

# BERBIQUÍ

REVISTA DEL COLEGIO DE JUECES Y FISCALES DE ANTIOQUIA

## DIRECTOR

Juan Carlos Higueta Cadavid

## COMITÉ DE REDACCIÓN

Dra. Sonia López Hurtado

Dr. Hernando Antonio Bustamante T.

Dr. John Fredy Cardona Acevedo

Dr. Omar de Jesús David Tapias

Dr. Orlando Antonio Gallo Isaza

Dr. Leonardo Gómez Rendón

Dr. Gustavo Adolfo Villazón Hiturriago

## PORTADA Y CONTRAPORTADA

Picasso. La comida frugal. Grabado.

Paris 1904. Museo Picasso de

Barcelona.

Sobre la crisis y la “crisología”

en Edgar Morin (con dibujos del joven

Picasso)

## CORRESPONDENCIA Y CANJE

Carrera 55 No. 40 A-20 Oficina 310

Edificio Torre Nuevo

Centro la Alpujarra

Tels.: 2616056 - 2324398

Fax: 2611767 Cel. 320 490 9410

correo electrónico: jueces@une.net.co

Facebook – whatsapp - Twitter:

@juecesyfiscales

www.juecesyfiscales

Medellín–Antioquia.

## DISEÑO E IMPRESIÓN

Jhoana Ordóñez Diseñadora

Grafoprint 512 82 49

Calle 53 N° 53-77 Medellín-Colombia

grafo@une.net.co



### CONTENIDO

#### EDITORIAL

Director \_\_\_\_\_ 5

#### LA JUSTICIA DEL CASO Y EL ENFOQUE DE GÉNERO: A PROPÓSITO DEL FEMINICIDIO

Por Miguel Humberto Jaime Contreras \_\_\_\_\_ 7

#### AURELIO ARTURO: PALABRA PRIMIGENIA

Por Orlando Gallo \_\_\_\_\_ 39

#### EL PROCESO PENAL COLOMBIANO: NO ACUSATORIO

Por Jonh Jaime Posada O. \_\_\_\_\_ 43

#### UNAS PALABRAS SOBRE NUESTRO INELUDIBLE PIVOTAR ENTRE EL AMOR Y LA MUERTE

Por Carlos Mario González \_\_\_\_\_ 57



El siglo XX en Colombia estuvo marcado por unas agotadoras guerras internas, manejadas por gobiernos autoritarios con posturas cívicobélicas que no permitieron que las principales fuerzas decisorias del país lo sacaran adelante; de esa forma, las fuerzas armadas nacionales difícilmente se integraron con el pueblo y terminaron como protectores de los grandes entes económicos, por su parte el legislativo nacional se dedicó a expedir leyes en su mayoría penales para intentar ayudar por esta vía a solucionar los problemas sociales al gobierno nacional, se huyó al derecho penal como forma de resolver la problemática social del país; y los jueces especialmente los penales, terminaron siendo obligados a asumir la investigación y juzgamiento de comportamientos delictivos que superan la propia capacidad de sus funciones, al punto que se crearon múltiples sistemas penales de carácter especial o excepcional, preservando de alguna forma el estado de sitio que tantas tragedias le trajo al país.

El siglo XXI se inicia con la idea de sostener un estado en paz, sin guerra y para lo cual se pretende que los dos grupos guerrilleros existentes, FARC y ELN, entreguen las armas y hagan parte de la vida civil y política del país; de esta forma se espera una verdadera transformación en todos los escenarios civiles y políticos del país, cambios a nivel agrícola, industrial, educativo, económico y jurídico, con miras a desarrollar múltiples proyectos y aspiraciones de quienes no han ostentado el poder a pesar que tienen la misma capacidad cultural, académica y de gestión que quienes lo han ostentado.

La anterior es la forma en que el Estado y la sociedad Colombiana, asumen los retos del siglo XXI, con lenguajes nuevos: sistema judicial oral en penal, civil, administrativo; acciones de tutela, populares y de grupo; desplazamiento de asuntos jurídicos a las notarías y otros entes públicos, como ingreso de nuevos paradigmas en la solución de los conflictos de la sociedad, que por supuesto cambiaron la comunicación y con ello las formas de interrelación, ello es lo que ha generado el surgimiento de nuevas

fuerzas sociales y políticas, muy diferentes a las tradicionales del frente nacional, liberales y conservadoras que mantuvieron la hegemonía del poder con repartición del presupuesto nacional y sin permitir propuestas y variables diferentes a las de ellos mismos; lo que no hay duda genero el estancamiento del desarrollo de nuestro país.

El Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia asume este reto de cambios en las estructuras sociales, políticas y jurídicas del país, con miras a hacer parte de los mismos desde la academia, la cultura y la participación activa en las decisiones que nos afectan; muestra de ello son los nuevos lenguajes y los nuevos discursos que han logrado superar la tradición conservadora de no permitir la existencia de las minorías más que desde la sumisión; se reivindicaron los derechos de las niñas, niños y adolescentes; se reivindicaron los derechos de las mujeres como sujetos autónomos e independientes del desarrollo del Estado y no como simples compañeras o coequiperas de sus esposos, compañeros permanentes, o jefes; se reivindicó la calidad de los LGTBI como sujetos activos de la sociedad y quienes pueden actuar igual que lo hacen los géneros masculino y femenino.

Los cambios son inevitables, así lo percibe y siente la dirección del Colegio, con novedosas visiones y perspectivas de la actividad de Jueces y Fiscales, para lo cual se proponen nuevas formas de organización que ayuden a desarrollar estos retos.

# LA JUSTICIA DEL CASO Y EL ENFOQUE DE GÉNERO: A PROPÓSITO DEL FEMINICIDIO

Por: Miguel Humberto Jaime Contreras

“ Nada es verdad ni es mentira, todo es según el color del cristal con que se mira” dice Ramón de Campoamor en un poema. La última parte de este verso es emblemática para ilustrar la postura filosófica que asume el perspectivismo frente al conocimiento de la realidad, a la que aluden entre otros Friedrich Nietzsche y José Ortega y Gasset. Por lo demás, son innumerables los pensadores que sostienen que la aprehensión de los objetos del conocimiento está relativizada por la precomprensión, la interpretación, los condicionantes de la percepción, la intuición, la racionalidad y la cultura que atraviesa al sujeto que lo hace, con mayor razón en asuntos sociales en los que no se examinan sustancias inertes, objetos inanimados, sino actos y relaciones humanas.

Por eso, es de precisar que desde el campo del conocimiento, el aforismo utilizado antiguamente para describir la adjudicación del derecho: “Dadme los hechos y os daré el derecho” presupone una visión simple de la determinación de la cuestión fáctica con la que se aplica la norma jurídica. “Dar los hechos” es esencialmente probar, pero en ocasiones esta labor ofrece complejidad en tanto no solo es menester superar los obstáculos que demande la incorporación de las pruebas, en las que se soporta el conocimiento de los sucesos, sino también sortear la adicional dificultad de que realmente en el mundo jurídico, como en el social, no hay hechos en sí sino hechos dotados de sentido o significación.

Por supuesto que cualquier perspectivismo que se estime admisible en la reconstrucción de los hechos y la dotación de su sentido, implica por fuerza de la coherencia, admitir que puede ser diversa la aprehensión de los sucesos así como la significación que se les dé. Pero de la pluralidad de perspectivas para reconstruir lo sucedido no se sigue que todas estas puedan estimarse válidas. Desde luego, si acogemos las exigencias de racionalidad, veracidad y de justicia del conocimiento jurídico y social no

cabe pensar que la dotación del sentido de lo fáctico pueda ser válidamente tratado como un acto inopinado, caprichoso o arbitrario. Cuando menos, puede esperarse que el sentido atribuido se encuentre dentro del mundo posible en el contexto del que se trate, no tenga contradicciones internas en su reconstrucción y ofrezca razones para su aceptación o validación, lo que demanda la contrastación con otros sentidos posibles, por emplear exigencias análogas a las que Karl R. Popper<sup>1</sup> hace cuando trata a la experiencia como método. Sin embargo, debe precisarse que las razones de validación del enfoque escogido en esta labor no siempre se ubican en el plano ontológico, esto es, en cuanto con ellas se ofrecería una mejor descripción de los sucesos sino también toparía con la valoración, con el plano deóntico. Así ocurre cuando atraviesa esta labor la presunción de inocencia, como lo saben muy bien los jueces penales que al tener dudas fundadas de los sucesos criminales, los estiman inexistentes; o también cuando, en diversos sentidos, se pretende instaurar la regencia de la especial consideración con la víctima.

Desde luego que la relatividad a la que se alude se convierte en algo más complejo si aceptamos que se produce un círculo hermenéutico en la adjudicación del derecho, especialmente en el problema de la calificación jurídica de los sucesos sometidos a juzgamiento. No sin razón se ha sostenido que se presenta cierta circularidad entre la determinación de los hechos y el derecho por cuanto la precomprensión jurídica del suceso puede incidir en la determinación de los contornos fácticos que se juzgan y viceversa: las precomprensiones sobre la caracterización del suceso repercute en la escogencia de la norma que lo regula, así como en el significado y alcance de lo jurídico. Dicho de otro modo, la mirada normativa con la que se aborda la reconstrucción de un suceso fáctico puede impregnar el sentido que a este se le encuentra y, a su vez, también puede suceder lo inverso.

Lo brevemente expuesto con simpleza para acercar al lector al tema del que trata este escrito, abre más discusiones de las que puedo ocuparme; de ellas, escogemos para centrar nuestra atención la disputa de la fijación del sentido de los hechos jurídicamente relevantes en el juzgamiento de casos penales en los que está llamado a incidir el denominado enfoque de

---

<sup>1</sup> La Lógica de la Investigación Científica, Editorial Tecnos S. A. Madrid, 1982, Pág. 38 y 39

género. En algún modo o grado, esta visión crítica que pretende develar las relaciones de dominio y discriminación que tradicionalmente padecen las mujeres y específicamente descalifica los estereotipos de rasgos patriarcales en la adjudicación del derecho, puede verse en contraposición con las garantías penales de los acusados, con mayor énfasis cuando genera tensiones con otras perspectivas que se inspiren en la justicia del caso, tanto en la reconstrucción de los hechos objeto de juzgamiento como en la determinación del alcance de las normas jurídicas que lo regulan.

Con la perspectiva de género se pretende hacer visible lo que la oprobiosa tradición que pesa contra las mujeres no permite ver; se trata de realizar un propósito plausible históricamente, el cual se encuentra plenamente justificado como instrumento para evidenciar la concreción de actos de discriminación y dominación a los que por largo tiempo se han visto sometidas las mujeres. Naturalmente que reconozco la legitimidad de una causa así y el carácter jurídico vinculante que tiene el enfoque señalado como uno de los instrumentos para procurar el igual trato y reconocimiento de los seres humanos; no obstante, la tesis que pretendo formular consiste en que la implementación a rajatabla de la perspectiva de género en el campo de la represión penal, desconsiderando principios, garantías y otros aspectos que se involucren en el asunto concreto materia de juzgamiento, genera riesgo de incurrir en injusticia, así sea con el propósito loable de corregir una injusticia histórica y cultural.

De esta tesis se sigue que la validez del enfoque diferencial de género no es suficiente argumento para desconocer la confluencia de otros principios y garantías cuya preservación puede morigerar los resultados del enfoque antes dicho, según lo demande la justicia del caso, para lo cual se torna necesario considerar y ponderar todos los aspectos que se ponen en juego para su resolución.

Para contextualizar lo postulado partiré de registrar cómo una corriente crítica frente al poder como había sido el feminismo se ve precisada a hacer uso del mismo para darle al derecho un uso alternativo, incluida la represión de los delitos en los que se involucran roles de género, lo cual no deja de

presentar un cambio de paradigma en la criminología que imperaba hasta finales del siglo pasado.

Por supuesto que es menester especificar qué puede entenderse por *enfoque de género* y solo en parte reseñaré el apoyo normativo que ha tenido la tarea de erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres; de contera esto me obligará a referirme a las dificultades que se presentan cuando mediante el derecho penal se intenta cambiar costumbres y visiones culturales arraigadas.

Posteriormente, haré sucintas referencias a las objeciones que pueden hacerse al enfoque de género desde diversos campos, ciertamente que con distinta suerte. Así, es posible reparar que este enfoque puede ser enfrentado a otros válidamente, sin que desde abstracciones cognitivas puedan percibirse mayores razones para darle prevalencia al primero. Desde lo ético, de acogerse el postulado que combatir una injusticia no autoriza a realizar otra injusticia, pueden surgir cuestionamientos más que al enfoque propiamente dicho, a su implementación como un valor absoluto. A partir de la teoría de la adjudicación del derecho cabe objetar que la necesaria imparcialidad del juez conduce a que en la resolución del asunto no deje de considerar y ponderar los diferentes intereses, factores y aspectos que concurren en la situación juzgada, sin atenerse exclusivamente a un solo enfoque sobre la cuestión. Y por último, con base en la reducida intervención del derecho penal y de última ratio que la caracteriza, será posible disputar la pretensión de cambiar una cultura a fuerza de la espada de la ley penal, con eficacia dudosa y seguros costos en la justicia del caso.

Para finalizar, voy a hacer algunos apuntes sobre la regulación que se hizo en Colombia del feminicidio y procurar arribar a algunas conclusiones generales del tema, que si bien no disuelven las tensiones entre el enfoque de género y la justicia del caso, si están dirigidas a percibir las e imponer la medida y ponderación en su tratamiento en lo que concierne a la represión de las conductas delictivas.

## 1. Una mirada desde la criminología

Una somera revisión de la historia de la criminología permite contrastar cómo desde la década de los sesenta del siglo pasado, bajo la influencia de corrientes críticas de esta disciplina, que habían asumido la perspectiva de etiquetamiento (*labelling approach*) o visiones materialistas y marxistas, se abogaba en contra del derecho penal y sus sanciones. No obstante, para finales de siglo se encuentra que más que insistir en el carácter agresivo del derecho penal, se le dio relevancia a su uso alternativo en favor de los movimientos progresistas, con lo cual se da lugar a un paradigma de nueva criminalización, realizándose cuando menos, la función simbólica del derecho penal con lo que se contribuye a legitimar su utilización.

La primera postura crítica mencionada que se oponía a legitimar el derecho penal, partía de acentuar su carácter instrumental en contra de los estratos socioeconómicos inferiores de la sociedad, con castigos desproporcionados, con sanción de los llamados “delitos sin víctimas” con los que se perseguía a los sectores sociales en los que se presentaban conductas propias del consumo de drogas, la homosexualidad o el activismo político contestatario. Esta represión era propiciada por sectores con intereses económicos o morales. Elena Larrauri, a quien sigo en este punto, diría al respecto:

“Finalmente se sugería en la ya famosa expresión de Becker (1963), que el castigo de determinadas actividades era obra de “empresarios morales” (*moral entrepreneurs*), esto es, de grupos de presión que consiguen imponer su peculiar visión del mundo y sus peculiares valores, castigando todo lo que esté en contraposición con ellos. Junto a estos “empresarios morales”, que podían ser desde asociaciones destinadas a vigilar la moralidad hasta grupos con intereses comerciales, se acostumbraba a destacar a los policías y a los asistentes sociales como los más activos etiquetadores. Unos representaban la intromisión del sistema penal y los otros la intervención del sistema de asistencia social. Todos los que intervenían, entrometiéndose de una u otra manera, etiquetaban.”<sup>2</sup>

---

2 La herencia de la criminología crítica. Siglo XXI, México, 2006. Pag. 32. La obra aquí citada corresponde a Becker, H (1963), *Outsiders*, Nueva York, Free Press.

Frente a esto, la corriente crítica de la teoría de la desviación asumía una visión indulgente con el desviado, llamando a apreciar sus razones de modo que se pudiera percibir que había racionalidad en sus actos, que se enfrentaba a la sociedad y que de alguna manera constituía una reacción política frente a la misma. Así mismo, se hacía notar que en las costumbres o acciones de la sociedad tradicional también había anormalidades, por lo cual todos podíamos considerarnos desviados y se enfatizaba en que el control social y penal creaba desviación.

Empero, la Criminología Crítica no hizo mayores estudios del papel del derecho penal, le fue suficiente caracterizarlo, conforme con la visión marxista predominante, como “un instrumento de clase” que amparaba los intereses de los sectores sociales que económica y socialmente prevalecen en la sociedad. Por supuesto que esta caracterización podía conducir a la oposición radical a todo uso del derecho penal, pero también podía llevar a concebir o reclamar una aplicación diferente. Bajo esta última línea de acción se podría continuar propugnando por descriminalizar los delitos sin víctimas; pero a la vez se aspiraba a criminalizar la actividad ilegal de los poderosos y proteger derechos difusos de las minorías; en general, adquiriría presentación reprimir penalmente la vulneración de los derechos humanos y limitar el poder de los sectores sociales privilegiados.

La percepción del carácter ambivalente del derecho: represor para garantizar la reproducción de formas sociales y económicas de dominación y a la vez liberador, al garantizar la libertad y la satisfacción de los derechos humanos, propició que sectores progresistas, hasta entonces inefectivos políticamente para orientar el control social, como los grupos de mujeres, ecologistas, antirracistas y trabajadores reclamaran la represión penal de las actuaciones que los lesionaban. A sus promotores se les podría denominar: *empresarios morales atípicos*<sup>3</sup>.

Así se introducía un nuevo paradigma de criminalización cuya implementación no estaría exenta de tensiones, empezando por la paradoja que entraña que quienes tradicionalmente se oponían al Estado y a la criminalización procuraran su apoyo para extender y acentuar la existencia

---

<sup>3</sup> Larrauri, Elena. Ob. Citada. Pág 218. Citando a Scheerer.

de castigos penales, así sea de reconocer que se concebía más que todo en procura de réditos simbólicos.

Por esto último, cuando se le reprochaba al feminismo que acudiera a la función simbólica del derecho penal, la réplica que se obtenía era que la ausencia de prohibición penal también tenía un efecto simbólico. Además, el feminismo objetaba que la desprotección penal dejaba librada a la mujer al arbitrio del más fuerte, incluso en los espacios domésticos, (ordinariamente por la violencia del consorte) que como parte del hogar se reputaba un ámbito privado. Estas aspiraciones represivas debieron enfrentar que bajo el manto de lo privado, el Estado rehusara intervenir en una relación atravesada por el poder desigual con la justificación de que solo le concierne regular lo público.<sup>4</sup> Y aunque para finales de siglo pareciera importar más perseguir el efecto simbólico mencionado, actualmente, por lo menos en nuestro medio, se percibe que la pretensión punitiva constituye una persecución real. En estas circunstancias se torna pertinente preguntar qué tan justa puede resultar acentuar esa represión de cara a las concepciones que propugnan por un derecho penal garantista, mínimo y limitador de la violencia propia del castigo penal.

## 2. Una aproximación al enfoque de género.

Ahora bien, miremos en qué consiste el denominado enfoque de género, cuyo empleo antes de tener fuerza jurídica vinculante, debió tener réditos cognitivos siempre labrados por el feminismo. Veamos como Jurgen Habermas se refiere a este aspecto:

“La clasificación de roles sexuales y de las diferencias dependientes del sexo afecta a los estratos elementales de la autocomprensión cultural de una sociedad. Hoy en día, sólo el feminismo radical ha logrado que se tome conciencia del carácter falible, revisable y fundamentalmente cuestionable de esa autocomprensión. Insiste con razón en que deben clarificarse las perspectivas bajo las cuales resultan relevantes las diferencias existente entre las experiencias y las situaciones de vida de (determinados

---

<sup>4</sup> Idem. Pág. 219 - 220

grupos de) mujeres y varones para un disfrute en igualdad de oportunidades de las libertades subjetivas de acción, y que esto debe hacerse *en la esfera pública de la política*, esto es, en la polémica pública sobre la interpretación adecuada de las necesidades y criterios. Así en esta lucha por la equiparación de la mujer se muestra de manera especialmente clara la necesidad de cambiar la comprensión paradigmática del derecho.”<sup>5</sup>

Desde 1979 se suscribió la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por Colombia mediante la ley 51 de 1981. De sus disposiciones voy a destacar que en su artículo 2 literal g) los Estados partes se obligaban a derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyeran discriminación contra la mujer; igualmente, a prohibir bajo sanciones la discriminación (literal b). En su artículo 5 se lee que: “los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

Aunque en 1992 y 1993 se presentaron declaraciones de organismos internacionales en similar sentido, es de importancia destacar que en el informe de la cuarta conferencia mundial sobre la mujer, realizada en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995, se consigna en su numeral 38:

“38. Por la presente nos comprometemos en calidad de Gobiernos a aplicar la siguiente Plataforma de Acción y a garantizar que todas nuestras políticas y programas reflejen una perspectiva de género. Instamos al sistema de la Naciones Unidas, a las instituciones financieras regionales e internacionales y a las demás instituciones regionales e internacionales pertinentes, a todas las mujeres y todos los hombres, así como a las organizaciones no gubernamentales, con pleno respeto de su autonomía, y a todos los sectores de la sociedad civil a que, en

---

<sup>5</sup> ¿qué significa “Política Deliberativa”? en la Inclusión del Otro.

cooperación con los gobiernos, se comprometan plenamente y contribuyan a la aplicación de esta Plataforma de Acción.”

De esta manera el feminismo empezaba a posicionar a nivel mundial el concepto de perspectiva de género, que alude al marco o enfoque teórico requerido para captar la existencia de discriminación de las mujeres en los actos e instituciones sociales publicas y privadas. Es de puntualizar que en el texto citado la perspectiva de género está referida a la adopción de políticas y programas.

Desde luego que el sistema americano de protección de derechos humanos no iba a estar ajeno a la lucha contra la discriminación de la mujer. Así se produce la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (o Convención de Belém Do Pará) en cuyo preámbulo se reconoce el respeto irrestricto de los derechos humanos consagrados en su Declaración universal, en la que se especifica que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En el artículo 8 de esta convención adoptada por Colombia mediante la ley 248 de 1995, en su literal b) se habla también de la obligación de modificar los patrones socioculturales, y para lo que sigue conviene considerar que el literal g) del artículo 7 impone la obligación a los Estados Partes de “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de comprensión justos y eficaces”

Es precisamente en procura de obtener esa eficacia en la protección de los derechos de las mujeres y evitar la impunidad que se introduce la perspectiva de género como instrumento teórico para emplearlo no solo en la fijación de programas y planes de acción, como estaba consignado desde el inicio de la década de los ochenta del siglo pasado, sino también en la adjudicación concreta del derecho.

Sobre este aspecto dirá Isabel Agatón en su libro Justicia de Género<sup>6</sup>:

“La superación de los obstáculos que enfrentan los (sic) mujeres para acceder a la justicia parte de garantizar la inclusión de la

---

<sup>6</sup> Ed. Temis. Bogotá. 2013. Pág. 177

perspectiva de género en el acceso a la justicia. El acceso a la Justicia para las mujeres exige, entre otras, que los asuntos que se debaten en los estrados judiciales, en su condición de víctimas o infractoras de la ley, sean abordados con una perspectiva capaz de reconocer las históricas circunstancias de discriminación y subordinación y “contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados [...] que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer”(art 8. Literal b) de la Convención de Belém do Pará)

Por supuesto que esta aspiración a dotar de efectividad el acceso a la justicia en términos más allá de lo formal es comprensible, así nuestra crítica se centre en reivindicar el respeto de ciertos límites, la debida ponderación de otros aspectos y la mesura en el empleo de los instrumentos represivos para no convertir en chivos expiatorios a cierto sector de acusados.

Si bien desde la antigüedad hay referencias a la igualdad, no se concibe como un derecho para todos sino de los que participaran de cierto estatus y si bien con la ilustración se proclama la igualdad y posteriormente, en diferentes declaraciones de derechos universales se erige el igual reconocimiento y derechos de los seres humanos como principio básico de la organización social, el hecho incontrovertible es que durante largo tiempo parecieron meras garantías de papel, sin que aún pueda decirse que en todos los ámbitos y aspectos se ha erradicado la discriminación contra la mujer, ni la violencia que con base en ella se consuma.

En realidad, la concreción material del igual reconocimiento y trato a las mujeres ha sido lenta y ha requerido de la actividad de los movimientos sociales femeninos, que han venido obteniendo a pulso reivindicaciones en ese sentido en el último siglo. Aún rige, así sea con poca fuerza y menos visibilidad, la premisa de que la mujer es inferior, menos capaz o debe subordinarse al hombre, sobre todo en los campos laboral y familiar, lo que facilita que sea objeto de discriminaciones. No se trata de que proliferen o prevalezcan, cuando menos en nuestra sociedad, discursos expresos sobre la superioridad masculina, sino que subsisten los rasgos

de una cultura enraizada que propicia prácticas discriminatorias. En estas circunstancias no es extraño sospechar que esa escasa visibilidad de la discriminación se deba a eficaces acomodos de la cultura patriarcal que se resiste a desaparecer y cuya pervivencia, conjuntamente con otros factores, sustenta el predominio del hombre sobre la mujer.<sup>7</sup>

En suma, varias premisas soportan el marco teórico que propugna por un enfoque de género que, debidamente deslindadas, pueden resumirse empezando por la más básica, de orden normativo, así: i) constituye un derecho humano de todas las personas ser tratadas con la misma consideración, reconocimiento y respeto; ii) Que no obstante este deber persisten las relaciones sociales asimétricas en desfavor de la mujer, de discriminación y aún de sujeción violenta que es menester develar y transformar; iii) Que este tipo de prácticas discriminatorias suelen hacerse invisibles por efectos de una cultura patriarcal que las explica o justifica con base en referentes distintos del género; iv) Que no es dable confundir el concepto de sexo, que es de orden biológico, con el concepto de género, que es de naturaleza cultural, social e histórica, relacionado con la definición de roles, identidad y valores que se socializan y a su vez se interiorizan; v) Que la caracterización de las relaciones entre hombres y mujeres no es ajena a una relación de poder generalmente inclinada a favor del hombre, no solo frente a la obtención de bienes, servicios y utilidades o la satisfacción de intereses, sino también en la perpetuación de un orden que prolonga la sujeción con la reafirmación de estereotipos de dominación, entre otros mecanismos; vi) Que asumiendo una perspectiva crítica y realista basada en el género es posible descubrir en las prácticas sociales e instituciones, la pervivencia de la sujeción y discriminación en relaciones aparentemente neutras en estos aspectos, contrarrestando los efectos atávicos de una cultura patriarcal que se resiste a desaparecer.

Si así son las cosas, cabe acotar que la asunción de esta perspectiva no pretende ser contemplativa ni desprevenida para conocer la realidad sino que se realiza bajo la precomprensión del dominio ancestral del hombre

---

<sup>7</sup> Esta característica le permitirá a Amoros C. calificar los pactos patriarcales como metaestables: “susceptibles de transformar continuamente sus formas de dominación, tan distintas las de hace dos siglos de las de ahora, tan distintas en las diferentes culturas, pero siempre tan eficaces” Briceno Olivera, Ximena en *El movimiento feminista hoy? Pasado presente y futuro*. [www.monografias.com](http://www.monografias.com) › Estudio Social

sobre la mujer y su pervivencia en sutiles o abiertas formas, con la cual se hace la lectura de la realidad social o particular de la que se trate, con el decidido propósito no solo de diagnosticar una situación de discriminación sino también de superarla. Encierra en si misma una pretensión política, que si bien es legítima, entra en tensión con algunos imperativos jurídicos:

“Con el ejemplo de las políticas feministas de equiparación hemos puesto de manifiesto algo que vale de manera universal: que la configuración democrática del sistema de derechos no sólo debe incorporar en sí fines colectivos políticos generales, sino también metas colectivas que puedan articularse en luchas por el reconocimiento... Por supuesto, la consideración de fines colectivos no puede disolver la *estructura* del derecho, ni puede destruir la *forma* jurídica como tal y superar con ello la diferencia entre derecho y política.”<sup>8</sup>

Sobre esto volveré un poco más adelante cuando aborde algunas críticas al enfoque del que hablamos especialmente cuando pretende ser radical y absoluto en la adjudicación del derecho. Por ahora, queda sentado que normativamente ha sido acogido como un postulado que debe ser aplicado en la formulación de políticas y acciones tendientes a modificar los patrones socioculturales que se basen en el supuesto de inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros y especialmente en los “papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer” [Art. 8º Literal b) Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer]

Si bien con una mirada histórica este mismo postulado puede colegirse de nuestra Carta Política, cuando en el artículo 13 establece el derecho a la igualdad no solo en términos formales, sino reales y materiales lo que conlleva el correlativo deber del Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” y de adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados” lo que justifica que se asuman medidas afirmativas a favor de las mujeres; lo cierto es que diversos instrumentos internacionales, algunos de los cuales ingresan con la fuerza normativa del bloque de constitucionalidad, y la jurisprudencia han establecido su carácter

---

<sup>8</sup> Habermas, Jürgen. Op. Cit. Pág. 205

vinculante, lo cual ha sido acogido sin reservas y de modo expansivo por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en lo que concierne a la aplicación del derecho, campo en el que las tensiones que se generan por la vigencia del núcleo fuerte de garantías de los procesados demanda ahondar en precisiones para hacer compatible la justicia del caso con el enfoque de género.

Así, en la sentencia del 4 de marzo de 2015 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 41.457, M. P. Dra. Patricia Salazar Cuellar, ante la interpretación restrictiva que hizo una Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín del agravante del homicidio establecido en el numeral 11 del artículo 104 del código penal colombiano: “si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer” se obviaron las tensiones que genera la escueta expresión señalada con el principio de legalidad, cuyo entendimiento riguroso demanda una plena determinación y cabal explicitación de la conducta prohibida penalmente. Pero también que el sentido de la circunstancia de agravación lo determinara las dilucidaciones que se hacen con la comprensión feminista del asunto, cuestiona el carácter conminativo social que tiene el derecho penal, en virtud del cual es esencial que el destinatario de la norma tenga la oportunidad de conocer previamente a la comisión del delito la clara existencia de la prohibición, el cual precisamente es ajeno al enfoque de género y ve la realidad a través de la cultura patriarcal de la que participa, y en la que fue formado incluso con la participación de las mujeres de la familia. La Sala Penal de la Corte Suprema de justicia le asignó el sentido a la agravación mencionada con base en la transcripción de 11 literales de la exposición de motivos de la ley 1257 de 2008 que la estableció. Pero ocurre, que el conocimiento de estos motivos no son accesibles para la mayoría de nuestra población. Con todo, la Sala de Casación penal dejó claro que no todo homicidio de una mujer configura la agravación ni el feminicidio y demandó que la comisión del hecho esté asociada a la discriminación y dominación de la que es objeto la mujer, aspecto este último, que por fuera de la literalidad señalada, constituye un “elemento adicional que debe concurrir en la conducta para la configuración del agravante punitiva del feminicidio”, lo cual “obviamente debe probarse en el proceso penal”.

Estas últimas acotaciones deben tenerse muy en cuenta por los fiscales debido a la veda que tienen los jueces en el actual sistema penal acusatorio de configurar la acusación, así como la ausencia de responsabilidad que les cabe en la demostración de las conductas, en tanto la imparcialidad que debe caracterizar al funcionario judicial de conocimiento le impone una actuación restringida ante la pretensión punitiva y la estrategia de defensa, para decidir como un tercero neutral la contienda entre las partes.

Por consiguiente, para cumplir con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano contra la impunidad por las conductas violentas desplegadas en contra de las mujeres, les compete a los fiscales estructurar una adecuada acusación, cumpliendo con la carga de la alegación en la que se incluya la delimitación fáctica de la conducta con la atribución expresa del “elemento adicional” que permita asociar la conducta al sojuzgamiento de que es objeto la mujer. En general eso no se hace cuando se atribuye escuetamente el hecho sin aludir al ciclo de violencias o de posición de dominio que haya tenido con anterioridad el autor del punible. Cumplida la carga de alegación —que no es asunto que pueda reputarse como de exceso ritual manifiesto pues tiene un sentido fundamental en la contradicción que debe caracterizar el juicio penal— le compete además a la Fiscalía la carga de probar dichas circunstancias más allá de duda razonable.

### 3. Algunas acotaciones sobre el cambio cultural por fuerza de lo jurídico.

En lo que atañe a las transformaciones socioculturales mediante el derecho, nótese que la perspectiva de género debe irradiar toda la política de las diversas áreas jurídicas en las que ha existido un déficit de protección a la mujeres que se ven desfavorecidas en diversos ámbitos, como ocurre en el derecho de familia, de trabajo, los asuntos civiles y administrativos, campos en los que no ofrece mayor dificultad darle total expansión al enfoque diferencial de género con miras a reforzar los derechos de las mujeres y reivindicar en términos materiales el mismo reconocimiento y trato que merecen.

Pero los riesgos de injusticia se acentúan particularmente en el campo penal cuando la perspectiva de género no solo tiene aplicación al momento de definir los programas de acción o las políticas, que incluye la elaboración de las leyes, sino también en su concreción o realización, esto

es, en la adjudicación del derecho; con mayor razón cuando la represión penal parece trascender el mero campo simbólico. No hay duda que se está utilizando la regulación de consecuencias más gravosas para intentar modificar patrones socioculturales que se han anidado desde vieja data en el seno de la sociedad, circunstancia que nos lleva por lo menos a cuestionarnos sobre la legitimidad y la efectividad de utilizar el derecho penal para introducir cambios en acostumbradas conductas sociales.

Naturalmente que la respuesta depende, entre otros factores, de cómo se conciba el derecho, sus fuentes y su relación con la tradición. Por ejemplo, en la concepción de la Escuela Histórica que impulsaba Federico Carlos de Savigny sería inconcebible que el legislador actuara por fuera de las costumbres y las creencias populares que lo condicionarían tácitamente.<sup>9</sup> Esta postura implica que el derecho sigue a la tradición y se ubica en un extremo de las cuatro posibles respuestas que amerita el punto. Sigue la postura del liberalismo clásico, según la cual el Estado solo debe garantizar las libertades, el bienestar personal y la seguridad de los ciudadanos, sin imponer ningún fin colectivo, que es asunto de cada quien. Un matiz menos acentuado de otro tipo de liberalismo permitiría la inclusión de metas colectivas pero subordinadas a la prioridad de los derechos y por último, las posturas más autoritarias, en las que primarían las metas colectivas materiales y culturales, las que no han sido ajenas a la visión marxista de la sociedad y al fundamentalismo religioso, este último en cuanto a la imposición de creencias.

Una característica del derecho contemporáneo es su carácter predominantemente positivo, que como tal es cambiante y de pronta instauración por la vía de la legislación, facilidad que permite que primen concepciones que no solo ven al derecho como un instrumento de control social, sino que también entienden que este control se pueda dirigir a la transformación o conservación de las relaciones sociales. Desde luego que esto no significa que los cambios de costumbres arraigadas sean fácilmente alcanzables. Al respecto Roger Cotterrell<sup>10</sup> nos recuerda el fracaso de la prohibición de la elaboración, transporte y comercialización de bebidas alcohólicas, que califica de grotesco y costoso, en los años veinte y principios

---

<sup>9</sup> Ver De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho.

<sup>10</sup> Introducción a la sociología del derecho. Ariel. Barcelona. 1991. Pág. 61.

del treinta en los Estados Unidos en los que la introducción de la enmienda dieciocho a su Constitución, la adopción de severas medidas que incluían multas de \$ 10.000 US. prisión de 5 años, la pérdida de los vehículos usados para su transporte y clausura de establecimientos, no fueron efectivas.

Si así son las cosas, no puede ignorarse la posibilidad de establecer estrategias gubernamentales para promover los cambios sociales, incluyendo modificaciones legislativas que los alienten, pero la efectividad de la ley en estos menesteres parece ser mayor si en vez de pretender incidir directamente se acude a una promoción indirecta de la transformación social, por ejemplo estructurando instituciones sociales, especialmente las educativas que la hagan posible o la auspicien.<sup>11</sup> También puede impulsarse el cambio con instrumentos que desincentivan una actividad contraria a la que se promueve o promoverla con políticas fiscales o económicas. Una intervención más directa, que es la que suele ocurrir con el derecho antidiscriminatorio, es la imposición de deberes jurídicos específicos a los asociados, lo que de ordinario choca con la cultura en la que se soporta la discriminación. Respecto al particular caso del femicidio y en general la violencia en contra de la mujer, conductas que suelen realizarse en circunstancias pasionales, el enfrentamiento es todavía mayor por cuanto las reacciones emocionales soportadas en la cultura de base que alienta la dominación, resultan más difíciles de controlar y son ciegas a las preconcepciones o prejuicios que atraviesan al partícipe, quien de ordinario estima solo reacciona frente a unos hechos.

Para concluir este punto no sobra mencionar algunos presupuestos que se han señalado para que una acción legal que promueve el cambio social sea efectiva. Así, William M. Evan<sup>12</sup>, alude a siete condiciones para ello: i) el nuevo derecho debe gozar de legitimidad, inspirada en la autoridad y el prestigio; ii) la racionalidad de la regulación jurídica debe ser compatible con los principios culturales establecidos; iii) la regulación debe ser pragmática más que utópica; iv) es menester tener en cuenta el factor temporal porque unos cambios demandan más tiempo que otros; v) los encargados de la ejecución deben comprometerse con el fin perseguido con la nueva regulación; vi) deben utilizarse medidas positivas así como

11 Ídem. Pág. 62

12 Law as an Instrumental of Social Change in A. W. Goudner and S. M. Miller (eds) Applied Sociology. Citado por Cotterrel Roger. Ob. Cit. Pág. 64.

las negativas y vii) los afectados con el incumplimiento de los preceptos que promueven el cambio social deben ser estimulados para utilizar la regulación jurídica en defensa de sus derechos.

De estos aspectos cabe puntualizar que el activismo feminista para enfrentar el crimen pasional afronta la seria dificultad de superar la experiencia vivencial atizada por una arraigada subcultura sobre el modo como se asume el amor en nuestra sociedad, que en general le torna difícil al sujeto agente del delito percibir que su actuación está inspirada en discriminación por razón de género. Precisamente, la acción pasional exacerbada pareciera aislada de la racionalidad y capacidad crítica requerida para comprender cabalmente en toda su dimensión los aspectos que informan el suceso.

#### 4. Objeciones a la utilización del enfoque de género.

Una primera línea de cuestionamiento puede presentarse desde el punto de vista cognitivo en concordancia con lo que se ha sostenido por las corrientes que han destacado la necesidad de asumir ese enfoque. Así por ejemplo, si el acto de un hombre en ciertas circunstancias puede reputarse de protección, galantería o caballerosidad hacia una mujer, que es lo que la apariencia o el propósito consciente del accionar sugiere, el enfoque de género eventualmente puede reputarlo como un acto de afianzamiento de la dominación que se ejerce sobre la mujer, conclusión que no deja de ser disputable.

La relativización del concepto de verdad que produce la introducción del perspectivismo conduce al problema de cuál es el fundamento para que un enfoque pueda obtener la validación de la reconstrucción acertada de la realidad y no otro. Por lo demás, este relativismo rompe con el concepto aristotélico de verdad, o modelo de correspondencia, como suele denominarse en el ámbito filosófico, que puede resumirse con la emblemática expresión que verdad es *decir de lo que es que es o de lo que no es que no es*. La dificultad de este modelo de verdad cuando se somete al perspectivismo estriba en que algo, según un enfoque es; pero según otro no lo es. Así ocurre en el acto de gentileza que se devela de predominio o en los actos de celos que se entienden como de reafirmación de la sujeción. Si se repara con cuidado en estos dos ejemplos puede constatar

que eventualmente no hay discusión en cuáles fueron las acciones físicas realizadas y en consecuencia, su constatación puede haber quedado nítidamente establecida, lo que de antemano no resulta claro es cuál es el sentido que se le aneja a estos actos, lo cual puede bien ser objeto de disputa, cuando menos entre las opciones señaladas; o aún aceptarse los resultados de los dos enfoques contrapuestos. Así, una reacción emocional no dejaría de serlo porque a la vez constituyera un acto de reafirmación del sojuzgamiento sobre la mujer, de modo que podría ser ambas cosas a la vez.

Aunque confieso mis limitaciones para investigar todo lo que ha sostenido el feminismo sobre la perspectiva de género, entiendo que el enfoque diferencial no es meramente cognitivo o que responda a presupuestos epistemológicos exclusivamente. Sospecho que se pretende más la antidiscriminación que la verdad. Bajo su égida se emplea una racionalidad no solo dirigida a constatar la mera existencia en sí de situaciones o sucesos, sino de dotarlas de sentido conforme a la dinámica que las informa, labor en la que se introduce, consciente o inconscientemente valoraciones que es menester apreciar no solo en sentido positivo, esto es, por qué resultan plausibles en la situación dada, sino también validarlas en un sentido negativo, es decir, con la confrontación, acudiendo a exponer las razones por las cuales las visiones contrarias no puedan sostenerse en pie en el asunto del que se trate. Esto revela que el enfoque de género funciona más acorde con un tipo de verdad consensuada fruto de la argumentación y que puede ser permeada por el propósito expreso de la antidiscriminación. Naturalmente que esto a su vez demarca que los resultados de la reconstrucción fáctica hecha con la perspectiva de género no pueda entenderse sin más como un asunto de dogma, esto es, su posicionamiento como eje para resolver el caso debe ser validado argumentativamente.

Esto último también se debe a la teleología que encierra la perspectiva de la que hablamos, pues su finalidad expresa es develar situaciones en las que desde una posición de poder o dominación se discrimina a la mujer como reafirmación de su estimada inferioridad y de la superioridad de quien la subordina o se beneficia de su sujeción; por esto mismo, no es extraño que para percibir la ocurrencia del fenómeno se requiera conocer

el contexto previo o concomitante de las actuaciones singulares que están siendo sometidas al escrutinio judicial.

Lo anterior se reafirma si se tiene en cuenta que la asimetría que se presenta en las relaciones sociales, lo que incluye el trato entre parejas, no siempre se da en favor del hombre. Desde luego que es posible, así sea escaso, que predomine la mujer o se trate de una relación marcada por el igual reconocimiento y trato, caso en el cual asignarle a los actos aislados la connotación de dominio y de reafirmación de la secular dominación masculina, resulta cuando menos dudoso.

Otra posible objeción fuerte que debe superar la perspectiva de género para posicionarse como determinante en la resolución del caso consiste en que la visión clásica de imparcialidad de los jueces obliga en la resolución de los asuntos concretos a mirar la cuestión sometida a su decisión bajo las diferentes aristas de los intereses que se encuentran en juego. Esta obligación de reparar en todos los aspectos que inciden en la resolución del caso se ve acentuada en la adjudicación del derecho penal, en el que la responsabilidad no es meramente objetiva sino que es preciso deducir la responsabilidad subjetiva del acusado, causa por la que no puede prescindirse de considerar la representación que tenía el sujeto que realiza la conducta reputada de punible, lo cual impone de algún modo definir cómo percibía la acción que desarrollaba y el contexto en el que lo realizaba.

En las concepciones de la adjudicación del derecho que no la explican como la mera subsunción de unos hechos en unas normas que determinan cabalmente la resolución del asunto, tiene lugar la consideración de las peculiaridades del caso. Ordinariamente en su reconstrucción no se toma ningún factor como un absoluto que deje de estar sometido a la ponderación, salvo en el derecho penal en que el núcleo esencial de garantías actúa como límite de legitimidad y legalidad de la imposición de la sanción. Dicho de otra manera, la perspectiva de género no excusa que en el sistema penal rige el derecho penal de acto, la presunción de inocencia, el principio de legalidad y el de la necesidad de la prueba, lo cual conduce a que ni aún en situaciones en las que deba operar dicho enfoque pueda excusarse la demostración plena de los elementos que estructuran la conducta delictiva, específicamente la tipicidad, la culpabilidad y la

antijuridicidad de la conducta, si damos por descontada la imputabilidad del procesado.

No sobra advertir que la perspectiva de género no está restringida a la reconstrucción de casos en que los hombres son procesados por delitos cometidos en contra de las mujeres, sino también cuando las mujeres son reputadas como infractoras del orden penal. Cuando se trata de mujeres acusadas de la comisión de conductas delictivas, naturalmente que el campo de efectividad de la perspectiva puede ser mayor, pues no entra en tensión con las garantías básicas que amparan a cualquier persona que pueda ser objeto de la máxima intervención sancionatoria del Estado.

Normalmente, las concepciones feministas no creen en la neutralidad del juez, alinderándose con el realismo jurídico y el movimiento *Critical Legal Studies* no solo ponen en duda la imparcialidad de la norma, sino también la del juez que ante la indeterminación de las regulaciones jurídicas abstractas introduce sus propias valoraciones.<sup>13</sup> Esto último hace que incidir en la mentalidad del juez sea un campo de acción para lograr las reivindicaciones feministas, por eso la importancia de sensibilizarlo ante la discriminación y la violencia que padecen las mujeres y sobre la necesidad de emplear el enfoque de género para realizar la función de juzgar cuando se vean comprometidos asuntos de esta estirpe.

Por supuesto que la importancia que se le concede a la sensibilización de los funcionarios judiciales resulta de cardinal importancia para quienes entienden que la resolución de los casos no está plenamente determinada en la configuración abstracta de las normas jurídicas. La orientación del arbitrio judicial dentro de los márgenes de indeterminación parcial que por diversas razones ofrece el derecho se convierte en un asunto de confrontación ideológica; pero en este punto vale la pena recordar que la formación de los jueces penales es la propia del garantismo que tiende a prevalecer en la enseñanza universitaria del derecho; formación que es reacia a darle rienda suelta a las visiones expansionistas de la punición. Por esta vía, la acentuación punitiva que han prohijado las feministas para reprimir ciertas conductas actúa como un factor ordinariamente contraproducente para desarrollar un activismo judicial a favor de su causa.

---

13 Agatón Santander, Isabel. Justicia de Género. Op. Cit. Pág. 13.

Así, percibo, ocurre ahora en nuestro medio con la represión de la violencia intrafamiliar que por las penas excesivas y la ausencia de subrogados para los sentenciados, hacen que no sea extraño que el juez tienda a ser muy estricto para la declaración de su configuración y la deducción de la responsabilidad penal de los acusados.

Desde el campo de la ética es preciso tener en cuenta que el enfoque de género y sus resultados no deben emplearse como un dogma absoluto puesto que precisamente su aplicación a rajatabla, que es lo impugnado, conduce en no pocos casos a situaciones injustas. Aunque en estos últimos eventos se podría asumir que entre dos males es preferible el menor y que la restricción o aminoramiento de garantías sería el precio por pagar para erradicar, por ejemplo, la violencia contra las mujeres, esta solución no dejaría de ser una afirmación del aforismo según el cual el fin justifica los medios. Y si bien, una solución de este tipo eventualmente podría tener el apoyo ético de visiones utilitaristas, lo cierto es que sería altamente cuestionable que una injusticia histórica pretenda remediarse cometiendo una injusticia particular y concreta.

En el punto conviene recordar la actitud ética que asumió Sócrates cuando frente a la pena de muerte que se le impuso como resultado del juicio al que se sometió, reputaba su condena como una injusticia de los hombres, mas no así de las leyes, pero entendió que eso no lo autorizaba a realizar la injusticia de desconocer las leyes de la Polis bajo cuyo amparo había crecido, cuando criptón, uno de sus discípulos, le creó la ilícita oportunidad de evadir el cumplimiento de la sanción mediante la fuga<sup>14</sup>.

Así mismo, el cotejo de los beneficios y los costes de la represión no puede ignorar que la prevención general de las prohibiciones y sanciones penales no es tan eficaz como pareciera y menos en conductas que se producen por reacciones emocionales, con más veras cuando están inmersas en una cultura o subcultura fuertemente arraigada, causa por la cual no puede estimarse en estos casos que la merma de garantías se compense con réditos seguros en la supresión de conductas lesivas para las mujeres.

---

14 PLATÓN: Diálogos, "Critón o del Deber", Santa Fe de Bogotá, Panamericana, 1998

De lo expuesto puede colegirse que las objeciones de orden ético apuntan a evitar la comisión de una injusticia en concreto por reivindicaciones históricas, esto es, no se dirigen realmente contra la perspectiva de género sino contra su injusto empleo.

De otro lado, no puede negarse que el activismo feminista ha sido eficaz para consagrar prohibiciones penales de comportamientos que estima deben ser reprimidos, así como para incrementar las penas de delitos ya establecidos que además de altamente lesivos para las mujeres, se consideran que contribuyen a perpetuar la opresión masculina. La vía por la que a esto se llegó fue por reclamar la efectividad de sus derechos, la erradicación de la violencia y la discriminación que padecen, contrarrestando la cultura que califican de patriarcal y discriminadora que se anida en las relaciones de poder; por eso, la criticidad de estas doctrinas no se aviene de buena manera con las pretensiones de utilizar al derecho penal como instrumento principal, y no de última ratio, para enfrentar las seculares conductas de oprobio y dominación masculina de las que han sido objeto, manifiesta o sutilmente, las mujeres. No se evidencia mayor coherencia cuando movimientos de esta estirpe pierden capacidad crítica frente al poder, así sea del poder que han contribuido a conformar. Me resisto a pensar que así se prohíba la venganza, pues así el hombre sea el protagonista concreto de los actos de dominio, estos en lo fundamental responden a la pervivencia de una cultura que tiende a facilitar la opresión o justificarla. La aspiración de liberar a la humanidad del flagelo de la discriminación no puede ignorar que la violencia, así sea la legítima de la pena legal, debe ser limitada y controlada, pues con su desbordamiento e irracionalidad se equiparan los promotores de la excesiva represión, cuando menos moralmente, con quienes pretenden combatir.

Como puede verse, los esbozos de crítica formulados permiten contextualizar la perspectiva de género como un enfoque que si bien debe ser empleado para hacer visible y restarle fuerza a los estereotipos que contribuyen a la discriminación de las mujeres, debe hacerse en la adjudicación del derecho penal con el respeto de las garantías seculares establecidas a favor de todos los asociados con independencia del género al que pertenezcan. Su empleo no debe arrasar con otros principios y

garantías establecidas para procurar la justicia de la decisión de los casos concretos.

## 5. Del feminicidio.

Los movimientos feministas guardan especial preocupación por el asesinato de mujeres facilitadas por la posición de dominio del hombre, preocupación que se soporta de ordinario en variadas estadísticas que dan cuenta de los homicidios realizados por sus parejas, lo que descontada la gravedad de esas conductas les permite reclamar por su frecuencia.

Con miras a emplear el derecho penal como factor de contención y de represión de estas conductas se demanda, de un lado, la supresión de atenuantes basadas en la discriminación de la mujer, como ocurre con la consideración de que existen crímenes de honor ante la realización del sexo extramatrimonial por parte de la mujer. Con el artículo 26 de la ley 1257 de 2008 se introdujo el femenicidio como agravante del homicidio, con la cual la represión del delito se hacía con una sanción de 400 a 600 meses de prisión. No obstante, los movimientos feministas continuaron abogando por la introducción del feminicidio como un tipo penal autónomo para una específica denominación de esta conducta nociva con el propósito de darle mayor visibilidad a esta clase de violencia extrema y al riesgo de ser mujer, lo que se difumaría en el tipo penal del homicidio; todo con el propósito de auspiciar el reproche social, afianzar que su represión se inscribe en una política criminal contra la violencia de género y en general, para obtener mayores logros del efecto simbólico del derecho penal.

De hecho, en parte se cambia algún grado de punibilidad efectiva por obtener mayores réditos simbólicos, puesto que con la introducción del tipo específico del feminicidio (con una pena que va de 250 a 500 meses de prisión) efectuada por el artículo 2 de la ley 1761 de 2015, el ámbito punitivo de represión de la conducta, aunque es mayor que la del homicidio simple (que oscila entre 208 y 450 meses de prisión) es menor que la del homicidio agravado (que se reprime con una sanción de 400 a 600 meses). Pero es menester advertir que en la modalidad agravada del feminicidio la pena privativa de la libertad es de 500 a 600 meses, lo que comporta una

acentuación punitiva mayor a la del homicidio agravado, salvo en la pena máxima que es igual para respetar el máximo de sanción privativa de la libertad que señala la parte general del estatuto penal (art. 37). No ocurre lo mismo con la sanción mínima que se eleva significativamente en 100 meses.

En párrafos anteriores habíamos dejado consignada la crítica a la escueta descripción de la agravación que se hacía del homicidio consagrada en el numeral 11 del artículo 104 del código penal, en tanto apenas se decía que el homicidio se agravaba “si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer”, cuyo sentido entienden muy bien los iniciados en asuntos de género; pero que su comprensión escapa a la capacidad de grandes sectores de la población, especialmente de quienes ordinariamente se dirige la prohibición penal para conminarlos a no matar a la mujer, quienes difícilmente logran representarse que estén ejecutando dicha conducta porque la víctima sea una mujer, que es lo que la literalidad de la norma dice.

Ahora bien, con la adición del artículo 104 A al Código Penal, por fuerza de la proporcionalidad se atisba la racionalización de la pena así sea muy poco. Además se auspician efectos simbólicos y se procura dar mayor claridad a la disposición jurídica que la consagra al incluir elementos descriptivos de la conducta. Miremos como fue consagrado el feminicidio:

**ARTÍCULO 104A. FEMINICIDIO.** <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.

b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.

c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.

d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.

e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

Algunos comentarios que a primera vista ameritan hacerse de esta nueva disposición consisten en que aunque el sujeto pasivo de la infracción al ordenamiento penal debe ser en todos los casos una mujer<sup>15</sup>, el sujeto activo del delito puede ser cualquiera en tanto no se hizo ninguna determinación al respecto, esto es, no necesariamente el feminicida debe tratarse de un hombre, naturalmente que en cuanto se cumplan los elementos de tipicidad que describe la conducta.

Desde luego que hubiera sido deseable que a las expresiones causare la muerte a la mujer “por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género” se siguiera una explicación de qué se entiende por esto, al modo como se hizo en México para especificar la agravación del homicidio doloso de una mujer cuando se cometa por razón de violencia de género “entendiéndose por esta la privación de la vida asociada a la exclusión, subordinación o explotación del sujeto pasivo.” Estas aclaraciones persiguen dotar la conminación penal de una mayor claridad, sobre todo si se tiene en cuenta el nivel sociocultural e intelectual de sus destinatarios.

---

15 Lo importante es que el juez pueda constatar que se trata de una mujer para los casos en que subjetivamente se crea tener esa calidad, pudiéndose incluir a las que obtengan esta condición a pesar de haber nacido varón, pues no deja de ser mujer pese a la interpretación restrictiva que debe hacerse de la expresión.

Es una virtud de las leyes que sean lo más precisas y determinadas, pues la ausencia de estas cualidades da lugar a un mayor subjetivismo en su aplicación con riesgo de mermar o incrementar la represión frente a lo que realmente pretendía disponer el legislador.

Por supuesto que esta falta de claridad puede ser contrarrestada con una lectura sistemática, por cuanto el artículo 1º de la ley, al determinar el objeto sobre el que versa, da luces sobre su asociación a la igualdad y no discriminación. Este mismo elemento adicional al que se refería la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia comentada con anterioridad se verá exigido para la configuración típica del feminicidio en causales de cuyo texto literal no se percibe con claridad la asociación mencionada, como ocurre con el literal f): “Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.” De no ser así, no cabría distinción de trato entre hombres y mujeres víctimas, pues lo que justifica la diferencia del trato punitivo es la lucha contra la discriminación de éstas últimas.

Del examen de la primera causal del artículo 104 A del código penal “a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella” es fácil concluir por su texto y sentido que su configuración demanda la conjunción de dos supuestos, la existencia de una relación pasada o presente de familiaridad, intimidad, convivencia, amistad, compañerismo o laboral y a la vez haber incurrido en la perpetración de actos que puedan calificarse de ciclo de violencia especificadas en la disposición. Téngase en cuenta que a la Fiscalía le corresponde precisar en la acusación y demostrar en el juicio los actos de los que se desprende esa condición, pues no basta con que al procesado se le repute de perpetrador, ya que nuestro sistema penal no es de autor, sino de acto.

La norma señalada no es precisa sobre en contra de quién debe perpetrarse el ciclo de violencia, pero una interpretación restrictiva acorde con la sistemática de la norma, impone que debe haber alcanzado cuando

menos el ámbito que genera el vínculo. Esto es, para la configuración de la causal no es necesario que el ciclo de violencia sea contra la víctima, basta que si medían vínculos laborales, este ciclo se haya desarrollado en el trabajo, en el grupo de amigos si es la amistad el vínculo, o en la institución educativa o de otra índole si el vínculo es el compañerismo o el hogar o el ámbito doméstico. Esto se basa en que la violencia contra la víctima y en menos entidad está consagrada autónomamente como feminicidio en el literal e) y que de algún modo el segundo supuesto, esto es, el ciclo de violencia debe conectarse con los vínculos antes dicho para que la prohibición penal cobre sentido, esto es, que haya alguna relación entre una y otra cosa, pues no tendría sentido conforme a la teleología de la norma que se tratara de dos aspectos desconectados. Además, por el principio de la interpretación útil de la ley hay que darle a cada causal un ámbito propio y no sobrepuesto.

Por supuesto que con la reforma del año 2015, la causación dolosa de la muerte de una mujer puede ser homicidio, feminicidio, homicidio agravado y feminicidio agravado, según las circunstancias. Con la última de las causales de agravación del feminicidio, que se citará más adelante, se pretendió evitar el concurso aparente de tipos entre esta conducta y el homicidio agravado. En efecto, el feminicidio en su versión simple se agrava igualmente con las causales del homicidio, salvo en dos eventos, esto es, la “2. Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes.” Y la “4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.”

Debido a la variedad de modalidades fácticas que puede asumir en la realidad la configuración de conductas punibles, es de pensar que aún subsiste la posibilidad de que se presente un concurso aparente de tipos entre el feminicidio simple y el homicidio agravado; por ejemplo, cuando la conducta homicida además de reunir las exigencias típicas del feminicidio se presente la agravación del motivo abyecto o fútil.

En estos eventos, entendemos se ha de preferir la calificación jurídica del homicidio agravado, en virtud de su mayor punibilidad y porque no

tiene sentido que la represión del homicidio agravado ya tipificado se vea favorecida con un trato benévolo porque adicionalmente se haya incurrido en violencia de género. Aquí aplica el principio que nadie puede sacar provecho de su propia incuria o maldad.

De resto, como ya se advirtió cuando se trate de un feminicidio que a la vez configure las causales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del homicidio agravado, estamos en presencia de un feminicidio agravado, según lo dispuesto en el artículo 104 B del Código Penal, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 104B. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA DEL FEMINICIDIO. <Artículo adicionado por el artículo 3 de la Ley 1761 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el feminicidio se cometiere:

a) Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.

b) Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo.

c) Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.

d) Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual.

e) Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.

f) Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.

g) Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 104 de este Código.”

De una vez anticipemos que no se percibe mayor dificultad en la comprensión de las causales de agravación del feminicidio por su clara redacción aunque no está de más especificar que los agravantes presuponen la configuración del tipo básico, en el cual debe mediar la asociación a

la dominación, discriminación o sujeción de género, por lo cual este elemento adicional viene incluido en el tipo que se agrava por lo que las causales pueden operar autónomamente, esto es, sin que necesariamente esté conexo a dicho elemento adicional.

Igualmente, estimo que cuando el tipo básico incluya el elemento que genera el agravante no es posible estimarlo agravado por fuerza del non bis in ídem, como ocurre con el tipo de feminicidio descrito en el literal c) del artículo 104 A del código penal: “Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.” y la agravación contenida en el literal a) del artículo 104 B del mismo código, esto es, “cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad”, siempre y cuando sea la calidad de servidor público la que origine la relación de poder de la que se obtiene provecho.

Así ocurre, igualmente, en el evento del agravante del literal f del artículo 104 B del código penal, que no opera en los casos del literal E del artículo 104 A del mismo estatuto, cuando la violencia que antecede al feminicidio ha sido la misma que se utiliza para agravar la conducta.

Respecto al literal e) del artículo 104 A íbidem: “Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.” es de acotar que a diferencia de lo exigido en el literal a) de la misma norma en la configuración de esta modalidad no se requiere vínculo familiar, de amistad, de convivencia, compañerismo o laboral, sino que le haya antecedido cualquier tipo de violencia o amenaza en los ámbitos señalados en contra de la víctima.

A mi juicio la expresión “o indicios” que se consagra en el literal e citado es abiertamente inconstitucional y mientras así no se declare amerita excepcionar su aplicación por cuanto afecta la presunción de inocencia, en

tanto un mero indicio que no permita aseverar que realmente antecedió la violencia o la amenaza no es un hecho que pueda fundar la represión penal. Claro que los indicios pueden utilizarse para demostrar los actos de violencia que deben anteceder a la causación de la muerte, pero ello es distinto a que el indicio por si mismo pueda reputarse como tal. No solo se trata de que la verdad es imprescindible para legitimar la imposición de las penas, sino que constitucionalmente no puede pensarse sino actos y un indicio de un acto no puede ser soporte de la punición. La expresión antecedente no se refiere necesariamente a un antecedente penal, por lo que estos actos de violencia que anteceden al feminicidio pueden ser demostrados en el mismo juicio en que se persiga esta infracción penal.

Por lo demás, cabe advertir que en el feminicidio como en cualquier tipo especial que por su naturaleza lo admita, puede operar el mecanismo amplificador del tipo que es la tentativa y que no admite la modalidad culposa no solo por las especiales condiciones que exige para su configuración, sino por la simple razón de que el legislador no previó reprimirlo en esa modalidad.

#### 6.- Conclusiones:

La aspiración del feminismo de realizar en diversos ámbitos el derecho de igualdad de las mujeres y de concebirla de modo real, material y efectiva, que elimine la discriminación de las mujeres basada en su supuesta inferioridad o la sugerida superioridad del hombre y, en especial, de erradicar la violencia contra las mujeres es un fin legítimo.

A pesar de la admisión formal del igual merecimiento, reconocimiento y trato de todos los seres humanos, aún persisten discriminaciones contra la mujer y estereotipos que las facilitan, por lo cual el activismo feminista para lograr la plena igualdad debe ser alentado, con mayor razón cuando se percibe que en el historia las reivindicaciones de sus derechos ha sido una labor ardua y conseguida a pulso por estos movimientos.

Para promover la igualdad y develar la discriminación que subsiste ante la pervivencia refinada de expresiones de cultura patriarcal es indispensable

adoptar el enfoque de género, el cual no debe tener mayores restricciones en la fijación de políticas y planes de acción, salvo las propias que impongan la racionalidad y la preservación de derechos ajenos.

Para lograr un acceso real a la justicia en la adjudicación del derecho debe adoptarse la perspectiva de género en asuntos en que pueda involucrarse la dominación masculina sobre la mujer; pero no obstante en el ámbito del derecho penal debe coexistir con otras perspectivas y argumentativamente definirse la prevalencia de ellas en el caso concreto, de modo que se disuelvan las tensiones que eventualmente puedan generarse entre el enfoque de género y la justicia del caso. Se trata de ponderar las exigencias de las precomprensiones normativas o fácticas que reclaman una determinada solución del caso con las demandas del enfoque de género, lo cual de ordinario inhibirá que puedan incidir los estereotipos de la cultura patriarcal en la evaluación judicial del suceso; pero no la representación subjetiva que el propio actor de la conducta pueda tener válidamente.

Que la pretensión de obtener una transformación de tradiciones socioculturales mediante acciones gubernamentales, legislativas o judiciales, choca con diversos obstáculos; no es de realización inmediata y debe mirarse como un asunto en el que se debe avanzar sin avasallar los derechos. En esta estrategia no cabe echar mano del derecho penal como el recurso principal del cambio cultural y se debe tener la debida consideración con los procesados para respetar el núcleo fundamental de sus derechos.

Por último, se percibe en la consagración del feminicidio que aún subsiste un déficit de descripciones adecuadas de la conducta para el cabal entendimiento y comprensión de las personas destinatarias de las normas. Que el feminismo reporta utilidades de orden simbólico con la consagración de este nuevo tipo penal y que sería deseable que este movimiento no se desprenda de su pasado crítico frente al poder, incluso con el que ha auspiciado para reprimir las conductas que afectan a las mujeres.



# AURELIO ARTURO: PALABRA PRIMIGENIA

Por: Orlando Gallo

Tiene Pedro Gómez Valderrama un cuento titulado *Corpus Iuris Civilis*. El protagonista, lo sabemos al final, es don Andrés Bello, quien acodado en su escritorio, garrapatea un número y dos palabras: “las palomas”, para, súbitamente, verse inmerso en una ensoñación, en una historia de amor y desamor que es la materia central del relato y que le fue sugerida, o, más bien impuesta, por esas dos palabras.

La atmósfera del asunto nos sobrecoge y casi nos hemos olvidado del gesto inicial de quien lo invoca, cuando éste, volviendo a lo suyo, esto es, a la faraónica redacción del código civil chileno, continúa escribiendo “Las palomas que abandonan un palomar y se fijan en otro, se entenderán ocupadas legítimamente por el dueño del segundo, siempre que éste no se haya valido de alguna industria para atraerlas y aquerenciarlas”.

Es sabido que Aurelio Arturo y Pedro Gómez Valderrama compartieron un buen trecho de sus vidas en los cafés, las tertulias, los estrados judiciales y despachos del gobierno de la Bogotá de mediados de siglo. De la amistad y la admiración que el cuentista le profesaba al poeta, da testimonio el sentido texto publicado por la revista Golpe de Dados: “En un salón oscuro, donde apenas se distinguen los objetos, las formas van precisándose, el sonido pausado de la voz humana las desenreda de las sombras ; el salón se torna en la oscuridad del bosque, entra en la luz del calvero, se abre de pronto en el río y entonces pasa el viento. Si, el viento. Y ese ambiente impreciso que surge, se transmuta, florece y se alarga hacia lo lejano, es la poesía de Aurelio Arturo”.

No resulta descabellado pensar que el protagonista real del relato de Gómez Valderrama sea el poeta nariñense. Esa, al menos, fue la impresión de mi lectura, pues la historia de un humanista sumergido en incisos y párrafos a los que se debe en un horario de oficina hasta lograr levantar

una familia y acceder a una jubilación, bien puede emparentarse con la que acaece en *Corpus Iuris Civilis*. Un espíritu como el que Morada al Sur revela sólo pudo sobrevivir indemne al ámbito gris de las notarías por la gracia del poema, por los dones del sueño y de la evocación.

Sabemos más de sus primeros quince años de vida que de los restantes, aunque en sus biografías ese espacio permanezca en blanco, porque para relatarlos la emocionada voz del poeta fue viento, viento que pasa y que no se ve...

“pero cuando los árboles se inclinan  
está pasando el viento” (Cristina Rossetti, citada por William Ospina).

Y a los quince años justamente comenzó su exilio, el desprendimiento de ese agreste sur, exuberante, poblado de mitos y de ríos presurosos, el de la madre tocando el piano en la penumbra y el de ese potro, “el más bello en tierras de su padre”.

Pero el exilio más que físico fue espiritual. Más que tránsito de lo selvático a lo urbano, lo fue del relato vivo de la nodriza y de los aserradores a la palabra envilecida y pragmática de los legisladores. Fue el tránsito de la leyenda a la ley.

Preservando para sí esos quince años de su vida, acatando el tierno mandato del “profundo río de los mantos suntuosos”:

“Duerme quince años fulgentes, la noche ya ha cosido  
suavemente tus párpados, como dos hojas más, a su  
follaje negro”

preservándolos, fundó para la poesía colombiana un espacio imprescindible, un hito, una especie de “memoria colectiva” que es sin duda embrión de lo que algún día podrá ser una patria.

Hoy más que nunca estos versos nos proveen una certeza, un sentido de pertenencia en un país desguarnecido. Nadie podrá arrebatarnos

“un bosque extasiado que existe  
sólo para el oído, y que en el fondo de las noches pulsa  
violas, arpas, laúdes y lluvias sempiternas”.

Ni podrá arrebatarnos el orgullo de que este poeta sea nuestro, de que en medio de tan delicada música, sin folclor ni estruendo, pueda decir:

“hoja sola en que vibran los vientos que corrieron  
por los bellos países donde el verde es de todos los colores,  
los vientos que cantaron por los países de Colombia”.

Una vida discreta donde lo más común es la alharaca. Una poesía sobria donde ha prevalecido lo ampuloso.

Como en el *Epitafio para Joaquín Pasos*, de Aurelio Arturo podemos decir con Ernesto Cardenal:

“No tiene ningún monumento.

Pero

recordadle cuando tengáis puentes de concreto,  
grandes turbinas, tractores, plateados graneros,  
buenos gobiernos.

Porque él purificó en sus poemas el lenguaje de su pueblo  
en el que un día se escribirán los tratados de comercio,  
la Constitución, las cartas de amor y los decretos”.



# EL PROCESO PENAL COLOMBIANO: NO ACUSATORIO

Por: Jonh Jaime Posada O.º

## OBJETIVO

Resolver la pregunta acerca de si el proceso penal Colombiano actual es acusatorio o inquisitivo, tiene importancia, en la medida en que cada uno de dichos sistemas procesales penales posee una directa correspondencia con el sistema político que gobierna las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Así, ha sido reconocido que el sistema acusatorio es a los regímenes democráticos y republicanos, lo que el sistema inquisitivo es a los monárquicos y tiránicos<sup>1</sup>; y, además, porque en la medida en que se acepte como acusatorio o inquisitivo, podemos afirmar que el proceso penal es un espacio civilizado en el cual se reconoce al acusado como sujeto de derechos, o por el contrario, es un rito formal, que traba relación con él como objeto de persecución<sup>2</sup>.

## CALIFICACIÓN DEL SISTEMA

Las referencias normativas que se tendrán en cuenta para la discusión son la C.P. de 1991, el Acto Legislativo 03 de 2002, y las leyes 906 de 2004, 1142 de 2007, ley 1474 de 2011 y la ley 1453 de 2011, amén de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

El análisis que se adelantará parte de admitir que el fundamento Constitucional del nuevo proceso penal no se agota en el Acto Legislativo 03 de 2002, sino que está integrado con la Constitución Política de 1991, en la cual, a la par que se recogen normas compatibles con el sistema acusatorio, abundan otras que lo alejan del mismo en forma sustancial.

0 Profesor de Derecho Procesal Penal, Universidad de Antioquia. Procurador Judicial Penal II de Medellín. Presentación realizada el día 26 de Agosto de 2014, como miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, capítulo de Antioquia.

1 LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 22

2 CAFFERATA NORES, José I. Cuestiones Actuales sobre el proceso penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.7.

Un punto de partida es el Art. 4 del Acto Legislativo 03 de 2002, según el cual mediante él se pretende implementar un sistema Acusatorio. La importancia de dicha disposición radica no sólo en que por primera vez en la historia del proceso penal colombiano, la Constitución Nacional nombra el sistema procesal penal que de ella se deriva, sino en que por el carácter vinculante de las normas constitucionales, todo el ordenamiento jurídico penal, debe ser leído, aplicado e interpretado a partir de las características propias del sistema acusatorio.

A pesar de lo anterior, en adelante podemos evidenciar, no sólo que las normas legales contrarían el espíritu de lo acusatorio, sino que existen contradicciones intrasistematicas insalvables en la propia Constitución.

A efectos de atemperar la discusión o pasar por alto lo relevante de ella, se ha optado por afirmar que fruto del Acto Legislativo 03 de 2002, se implementó un sistema penal acusatorio a la colombiana<sup>3</sup>, o con tendencia acusatoria, o que en todo caso, no “corresponde a un típico proceso adversarial” o “no corresponde exactamente a ningún modelo puro”<sup>4</sup>, produciendo con ello más desconcierto que solución; o aceptando, que no obstante haberse afirmado que se implementaría un proceso acusatorio, ello no tiene importancia y por ello puede legislarse de cualquier manera o no repararse que el propio Acto Legislativo encierre sus propias contradicciones.

Lo que se quiere poner de presente en esta exposición es que lo ocurrido en esta materia, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, desvertebra características fundamentales del sistema procesal penal acusatorio, que como se verá dan al traste con cualquier aproximación a la finalidad garantista del mismo, y contrario a lo que se afirma, vivimos bajo el imperio de un proceso penal de corte inquisitivo, con profunda violación de los valores que informan el modelo acusatorio.

Veamos. Si llenáramos de contenido el artículo 4 del Acto legislativo 03 de 2002, cuando allí se afirma: “Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente acto legislativo...”, podríamos afirmar que el sistema consagrado constitucionalmente, reúne las

---

3 Cfr. C.S.J. Rad. 21.302, auto de 20 de octubre de 2004, “con el tamiz de la identidad y del alma jurídica nacionales”; Rad. 24468, sentencia de 30 de marzo de 2006, “no “típico ni puro”, sino específico para Colombia”.

4 Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005. En el mismo sentido, sentencias C-873 de 2003, C-1260 de 2005, C-454 de 2006.

siguientes características<sup>5</sup>: 1) La presencia del jurado popular como órgano de decisión, 2) Separación entre el órgano de la acusación y el órgano de juzgamiento, 3) Principio de igualdad de partes, 4) Oralidad, publicidad, contradicción, concentración, defensa e intermediación. 5) La presunción de inocencia y consecuentemente la libertad intraprosesal del acusado hasta sentencia irrevocable 6) prohibición de iniciativa probatoria, el juez está vinculado a examinar únicamente las pruebas arrimadas por las partes. 7) El método para la adquisición del conocimiento es contradictorio.

A pesar de que por las limitaciones de tiempo no podré realizar un análisis que abarque la totalidad de las características esbozadas, abordaré las principales, o sea aquellas que en su ausencia se desvirtúa cualquier posibilidad de acercamiento al sistema acusatorio y bien por acción o por omisión, nos dejan anclados en el sistema inquisitivo<sup>6</sup>.

## JURADO DE CONCIENCIA

En primer lugar nos referiremos a la figura del jurado de conciencia. La presencia del pueblo en el proceso de administración de justicia constituye en boca de Carrara un elemento fundamental en la ruptura de los dos modelos de proceso penal: “Lo *sustancial* de la diferencia entre los dos sistemas está en un solo concepto: o los juicios criminales deben ser adelantados exclusivamente por individuos privilegiados, elegidos y subvencionados por el gobierno (como empleados suyos), o deben dejarse en manos de ciudadanos libres. Llámense estos jurados, o jueces populares o notables, o pares, o de cualquier otro modo, siempre serán jueces ciudadanos; y aunque a los otros se les llame consejeros, o auditores, o lugartenientes, o con cualquier otro nombre, siempre serán jueces dependientes del gobierno”<sup>7</sup>

---

5 Aunque no es posible encontrar un acuerdo en torno a los rasgos esenciales del proceso acusatorio, lo cierto es que hay cierta coincidencia doctrinaria a la hora de afirmar que indistintamente de los rasgos elegidos como típicos de lo acusatorio, estos tienden a la protección del individuo procesado. Sobre la diversidad de rasgos, tendencias y características de lo acusatorio puede consultarse con provecho a DAMASKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del poder del Estado*, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago de Chile, 2000.

6 Se insiste

7 CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Volumen II. Temis, Bogotá*, p. 231.

Haciendo gala de lo ya afirmado en el sentido de que el Acto legislativo 03 de 2002 prevé un sistema acusatorio, el art. 1º. del mismo, modificó el art. 116 de la Constitución Política, disponiendo que los particulares en calidad de jurados en las causas criminales, administran justicia. Lo anterior implica, que hoy existe norma constitucional vigente que nos permite afirmar que no sólo los jueces y magistrados de conocimiento y control de garantías administran justicia en materia penal, sino que igualmente en estas causas son jueces los particulares en calidad de jurados.

Algunas normas del C. de P. P. (ley 906/2004), se refieren expresamente a la figura del jurado: Art. 18 Principio de Publicidad. El cual dispone que juez podrá limitar dicho principio cuando ello fuere necesario para proteger a las víctimas, testigos y jurados. El artículo 32 al consagrar los órganos que administran justicia, en su numeral 8, señala que lo hacen los jurados en los términos en que lo determine la ley, y el art. 111 al relacionar las funciones del Ministerio Público, afirma que una de ellas es velar por que se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso.

Sin embargo, en el capítulo del juicio no se incluyó a los jurados de conciencia como jueces, a pesar de la consagración constitucional y legal, tal como quedó enunciado. Cualquiera sea el motivo por el que no se incluyeron los jurados de conciencia en la etapa del juicio, lo que queda claro es que tal hecho no constituye un olvido, o un mero accidente, si se tiene en cuenta que el Acto Legislativo 03 de 2002, solo reformó tres artículos de la constitución Política de 1991, y uno de ellos fue el 116; además, que como se ha mostrado, otros artículos de la ley penal mencionan la figura de los jurados.

Sea porque se acepte o no la figura del jurado de conciencia, desde el punto de vista de su conveniencia, eficacia o seguridad, lo cierto es que en el trasegar histórico la presencia del pueblo en el proceso de Administración de Justicia constituye la vinculación del principio democrático en el ámbito del proceso penal, el cual continúa vigente, tal como lo demuestran los países del common law, algunos países de tradición continental europea<sup>8</sup>, y del cono sur americano<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Sobre el valor democrático del jurado, además de los clásicos, puede consultarse a GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Madrid, 1996 y a HENDLER, Edmundo, *Significados, genealogías e incógnitas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

<sup>9</sup> Buteler, José Antonio, *La participación popular en los procesos penales Cordobeses. La cultura Penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp.203-248.

No puede olvidarse que nuestro país no es ajeno a la figura del jurado de conciencia, y al contrario, debe reconocérsele su tradición centenaria en esta materia. No obstante ello, mediante el decreto 1861 de 1989, se derogaron los artículos 504 a 534 del decreto 050 de 1987, que regulaban la intervención de los jurados en los juicios penales; y, desde aquella época hasta el Acto legislativo 03 de 2002, no existió regulación normativa al respecto<sup>10</sup>.

## PRINCIPIO ACUSATORIO

En segundo lugar, es preciso analizar otra de las características sustanciales del sistema acusatorio. La consagración del principio acusatorio y su vigencia en el proceso penal colombiano.

Este principio consiste en que no habrá juicio sin previa acusación<sup>11</sup>, e implica la separación de funciones entre el órgano de la acusación y el de juzgamiento, conocido como principio de separación de funciones, para diferenciarlo de la concentración de funciones en cabeza del juez, propio del sistema inquisitivo. Obra en pro de la imparcialidad del juez, quien decide con el material probatorio que las partes le presentan y no emite juicios previos a la sentencia<sup>12</sup>.

La Constitución Política de 1991 lo consagra en el artículo 252, en los siguientes términos: “Aún en los estados de excepción, el gobierno no podrá suprimir los órganos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento”. Este principio es fundamental para la construcción del sistema acusatorio y sobre él edifica Luigi Ferrajoli la principal nota de diferenciación entre el sistema acusatorio y el inquisitivo. Al respecto afirma:

“La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto

---

10 Debe tenerse en cuenta que el decreto 2700 de 1991 consagró los jurados de derecho (arts. 458-466), los cuales fueron derogados por la ley 58 de 1993.

11 Armenta Deu, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal. J.M.Bosch Editor, Barcelona, 2003, p.31.

12 La relevancia del principio acusatorio no se agota en la exigencia de la separación de funciones entre fiscalía y juez, sino en su mantenimiento en todo el desarrollo procesal, hasta tal punto que se podría reformular su comprensión afirmando que “No hay proceso ni pena sin investigación fiscal, no hay proceso ni pena sin solicitud fiscal de un proceso, no hay proceso ni pena sin solicitud de elevación a juicio, no hay proceso ni pena sin acusación en juicio y no hay proceso ni pena sin solicitud de condena en juicio”, sobre ello, cfr. VITALE, Gustavo, “Acusación fiscal y condena penal (una relación imprescindible)”, en: Cuadernos de Derecho Penal, N° 2, Neuquén, Abril de 2005.

estructural y lógico de todos los demás. ...Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación –con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *neprocetatiudex ex officio*-, sino también, y sobre todo, el papel de parte –en posición de paridad con la defensa- asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado”<sup>13</sup>

Si, como lo afirma Ferrajoli, para el reconocimiento del principio acusatorio, no basta con que el órgano de la acusación sea diferente al órgano de juzgamiento, sino que es necesario que en todo caso, el uno no cumpla funciones que son propias del otro, esto es, que el órgano titular de la acción penal y encargado de la persecución no tenga funciones que son propias del juez y, el juez, no posea funciones de investigación y acusación.

Para el análisis de este punto debemos remontarnos a lo sucedido en esta materia en la C.P. de 1991 y así tener la oportunidad de observar las desviaciones del principio acusatorio y la evolución de las mismas.

Al interior de la Asamblea Nacional Constituyente se discutieron varias propuestas acerca de la naturaleza del órgano instructor y de acusación, a saber: Una propuesta gubernamental consistente en adscribir la Fiscalía al poder ejecutivo, con funciones netamente administrativas. En segundo lugar, se propuso conservar los jueces de instrucción criminal, sin mayores variaciones frente a los que existían antes, y en tercer lugar, la iniciativa que finalmente triunfó y mediante la cual se propuso adscribir la Fiscalía General de la Nación a la rama judicial, por considerar que hacerlo al poder ejecutivo era asumir el riesgo de la politización de la justicia<sup>14</sup>.

Pues bien, no contentos con ello, los constituyentes dispusieron en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, que la Fiscalía General de la Nación era uno de los órganos que Administran Justicia, que es tanto como afirmar, que tiene la función de decidir el derecho en el proceso penal y afectar con sus decisiones derechos fundamentales de las personas que investiga, acusa, allana, intercepta sus comunicaciones y priva de su libertad. Bajo este reinado de funciones se hace pública la expresión

13 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, p. 567.

14 Véase, GACETA CONSTITUCIONAL No. 84, en la cual podrán consultarse las posiciones de los constituyentes Julio Simón Salgado Vásquez, Hernando Londoño Jiménez y la propuesta del gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo.

FISJUEZ, rubricada por un autor nacional<sup>15</sup>. La parte programática de la Constitución se hace prodiga en entregar al Fiscal las funciones propias del Juez, y en desarrollo de ello, el artículo 250 lo faculta para ordenar las medidas conducentes para lograr la comparecencia de los implicados al proceso penal, lo cual traducido a la ley consistía en ser el titular de la privación de la libertad y en consecuencia ordenar capturas y dictar medidas de aseguramiento; igualmente, ordenar allanamientos, registros e interceptaciones telefónicas, en claro desarrollo del artículo 116, o sea en su función de órgano administrador de justicia.

Todo lo anterior ocurría sin sonrojo por lo que ello implicara para los derechos de los vinculados al proceso penal, o más bien, sobre sus derechos y sin el más mínimo respeto por los principios que inspiran una sistemática acusatoria, en particular que en ningún caso una de las partes puede disponer y afectar los derechos fundamentales de la otra parte, porque las limitaciones de dichos derechos son de la órbita exclusiva y excluyente de un juez.

Concentra la C.P. de 1.991, en cabeza de la F.G.N. la **iniciativa procesal**, como que es ella la encargada de dar inicio al proceso a partir de la noticia criminis; **la iniciativa probatoria**, en tanto órgano con capacidad de decisión para definir las pruebas que ingresan al proceso penal en la etapa de investigación, se encarga de cumplir con el objeto de investigación, entre cuyos puntos se encuentra verificar las consecuencias jurídicas que se deriven del delito, cumplir con el principio de investigación integral, acopiando prueba tanto favorable como desfavorable a la persona del sindicado, siendo la encargada de probar (carga de la prueba del hecho y de la responsabilidad), y de manera especial debe mencionarse que su actividad es probatoria, porque produce pruebas en sentido técnico jurídico, es decir, pruebas que serán asumidas como tales por el juez en la etapa del juicio, sin necesidad de reproducción, esto es, sin vigencia del principio de inmediación; **la iniciativa de preclusión**, como órgano encargado de ordenar la terminación del proceso penal mediante resolución de preclusión de la investigación, providencia esta que daba por terminado

<sup>15</sup> En lo relacionado con el modelo procesal derivado de la Constitución Política de 1991, puede consultarse el texto La Fiscalía General de la Nación, desde el sueño de la mariposa. Autor: Alvaro Vargas. Editorial fórum Pacis)

el proceso penal y cuyos efectos de cosa juzgada se identifican con los de la sentencia penal absolutoria, oficiando así como juez; **la iniciativa de acusación**, en tanto órgano encargado de formular la acusación ante el juez de conocimiento, en desarrollo del principio acusatorio consagrado en el artículo 252 de la C. P., y finalmente, **la iniciativa de coerción**, que implica una Fiscalía dotada de funciones jurisdiccionales atentatorias de los derechos fundamentales puestos en cuestión desde los albores del proceso penal, mediante los allanamientos, registros, incautaciones, interceptación de comunicaciones, captura y medidas de aseguramiento que situaban a la Fiscalía en un sitio de poder imposible de concebir en una estructura técnica de proceso penal.

A todo lo anterior se sumaba la presencia de un juez propio del modelo inquisitivo, apropiado de las funciones investigativas en virtud de sus amplias facultades para decretar pruebas de oficio, y ávido de conocimiento para satisfacer la justicia material.

Por ello, puede afirmarse que desde la Constitución de 1991, la aspiración de un modelo acusatorio naufragó en una cosa multiforme que de ninguna manera podría ser asimilada a un proceso penal garantista, y que era más bien identificable a la hidra de Lerna de diez mil cabezas de la mitología griega. Recuérdese a partir de lo dicho, que la Fiscalía era Fiscalía, víctima, defensa y juez.

Todo ello se esperaba superado con el Acto Legislativo 03 de 2002, en tanto como hemos afirmado mediante él se pretendía implementar un sistema acusatorio. Sin embargo, se insiste, no fue así. Si bien la presencia del nuevo juez de control de garantías le dio un ligero respiro a los derechos fundamentales en su ámbito de protección, no por ello puede afirmarse que ha desaparecido la figura del FISJUEZ, o que se hayan desvanecido las críticas ya señaladas<sup>16</sup>.

En efecto, es el propio Acto Legislativo 03 de 2002 el que, tal como lo anunciamos anteriormente, consagra contradicciones intrasistemáticas insalvables, en relación con la discusión en torno al modelo acusatorio. Si desde el art. 4º. se afirma que se pretende implementar un sistema

<sup>16</sup> Por el contrario, como se podrá advertir con una simple mirada a la estructura del actual Código de Procedimiento Penal, además del Fisjuez se ha creado la figura del Juezfis, esto es, una figura judicial como el Juez de Conocimiento con funciones y competencias acusatorias, entre ellas, por mencionar la más importante, es su participación activa en etapas previas al juicio, pudiendo actuar en ámbitos que son propios de la fiscalía como la decisión de precluir la investigación iniciada.

acusatorio, toda su estructura se quiebra si allí mismo, en su artículo 2º. se ha afirmado que excepcionalmente la Fiscalía General de la Nación podrá ordenar capturas, y que corresponde a dicho organismo ordenar allanamientos, registros, incautaciones e interceptaciones telefónicas, sometidos únicamente al control posterior del juez de control de garantías. Nótese que son actos de investigación con afectación de los derechos fundamentales, sin orden previa de juez, que significa tanto como reafirmar las funciones jurisdiccionales del Fiscal.

Lo anterior se afirma respecto de la Fiscalía General de la Nación que se encuentra en el título IV art. 113 y ss. del C. de P.P., como una de las partes del proceso, con todo lo que dicha categorización significa en el ámbito procesal, pero que en nuestro proceso penal no importa y al contrario, permite afirmar que seguimos en presencia de una parte que es a la vez juez, es decir, que es juez y parte.

Es por ello que cuando el profesor Esiquio Manuel Sánchez Herrera plantea que la discusión hoy no puede ni debe ser si un sistema procesal es más o menos inquisitivo o acusatorio y que esa polémica está del todo superada, y afirma que “Una verdadera discusión científica en el ámbito procesal debe partir de cómo confeccionar un haz normativo que consulte la realidad constitucional, que atienda la vigencia normativa internacional compatible con las normas de la constitución, que repare en los desarrollos constitucionales del tribunal constitucional en materia de garantías y que sobre todo esté a tono con las realidades nacionales...”<sup>17</sup>, debemos señalar que esta postura pasa por el análisis de los propios contenidos constitucionales. En nuestro caso, una equivocada formulación constitucional de los órganos de la acusación y del juzgamiento, no permiten un análisis proconstitucionalista, sino contraconstitucional. Es decir, en frente de una construcción viciada de la propia constitución, no queda alternativa distinta a su crítica severa, por su espíritu lesivo de los derechos fundamentales de los destinatarios de la ley penal y de suyo sujetos del proceso penal. Por ello la mirada ha de ser de construcción constitucional, a partir de las herramientas que el bloque de constitucionalidad nos suministre y que nos permita corregir los desvíos de la propia constitución<sup>18</sup>.

17 SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio. Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Colección de Pensamiento Jurídico No. 14, Estudios Procesales No. 3, p. 15.

18 En este punto seguimos de cerca al profesor Luigi Ferrajoli cuando reconoce que en la doctrina especializada contemporánea es posible encontrar una especie de falacia constitucional, según la cual,

Frente a una normatividad constitucional equivocada, la defensa de los derechos fundamentales y las garantías judiciales exigen la vinculación inmediata del bloque de constitucionalidad. Con ello, no se está reclamando una supraconstitucionalidad, sino la aplicación del artículo 93 de la propia Constitución, que hace de los tratados internacionales en derechos humanos, materia normativa constitucional.

Todo lo que hasta ahora se ha afirmado de la Fiscalía como parte con funciones jurisdiccionales, se encuentra abonado jurídicamente por lo siguiente:

1. A pesar de que el art. 1 del Acto legislativo 03 de 2002, incluyó a los jurados de conciencia como órganos de la jurisdicción en el art. 116 de la C.P., no excluyó a la Fiscalía General de la Nación, lo que da cuenta de la máxima contradicción consistente en que se afirme que estamos en presencia de un sistema acusatorio en el cual una de las partes posee funciones de juez. No es posible en pos del sistema concebir semejante aberración.

2. Al desarrollar tales facultades jurisdiccionales que permiten a la Fiscalía ejercer como juez, la ley procesal penal no se limitó a los casos ya señalados –captura excepcional, allanamiento, registro, incautación, interceptaciones telefónicas, sino que en libro II, cap. II, arts 213 y ss, consagró un conjunto de actividades investigativas con capacidad de afectación de los derechos fundamentales, que no requieren autorización judicial previa para su realización, tales como la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas, actuación de agentes encubiertos, búsqueda selectiva en base de datos y exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado. Estas dos últimas actuaciones fueron objeto de control por la Corte Constitucional, la cual declaró su exequibilidad en el entendido que la revisión de legalidad que corresponde al juez de control de garantías debe hacerse de manera previa<sup>19</sup>.

3. Todo ello implicó un juez de control de garantías degradado a cumplir en múltiples casos las funciones de órgano verificador de las actuaciones de la Fiscalía, olvidando que la verdadera razón de ser del juez como órgano

---

se cree que lo que está en la constitución, por el solo hecho de estarlo, es justo: “Este interrogante debe ser afrontado sobre todo desde el punto de vista externo, prescindiendo de lo que dice la Constitución, para de este modo no sucumbir a la falacia hoy habitual en nuestra cultura jurídica, según la cual lo que por hipótesis la Constitución consiente es también justo e incontestable”, FERRAJOLI, ob. Cit., p. 556.  
19 Corte Constitucional: Sentencias C-336 de 2007 y C-334 de 2010, respectivamente.

de control es el control previo que en todo caso impide que el derecho fundamental se lesione, no el posterior que constata si se lesionó o no<sup>20</sup>.

Se advierte en este punto una importante diferencia con el sistema procesal penal chileno que en torno a la materia dispone en su Constitución Política de 1980, lo siguiente: Art. 80 A. El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o un tercero del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura o los restringen o perturban requerirán de autorización judicial previa.

## LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL

También es necesario abordar el tema fundamental de la libertad en el proceso penal. Esta característica es una de las más caras en la discusión sobre los sistemas procesales, en tanto el sistema acusatorio, tal como ya ha sido advertido, parte del respeto irrestricto de la presunción de inocencia y por lo tanto de la libertad intraprocesal del inculpado, condición esta que le posibilita discutir en condiciones de igualdad con el acusador.

Puede afirmarse que tanto los estatutos procesales en materia penal que se derivaron de la Constitución Política de 1991 \_decreto ley 2700 de 1991 y ley 600 de 2000-, así como la ley 906 de 2004, derivada del Acto legislativo 03 de 2002, son marcadamente inquisitivos en materia de libertad, no sólo por la privación de libertad intraprocesal sino por hacer de ella la regla general, en contravía de lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, y el art. 295 del C.P.P., al predicar que la privación de la libertad será excepcional.

Esta discusión no es sólo numérica, es decir, en frente de cuantas conductas delictivas autoriza la ley la privación de la libertad intraprocesal, sino que cobija todas las medidas político criminales que se implementan al interior del proceso penal para impedir el ejercicio de los derechos y beneficios jurídicos, tendientes a recuperar la libertad o aminorar sus consecuencias.

En forma concisa, las bases de esta discusión están sentadas en los siguientes puntos: 1. Al igual que el estatuto anterior, la detención preventiva en el nuevo proceso penal, tiene como base el factor objetivo de la pena,

---

20 Con profundo sentido crítico, véase: Zuluaga Taborda, John Edison. Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o “Sistema procesal penal acusatorio”. En: Coherencia, Revista de Humanidades, Universidad Eafit, No. 6, (Ene-Jun. 2007); pp, 133-165.

consistente en ambos estatutos, en que la pena siendo de prisión el mínimo sea o exceda de cuatro años.

2. La ley 890 de 2004 en su artículo 14 dispone que las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. Bajo esta especial política criminal, muchas penas quedaron cobijadas por el mínimo de cuatro años, lo que indicaba el presupuesto objetivo de la detención preventiva.

3. Desde la ley 906 de 2004, la privación de la libertad intraprocesal, nunca fue la excepción tal como dispone el art. 295 de dicho estatuto.

4. La situación se agravó en virtud de lo dispuesto por las leyes 1142 de 2007, 1453 de 2011 y 1474 de 2011, las cuales podemos sintetizar en los siguientes puntos:

a. Ampliación del término de 36 horas para poner a disposición al capturado ante el juez de control de garantías, esto es, violando el art. 28 de la Constitución Política. (Par. 3 Art. 289-Art. 18 ley 1142 de 2007).

b. Aumento de términos de investigación y juicio. (Arts. 175 y 294-Arts 49 y 55 ley 1453 de 2011 y Art. 35 ley 1474 de 2011.)

c. Aumento de las causales de flagrancia. Art. 301, Art. 57 Ley 1453 de 2011.

d. Desarrollo legal de la captura excepcional por orden de la Fiscalía, no obstante que previamente la Corte Constitucional en las sentencias C-730 y C-1001 de 2005 habían declarado la inexecutable de las normas legales que desarrollaban tal facultad (arts. 2 y 300 del c. de P.P.).

e. Consagración de la víctima como órgano requirente facultado para solicitar la medida de aseguramiento en aquellos casos en que la Fiscalía no lo solicite, a pesar de que el art. 250 de la C.P. entrega tal facultad sólo al titular de la acción penal.

f. Ampliación de los criterios para determinar el peligro para la comunidad como fin de la privación de la libertad.

g. La gravedad y modalidad de la conducta como criterios determinantes para establecer el peligro para la comunidad y la no comparecencia al proceso, como fines de la privación de la libertad.

h. Restricción de la detención domiciliaria. Art. 39 ley 1474 de 2011.

i. Aumento de causales de detención preventiva. Art. 60 ley 1453 de 2011.

j. Condicionamiento de las causales de libertad, a causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez y a la administración de justicia. Art. 61 ley 1453 de 2011.

k. Aumento de términos respecto de las causales de libertad en investigaciones relacionadas con corrupción. Art. 38 ley 1474 de 2011.

Todos estas leyes mencionadas se han expedido con la finalidad de contribuir a la represión y prevención de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana, otorgándole los mecanismos a la protección de la colectividad, y en desmedro de las derechos fundamentales al interior del proceso, en especial de la libertad.

Por ello acertadamente se afirma que “el estudio sobre los fundamentos de estas reformas permite evidenciar como los derechos a la dignidad humana, la libertad y la presunción de inocencia del imputado, fueron utilizados como instrumentos para conjurar los peligros que se cernían sobre la política de la seguridad democrática, incrementando para el efecto, las posibilidades de encarcelamiento de los justiciables”<sup>21</sup>.

## CONCLUSIONES

1. La no consagración del jurado de conciencia en el juicio, constituye una lesión a una de las características fundamentales del sistema procesal penal acusatorio. Poco le importó a nuestros legisladores que el Maestro Carrara nos enseñara que lo que de manera indiscutible distingue un sistema acusatorio de uno inquisitivo, es la presencia del juez lego o del juez técnico. Fuimos pródigos en brindar la apariencia de acusatoristas en la Constitución y en algunos artículos de la ley procesal penal, *vr. gr.* 18, 31, 114, pero no tuvimos la voluntad política de desarrollar la figura del jurado de conciencia en el capítulo del juicio. Hoy tenemos juicio sin jurado y cada vez que el tema se aborda surgen los detractores del juez popular, que reniegan de la participación del pueblo en el proceso de administración de justicia.

---

21 VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga, Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Universidad de Antioquia, Medellín, 2013, p. 32.

2. La Fiscalía General de la Nación, sigue adscrita a la rama judicial (249), administra justicia (116) y de acuerdo con lo dispuesto por el acto legislativo 03 de 2002, está facultada para ordenar excepcionalmente capturas en los términos definidos en la ley. Además, continúan sus facultades de ordenar allanamientos, registros, incautaciones, interceptación de comunicaciones telefónicas, y otras actuaciones, en desmedro de las bases fundamentales del sistema.ç

3. La regla general de privación de la libertad intraprocésal, de la mano de los obstáculos para restablecerla o disminuirla, nos sitúan en el escenario de un sistema típicamente inquisitivo.

Por supuesto, queda pendiente el análisis de otras instituciones que riñen abiertamente con lo acusatorio, no obstante, baste lo dicho hasta acá para mostrar que la ausencia de algunos rasgos acusatorios incide directamente en la protección de derechos y garantías fundamentales, haciendo del proceso un medio para instrumentalizar a la persona en el altar de la eficiencia; y, que en el espacio de lo acusatorio todo parece caber para satisfacción de quienes pretenden con el discurso encubrir la realidad inquisitiva.

# UNAS PALABRAS SOBRE NUESTRO INELUDIBLE PIVOTAR ENTRE EL AMOR Y LA MUERTE

Por: Carlos Mario González

## I

Es, por decir lo menos, muy peculiar la suerte que le ha tocado jugar al Amor, ese regordete y travieso pequeñuelo con ínfulas de dios que ya la mitología greco-latina nos legó, peculiar, decía, la suerte suya en nuestra cultura y, principalmente, en la intelectual y académica. Ningún sentimiento, tal vez, como el Amor ha sido y es más cayo a los ideales y a la valoración de las personas, pero sobre ninguno como él ha caído el manto del encubrimiento académico para negarle la necesidad de ser pensado y vuelto objeto de análisis y discurso. Abandonado de la mirada y la reflexión intelectual, su destino ha sido, como es bien notorio en nuestros días, caer en manos de mercaderes-predicadores que tejen en torno suyo un discurso hecho para cautivar a la gente, haciendo de él una ilusión acriticamente fomentada. Lo grave es que, como pasa con cualquier ilusión importante, ella define y orienta en buena medida las búsquedas concretas que la gente despliega en su vida.

Precisamente por eso, porque es un sentimiento importante, incluso fundamental, y porque constituye una de las más elevadas y significativas experiencias que se puede alcanzar en la vida, es menester superar el ostracismo al que lo ha condenado, con muy contadas excepciones, el mundo académico y aplicar sobre él toda la capacidad de juicio crítico y racional que el pensamiento y el conocimiento nos permitan, con lo cual, sin duda se lastimarán algunas ilusiones, pero se ganará en la asignación de un lugar más profundo y significativo al amor en la vida concreta que hacemos. Tenemos, pues, que hacernos eco de Eriximaco, en ese hermoso diálogo de Platón sobre el amor que es “El Banquete”, y reconocer que dos mil quinientos años después el Amor sigue aguardando su merecido, no digamos encomio, sino análisis, que escape al discurso movido y sostenido únicamente por la fuerza de la ilusión. Es menester “hacer palabras” con el amor, pero menos en un tono de prédica y promesa de bienaventuranza

y más en el del pensar que, como *se sabe*, no está regido por el principio de consolar sino por el de acceder a la verdad, fuere cual fuere, con la convicción, que ya nos enseñaba Kafka, de que por dura y difícil que sea, ella, la verdad, nos ayuda a vivir y a morir.

Como con tantas otras cosas, también con el Amor estamos en deuda con los griegos que nos depararon los primeros y esenciales bastiones de nuestra reflexión. Sócrates dice que él sólo sabe del amor, cosa de la que no cabe dudar pues toda su vida –e incluso su muerte– fue testimonio de un ineludible amor: el que siempre guardó por el saber, es decir, el fue filósofo y no sabio, pues el sabio es el que sabe, mientras el filósofo es el que ama el saber y lo ama porque sabe que no lo posee. Sócrates tiene un saber del amor simplemente porque está embargado por el amor al saber y amar algo es saber que se carece de ello.

Ese supremo bien que es el Amor y que articula a dos seres en su experiencia, no tiene que ver con intercambio ni con reciprocidad, a diferencia de lo que ciertas ideologías del amor hoy de moda predicán. Los griegos lo enunciaban claramente: la pareja del amor se desdoblaba en amante y amado, sin que estas posiciones sean intercambiables de manera precisa y exacta por los sujetos. La lección es clara: en toda pareja, sin que haya reciprocidad absoluta, alguien juega esencialmente el papel de “lo (la) amo” y el otro el de “me ama”, alguien goza de “amante” mientras su pareja goza de “amado”.

Pero si no hay reciprocidad, los individuos de la pareja del amor tampoco intercambian nada, simplemente porque lo que es la causa del amor es un don que se supone en el otro, que es intransferible (entre otras cosas porque está supuesto por el amante en el amado, es decir, está “puesto” por aquél en éste), aunque no deje de producir hondas repercusiones, vía la identificación, en el amante. La pareja griega es fehaciente en esto que decimos: es un adulto que pone a la cuenta del amor Sabiduría y un joven que aporta Belleza: la belleza de éste no se transfiere a aquél y la sabiduría del adulto jamás podrá ser la del joven por más disposición de aprendiz que manifieste. En esto el cuerpo y el espíritu obedecen a la misma ley: la particularidad irreductible de cada sujeto. En este sentido amar es demandar a alguien que no lo posee lo que uno jamás podrá tener.

Pero que no haya reciprocidad ni intercambio no quita que el amor no sea un dominio de grandes, profundos y fundamentales efectos sobre el

sujeto de esa pasión (y dicho sea de paso: eso es un amante: un sujeto de la pasión, esto es, alguien no que tiene una pasión sino que está poseído, sujetado por ella). Por lo menos tres efectos se pueden citar en primera instancia: el amor desata en el amante indudables empujes a ser mejor en lo ético, lo estético y lo epistémico. Dicho de otra manera: el sujeto del amor se pone en la línea del bien, de la belleza y de la verdad. El amante se quiere ajustar lo mejor posible al ideal de sí que supone gratificará al amado, querrá ser un objeto gozoso para la contemplación estética por parte del otro e instaurará exploraciones y búsquedas que le permitan alcanzar un conocimiento cabal en todos los dominios que conciernan y afecten al despliegue de su pasión y, lógicamente, al objeto de ella. El amor, pues, es para el amante una sed insaciable del objeto amado, del mundo que entra en relación con éste y de sí mismo en tanto se ve animado de un empuje al mejoramiento.

Pero lo anterior no puede conducir a una idealización del amor que lleve a pensarlo como algo exclusivamente bueno por principio. Al contrario, hay que advertir que las potencias que desata el amor en el sujeto pueden ser benéficas en tanto contribuyan a la realización de las posibilidades particulares del ser de éste, pero también cabe que esas potencias sean para lo peor del sujeto cuando ellas se articulan en una relación que se desenvuelve en el esquema amo-esclavo, caso en el cual poco importa qué posición se ocupa -la de amo o la de esclavo- pues, en últimas, ambos se sostienen en un mal para sí. Hay gente que sólo ama desde el lugar de mandar, otra que no puede hacerlo sino desde la posición de ser mandado, siendo en ambos casos el amor un mecanismo empobrecedor para el sujeto ya que le niega la difícil pero fructífera experiencia de la otredad.

Ahora, decir amor es algo que se articula desde una posibilidad que sólo puede ser subjetiva. ¿Qué demanda el sujeto del otro? Alguno hay que le pide paz, tranquilidad y armonía, algo así como una experiencia en la que no haya riesgos ni conmociones, sino una permanente confirmación. Es el viejo anhelo del amor-paraíso en donde, logrado el encuentro del lugar soñado, la vida de ahí en más clausura toda originalidad perturbadora. Pero también alguno hay que le pide al otro que sea un pivote permanente para nuevas exploraciones del ser propio, que sea un siempre renovado lugar de relanzamiento de nuevas aventuras ontológicas, con todo lo difícil, doloroso, riesgoso e impredecible que esta actitud y esta experiencia pueda

resultar. Si el primer amante que acabo de describir busca la seguridad, éste segundo inclina la búsqueda del lado de nuevas significaciones para su ser.

¿Y dónde prende el amor? ¿Por qué no se enamora uno de cualquiera? Sin duda para que el amor se instale es necesaria una condición (aunque no es suficiente): que el otro tenga conmigo una afinidad en rasgos esenciales (y subrayo: esenciales) de mi ser, es decir: que el otro sea como yo en aspectos básicos de mi posición ontológica ante la vida, pero, también, que el otro sostenga una diferencia a la que aspiro desde el propio ideal del yo, esto es, que el otro materialice una realización a la que apunta con todas sus fuerzas mi propio ser. El amor como fuerza pasional sólo puede desatarse allí donde el otro es lo esencial que yo soy y, al mismo tiempo, donde es lo que yo quiero ser, también en términos esenciales.

Finalmente, allí donde el amor envuelve en su red a un sujeto, éste puede entablar con el amado un vínculo que se incline por una idealización descorporizada en donde la sexualidad será accesoria o hasta inexistente o, por el contrario, se puede dar un vínculo definido por una idealización corporizada en el cual la sexualidad alcanzará, para ventura o desventura, la acentuación intensa que determina el amor. En todo caso el amor y la sexualidad son dos cosas distintas que pueden darse por separado una de otra o pueden reforzarse mutuamente según la determinación que hace a la sexualidad un goce localizado en la carne y al amor un goce referido al ser, imaginariamente resuelto en el otro como persona. Que amor y sexualidad se separen o se vinculen marca la diferencia entre la carne gozada como inmediata y terminal en si misma o esa misma carne como medio de trascendencia y abierta al infinito o, si se me permite decirlo así, entre la carne prosaica y la carne poética.

## II

Tres cosas nos separan insalvable e irrevocablemente de los animales: antes que nada el lenguaje, condición de posibilidad de nuestro pensamiento. El hombre es un ser-que-habla, es decir, origina y crea, se inscribe en el tiempo y marca el presente que hace con las huellas de lo que ha sido y con los ideales que aspira a realizar y que dan un norte a su acción. Los animales no hablan, se relacionan con señales y esto los hace desenvolverse en la repetición, la uniformidad y el presente como mera instantaneidad.

En segundo lugar, al inscribir su vida en el tiempo el hombre hace de ella una experiencia que calibra en función del sentido de qué la dota, sentido que no es único y por el que tiene que responder principalmente ante sí mismo. Para los animales no hay una pregunta ni una necesidad, en consecuencia, de responder por el sentido de la vida, pues al estar fuera de una interrelación temporal, siéndole sólo posible la vida como instante, ésta no es una opción de sentido entre muchas posibles y mucho menos por la que deba responder.

Finalmente, de los animales nos separa el lugar que le damos a la muerte y la actitud ante ella, o mejor dicho, de los animales nos diferenciamos porque le damos un lugar a la muerte y definimos una actitud con ella, mientras ellos simplemente la desconocen. Porque nada saben de la muerte, ésta no es ningún problema ni para el propio individuo respecto de sí mismo ni respecto de sus congéneres. Al animal no le preocupan los viejos, los enfermos ni los moribundos, mucho menos los muertos. Por el contrario, el ser humano en tanto sabe de la muerte -saber que es antes que nada el saber de su propia muerte- asume ésta como un problema esencial que lo marcará y lo determinará.

Allí donde el ser humano se autorreconoce como mortal, se asume como criatura menesterosa, esto es, ineludiblemente requerida de ayuda, de una ayuda que sólo el otro le podrá proveer. Saberse finito obliga a sobrellevar la angustia de ser frágil, fragilidad que no se constata únicamente en el momento postrero, sino que se pone de manifiesto en esas formas de ir haciendo presencia la muerte que son la enfermedad y la vejez.

Pesada carga, no obstante, es para esta criatura el saber de la muerte, lo que se traduce en una inevitable angustia de ser y en una relativa absurdidad de existir. Ante el peso de saberse mortal, el hombre puede adoptar tres posiciones: 1. Compensar su carácter finito con la ilusión de un mítico más allá que le garantizaría la inmortalidad; 2. Apelar al mecanismo psíquico de la denegación que se apoya en la fantasía de que por no representarse algo, ese algo dejaría de ser; 3. Mirar la muerte de frente y aceptarla sin negar con ello la vida, es decir, alcanzar la posición trágica que permite afirmar la vida reconociendo su finitud.

Podríamos decir que los tiempos actuales ponen en operación cada una de estas tres posiciones, caracterizándose, empero, nuestra época por poner el acento en la denegación de la muerte, en el intento de pretender

que ella no es, simplemente porque se ha dejado de hablarla, pensarla y mirarla. Dicho de otra manera, nuestra época hace desaparecer la muerte del lenguaje, impidiendo que se la nombre y se la reconozca, quedándonos sin expresión para abordarla cuando ella mete su olor en el dominio de nuestra vida.

En esta restricción del lenguaje para con ella, estriba una de las causas del aislamiento y abandono que de manera angustiosa pesa en general sobre el viejo y en particular sobre el moribundo. Incomunicado porque la muerte que lleva en sus carnes es un tabú, el anciano y el moribundo tienen que agregar a la amenaza que pende sobre su ser el dolor de ver que se rompe la comunicación con el otro que ha sido significativo e importante en su vida, dolor intenso, pues ese otro ha sido la referencia para determinar el sentido de la existencia y para ganar la certeza de la seguridad y la protección, tan necesitadas por la menesterosa criatura humana y tan imposibles de ser suplidas por la rutina institucional y burocrática del más eficaz de los hospitales al que se margina a quien está ya de partida.

### III

Hay que repetir que el hombre occidental extrañamente ha mantenido al amor en un verdadero limbo intelectual y filosófico. Pese al crucial papel que juega en su vida, el amor ha sido tenido como un objeto secundario y sin la gravedad y la seriedad de los que motivan la reflexión de la filosofía. Pese a todo, y acentuando así esta peculiar y significativa marginación, de vez en vez algún gran pensador le da cabida y lo atiende en su obra, como pasa con Platón que dedica a él, de manera directa o indirecta, tres diálogos: El Banquete, Fedro y Lisias, con los cuales trata de saldar la deuda de gratitud que tiene el hombre con este dios, el más amable de todos y el que le depara, según Aristófanes, la suprema forma de la felicidad.

Pero este olvido que, con contadas aunque valiosas excepciones, hace el hombre de tan inmenso don de los dioses, tal vez no sea sino una forma más de manifestar su arrogancia, la misma que precisamente, al decir de Aristófanes, ya había desatado la inconformidad de Zeus y le había llevado a cercenarlo en dos mitades, buscando así debilitarlo y doblegar su altivez. Ese severo gesto de Zeus se puede entender como una acción que apunta a quebrar en el hombre su narcisista convicción de ser extraordinario,

haciéndole asumir la condición de ordinario. Desde entonces ser humano es algo que se consigue sólo cuando se pasa de creerse extraordinario a asumirse como ordinario, es decir, como alguien que tiene de común con sus semejantes algo que lo hace corriente: la falta.

Aceptar que somos seres en falta, esto es, que cada uno es NO-TODO, nos hace posible amar en el sentido que señalaba Sócrates: como un ser que falto de belleza y bondad se ve impelido hacia lo que no tiene y hacia lo que no es.

El amor es, pues, ilusión de completud que une a quienes siendo diferentes y carentes no dejan de ser, como decía Agatón, semejantes. Poderosa alusión la amorosa que fácilmente deriva a la idealización y que hace que el amor sea considerado el mejor y el más bello de los estados del hombre, dotado de la capacidad de inclinar a éste hacia la belleza y de hacerle evadir la violencia, al tiempo que lo promueve a la justicia, a la continencia, a la sabiduría y a esa forma superior del decir que es la poesía.

Puesto por obra de Zeus en la condición de ser en falta, el hombre, tal como lo ve Aristófanes, quedará marcado por el anhelo de reintegración y de recuperación de la unidad perdida. Se configura aquí uno de los mitos del amor más eficaces y duraderos de la cultura occidental: el que concibe a la criatura humana como una mitad arrojada al mundo y cuyo destino impenitente es tratar de localizar su otra mitad, según la esperanza de llegar a ser UNO, de consumir la unidad, aunque en este empuje a la fusión el amante no sepa muy claramente qué es lo que le provee el amado y aunque ese su amor tenga el poder de entrar y salir en secreto de su alma. Mito que induce a creer en la adecuación, complementariedad y armonía humana, al mismo tiempo que postula la monogamia como la forma verdadera del amor, pues si cada sujeto ha perdido su mitad, ésta no podrá ser una y sólo una; formulaciones todas que precisamente, y apenas en nuestros días, han sido puestas en cuestión y comenzado a ser superadas, para desilusión de los idealizadores del amor como fusión absoluta de los sujetos.

#### IV

Si de por sí la muerte propia es una carga pesada y difícil para cualquier hombre, en nuestra época se acentúa para el moribundo la dificultad, por el abandono de que se hace objeto y por el silencio que se impone a su

alrededor respecto a la vida que deja y a la muerte que llega. El espacio blanco y aséptico del hospital, lugar en el que habitará sus postreros momentos, impone una retirada voluntaria o involuntaria de sus seres queridos, reemplazados por el oficio tecno- burocrático del equipo médico, configurándose así un real estado de abandono, pues compañía afectiva sólo la puede deparar no un funcionario institucional sino alguien significativo en su vida por la historia que los une. Lo mismo acontece con la palabra: ésta sólo quiebra el silencio cuando es más que fórmula convencional aprendida en cursillos o libros sobre relaciones humanas y cuando se hace presencia testimoniada y cargada de sentido de alguien que realmente ha tenido un compromiso vital con aquel que está en el ocaso.

Pero que se abandone al moribundo en la telaraña médico-hospitalaria y se cierna sobre él el silencio de una palabra formal y vacía, hace parte de la sistemática negación de la muerte que caracteriza a nuestro presente cultural, que se prolonga en hechos tales como la cada vez más notoria reducción del cuerpo muerto a objeto de manipulación por parte de especialistas, negándole el estatuto y la dignidad de cadáver, y en la conversión del cementerio en florido jardín que oculta la presencia de la muerte allí.

No querer saber de la muerte es negarse a encarar nuestra vida como algo limitado que debe sobrellevar, además, una inevitable decadencia y es, por tanto, hundirse en un estado de ilusoria omnipotencia que se depara el lamentable derecho a despilfarrar la vida. Por el contrario quien asume su condición mortal asume entonces la vida en una escala de valores que le lleva a privilegiar un obrar con sentido y la construcción de necesarias, sentidas y significativas relaciones con los demás.

Quien muere desaparece para siempre como un ser que puede gozar de su cuerpo y sólo podrá permanecer como un significante en la memoria de los que le sobreviven, trazo de memoria que se imprime sólo a partir del sentido que haya logrado construir con su vida en la existencia de los demás.

No cabe duda que el miedo a la muerte tiene su origen no en el hecho bio-físico de su acontecimiento, sino en la posibilidad que nos depara el lenguaje de anticiparla en la representación y de prever la destrucción con la que ella abatirá la obra de nuestra vida, obra que sólo alcanza valor

desde los demás, de tal manera que apenas podrá mantenerse mientras sea recuerdo y será tanto recuerdo cuanto significativa y original haya sido.

El miedo que hoy nos produce la representación de la muerte, miedo que la ha vuelto un tabú para el discurso personal, pasando a ser blanco de una censura que antes pesaba sobre la sexualidad y que hoy ya permite hablar del cuerpo, su deseo y sus goces, ese miedo a la forma absoluta de la muerte que es el olvido que caerá sobre lo que fuimos, se agrava en nuestra época por la ruptura entre las generaciones que la caracteriza, pues hoy cada generación percibe que la generación que le sucede la desconoce, la devalúa y sólo busca olvidarla. En ese sentido el drama es que cada generación se asume como un eslabón inconexo con el pasado, al que desconoce olvidándolo, y con el futuro que lo desconocerá y olvidará, razón por la cual la muerte se hace más implacable, pues se ha cerrado esa esperanza contra ella que es el recuerdo. Por eso una sociedad que no sabe respetar su condición de ser histórica es una violenta máquina procesadora de rápido olvido, con lo cual la obra de la vida como recurso contra la muerte se devalúa, quedando el hombre desguarnecido ante ésta, sin defensa alguna y entregado al pavor del silencio.

## V

No deja de ser enigmático y al mismo tiempo dicente que en un pueblo como el griego *que* siempre exaltó la figura del hombre, Sócrates confiese que lo que sabe del amor le ha sido enseñado por una mujer: Diotima. Más allá de ser esto un mero azar, ¿quiere acaso Sócrates advertirnos que el saber del amor está del lado de lo femenino, más aún, que la mujer sabe del amor porque en ello va su ser?

Pero también llama la atención que Sócrates, mejor diría: Platón, eleve el amor al estatus de objeto filosófico, de aquello que aunque se experimente se desconoce, esto es, que Platón nos indique que en materia de amor sencillamente no sabemos, lo que nos obliga a filosofarlo. Bien se sabe que hay dos tipos de seres que no filosofan: ni los sabios ni los ignorantes, y ambos por la misma razón; porque nada les falta. Quien se asume como un sabio no desea llegar a sabio porque ya lo es, mientras que el ignorante, y esto es lo que lo hace insostenible, nada desea porque piensa que nada le falta y se entrega a la más tonta satisfacción de sí mismo. Ejemplos ambos

de plenitud, al sabio y el ignorante inducen a pensar no que hay algo de sabiduría en la ignorancia sino que no hay tontería mayor que creer que ya se sabe.

Pero precisamente el lugar del amor está entre la sabiduría y la ignorancia, valga decir, el amor es filósofo porque a diferencia del sabio no cree saber y a diferencia del ignorante quiere saber. El amor es una posición en la vida que se caracteriza por anhelar y buscar lo que no se tiene. Para Sócrates el amor no está en el amado sino en lo amante, el amor es un empuje hacia -piensa él- lo bello y lo bueno que han de conferir, la dicha. Esta idea de Sócrates es sugestiva y está en el origen de la idealización que del amor ha hecho la cultura occidental a lo largo de más de dos milenios. Pero hoy vamos sabiendo y aceptando que el empuje también puede ser hacia lo feo y hacia el mal...

Siguiendo con Sócrates, éste da una puntada más en el tejido de su teoría del amor y señala que, en rigor, el amor no ama lo bello sino que lo que ama es engendrar y procrear en lo bello, siendo la procreación lo que permite a lo mortal advenir a lo inmortal. El amor, experiencia de un ser mortal, es anhelo de conquista de la inmortalidad por la vía de la generación. Es esta disposición a la procreación la que aproxima el amor a la poesía pues ésta, según la preciosa definición de Sócrates, es toda causa que haga pasar una cosa cualquiera del no ser al ser.

Una precisión hace Sócrates: si la obra del amor es engendramiento en la belleza, hay que advertir que éste se puede realizar según el cuerpo y según el alma, más aún, según el filósofo ateniense, los hijos del espíritu confieren más inmortalidad que los del cuerpo y deparan más fama, que es precisamente la forma más lograda de alcanzar la condición inmortal. Los que sólo son fecundos respecto al cuerpo aman a las mujeres, pero los hijos que salen del seno de una mujer jamás han engrandecido a nadie como sí lo han hecho los hijos del espíritu. Vistas las cosas así, para Sócrates la belleza en su manifestación absoluta carece de cualquier forma de revestimiento sensible. Pero para alcanzar el supremo grado de belleza es menester recorrer una escalera que va de lo sensual a lo espiritual y que partiendo de la contemplación gozosa de un cuerpo bello permite pasar al reconocimiento de todos los cuerpos bellos y de estos a las almas bellas y de aquí a la percepción de la belleza las hazañas y de las leyes, para acceder luego a la de las ciencias y de éstas a la de la ciencia de la belleza,

desembocando finalmente a la contemplación estática y jubilosa de la Idea de Belleza en sí, belleza que existe eterna y absolutamente por sí misma y en sí misma.

Para Sócrates el amor es una fuerza que eleva al goce de la belleza absoluta, imperecedera, siendo esta posibilidad la que le da mérito a la vida. Sin duda aquí comienza a insinuarse la concepción del amor y de la belleza que unos siglos después recogerá, desarrollará y hará suya el cristianismo, que los exaltará como algo ideal y espiritual y los rechazará como experiencia sensible y carnal. Alcibiades, ratificando a Sócrates, dice que para éste la belleza sensual de un hombre es indiferente, prefiriendo a la belleza exterior del cuerpo la belleza interior de la sabiduría, lo que le permite a Sócrates, viejo y feo, invertir el orden griego del amor, prefigurando el cristiano, al pasar de ser amante de la belleza sensual a ser amado por su belleza intangible. En esta oposición excluyente entre cuerpo y espíritu que instaura Sócrates comienza la larga historia de menosprecio de la vida sensual y del goce corporal que ha caracterizado a Occidente y que ha promovido siempre el cristianismo.

## VI

El implacable e inevitable golpe de la muerte siempre ha conducido al ser humano a preguntarse dónde se origina ésta, con la esperanza de establecer alguna defensa contra ella. A lo largo de su historia el hombre, por lo menos el occidental, ha radicado la causa de la muerte en tres fuentes: el designio de dios, la barbarie de los mismos hombres o el inevitable proceso de la naturaleza. Frente a la primera respondió con rezos e imploraciones, frente a la segunda pacificando los lazos sociales y frente a la tercera con el desarrollo de una medicación preventiva y curativa. Pero estas diferentes causas asignadas a la muerte han sido también una manera de situarse ante la angustia de cuándo y dónde nos golpeará ella. Si dios designa nuestra muerte, según su inescrutable voluntad, ella podrá acaecer en cualquier tiempo y lugar, igual que sucederá si ella es producto de la barbarie humana, pero si su origen se sitúa en un proceso natural entonces se puede tener una alta probabilidad de que ella acontezca en el tiempo de la vejez y se presente en la casa o en el hospital.

Dominar, pues, un poco la muerte es hacerla en alguna medida previsible y esto se logra cuando el origen de ella se circunscribe al proceso natural, para lo cual es menester desprenderse de las imagerías divinas y lograr una sociedad civilizada, pues solo la pacificación que ésta representa permite que el hecho físico y real de la muerte se restrinja al ámbito de la ley natural. En tanto la civilización es la monopolización estatal y legal de la violencia física permite que la muerte se desenvuelva por sus cauces naturales.

Para una sociedad civilizada la muerte se vuelve un asunto natural y por tanto relativamente previsible y controlable mediante medicamentos, dietas y normas de vida.

Este proceso histórico y cultural de individualización, que afecta la forma del morir contemporáneo, pone también en juego el problema del sentido de la vida. Para algunos, al estar la vida circunscrita a las fronteras del individuo, la muerte le niega cualquier sentido, para otros, por el contrario, es porque hay un fin que el individuo está obligado a dotar de sentido el limitado tiempo en que puede vivir. Pero, rigurosamente hablando, no hay sentido posible para la vida resultado de un individuo completamente aislado, pues todo sentido, sea el del lenguaje o el existencial, proviene para el sujeto humano del lugar del otro. El sentido no viene del “interior” del individuo, sino que es efecto de la socialización de su experiencia vital. Así pues, habrá una relación entre el modo de vivir y el modo de morir en función del sentido que el individuo logre para su vida y para su muerte, sentido que a su vez será la garantía o no del único lugar de sobrevivencia que podrá tener: la memoria de los otros. Por eso la mejor compañía que puede recibir el moribundo es la que le depara la certeza de que no ha perdido significado para los demás, ese significado que ha sido función de la obra de su vida.

Pero un efecto de la civilización de los lazos sociales y de la consecuente naturalización de nuestro fin, a más de la individualización creciente y de los progresos de la medicina, ha sido colocar la muerte en el tiempo de una avanzada edad, al punto de que hoy podría decirse que joven es aquel que tiene la muerte lejana, tan lejana que hasta olvida por completo que también para él habrá un día en que tendrá que rendirse a ella.

Incluso en esta lejanía de la muerte que define qué es ser joven en una sociedad civilizada moderna, se asienta un mecanismo denegador de la

muerte por parte de quienes ya alcanzaron la vejez o están próximos a ella: creerse joven, pues si se es joven la muerte no está en el horizonte.

Independientemente de si se es joven o viejo siempre es conveniente hablar de la muerte precisamente para vivir mejor el tiempo de que se goza. Tener conciencia de que la muerte no abre ninguna puerta sino que cierra una vida, permite quitarle a la vejez el tono vergonzante que hoy la caracteriza y devolverle el estatuto de ser un tiempo digno.

Hoy por hoy la experiencia de envejecer está sometida a la crueldad del rechazo y el aislamiento que se manifiesta en la casi absoluta pérdida de un lugar social para el viejo y en la asignación de un espacio, el asilo, en donde se despliega el manejo funcional de un anciano que ha visto rotos sus lazos históricos y afectivos y que se reúne a última hora con desconocidos con los que sólo tiene en común la edad.

Hablar más de la muerte y poderla pensar, esquivando las tendencias denegadoras de ella que caracterizan nuestra época, es posibilitar que la juventud supere la ingenua inmortalidad que se asigna a sí misma, permitiéndole comprender a los viejos, no como quien está frente a otro por completo extraño a él, sino como quien se identifica con el anciano en la misma condición de ser humano trabajando por la muerte, que tarde o temprano a todos sin excepción llama a saldar cuentas definitivas.

Carlos Mario González R.  
Director del Centro de Estudios Estanislao Zuleta  
Profesor Universidad Nacional



## **COLABORAN EN ESTE NÚMERO**

### **MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS**

Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, expresidente de esta corporación y del Tribunal Superior de Barranquilla, en donde comenzó la magistratura hace algo más de 18 años.

### **ORLANDO GALLO**

Poeta y Abogado de la Universidad de Antioquia. Ha ganado el premio nacional de poesía Universidad de Antioquia (1983) con la obra los paisajes fragmentarios y el premio nacional de poesía “Eduardo Cote Lamus” (1990), con el libro La Próxima Línea tal vez.

### **JONH JAIME POSADA O.**

Abogado de la Universidad de Antioquia, Catedrático, Procurador 116 Judicial II en lo Penal.

### **CARLOS MARIO GONZÁLEZ R.**

Director del Centro de Estudios Estanislao Zuleta  
Profesor Universidad Nacional

## A NUESTROS COLABORADORES

Solicitamos respetuosamente a nuestros colaboradores tener en cuenta las siguientes instrucciones:

1. Entregue sus artículos luego de una cuidadosa revisión. Preste atención a las convenciones ortotipográficas más universalmente aceptadas. Tenga especial cuidado en incluir toda la información bibliográfica completa en sus citas y notas de pie de página. Presente unos originales cuidadosamente revisados. Remita sus trabajos digitados en una única fuente, Times New Román. Todo artículo debe ser procesado en Word y el texto se ha de entregar impreso, además del respectivo archivo electrónico.

El artículo debe estar acompañado de un mini-curriculum vitae del autor.

2. Se aceptan máximo quince (15) páginas y mínimo cinco (5) por artículo.

3. El autor es responsable de los enfoques y conceptos expresados en su colaboración.

4. El Comité de Redacción es completamente autónomo para hacer las correcciones de forma de los textos que recibe.



LA RED POSTAL DE COLOMBIA

w w w . 4 - 7 2 . c o m . c o

➤ Línea de Atención al Cliente Nacional 01 8000 111210 ◀