubre
de 1999).

Gaceta Judicial LIV (Corte Suprema de Justi-
cia, 31 de agosto de 1942).

Ley 270 de marzo 07 de 1996, Art. 85.

Ley 362 de febrero 18 de 1997.

Ley 712 de diciembre 08 de 2001, Art. 2

Ley 691 de septiembre 18 de 2001.

Ley 715 de diciembre 21 de 2002.

Ley 1122 de enero 09 de 2007.

Ley 1149 de julio 13 de 2007, Art. 11.

Ley 1395 de julio 12 de 2010.

Ley 1438 de enero 19 de 2011.

Ley 1564 de julio 12 de 2012 “Código Gene-
ral del Proceso”, Art. 622.

Sistema De Seguridad Social en Salud. Está
diseñado para asegurar cobertura integral y
mejorar calidad de vida de población/Siste-
ma de Seguridad Social en Salud. Protección
integral, T-518-06 (Corte Constitucional, 7 de
julio de 2006).

Sistema de Seguridad Social en Salud. Pres-
tación por particulares en condiciones de li-
bre competencia, Sentencia C-616/01 (Corte
Constitucional, 13 de junio de 2001).

Sistema General de Seguridad Social en Sa-
lud. Amplio margen de configuración legisla-
tiva, Sentencia C-869/10 (Corte Constitucio-
nal, 2010).

Normas de Publicación de Artículos para la Revista *Vis Iuris*

- 1) La Revista *Vis Iuris* publica artículos en las diferentes áreas del Derecho.
- 2) Para efectos de indexación de la publicación, se reciben las siguientes clases de documento:
 - a. Artículo avance parcial o resultado final de proyecto de investigación.
 - b. Artículo de reflexión.
 - c. Estado del arte o artículo de revisión.
- 3) Los artículos enviados a la revista deben ser inéditos; no pueden exceder de 35 páginas tamaño carta, doble espacio con margen de 3 cm, letra Times New Roman 12 y ceñidos a las normas de la American Psychological Association (APA).
- 4) El envío del artículo se efectuará en formato electrónico (Word) a las direcciones: visiuris.sm@usa.edu.co o edimer.latorre@usa.edu.co

Una vez recibido, se informará al autor sobre la publicación en un plazo máximo de cuatro meses.

La aceptación definitiva dependerá de las modificaciones que los pares evaluadores y los miembros del Comité Editorial y Científico propongan al autor.

El retiro de un artículo se solicitará por escrito y se efectuará luego de la respuesta escrita del Editor.

5) Aspectos formales y estructura del artículo

El documento deberá contener:

- a. Página de título que incluya: título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo en español e inglés; nombre del autor(es) especifi-

cando una breve descripción de los títulos obtenidos y cargo actual y la institución con la cual se llevó a cabo el trabajo.

- b. Se deberá indicar el nombre del proyecto de investigación del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- c. Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (abstract).

Se deben incluir las palabras clave que no superen el número seis y que den una idea de los temas fundamentales que se encuentran en el artículo. Estas palabras deben ir ordenadas de mayor a menor generalidad.

- d. El cuerpo del artículo, deberá contener:
 - Introducción: Visión general del tema tratado y de los resultados obtenidos.
 - Problema de investigación y método:
Planteamiento del problema de investigación y síntesis del enfoque metodológico; clase o tipo de investigación; procesos; técnicas y estrategias utilizadas para la recolección y análisis de la información.
 - Contenido: Presentación de los resultados de investigación.
 - Conclusiones.
 - Referencias.
- e. Los gráficos y tablas, se insertan en el texto con su debida numeración, según orden de presentación y con su correspondiente título.
- f. Los artículos deben contar con abundantes referencias. Los artículos de revisión o Estado del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias–, deberán contener un mínimo de 50 referencias bibliográficas.

6) Referencias Bibliográficas:

- a. Al final del artículo se incluirá un listado ordenado alfabéticamente, siguiendo las normas internacionales de la American Psychological Association (APA).

Nota:

En caso de que el articulista no envíe el artículo en las referidas normas de estilo de la American Psychological Association (APA), el Comité Editorial nombrará un experto para que realice la correspondiente adaptación.

- b. Citas de referencia en el texto.
 - c. En el listado final, se debe tener cuidado de observar las formalidades del sistema APA. Consultar <http://www.apastyle.org>
- 7) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- 8) La aceptación de un artículo queda supeditada a la revisión teórica, metodológica y formal que un par evaluador externo realizará del artículo.
- 9) El Comité Editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación.
- 10) Una vez publicado, los derechos de impresión y reproducción son del Editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.

Editor: Edimer Leonardo Latorre Iglesias
visiuris.sm@usa.edu.co
edimer.latorre@usa.edu.co

